



SALA PENAL I

TOMO II

209 AL 325



INDICE DE SALA PENAL (209 al 325)

A.S.	Pag.	A.S.	Pag.	A.S.	Pag.	A.S.	Pag.
209	2	239	256	268	439	297	766
210	10	240	266	269	445	298	770
211	20	241	273	270	451	299	776
212	25	242	277	271	481	300	790
214	39	243	282	272	494	301	799
215	43	244	286	273	501	302	804
216	56	245	297	274	509	303	816
217	65	246	300	275	524	304	821
218	70	247	303	276	529	305	828
219	96	248	306	277	535	306	837
220	103	249	309	278	540	307	845
221	107	250	318	279	546	308	850
222	113	251	321	280	554	309	861
223	120	252	326	281	596	310	866
224	133	253	328	282	608	311	873
225	140	254	332	283	630	312	880
226	160	255	340	284	640	313	885
227	173	256	344	285	646	314	892
228	179	257	360	286	652	315	898
229	186	258	363	287	657	316	904
230	196	259	375	288	662	317	909
231	205	260	382	289	672	318	916
232	213	261	391	290	678	319	933
233	217	262	397	291	682	320	938
234	227	263	408	292	690	321	946
235	230	264	416	293	697	322	964
236	238	265	420	294	707	323	973
237	244	266	424	295	728	324	981
238	250	267	432	296	757	325	990



209

Ministerio Público c/ Walter Fernando Arce Sandoval
Tráfico de Sustancias Controladas
Distrito: Chuquisaca

AUTO DE VISTA

Sucre, 29 de julio de 2016

VISTOS: En apelación restringida, la Sentencia N° 04/16 de 01 de marzo de 2016 dictada por el Tribunal de Sentencia N° 3 en lo Penal de la Capital (fs. 124-237), en el juicio penal seguido por el Ministerio Público contra Walter Fernando Arce Sandoval, por los delitos de "Tráfico de sustancias controladas", previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33 de la L. N° 1008; memorial de apelación a fs. 143-152, los antecedentes remitidos, normas legales pertinentes; y,

CONSIDERANDO: Que desarrollado el juicio referido supra, en los términos que informa el acta correspondiente, el Tribunal de la causa dicta la Sentencia N° 04 de 01 de marzo de 2016 que corre a fs. 124-137, en la que falla declarando a Walter Fernando Arce Sandoval, absuelto de culpa y pena de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas; y, se le declara autor del delito de consumo y tenencia para consumo, disponiéndose en consecuencia como medida de seguridad de rehabilitación ambulatoria, a la que debe someterse el acusado a partir de la ejecutoria de la Sentencia, por el tiempo que considere necesario el médico especialista.

Que la referida Sentencia, es impugnada vía apelación restringida por el representante del Ministerio Público, en los términos del memorial de fs. 143-152, al que por decreto de fs. 152 vta., se imprime el trámite establecido por el art. 409 del Cód. Pdto. Pen., respondiendo el imputado Walter Arce Sandoval a fs. 155-161, en cuyo mérito el a-quo, a fs. 161 vta., dispone la remisión de obrados ante el tribunal de alzada con emplazamiento de partes, cumpliéndose tal remisión cual consta por oficio de fs. 164 y comprobante de sistema de fs. 165, y haber existido un error en el recibo del expediente en la Sala Penal Segunda, siendo lo correcto la Sala Penal Primera, se subsana y anula obrados mediante auto de fs. 174 y vta., por la que se remite el expediente ante esta Sala, por oficio de fs. 177, cursando decreto de observación de fs. 178, ya que no cumple a cabalidad con los requisitos establecidos por el art. 408 del cuerpo adjetivo penal, dándose aplicación al art. 399 primer párrafo del mismo, para que subsane las observaciones referidas bajo apercibimiento de rechazo; presentando en mérito al decreto referido, el Fiscal Moisés Palma Salazar memorial de "Cumple lo ordenado" a fs. 180-181, lo hace dentro de plazo; radicándose la causa en la Sala Penal Primera por decreto de fs. 182, procediéndose en su oportunidad al sorteo de ley a fs. 184; dictándose en consecuencia la presente resolución.

CONSIDERANDO: Que por los efectos pertinentes; es menester realizar en primer término juicio de admisibilidad; en ese orden, y de los datos que cursan en el cuaderno procesal adjunto. Notificados los sujetos procesales, se evidencia que se notificó al representante del Ministerio Público el día viernes 18 de marzo a hrs. 16:30, según constancia de la notificación cursante a fs. 140, y el recurso fue presentado el 11 de abril de 2016, a hrs. 17:52, según constancia del timbre electrónico cursante a fs. 143, dentro del plazo 15 días establecido por el art. 408 de la L. N° 1970, computado en la forma dispuesta por el art. 130, párrafos cuarto y sexto de dicha norma procesal, el recurso ha sido presentado dentro del término de ley. Al decreto de observación de fs. 178, presenta la parte apelante, memorial de fs. 180-181; consecuentemente se admite el recurso y en sus punto de apelación se ingresa al análisis de los aspectos cuestionados, en el marco del art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

Que al objeto antes referido, corresponde revisar los motivos del recurso de apelación Restringida que son:

1) Acusa, inobservancia de la ley sustantiva en su primer presupuesto referido a la errónea calificación de los hechos (tipicidad):

Alega, que en las conclusiones primera y segunda de la sentencia ahora apelada, el Tribunal A-quo sustentaría como base de resolución que el delito de tráfico de sustancias controladas tendría como elemento esencial la venta o comercialización de sustancias controladas ilícitas, pero este contexto no se encontraría dentro del contexto de la jurisprudencia desarrolladas por el Tribunal Supremo de Justicia (A.S. N° 392 de 19 de noviembre de 2010; A.S. N° 368 de 12 de noviembre de 2010; A.S. N° 025/14-RRC de 24 de marzo de 2014.); que, en merito de la exposiciones fácticas y jurídicas desarrollados, se tendría demostrado que el tribunal a-quo, hubiera aplicado de manera errónea la ley sustantiva penal contenida en el art. 49 de la L. N° 1008; puesto que el desfile probatorio logrado en el decurso de juicio oral, base de la sentencia, donde demostraría que el acusado Walter Arce Sandoval, hubiera adecuado su conducta a lo previsto y sancionado por el art. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008, ya que se le hubiera encontrado con flagrante posesión dolosa de 20 gramos de marihuana y otra íntima cantidad de cocaína que no arrojo peso, las cuales hubiera almacenado dice, en su vehículo y trasladado desde la zona del Reloj hasta la altura del Colegio Serrano, recorriendo más de 1 kilometro.

Refiere, que la sentencia dictada por el tribunal a-quo fuera contradictoria a autos supremos mencionados líneas arriba; asimismo invoca, como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 190/2015-RRC de 19 de marzo; 778/2014 de 19 de diciembre; 612/2015-RRC-L de 07 de octubre; A.V. N° 339/13 de 16 de diciembre de 2013.

Norma habilitante: Señala el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., y art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen. Disposición legal inobservada: art. 48 con relación al art. 33-m) ambos de la L. N°1008.

Aplicación que se pretende: Que sin disponer el juicio de reenvió, se califique la conducta del imputado como tráfico de Sentencias Constitucionales y no así como el que hubiera sido calificado.

2) Acusa, incongruencia entre la acusación y la sentencia (art. 370-11) del Cód. Pdto. Pen.):

Refiere, que en el caso de autos se hubiera acusado a Walter Arce Sandoval por el delito de tráfico de sustancias controladas y que sin embargo en sentencia a tiempo de absolver de culpa al acusado por el delito de tráfico, encontrándolo autor del delito de consumo y tenencia para el consumo, imponiéndole la sanción de someterse a rehabilitación en un centro de rehabilitación.

Norma habilitante: Señala el art. 370-1) y 11) del Cód. Pdto. Pen.

Disposición legal inobservada: Se habría violado el art. 362 de la L. N° 1970.

Aplicación que se pretende: señala, que si se llevó a juicio el hecho que el acusado fuera sorprendido cuando tenía en su poder y trasladando de un lugar a otro para comercializarla, debió el tribunal fallar condenándole o absolverlo, sin embargo,; por lo que, al ser la sentencia incongruente, refiere, que debería anularse la sentencia para que otro tribunal aplique las reglas de la congruencia.

3) Acusa, fundamentación insuficiente de la sentencia: (art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.):

Alega, que de las 22 págs. que contiene la sentencia solo 11 líneas constituirían los únicos ejercicios de motivación y fundamentación porque lo demás hubiera sido llenado de doctrina y artículos que simplemente hubieran sido cortadas y pegadas en las conclusiones, lo cual no constituiría motivación ni fundamentación de las sentencia ahora apelando; y, que fuera evidente que se hubiera comprobado que la marihuana encontrada en dos envoltorios de papel, estaría siendo llevada a otras personas, por lo que, el acusado hubiera cometido el delito de tráfico al haber sido encontrado de posesión dolosa, pero que el tribunal a-quo no hubiera tomado en cuenta y refiriendo que: "la prueba que no es plena sencillamente no es prueba alguna", expresión que la aplicaría en el resultado de la sentencia.

Norma habilitante: Señala el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.

Disposición legal inobservada: Refiere al art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

Lo que se pretende: al no contar la sentencia -dice- fundamento suficiente de los motivos por los cuales no se pronunciaría respecto a prueba legalmente introducida por el Ministerio Público, en consecuencia se ingresaría en defecto absoluto de sentencia, por lo cual es causal de nulidad prevista por el art. 169-4) del Cód. Pdto. Pen.

4) Acusa, sentencias basada en valoración defectuosa de la prueba: (art. 370-6) Cód. Pdto. Pen.):

Refiere, que la prueba documental introducida a juicio por parte del Ministerio Público, demostraría que en 01 de septiembre de 2011, el acusado hubiera sido sorprendido por efectivos antinarcoáticos en el momento que trasladaba de un lugar a otro marihuana fraccionada en el interior de su vehículo que conducía, por lo que no fuera para su propio consumo, sino para la entrega a otra persona; y la sentencia absolutoria ahora apelada solo se basaría en la declaración del acusado que referiría que podría consumir de 10, 12 o 15 gramos por día, lo cual hubiera sido referido por el peritaje, pero que declaración del acusado no merecería fe probatoria porque conforme a la permisión del art. 346, el podría hasta mentir. Alega, que la valoración de la prueba a favor del acusado, hubiera sido parcializada y sesgada, además de realizar una valoración defectuosa de la prueba. Que todo Juez unipersonal o tribunal, conforme al art. 173 y 359 de la L. N° 1970, estaría en la obligación de efectuar valoración conjunta de la prueba, sometiéndola a las reglas de la sana crítica, experiencia, etc. (S.C N° 0843/2005; como otros precedentes señala el A.S. N° 562 de 1 de octubre de 2004; A.S. N° 654 de 25 de octubre de 2004).

Refiere, que el Tribunal de Sentencia hubiera efectuado una valoración defectuosa de la prueba testifical y documental producida por el Ministerio Público, siendo ese el motivo para que se pronuncie sentencia absolutoria a favor del acusado.

Norma habilitante: art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen.

Disposición legal inobservada: Refiere los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen.

Aplicación que pretende: Pide se anule totalmente la sentencia a objeto de que otro Tribunal efectúe una nueva valoración correcta de las pruebas ofertadas y dicte condena en contra del acusado.

5) Apelación en contra del Auto Interlocutorio N° 319/2015 de 05 de noviembre de 2015 y auto interlocutorio N° 328/2015 de 13 de noviembre de 2015 por violación del art. 180 de la C.P.E., arts. 12, 340 y 343 del Cód. Pdto. Pen: Alega, que la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, hubiera establecido que todas resolución que resulta una excepción o incidente promovido en juicio debería ser apelada conjuntamente la apelación restringida, por lo que apela de los Autos Interlocutorios N° 319/15 de 05 de noviembre de 2015 y Auto Interlocutorio N° 328/2015, los cuales hubieran declarado en su momento infundado los incidentes de exclusión probatoria que hubieran planteados por su persona, de la cuales hubiera hecho reserva de apelación, y que de conformidad al art. 407 de la L. N° 1970, estaría habilitado dice, para formular apelación restringida.

Que en 05 de noviembre de 2015, conforme constaría en el acta, hubiera planteado incidente de exclusión probatoria del informe pericial, emitido en vigencia de la etapa preparatoria por el Dr. Álvaro Rivera Céspedes, porque esta prueba estaría a disposición del abogado y no así en resguardo de Secretaria, lo que quebrantaría el art. 340-III del Cód. Pdto. Pen., y el art. 343 del Cód. Pdto. Pen., presentando su

prueba de manera extemporánea en la misma audiencia del juicio, argumentando su abogado que en materia penal es amplia, y postura que hubiera sido acogida por el tribunal a-quo, poniendo dice, en desigualdad de condiciones al Ministerio Público y violando el art. 12 del Cód. Pdto. Pen., así como el art. 180 de la C.P.E., el debido proceso e igualdad de las parte ante el juez.

Alega, que pese a haber el Ministerio Público advertido de esa posibilidad, planteado minutos después el incidente de exclusión probatoria de ese dictamen y el Tribunal de Sentencia lo hubiera declarado infundado y dispuso la introducción al juicio signándolo como legajo B; asimismo, el tribunal a-quo, hubiera manifestado en su Resolución, que el Ministerio Público en la audiencia conclusiva no hubiera planteado incidente de exclusión probatoria donde debió sanearse la prueba, pero que a criterio del ahora apelante, ¿Cómo iba a plantear el Ministerio Público exclusión probatoria en la audiencia conclusiva si la defensa no habría presentado físicamente ninguna prueba?.

Que en una segunda oportunidad el abogado del acusado hubiera solicitado la incorporación de su prueba documental por ellos de la 1 a la 8, y son los jueces del tribunal quienes le exhortan para que lo presente de manera debidamente; instante en la que el fiscal hubiera planteado un nuevo incidente de exclusión probatoria de esa prueba, pero se la resolvería mediante Auto Interlocutorio N° 328/2015, se declara infundado, disponiendo por segunda vez la introducción de la prueba P1 a P8 de la defensa.

Alega que no se debería permitir se sentara como base o líneas para otros juicios en los que intervenga el mismo Tribunal de Sentencia que la defensa no se avenga a la normativa procesal penal y presente sus pruebas de manera extemporánea como hubiera ocurrido en el presente caso, razón por la que pide que corrija la actitud permisiva y anómala procedimiento que violarían las disposiciones legales citadas precedentemente.

Petitorio: En mérito a los antecedentes de orden legal y factico, solicita que la apelación sea declarada admisible y por tanto se revoque los autos apelados, asimismo se evoque la sentencia y se disponga el juicio de reenvió.

CONSIDERANDO: Que reducidos en los términos precedentemente señalados que hace a los motivos de la apelación restringida corresponde por este tribunal de alzada resolver los mismos en su orden.

I. Primer Motivo. La representación fiscal acusa en este motivo recursivo, inobservancia de la ley sustantiva en su primero presupuesto referido a la errónea calificación de los hechos (tipicidad), al sostener la sentencia, en el delito de tráfico de sustancias controladas, tiene como elemento esencial su venta o comercialización de una de las formas establecidas en el art. 33-m) de la L. N° 1008, conclusiones que se hallan fuera del contexto jurisprudencial desarrollados mediante autos supremos (Citados en el memorial recursivo), ya que no es necesario sorprender al acusado en pleno acto de venta sino que la sola posesión dolosa o el hecho de adquirir es calificado en este tipo penal y no en lo invocado en el art. 49 de la meritada ley calificado por el tribunal de juicio como consumo y tenencia para el consumo.

Ahora bien, tomando en cuenta que el recurso de apelación restringida es un asunto de puro derecho, corresponde al órgano jurisdiccional constituirse en controlador de la garantía del debido proceso; en ese contexto y examinado por este tribunal de alzada la sentencia confutada, lo que en realidad cuestiona la entidad recurrente, es que el tribunal de juicio habría inobservado la aplicación de la norma contenida en el art. 48 de la L. N° 1008 con relación al art. 33-m) ya que no es necesario sorprender al acusado en pleno acto de venta de la sustancia que le fue encontrado en posesión dolosa y trasladado en su vehículo desde la zona del Reloj hasta la altura del Colegio Serrano recorriendo caso un kilómetro. Empero, ello no resulta evidente, por cuanto en primer lugar la norma en cuestión, ha merecido su consideración doctrinaria y legal poniendo en el análisis ambas tesis sostenidas tanto por el acusador público como por la defensa del acusado, en base a la facultad conferida por ley respecto a libre valoración de las pruebas y la sana crítica y probados que le fueron los hechos así como el iura novit curia, sin ocasionar indefensión en el acusado, ha llegado al convencimiento lo que tiene expuesto en los 3 últimos párrafos de la conclusión Segunda que en su partes pertinentes señala: "... empero, no ha demostrado con prueba idóneas alguna si evidentemente el acusado se encontraba transportando de un lugar a otro con el fin de vender o comercializar la sustancia controlada a terceras personas..." Entonces, aquí el verbo rector que comprendió el tribunal es el relativo a la venta a terceras personas; que si bien se dice que al momento de la aprehensión el acusado hubiere manifestado que la sustancia estaba destinado para ser entregado a alguien, sin embargo solo se trata de la declaración del imputado que luego fue desmentido ni tampoco ha sido demostrado que esa primera versión así sea tal como también refiere la propia sentencia. De otro lado, la sentencia y sobre la base del Dictamen Pericial (MP-13) ha establecido la presencia de metabolitos de marihuana, pero también sugirió -el dictamen- consumo de marihuana, revalidado con declaraciones y pericias al sostener: "... el acusado con la prueba aportada consistente en las declaraciones testimoniales, así como del Dictamen Pericial emitido por el Dr. Álvaro Rivera Céspedes, la pericia efectuada por el Dr. René Arce Balcázar, se demuestra que su persona padece de una adicción o dependencia a la marihuana y cocaína, adicción originada hace mucho tiempo atrás por problemas de índole familiar y las malas compañías, aspecto también corroborado por la declaración del acusado". Entonces, las tesis apostadas al debate han sido advertidas por el Tribunal de juicio determinando porqué considera que el delito de Tráfico de Sustancias Controladas no se acomoda a la conducta del inculcado, sino más bien al de Consumo y tenencia para el Consumo en base a los acontecimientos de los hechos punibles. En ése sentido, este primer motivo debe ser declarado improcedente.

II.- Motivo Segundo. Por otro lado, denuncia incongruencia entre la acusación y la sentencia, por cuanto el Ministerio Público acusó por el delito inserto en el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008; empero, el tribunal terminó condenando por el delito incurso en el art. 49 de la indicada ley en franca violación al art. 362 de la Ley Adjetiva Penal.

La congruencia, constituye otro de los principios que forma parte del debido proceso que debe ser observada desde la etapa preparatoria hasta el juicio penal. De acuerdo al art. 342 del Cód. Pdto. Pen., el juicio penal se debe realizar en base a la acusación y no es permitido que el juez o tribunal, de manera oficiosa se exceda de los límites señalados en la norma, sin ingresar a consideraciones ultra y extra petitas por ser ajenas a la Litis; es decir la propia norma antes citada, señala en su tercer párrafo: "En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir juicio sino existe, al menos una acusación. En autos, no se dice por el apelante, que el tribunal de juicio para llegar a condenar al acusado por el delito sancionado en el art. 49 y no por el previsto en el art. 48 ambos de la L. N° 1008, lo hubiera hecho en base a hechos que no fueron incorporados en la acusación fiscal,

sino que se limitó en señalar que se hubiera vulnerado el art. 362 del Cód. Pdto. Pen., con relación al tipo penal acusado y que el tribunal terminó condenando por otro tipo penal. Por consiguiente, habiéndose ya desarrollado ampliamente al resolver el primer motivo de la presenta apelación por el cual la sentencia explica los fundamentos por el cual llega al convencimiento de la condena por un tipo penal distinto en base a la relación fáctica de los hechos acusados, este segundo motivo de la apelación es también improcedente.

III.- Tercer motivo. Al amparo del art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., el recurrente acusa insuficiente fundamentación de la sentencia, por cuanto del informe pericial hacía imposible que el encausado consumiera en 24 hrs., marihuana y de dos declaraciones testificales se ha comprobado que la marihuana ha sido encontrada en dos envoltorios de papel, trasladada de un lugar a otro en un vehículo y por lo tanto el acusado acomodó su conducta en tres verbos rectores del delito como son, posesión dolosa, transportar con la finalidad de comercializar y comprar, pues la sustancia tuvo previamente haber adquirido de alguien; sin embargo, a todo esto la sentencia concluyó que el Ministerio Público no demostró que el acusado haya cometido el delito de tráfico, lo que en criterio del apelante esto resulta falso.

El apelante, acudiendo al informe pericial y dos declaraciones testificales que a su criterio harían que la conducta del inculcado se acomoda al de tráfico de sustancias controladas, en el fondo pretende que este tribunal ingrese a revalorizar pruebas, situación que se halla prohibido en apelación restringida. Por otro lado, si bien la fundamentación conforme señala la doctrina, debe responder a la correlación lógica que debe existir entre la acusación, las pruebas esenciales y la sentencia; empero también la fundamentación debe ser fáctica, probatoria, descriptiva y jurídica, lo que en el caso de autos, no se alega en la apelación en alguna de cuales vertientes o cual lo irrazonable que resulta el fundamento expuesta en la sentencia. Al contrario, como ya se reiteró precedentemente, el Tribunal de Sentencia ha consignado ha tomado en cuenta los hechos debatidos en audiencia de juicio, analizando las pruebas de cargo y descargo incorporados a juicio, guardando coherencia entre la parte considerativa y resolutive respaldadas con doctrina, jurisprudencia y normas adjetivas como también sustantivas. En tal sentido, este tercer motivo es también improcedente.

IV.- Cuarto motivo. Reclama que la sentencia recurrida se halla basada en valoración defectuosa de la prueba PD 16 del informe en conclusiones (cuarta conclusión), toda vez que la marihuana encontrada en una cantidad de 20 gramos en diferentes envoltorios en el vehículo conducido por el acusado, no es para el consumo, sino que era para la venta, así ha sido demostrado por la experiencia de muchos años por funcionarios antinarcóticos, así como la prueba pericial que resultó la presencia de metabolitos de marihuana y cocaína respectivamente.

Una vez más, se pretende el cuestionamiento está orientado a la valoración de la prueba que el tribunal la hubiere efectuado de manera defectuosa. Cuando se tacha de defectuosa valoración de la prueba, esto importa infringir el art. 173 de la Ley Adjetiva Penal concordante con los arts. 167, 171 y 172 de la meritada ley; de tal manera, constituye parte de la fundamentación la valoración objetiva, lógica y razonable de los medios de prueba esenciales producidas y judicializadas en juicio. En autos, si bien el recurso de apelación restringida es el medio para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de las normas sustantivas y no para revalorizar pruebas cuya atribución es privativa del tribunal de juicio que en forma directa reciben la producción de prueba y determinan los hechos poniendo en práctica los principios que rigen la materia que se ven plasmados en sentencia con claridad, experiencia, conocimiento, legalidad y lógica que surge de la interacción contradictoria de las partes, esto es la sana crítica; únicamente en esa labor de comprensión, si se constatará por el de alzada que hubo incorrecta valoración de las pruebas se debe anular total o parcialmente la sentencia. En ese contexto, varias líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia, han establecido que corresponde al tribunal de alzada, verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano, analizando si la motivación es expresa, clara, emitida conforme a las reglas de la sana crítica, como son la lógica, la experiencia común y la psicología o que la motivación de la sentencia esté fundada en un hecho no cierto que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o contrario a la experiencia común (AA.SS. Nos. 214/2007 y 92/2013). En el presente caso, en el argumento de apelación del Ministerio Público, no se alega cuál de las reglas de la sana crítica precedentemente señaladas, han sido inobservadas por el tribunal de juicio al momento de pronunciar la sentencia confundida. De todas formas, ya se dijo al resolver el primer motivo desarrollado ampliamente en el presente auto de vista al que debe agregarse, que el tribunal de grado también tomó en cuenta las pruebas periciales que determinó la presencia de metabolitos de marihuana como de cocaína pero también sugirió que se trata de un consumidor; empero, por esa razón tampoco correspondía que este hecho quedara impune como reza la conclusión quinta de la Sentencia, si lo que se pretende es proteger la salud del acusado catalogada como consumidor que ponerlo en contacto junto a criminales que desviara de alguna forma su eficaz rehabilitación. Por lo que tampoco este cuarto motivo puede ser acogido.

V.- (Incidental). Finalmente, cuestiona en apelación incidental, los Autos Interlocutorios N° 319/2015 de 05 noviembre y N° 328/2015 de 13 de noviembre que declaró infundados los incidentes de exclusión probatoria respecto del informe pericial del Dr. Álvaro Rivera Céspedes, presentado extemporáneamente por el acusado recién en juicio, violando los arts. 340-111 y 343 del Cód. Pdto. Pen., lo cual pone en desigualdad de condiciones al Ministerio Público.

Examinado el acta de juicio, efectivamente constan a las págs. 11 y 16 los Autos Interlocutorios aludidos por el apelante que resuelven los incidentes de exclusión probatoria que derivó en declarar Infundados los incidentes; sin embargo, entre los fundamentos que destacan ambas resoluciones es el no haberse vulnerado en ningún momento el derecho a la igualdad procesal, por cuanto las pruebas de las que el Ministerio Público pretendía su exclusión fueron de conocimiento de dicho órgano, pues los originales se encontraron en su poder, por lo tanto no podía aducir desconocimiento. Por otro lado, aplicando principios doctrinales y jurisprudenciales de favorabilidad, derecho a la defensa amplia, la imposibilidad del acusado declarado rebelde, no le permitió oportunamente ofrecer pruebas, fundamentos razonables y sanos que sirvieron al tribunal de grado declarar Infundados ambos incidentes. Por consiguiente, la alegación traída en este reclamo por apelante, carece de mérito y también debe ser declarado improcedente.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la atribución prevista en el art. 51-2) del Cód. Pdto. Pen.; en mérito a los fundamentos expuestos y en aplicación de las disposiciones legales invocadas declara IMPROCEDENTES

los motivos de la apelación Restringida, así como también IMPROCEDENTE la apelación incidental formulada por Moisés Palma Salazar, representante del Ministerio Público.

La presente Resolución puede ser recurrida de casación en el plazo y la forma establecidos por el art. 417 de la L. N° 1970.

Vocal Relator: Dr. Iván Sandoval Fuentes.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Iván Sandoval Fuentes.- Sandra Molina.

Ante mí: Abg. Juan Jorge Caballero.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de agosto de 2016, cursante de fs. 206 a 207 vta., Moisés Palma Salazar en representación del Ministerio Público, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 243/16 de 29 de julio de 2016, de fs. 185 a 192, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los Vocales Iván Sandoval Fuentes y Sandra Molina, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Walter Fernando Arce Sandoval, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al 33-m), ambos de la L.R.C.S.C., (L. N° 1008).

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 4/2016 de 01 de marzo (fs. 124 a 137), el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Chuquisaca, declaró a Wálter Fernando Arce Sandoval, autor del delito de Consumo y Tenencia para el Consumo, disponiendo como medida de seguridad su rehabilitación ambulatoria a partir de la ejecutoria de la citada Sentencia, por el tiempo que considere necesario el médico especialista; asimismo, lo absolvió de pena y culpa de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 en relación al 33-m) de la L. N° 1008.

Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida (fs. 143 a 152), resuelto por A.V. N° 243/016 de 29 de julio de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que declaró improcedentes los recursos de apelación restringida e incidental formulados por el fiscal, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 774/2016-RA de 10 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la LÓJ.

El recurrente denuncia que la fundamentación del auto de vista recurrido, en sentido de que el verbo rector para la configuración del delito de tráfico de sustancias controladas sería la venta a terceras personas y no la actitud de vender, sería contraria al A.S. N° 612/2015-RRC-L de 07 de octubre.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se declare fundado el presente recurso de casación, se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se disponga que se pronuncie uno nuevo conforme a la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 774/2016-RA de 10 de octubre, cursante de fs. 214-215 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por Moisés Palma Salazar, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 4/2016 de 01 de marzo, el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Walter Fernando Arce Sandoval, absuelto de pena y culpa de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado en los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008; asimismo, al haberse acreditado durante el debate que la conducta del acusado se subsume a la previsión contenida en el art. 49 de la L. N° 1008, lo declaró culpable del delito de consumo y tenencia para consumo, disponiéndose como medida de seguridad la rehabilitación ambulatoria, a partir de la ejecutoria de la sentencia por el tiempo necesario que considere el médico especialista, al haber arribado entre sus conclusiones que de acuerdo a la acusación fiscal el 01 de septiembre de 2011 a hrs. 13:30, en la calle Destacamento N° 317 se detuvo a un vehículo automóvil de color blanco sospechoso, con placa de control 1658 CZI, que al identificarse los funcionarios de la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN), el conductor se puso muy nervioso, por lo que fue conducido a dependencias de la FELCN, donde en presencia del fiscal se realizó su requisita personal, encontrándose un llavero, que de la requisita al vehículo se encontró en el compartimiento de la puerta al lado izquierdo del conductor, dos envoltorios de papel periódico conteniendo una sustancia verduzca que sometida a la prueba de campo de narco test dio positivo para marihuana con un peso de 20

gramos; así también, se encontró un envoltorio pequeño de papel bond doblado tipo boticario con una sustancia blanquecina que dio positivo para cocaína el cual no arrojó peso.

La tesis sostenida por el Ministerio Público respecto al hecho descrito, consiste en que de las evidencias e investigaciones realizadas en la etapa preparatoria, le brindan la certeza de que el acusado es autor del delito de tráfico de sustancias controladas, contraria a esta tesis, la defensa sostenía que el acusado no niega haber tenido en su posesión los dos sobres de marihuana y un de cocaína, pero afirma que eran para su consumo advirtiendo que es adicto o dependiente desde sus dieciséis años, por problemas familiares debido a la separación de sus padres y por las malas amistades que habría adquirido las sustancias por intermediaciones del reloj y que en el momento que fue interceptado se dirigía a un lugar alejado para consumirlas.

El a quo concluye de la valoración de la prueba y para efectuar la subsunción del hecho al tipo penal adecuado dentro del marco del principio iura novit curia al corresponder a la misma familia de delitos y no resultar la modificación más gravosa al imputado, de modo que no se genere indefensión, que la conducta del imputado se subsume al delito de consumo y tenencia para el consumo de sustancias controladas mas no al de tráfico de sustancias controladas, que le ha generado duda razonable; por cuanto, las cantidades halladas en el vehículo, eran las que por el tiempo de su consumo necesitaba para su satisfacción de adicción, de acuerdo a la prueba pericial de descargo, corroborada por el testigo Alvaro Rivera, quien refiere que una persona consumidora necesita entre 10 a 15 gramos por día, de lo que se infiere que la marihuana y cocaína encontradas en su motorizado estarían destinadas a su consumo y no a la comercialización, al no haberse establecido con meridiana claridad cual la acción del acusado para subsumirse al tipo acusado.

II.2. De la apelación restringida del Ministerio Público.

Moisés Palma Salazar, Fiscal de Materia de sustancias controladas, interpuso recurso de apelación restringida, señalando en síntesis que: i) Existe inobservancia de la ley sustantiva en su primer presupuesto referido a la errónea calificación de los hechos (tipicidad), afirmando que el a quo aplicó de manera errónea la ley sustantiva penal contenida en el art. 49 de la L. N° 1008, ya que de acuerdo a la prueba, se habría demostrado que el acusado incurrió en el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, al haber sido encontrado flagrantemente en posesión dolosa de 20 gramos de marihuana y otra cantidad de cocaína que no arrojó peso, almacenados en su vehículo; ii) Denuncia que existe incongruencia entre la acusación y la sentencia [inc. 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.] afirmando que el imputado fue acusado por el delito de tráfico de sustancias controladas; sin embargo, fue absuelto de pena y culpa por ese delito y se lo encontró culpable del delito de consumo y tenencia para el consumo; iii) También arguye que la sentencia contiene una fundamentación insuficiente incurriendo en el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., aduciendo que sólo 11 líneas de la sentencia constituyen los únicos ejercicios de motivación y fundamentación; puesto que, lo demás sería doctrina y artículos cortados y pegados en las conclusiones; puesto que, si es evidente que se hubiera comprobado que la marihuana encontrada en dos envoltorios de papel estaría siendo llevada a otras personas, por lo que fue acusado por el delito de tráfico al estar en posesión dolosa aspecto inobservado por el A quo; iv) Afirma que la sentencia está basada en valoración defectuosa de la prueba, incurriendo en la causal del inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; por cuanto, de la documental de 01 de septiembre de 2011, el acusado fue sorprendido por efectivos antinarcóticos en el momento en que trasladaba de un lugar a otro marihuana fraccionada en el interior de su vehículo que conducía, que no era para su propio consumo, sino para la entrega a otra persona y la sentencia absolutoria se basa en la declaración del acusado, que refiere que podría consumir de 10, 12 o 15 gramos por día, declaración que indica no tendría fe probatoria porque pudo mentir; en consecuencia, la valoración a favor del acusado habría sido parcializada y sesgada, advirtiendo también que debió valorarse en forma conjunta de acuerdo a las reglas de la sana critica; y, v) Asimismo, apeló de los Autos Interlocutorios 319/2015 de 05 de noviembre y 328/2015 de 13 de noviembre, por infracción de los arts. 180 de la C.P.E., y 12, 340 y 343 del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, emitió el auto de vista impugnado, por el que declara improcedentes los motivos de la apelación restringida y de la apelación incidental, al haber señalado entre sus conclusiones: i) En cuanto al primer motivo, señala que el tribunal a quo consideró el art. 48-m) del art. 33 de la L. N° 1008; puesto que, analizó ambas tesis sostenidas por las partes en base a la facultad establecida por ley respecto a la libre valoración de las pruebas y la sana crítica y probados que le fueron los hechos, así como el iura novit curia sin ocasionar indefensión en el acusado, llegando al convencimiento de lo que expuso en los tres últimos párrafos de la Conclusión Segunda que en su parte pertinente señala que no se demostró con prueba idónea, si el acusado se encontraba transportando para vender o comercializar, entonces aquí el verbo rector que comprendió el tribunal es el relativo a la venta a terceras personas, que si bien se dice que al momento de la aprehensión el acusado hubiere manifestado que la sustancia estaba destinada para ser entregada a alguien; sin embargo, sólo se trató de la declaración del imputado que luego fue desmentida, de otro lado la sentencia también considera el dictamen fiscal (MP-13), que estableció la presencia de metabolitos de marihuana; pero, también sugirió el consumo revalidado con declaraciones y pericias, por lo que el ad quem considera que las tesis de las partes fueron advertidas por el tribunal de juicio que manifestó el por qué el delito de tráfico de sustancias controladas no se acomoda a la conducta del acusado sino al de consumo y tenencia para el consumo en base a los hechos facticos sucedidos, ii) Respecto al segundo motivo, el Tribunal ad quem señaló que el apelante se limitó a indicar la infracción al art. 362 del Cód. Pdto. Pen., con relación al tipo penal acusado y que el tribunal terminó condenando por otro tipo penal; aspecto que, fue desarrollado en el primer motivo de la alzada reiterando que la sentencia explica los fundamentos por los cuales llegó al convencimiento de la condena por un tipo penal distinto; iii) Respecto al tercer motivo, el tribunal de alzada considera que el apelante acudiendo al informe pericial y dos declaraciones testificales, que a su criterio harían que la conducta del inculcado se acomode al de tráfico de sustancias controladas, en el fondo pretende según el tribunal de alzada, se ingrese a revalorizar pruebas; aspecto que, le es prohibido advirtiendo que si bien la fundamentación conforme señala la doctrina, debe responder a la correlación lógica que debe existir entre la acusación, las pruebas esenciales y la sentencia; empero, también la fundamentación debe ser fáctica, probatoria, descriptiva y jurídica, lo que en el caso de autos no se alega en la alzada, ya que al contrario, el a quo tomó en cuenta los hechos debatidos en audiencia de juicio, analizando las pruebas, guardando coherencia entre la parte considerativa y resolutive respaldadas con doctrina, jurisprudencia y normas

adjetivas como también sustantivas; iv) En cuanto al cuarto motivo, señala que una vez más se pretende el cuestionamiento orientado a la valoración de la prueba, que el A quo hubiere efectuado de manera defectuosa e indica que si bien el recurso de apelación es el medio para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de las normas sustantivas, más no para revalorizar prueba, que únicamente de constatar que hubo incorrecta valoración de las pruebas, se debe anular total o parcialmente la sentencia, correspondiéndole verificar si el iter lógico, expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas de la sana crítica como son la lógica, la experiencia común y la psicología o que la motivación de la sentencia esté fundada en un hecho no cierto, que enfoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia común; empero, en el presente caso observa que no se señaló cuál de las reglas de la sana crítica fueron inobservadas por el A quo a momento de dictar sentencia, ya que se tomó en cuenta las pruebas periciales que determinó al presencia de metabolitos de marihuana como de cocaína, pero también sugirió que se trata de un consumidor, que por esa razón tampoco correspondía que el hecho quede impune, ya que de acuerdo a lo expuesto en la conclusión quinta de la sentencia, se pretende proteger la salud del acusado catalogada como consumidor que ponerlo en contacto junto a criminales que desviará su eficaz rehabilitación.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado.

En el caso presente, el recurrente denuncia que el auto de vista impugnado, es erróneo al considerar que el verbo rector para la configuración del delito de tráfico de sustancias controladas, sería la venta a terceras personas; a cuyo efecto, invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 612/2015-RRC-L de 07 de octubre, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. El principio iura novit curia.

El principio iura novit curia adoptado por los países que tienen un sistema procesal penal oral y contradictorio, como Costa Rica, Chile, Venezuela, Bolivia entre otros, es un principio de derecho procesal por el que se entiende que “el juez conoce el derecho aplicable”; y por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. Este principio se encuentra relacionado con la máxima “dame los hechos, yo te daré el derecho”, que se entiende como “da mihi factum, Tibi Dabo ius”, o “narra mihi factum, narro tibi ius”, reservándole al juzgador el derecho y a las partes los hechos.

Respecto al citado principio, Creus sostiene: “el principio de congruencia refiere a los ‘hechos’ no a su calificación jurídica, por eso el Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta” (CREUS Carlos, Derecho Procesal Penal, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p.117.), de lo que se entiende que en aplicación del citado principio, las partes deben limitarse a probar los hechos sometidos a litigio, sin que el juzgador, necesariamente deba adecuar la conducta al tipo penal acusado, sino al quedar vinculado a los hechos probados y ante la evidencia de que ellos no se ajustan a la pretensión jurídica, en aplicación de este principio, puede cambiar la calificación jurídica, con la finalidad de adecuar los hechos probados a la normativa legal que corresponda, máxime si la modificación es favorable al imputado.

De la normativa y doctrina citada en los acápites precedentes, se tiene que este principio procesal, es aplicable en Bolivia, teniendo como exigencia que el juzgador bajo ningún aspecto puede modificar, suprimir ni incluir hechos que no hubieren sido parte del pliego acusatorio, debiendo emitir resolución sobre la base fáctica probada en juicio.

Sobre la temática, el A.S. N° 239/2012-RRC de 03 de octubre, estableció la siguiente doctrina legal aplicable: “Los jueces y tribunales deben considerar que el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal frente al derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El ‘principio de congruencia o coherencia entre acusación y sentencia’ implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.” (Las negrillas son nuestras). En el mismo sentido se pronunció el A.S. N° 166/2012-RRC de 20 julio.

Entonces, se deja asentado una vez más que, la facultad de modificar la calificación jurídica, otorgada al juzgador, conocida como principio iura novit curia, no significa infracción al principio de congruencia, como ya fue explicado, pues el primero únicamente tiene como límite el hecho acusado y el segundo, a partir de la comprobación del hecho acusado, y la convicción adquirida por el tribunal de la existencia del hecho, la participación del imputado y su culpabilidad, permite la subsunción al tipo penal adecuado, con las limitantes ya especificadas; es decir, que el juzgador debe emitir sentencia sobre la base fáctica acusada y comprobada y que la nueva tipificación tenga el mismo objeto de protección jurídica que el delito acusado.

III.2. La labor de subsunción penal y su control por el tribunal de alzada.

Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al Juez o Tribunal de Sentencia, resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3) del Cód. Pdto. Pen. En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una labor lógica del aplicador, para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el hecho probado, y la segunda, una vez conocido el hecho, se ocupa de la labor de subsunción del mismo en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la denomina juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de

la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la sentencia se justifique objetivamente; además, de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Sólo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno, no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad, por lo que la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del Juez, pero carentes de todo sustento probatorio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el Juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al Tribunal de apelación.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica. Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, los Jueces o Tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero, también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el Jueza que efectuó una adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.3. Del precedente invocado y análisis del caso concreto.

Con relación al planteamiento efectuado en casación referido a que el auto de vista impugnado, erradamente considera como verbo rector para la configuración del delito de tráfico de sustancias controladas, la venta a terceras personas, cuando en realidad la sola posesión dolosa o el solo hecho de adquirir, acorde a los antecedentes de cada caso se califica como tráfico; el Ministerio Público, invocó en calidad de precedente el A.S. N° 612/2015 de 07 de octubre, dictado dentro de un proceso penal seguido por el delito de tráfico de sustancias controladas, donde inicialmente se dictó sentencia condenatoria, apelada que fue, por auto de vista se ordenó el reenvío de la causa, fallo que fue dejado sin efecto a raíz de que: 1) Incumplió las directrices establecidas por la doctrina legal aplicable, en cuanto a: i) no se tomó en cuenta la eficacia ni la incidencia; ii) Que estaba plenamente identificada la responsabilidad de la imputada; iii) La denuncia en apelación sólo apuntaba a la cantidad; iv) Las premisas no fueron cumplidas; v) La cantidad no determina el cambio de tipo penal ni su absolucón; y, 2) Currió en revalorización de la prueba; consiguientemente, se advierte que la problemática dilucidada en el precedente invocado que antecede, no responde al mismo hecho fáctico motivo de casación, donde se discute la utilización del verbo rector del delito de tráfico de sustancias controladas; aspecto que resulta disímil con el precedente señalado.

No obstante, de ello se debe tener presente que en el caso de autos, mediante sentencia acudiendo al principio *iura novit curia*, el Tribunal de Sentencia, cambió la calificación del delito de tráfico de sustancias controladas al de consumo y tenencia para consumo, en razón a toda la prueba disgregada en la causa, al no demostrarse la presencia de los elementos constitutivos del delito de tráfico de sustancias controladas, subsumiendo la conducta del acusado en la nueva calificación del ilícito, por el que fue condenado en consideración a la acreditación de la posesión de 20 gramos de marihuana y residuos de cocaína en mínima cantidad (motivo por el cual no arrojó ningún peso) por el acusado y el padecimiento del imputado a una adicción o dependencia a la marihuana y cocaína, originado por problemas familiares y malas compañías; consecuentemente, resulta insuficiente el señalar que en todos los procesos por el delito de tráfico de sustancias controladas, no es necesario sorprender al acusado en pleno acto de venta de la sustancias controladas, como sostiene el impetrante en su recurso de casación a los fines de dejar sin efecto el auto de vista impugnado, considerando que si bien el tribunal de alzada indica que el verbo rector que comprendió el tribunal a quo, es el relativo a la venta a terceras personas, no fue el único argumento que esbozó a momento de responder a uno de los puntos apelados; puesto que, hizo denotar al apelante que el tribunal de juicio analizó las tesis alegadas por ambas partes en base a la facultad establecida por ley, respecto a libre valoración de las pruebas y la sana crítica y probados que le fueron los hechos así como el *iura novit curia*, sin ocasionar indefensión en el acusado y que no se demostró con prueba idónea, si el acusado se encontraba transportando sustancias controladas para vender o comercializar, a tiempo de destacar que la sentencia y sobre la base de un dictamen pericial se estableció la presencia de metabolitos de marihuana, pero también sugirió el consumo de la referida sustancia revalidado con declaraciones y pericias, razones por las que su conducta no se acomodó a la acusación inicialmente planteada; por consiguiente, el auto de vista impugnado no es contradictorio con el precedente invocado, habiéndose observado por el contrario el cumplimiento de los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., por lo que el recurso de casación resulta infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Moisés Palma Salazar en representación del Ministerio Público.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



210

Ministerio Público c/ Simón Jhonny Dorado Baspineiro y otros
Tráfico de Sustancias Controladas y otro
Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 24 de agosto de 2016, cursante de fs. 672 a 675 vta., Moisés Palma Salazar, Fiscal de Materia de sustancias controladas, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 259/2016 de 15 de agosto, de fs. 647 a 661, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los Vocales Iván Sandoval Fuentes y Sandra Molina, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Simón Jhonny Dorado Baspineiro, Jaime Tango Callejas y Vanessa Quiroga Avalos, por la presunta comisión de los delitos de tráfico de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, previstos y sancionados por los arts. 48 con relación al 33-m) y 53 de la L.R.C.S.C. (L. N° 1008).

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) A la solicitud de procedimiento abreviado, el Tribunal Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, por Sentencia N° 13/2015 de 04 de marzo (fs. 252 a 255), declaró a Jaime Tango Callejas, autor de la comisión de los delitos de Tráfico de Sustancias Controladas, Asociación Delictuosa y Confabulación, previstos y sancionados por los arts. 48 con relación al 33-m) y 53 ambos de la L. N° 1008, imponiendo la pena de diez años de presidio, más multa de diez mil días a razón de Bs 1.- por día, más costas, daños y perjuicios a ser calificados en ejecución de Sentencia. Asimismo, por Sentencia 45/2015 de 4 de agosto (fs. 468 a 497), el citado tribunal declaró a Simón Jhonny Dorado Baspineiro, absuelto de pena y culpa de los delitos de Tráfico de Sustancias Controladas, Asociación Delictuosa y Confabulación, tipificados por los arts. 48 con relación al 33-m) y el 53 de la L. N° 1008, disponiendo la cesación de las medidas cautelares de carácter personal y real impuestas en su contra.

b) Contra la Sentencia N° 45/2015 de 04 de agosto, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida (fs. 555 a 563), que previo memorial de subsanación (fs. 592 a 594), fue resuelto por el A.V. N° 433/2015 de 24 de noviembre (fs. 598 a 607 vta.), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril (fs. 633 a 641); en cuyo mérito, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, dictó el A.V. N° 259/2016 de 15 de agosto (fs. 647 a 661), que declaró improcedentes los motivos primero y segundo del citado recurso y confirmó la sentencia apelada, motivando la formulación del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del recurso de casación y del A.S. N° 805/2016-RA de 17 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el auto de vista recurrido, no aplicó los razonamientos y doctrina legal aplicable establecida en el A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril, emitido en la presente causa en vulneración al debido proceso en su vertiente de legalidad, así como de los principios de igualdad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, indicando que el Tribunal de apelación no ejerció el control de la valoración de la prueba, a efectos de constatar si se ajustan a las reglas de la sana crítica, permitiendo que primen criterios ajenos al desfile probatorio, que no son emergentes de la lógica y experiencia de los jueces: "al vincular que la cantidad de cocaína, debe estar acompañada de un cierto riesgo", para determinar la existencia del delito de tráfico, criterio que en el planteamiento del recurrente fue superado por el señalado A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril, en sentido que el riesgo en materia de sustancias controladas, se presentaría desde el momento en que el acusado es encontrado en posesión dolosa de cocaína dispersada en los asientos del motorizado. Además, refiere que las pruebas signadas como: PD 62, 63 y 64, demostraron que el acusado adecuó su conducta al tipo penal de tráfico y que la prueba PD 23 que acreditó que la persona que entregaba y vendía cocaína era el acusado, situación que estaría corroborada por las testificales de Pedro Albis, Karla Rejas, Walter Ramos y Mauricio Cuellar, a cuyo efecto cita como precedente contradictorio el A.S. N°104/2015-RRC de 12 de febrero.

I.1.2. Petitorio.

El representante del Ministerio Público solicita se declare fundado su recurso y se deje sin efecto el auto de vista recurrido, disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca pronuncie nueva resolución.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 805/2016-RA de 17 de octubre, cursante de fs. 681 a 682 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 13/2015 de 04 de marzo, el Tribunal Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, a solicitud de procedimiento abreviado, declaró a Jaime Tango Callejas autor de la comisión de los delitos de tráfico de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, imponiendo la pena de diez años de presidio, más multa de diez mil días a razón de Bs 1.- por día, más costas, daños y perjuicios calificables en ejecución de sentencia.

Asimismo, por Sentencia N° 45/2015 de 04 de agosto, el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Simón Jhonny Dorado Baspineiro, absuelto de pena y culpa de los delitos de tráfico de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, disponiendo la cesación de las medidas cautelares de carácter personal y real impuestas en su contra, bajo los siguientes fundamentos:

Bajo el título fundamentación fáctica del caso, arguyó que la acusación fiscal señaló que una señora habría denunciado a viva voz, que el mayor traficante de Sucre sería Simón Dorado, información que al ser procesada dio inicio a las investigaciones en contra del imputado y coautores, la policía realizó seis allanamientos de domicilios debidamente autorizados, encontrando en el inmueble N° 5 a Jaime Tango Callejas, en cuyo registro se halló sustancias controladas con características a cocaína, siendo 12 envoltorios, 1 bolsa nylon y 1 en papel bond, haciendo un número de 14, sustancia que a la prueba de campo dio resultado positivo para cocaína, cuyo peso fue de 26 gramos. Posteriormente, a la altura de la calle Palmero frontis del inmueble N° 5 se encontraba estacionado el vehículo con placa de control 1505-GNS de propiedad de Simón Dorado, lugar donde con la intervención de la perito del IDIF Carmen Cuiza Campana, policía e imputado se abrió el vehículo en cuyo interior en la maletera, en la parte delante del conductor (realizado el micro aspirado) y de su acompañante, se encontraron residuos de una sustancia blanquecina que al ser sometida a la prueba de campo o narco test dio resultado positivo para cocaína, considerando que el imputado se transportaba a Sucre desde La Paz, lugar donde adquiría la droga, para luego comercializarla como refirió el imputado Jaime Tango, cuya prueba de ello es la sustancia encontrada en el vehículo.

En el apartado denominado conclusiones, señaló que de toda la producción de las pruebas de cargo y descargo, luego de una valoración individual, armónica y conjunta, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en el punto tercera concluye que: "de la tesis acusatoria del Ministerio Público, desarrollada dentro del juicio, se establece que el mismo funda su acusación en el hecho de que al haberse demostrado que el acusado realizó depósitos de dineros por intermedio de terceras personas a Elia Alave Martínez, quien a decir de la Fiscalía sería una persona que se dedica al tráfico de sustancias controladas, estos depósitos se realizaron con el fin de proveerse las sustancias controladas, para luego proceder al tráfico en esta ciudad, sosteniendo esta tesis en la declaración que hubiese presentado el co-acusado Jaime Tango Callejas (mismo que dentro del caso de autos se sometió a Procedimiento Abreviado), las documentales, evidencias y declaraciones testificales presentadas al efecto" (sic). Al ser este el hecho principal que acusa el Ministerio Público por el cual se comprobaría que el acusado se dedica al tráfico de sustancias controladas; pero, debe indicarse que la persona la cual acusó al imputado de ser el mayor traficante de Sucre no compareció a audiencia de juicio y debe preguntarse si es el mayor traficante de Sucre, porque en ninguno de los domicilios allanados en que habitaba el acusado se encontró sustancias controladas; asimismo, no se pudo probar la relación entre la propietaria de la cuenta que recibía depósitos con relación a los acusados; además, la declaración prestada por Jaime Tango Callejas en sentido, que quien le proveyó la sustancia controlada fuese Simón Dorado; pero, de la declaración prestada en juicio también se evidenció que el Ministerio Público le habría manifestado que si declaraba en contra del acusado Simón Dorado sería beneficiado con su libertad, lo cual creó dudas en la credibilidad de la afirmación. Por otro lado, producto del allanamiento se encontró una llave correspondiente al vehículo con placa de control 1505 GNS de propiedad del acusado Simón Dorado, en el que se realizó el micro aspirado correspondiente detectándose partículas o residuos de cocaína y clorhidrato de cocaína (prueba documental P.D. 62 y P.D. 64), "pero dentro de los alcances de la acusación como es el tráfico de sustancias controladas, no se ha señalado en qué proporción se ha encontrado esta sustancia es decir no se establecido a cuantos gramos asciende este hallazgo para poder establecer que evidentemente el acusado traficaría con sustancias controladas". Se ha señalado también que del análisis del flujo de llamadas correspondientes al acusado, se evidenciaría que esta mantendría comunicación con personas con antecedentes de narcotráfico, pero no se ha presentado prueba alguna que acredite ese extremo.

II.2. Del recurso de apelación restringida del representante del Ministerio Público.

Notificado el representante del Ministerio Público con la Sentencia N° 45/2015 de 04 de agosto, interpuso recurso de apelación restringida, denunciando: i) Inobservancia de los arts. 193, 194 y 171 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que al declarar el co-acusado Jaime Tango refiriendo que la sustancia controlada encontrada en su poder le fue entregado por Simón Dorado, se dio cumplimiento con los arts. 193 y 173 del Cód. Pdto. Pen., al decir la verdad de los hechos; sin embargo, cuando se realizó la valoración de la prueba la declaración citada no fue sometida a las reglas de la sana crítica, considerándola como irrelevante, sin tomar en cuenta que los testigos Karla Rejas, Pedro Albis, Mauricio Cuellar y Walter Ramos en juicio declararon que realizado el allanamiento en domicilio de Jaime Tango le escucharon mencionar que Simón Dorado le habría entregado la cocaína, cuando aún no estaba la fiscal Lorena Melean –mencionada por los Jueces- para influirle u obligarle a declarar de determinada forma, testificales que merecieron fe probatoria y que afianzaron el relato de Jaime Tango a contrario de lo

dicho por los juzgadores; y, ii) Valoración defectuosa de la prueba conforme establece el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, las pruebas PD 12 a PD 16, fueron declaradas de falta de relevancia al haber servido como elementos de prueba para la salida alternativa a la cual se acogió Jaime Tango, fragmentando la prueba de cargo del Ministerio Público; asimismo, la prueba PD 23 que son actas de reconocimiento de persona, que demuestran que Jaime Tango reconoció a Simón Dorado como la persona que le entregó la cocaína; empero, los juzgadores señalaron, que carecía de relevancia. Como las pruebas PD26, PD27, PD29, PD30, PD31, PD32, PD33, PD41, PD42, PD38, PD44, PD47, PD51, PD52, PD53, PD56, PD59, PD60, PD61, PD62, PD63, PD64, casi toda la prueba del Ministerio Público fue determinada como irrelevante, sin explicar si la prueba fue obtenida de manera ilícita, ilegal o violando derechos o garantías constitucionales, cuando se tiene acreditado que todas las pruebas se obtuvieron cumpliendo presupuestos y formalidades por lo que la defensa no solicitó su exclusión.

Además, respecto a las pruebas PD62, PD63 y PD64, el Tribunal señaló que merecían fe probatoria y era relevante; no obstante, concluyó de manera contradictoria cuando esas pruebas demostraron que Simón Dorado vendía cocaína a Jaime Tango, la última entregada dos días antes del hecho, que en el vehículo de Simón Dorado se encontró dos clases de cocaína, por lo que se evidenció que acomodó su conducta al delito de tráfico con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008; al respecto, invocó los A.S. N° 104/2015 de 12 de febrero, 134/2013 de 20 de mayo, 528/2014 de 07 de octubre, 130/2014 de 22 de abril y 91/2006 de 28 de marzo.

II.3. Del A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril.

Conforme a los datos del proceso, se advierte que la presente causa fue radicada anteriormente ante la Sala Penal de este tribunal, como emergencia del recurso de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público (fs. 614 a 615), impugnando el A.V. N° 433/2015 de 24 de noviembre (fs. 598 a 607 vta.) en el que acusó que el auto de vista entonces recurrido, incurrió en contradicción con las resoluciones judiciales invocadas; toda vez, que el tribunal de mérito señaló que las pruebas presentadas por la fiscalía merecían fe probatoria, donde a decir del recurrente las dos clases de cocaína encontrada en el vehículo demostró que Simón Dorado acomodó su conducta al delito de tráfico de sustancias controladas; sin embargo, el tribunal de alzada concluyó que los residuos encontrados en el vehículo de propiedad de Simón Dorado por sí solo no acreditaron la comisión del delito atribuido; como tampoco, habría considerado que el delito acusado es de carácter formal y no de resultado, por lo que lo que le resultó contraria la argumentación de ausencia de prueba, que acreditaría la culpabilidad del acusado restándole importancia a la declaración de Jaime Tango. Recurso, que inicialmente fue declarado admisible, mereciendo el pronunciamiento del A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril, que sobre las referidas denuncias constató: "el Tribunal de alzada no observo la doctrina legal aplicable en relación a que el tribunal de juicio debió cumplir en la emisión de su resolución con una correcta valoración de la prueba conforme establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en cumplimiento de las reglas de la sana crítica, como explicaremos más adelante; habiendo realizado simples afirmaciones genéricas de como el Tribunal de Sentencia se basó en distintos elementos probatorios en función de los principios de duda y favorabilidad, incumpliendo su función de controlar el iter lógico desplegado por los juzgados ante la denuncia interpuesta en apelación respecto a la mala valoración de la prueba, sin ingresar al contenido de lo motivado y expuesto en Sentencia para verificar si se dio o no cumplimiento a una debida motivación.

Así tenemos, en primer lugar que los vocales debieron considerar la denuncia efectuada en la apelación restringida, comprobando el eje principal del planteamiento apelatorio que fue, verificar si los elementos probatorios sometidos al procedimiento abreviado de Jaime Tango fueron también parte o considerados en el juicio en contra de Simón Dorado; ya que, el hecho investigado en el presente proceso fue la responsabilidad aunque personal pero ligada al tráfico de sustancias controladas, el cual emergió de la denuncia realizada por una persona en sentido que Simón Dorado sería el más grande narcotraficante de Sucre, a esto siguió los seis allanamientos, encontrándose en uno de los inmuebles a Jaime Tango quien tenía sustancias controladas, refiriendo que la persona la cual le entregó la cocaína fue el señor Simón Dorado, posteriormente se ubicó a este acusado y este junto a la perito y otros funcionarios policiales encontraron en su vehículo sustancias controladas en la baulera y en los dos asientos delanteros. Es, este hecho, el hilo conductor a dilucidar en juicio y que debe reflejar la Sentencia, aspecto fáctico que no puede existir de forma parcial, esto implica que, cuando se encontró a Jaime Tango con cocaína, ese elemento está íntimamente vinculado a Simón Dorado; toda vez, que seguidamente también se encontró sustancia controlada en el vehículo del acusado Simón Dorado. Entender, como razonan los Jueces que este hecho seguido de varias acciones son autónomas entre sí, es incurrir en una vulneración del debido proceso, ya que se investiga y procesa un hecho único y en este caso está conformado por dos momentos vitales –de ninguna manera excluyentes- en los que se encontró la sustancia controlada; entonces, este es el razonamiento que el Tribunal de apelación debe considerar ante el reclamo de que la valoración efectuada por los Jueces estuvo indebidamente valorada, al no tomarse en cuenta todos los elementos de prueba en conjunto para sancionar o no al acusado -ahora Simón Dorado-; esto en correspondencia a la debida motivación de las resoluciones previsto en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que los Jueces deben emitir sus resoluciones con la debida fundamentación en este caso vinculado a la correcta valoración de la prueba; en correspondencia, con las reglas de la sana crítica.

En segundo lugar, en relación a que no se demostró –según los jueces- la responsabilidad del acusado por dos razones; a) porque el testigo Jaime Tango realizó una declaración no creíble y b) porque la sustancia encontrada en el vehículo del imputado, que por sí solo no demostraría su culpabilidad, elementos avalados por el tribunal de apelación. Para analizar estos aspectos previamente debemos partir de lo aseverado por el Tribunal de Juicio sobre la tesis acusatoria del Ministerio Público el cual dentro del juicio se fundó en el hecho de haberse demostrado que el acusado realizó depósitos de dineros por intermedio de terceras personas a Elia Alave, quien se dedicaría al tráfico de sustancias controladas, para posteriormente el acusado proceder al tráfico en Sucre, lo cual no fue demostrado, al no encontrarse en ninguno de los allanamientos del domicilio donde habitaba el acusado ninguna cocaína y al haber emitido la fiscalía resolución de rechazo a favor de Elia Alave de quien se dijo que obtenía el dinero para luego proveer la droga a Simón Dorado; además, que la señora la cual denunció que el mayor traficante de droga era el acusado no compareció a juicio y la investigación en contra de ella fue rechazada; teniendo esta consideración de los Jueces, se debe aclarar que el requerimiento acusatorio, sostuvo tanto en el pliego acusatorio como en el juicio oral una tesis distinta a la señalada por los Jueces; por cuanto, si bien hubo la denuncia en contra del acusado de ser el mayor traficante de la ciudad de Sucre y realizarse los allanamientos de domicilios, a esto se sumó que en uno de los allanamientos del inmueble N° 5 donde habitaba Jaime Tango se

encontró sustancias controladas (cocaína) las cuales fueron sometidos a la prueba de campo o narco test y a la prueba pericial resultando positivo para cocaína, este imputado acusó a Simón Dorado de ser quien le habría entregado la droga en varias ocasiones, por ello al darse con su paradero en compañía de funcionarios policiales y perito se dirigieron a su vehículo en el cual encontraron sustancias controladas con características similares a las que fueron halladas y secuestradas al primer imputado, esto se hizo mediante la prueba de campo o narco test y la técnica del micro aspirado confirmado con el análisis pericial que dio resultado positivo para cocaína; esta es la tesis central de la acusación a la cual se adhirió secundariamente aspectos como los depósitos efectuados y no la tesis que sostiene en Sentencia el Tribunal de Juicio, ya que avalar la afirmación de los Jueces significaría que cada tribunal de sentencia pueda construir a su entender una nueva acusación diferente a la emprendida por la fiscalía; ello implica una vulneración de las reglas de la sana crítica en su elemento de la lógica, teniendo la obligación de partir los Jueces de la tesis acusatoria planteada por el Ministerio público y no de lo que consideran como tal, como ocurrió en el presente caso.

Construida así, de manera errada el norte de la Sentencia por la consideración equivocada de cuál era la tesis acusatoria se puede establecer sobre a) la credibilidad o no de la declaración de Jaime Tango; un aspecto ilógico en el razonamiento desplegado por los juzgadores en torno a la declaración realizada por el testigo Jaime Tango, el que hubiere adolecido de credibilidad por haber estado comprometido la misma con la promesa que le hizo la fiscal, para quedar en libertad; ahora bien, este pensamiento es absurdo y no coincide con relación a los antecedentes y los elementos de prueba que fueron desplegados en juicio oral, ya que se comprueba que la Sentencia estableció como cierta, que el testigo Jaime Tango acusó al imputado Simón Dorado de haberle entregado la sustancia controlada, versión que se mantuvo latente a momento de: realizarse el allanamiento del inmueble N° 6 cuando el testigo Jaime Tango fue encontrado en posesión de cocaína, cuando ni siquiera fue sometido a la declaración o interrogatorio de parte del fiscal así se estableció por las declaraciones testificales de los partícipes en ese acto policial; en la declaración inicial ante la presencia de fiscal; en la presentación de memorial; y, finalmente en su declaración en la audiencia de juicio oral que fue posterior a la sentencia obtenida por la salida alternativa de procedimiento abreviado al cual se acogió voluntariamente; esto hace ver que la supuesta promesa que realizó no incidió en el hilo conductor de la declaración que es, que quien le entrego la cocaína habría sido Simón Dorado, elementos que no podrían los juzgadores en su análisis intelectual dejar de lado y tampoco de parte del tribunal de apelación quedar al margen del control del iter lógico que debió desplegar en relación a estos aspectos concernientes a la declaración del testigo; además, que no se consideró que varios fueron los testigos que escucharon (en la intervención policial cuando todavía no tuvo contacto con la fiscal en su declaración), de propia voz del acusado Jaime Tango que Simón Dorado le entregó la droga, declaraciones testificales ratificadas en juicio que fueron tomadas como creíbles por los juzgadores, entonces surge una ilogicidad en el razonamiento de los Jueces ya que por una parte afirman la credibilidad en las versiones de los testigos quienes escucharon de Jaime Tango quien fue la persona que le hubo entregado la cocaína, y al contrario le restan credibilidad al mismo testigo –Jaime Tango- por una supuesta promesa. Ante esta vulneración de las reglas de la sana crítica, el aspecto de la supuesta promesa no tiene asidero, más aun cuando la declaración en juicio oral se lo realizó después de haber sido sentenciado Jaime Tango a diez años de presidio por el delito de Tráfico de Sustancias Controladas, entonces mal pueden razonar los Jueces que la promesa de libertad sería sustento para seguir acusando a Simón Dorado.

En relación b) a los residuos de sustancias controladas encontradas en el vehículo perteneciente a Simón Dorado en la baulera y asiento del conductor y acompañante; el tribunal de alzada afirmó que el Tribunal de Juicio no determinó la existencia o su evidencia física y que por sí solo no podría acreditarse la comisión de los delitos; esta simple afirmación del Tribunal de alzada no puede considerarse haber realizado un correcto control del iter lógico desplegado por los Jueces, al no haber tomado en cuenta todo el escenario de los hechos y elementos acaecidos alrededor del razonamiento realizado por los juzgadores; así, se tiene que esta afirmación efectuada por el tribunal de juicio la efectuó de manera sesgada y excluyente ante el escenario completo del hecho principal de la tesis acusatoria la cual fue, que se denunció a Simón Dorado de ser un narcotraficante, por ello se procedió al allanamiento de varios domicilios en busca de su persona y droga, encontrándose en el inmueble 5 a Jaime Tango quien tenía en su domicilio cocaína, el cual señaló, que fue Simón Dorado quien le entregó dicha sustancia controlada, posteriormente se encontró al acusado y este junto a la policía y perito se dirigieron a su vehículo en cuyo interior se halló sustancias controladas; este es el escenario completo, la unidad de la tesis acusatoria a la cual puede integrarse otros elementos como las llamadas, deposito a cuentas y otros, entonces, cuando se controla el razonamiento de los jueces debe realizarse en ese ámbito y no solamente en una parte como ocurre en el presente caso.

Asimismo, el tribunal de sentencia para no considerar el hallazgo de la sustancia controlada en el vehículo como vinculante a un ilícito utilizó el argumento que "...dentro de los alcances de la acusación como es el tráfico de sustancias, no se ha señalado en qué proporción se ha encontrado esta sustancia es decir no se ha establecido a cuantos gramos asciende este hallazgo para poder establecer evidentemente el acusado traficaría con sustancias controladas. Criterio que afecta la simple lógica y verdad de los hechos acaecidos, que además fueron afirmados por el propio tribunal de sentencia; no pudiendo afirmar que se encontró sustancia controlada en tres lugares del vehículo de propiedad de Simón Dorado y luego referir que no se puede establecer que traficaría con sustancia controlada; vulnerando con ello el principio de contradicción; toda vez, que dos juicios contradictorios no pueden ser a un mismo tiempo verdaderos; entonces, no puede depender la absolución de un acusado de tráfico de sustancia controladas de esta contradicción e infracción de las reglas de la sana crítica; y menos el tribunal de apelación puede ratificar esta postura ilógica y carente de sustento legal, siendo una incorrecta valoración de la prueba que no fue controlado en su logicidad por los vocales. Así quedó establecido este entendimiento en el A.S. N° 504/2007 de 11 de octubre, que señaló: Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda.

El tribunal de sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los Tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología...”.

A esto se agrega, la ausencia de la supuesta cantidad de sustancia controlada, el cual derivaría en una absolución, fundamento incorrecto, ya que en el presente caso si bien la acusación no especifica la cantidad exacta de la sustancia controlada encontrada en el vehículo de Simón Dorado, pero debe tomarse en cuenta el principio de la verdad material establecido en el art. 180 de la C.P.E., considerando que la técnica utilizada como es el micro aspirado que consiste en la búsqueda de restos o residuos imperceptibles muchas veces para el ojo humano que son recolectados por los peritos, en este caso fue la Dra. Carmen Cuiza Campana, quien emitió un informe técnico que fue considerado en juicio oral y que dio un resultado positivo para cocaína; este es un hecho real, existente, y la no cuantificación en la acusación no puede significar la nulidad de esta realidad, ya que significaría que el volumen mayor o menor derive en delito y no es así, tal y como ha sido entendido por este Tribunal en el A.S N° 612/2015-RRC de 07 de octubre, al referir que "...La cantidad no determina el cambio de tipo penal ni su absolución, según la amplia doctrina legal de este Máximo Tribunal no es posible que un imputado al ser procesado por mayor o menor cantidad de sustancia controlada pueda determinarse su absolución o el cambio de tipo penal; así de la revisión de la L. N° 1008 se evidencia que sólo el art. 48 relativo al tráfico de sustancias controladas menciona sobre la mayor o menor cantidad de droga, en sentido que constituye una agravante el traficar en volúmenes mayores pero de ninguna manera el cambio de tipo penal; por ello se tiene procesos en los que fueron condenados por ilícito de tráfico de sustancias controladas al haberse practicado el proceso mediante la técnica del micro aspirado por la existencia de partículas de cocaína; al contrario de lo que opina el tribunal de apelación, conforme se establece en los A.S. N° 353/2013-RRC de diciembre de 2013 y 396/2014-RRC de 18 de agosto.

Por otra parte, las características necesarias y si se trata cuantificables se encuentran reflejadas en el informe pericial, solamente pudiendo considerarse la nulidad de una actuación como en el presente caso cuando no exista una comprobación pericial de la existencia de sustancia controlada, aspecto que no ocurrió; es decir, si se evidencio la existencia de la cocaína y dicha existencia fue demostrada y producida en juicio oral, y finalmente admitida en la sentencia como tal.

Ahora bien, dijimos que al ser considerado una unidad de hecho con distintos ámbitos actitudinales como son la droga encontrada en el domicilio de Jaime Tango y la cocaína encontrada en el vehículo de Simón Dorado, son elementos innegables, el primero fue condenado mediante salida alternativa; sin embargo, el segundo fue absuelto por un razonamiento ilógico de la consideración de lo que entendió el tribunal de Juicio como tesis acusatoria, y la supuesta inexistencia de gramos de cocaína en el vehículo señalado; aspectos que inciden en el resultado del proceso por una defectuosa valoración efectuada, vulnerando las reglas de la sana crítica en su elemento de principio de contradicción, derivando en una ausencia de la correcta fundamentación de una sentencia; lo cual significa una omisión de cumplimiento de los arts. 173 y 124 del Cód. Pdto. Pen.

Del análisis efectuado, este tribunal concluye respecto al presente recurso, que el Tribunal de alzada no observó la doctrina legal aplicable al no efectuar el control del iter lógico esgrimido por el tribunal de Juicio en la correcta valoración de la prueba; en consecuencia, se establece la existencia de contradicción entre el auto de vista impugnado con el precedente judicial invocado; por lo que, el presente recurso deviene como fundado”.

En base a los fundamentos precedentes, dejó sin efecto el auto de vista entonces recurrido, disponiendo se dicte uno nuevo, siguiendo la doctrina legal aplicable.

II.4. Del auto de vista ahora impugnado.

Como consecuencia del referido auto supremo, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca por auto de vista impugnado, declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto; en consecuencia, confirmó la Sentencia apelada, bajo los siguientes argumentos:

Respecto al primer motivo referido a la inobservancia de los arts. 193, 194 y 171 del Cód. Pdto. Pen.; de la prueba PD47 consistente en un memorial presentado por Jaime Tango Callejas, de 15 de mayo de 2013 a la que el tribunal de sentencia señala que carece de relevancia, habida cuenta que se refiere al acusado Jaime Tango Callejas, quien ya fue beneficiado con una salida alternativa de procedimiento abreviado con pena de 10 años de reclusión; de la testifical ofrecida por el Ministerio Público, consistente en la declaración de Jaime Tango Callejas resulta evidente el relato que hace el mismo, a partir de que el 27 de diciembre de 2012 allanaron su casa, entregó la cocaína al fiscal y funcionarios señalando que fue Simón Dorado el que le entregó para su consumo unas 3 veces a cambio de trabajo de mecánico y que la fiscal le ofreció libertad a cambio de declarar, le dijo que si declara en contra de Simón Dorado le daría libertad más rápido, la fiscal no ha cumplido sigue detenido, incluso la fiscal fue a Monteagudo y le pidió que declare eso, lo presionó, prueba que a criterio del Tribunal de Sentencia no merece fe probatoria en mérito a que el testigo no se expresó de manera espontánea, coherente no otorgando credibilidad a su relato porque lo aseverado se le indujo a señalar bajo beneficio de libertad por parte del Ministerio Público, creando serias dudas sobre los hechos manifestados que involucrarían al acusado Simón Jhonny Dorado Baspineiro; en las Conclusiones de la sentencia, el Tribunal hace en la primera una consideración de los principios rectores específicos del juicio oral como el acusatorio establecido que el juicio se abre sobre la base de la acusación fiscal, no pudiendo incluirse hechos no contemplados; en la segunda hace una consideración distintiva entre presunción de inocencia y el principio de duda que actúan como regla de la actividad probatoria y su complementación al menguar el ejercicio del poder punitivo a momento de emitir la Resolución con toque de humanidad, con consideraciones doctrinales sobre el beneficio de duda; en la conclusión tercera hace una consideración de la tesis acusatoria del Ministerio Público desarrollada en juicio estableciendo que el mismo funda su acusación en el hecho de haberse demostrado que el acusado realizó depósitos de dineros por intermedio de terceras personas sostenida en la declaración presentada por el co-acusado Jaime Tango Callejas; la conclusión cuarta, está dedicada a la consideración de actos procesales del último

período procesal en torno a la producción y práctica de los medios de prueba así como al sistema de normas jurídicas reguladores del poder punitivo del Estado, para ingresar a la quinta conclusión que en expresión normativa y carga probatoria que prohíbe toda presunción de culpabilidad, indica con la expresión latina "la prueba que no es plena sencillamente no es prueba alguna", premisas bajo las cuales ingresa en criterio de valoración probatoria de alcances según el momento procesal, situaciones excluyentes de certeza que benefician al imputado, la duda que al comenzar el proceso tiene poca importancia cobrándola a medida que se avanza, aumentando el ámbito de su beneficio hasta llegar a su expresión máxima de alcance que impiden la condena del imputado, evidenciando con toda su amplitud el beneficio, que conforme al sistema jurídico vigente requiere para dictar sentencia condenatoria logre obtener y demostrar de la prueba reunida en el juicio otorguen la certeza acerca de la culpabilidad del acusado, que en caso de incertidumbre deberá ser absuelto en cuya consecuencia siendo que la prueba resultó insuficiente y generó duda razonable en el tribunal, en aplicación del principio in dubio pro reo, no puede fundar una sentencia condenatoria, teniéndose que si bien el Ministerio Público durante el debate ha demostrado el hecho de que el vehículo de propiedad de Simón Dorado Baspineiro se encontró partículas o residuos de sustancias controladas, pero no se determinó la existencia o evidencia física y por sí solo no acredita que el acusado haya cometido los delitos de tráfico de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación.

En la fundamentación jurídica asume que Simón Dorado pese de haberse llevado una actividad probatoria con todas las formalidades establecidas legalmente, las judicializadas dejan duda en el fuero interno de los juzgadores sobre algún grado de responsabilidad, ante la existencia de actuaciones contradictorias e insuficientes como la resolución de rechazo sobre una de las presuntas principales partícipes del hecho (Elia Alave Martínez), no habiéndose probado por parte del Ministerio Público con prueba suficiente su participación que permita establecer su culpabilidad; haciendo un reconocimiento expreso de lo extrañado por el apelante, cuando en rigor de verdad el tribunal de sentencia ha admitido las pruebas invocadas que evidentemente no fueron objetadas por la defensa, pero que fueron judicializadas, puestas en contradictorio y consideradas a momento de resolver, no siendo evidente que las autoridades jurisdiccionales del tribunal A-quo, hayan omitido considerar lo establecido que en las normas en criterio del recurrente fueron vulneradas, pues si el tribunal no hubiese considerado la obligación que tiene de testificar Jaime Tango (art. 193 del Cód. Pdto. Pen.), la capacidad del testigo (art. 194 del Cód. Pdto. Pen.) y la libertad probatoria (art. 171), estas pruebas no hubieren sido parte del elenco probatorio que fue introducido y producido en juicio, a más de que las dos primeras disposiciones normativas reclamadas impertinentemente por el representante Fiscal, son condiciones de validez vinculadas a la personalidad del testigo, no están vinculadas al tribunal de sentencia que garantizó conforme al acta de judicialidad de las mismas que en ejercicio de su libertad probatoria, no solo las ofreció el Ministerio Público, sino que las produjo porque cumplieron con las formalidades reclamadas, haciendo recordar al apelante que toda cuestión de puro derecho que sea motivo de apelación restringida abre la competencia del tribunal de apelación siempre y cuando no sea necesaria la comprobación de hechos o valoración de prueba que corresponda a la competencia del Juez, razón por el que el control jurisdiccional del tribunal de apelación se circunscribe a dos ámbitos: a) Cuando evidencie defectos absolutos o de sentencia que requiera nuevo juicio; y, b) Cuando los asuntos de puro derecho no requieran nueva sustanciación del juicio debe resolverlos directamente y la necesidad de circunscribir el principio de pertinencia, congruencia y razonabilidad que debe ser concurrente de manera general en toda apelación, resultando este motivo improcedente.

En cuanto a la defectuosa valoración de la prueba; el apelante se limita a manifestar que el A-quo, habría realizado una errónea valoración de toda la prueba presentada por el Ministerio Público; sin embargo, esta crítica no la vincula con el razonamiento intelectual y descriptivo como base del fallo final, ni alega infracción alguna basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, ya que la explicación del recurrente debe ser clara y objetiva del agravio, además bajo el principio de trascendencia de cada una de ellas, lo mismo sucede cuando cuestiona la declaración testifical de Jaime Tango o de los otros testigos que resultan ser los investigadores asignados al caso, a saber cuál de los elementos de las reglas de la sana crítica fueron inobservadas por el juzgador a momento de dictar la sentencia y cual su vinculación con el principio de trascendencia.

Examinada la sentencia, la determinación del tribunal de sentencia se basa en diferentes medios probatorios producidos por las partes entre testificales, documentales que sustentan la base probatoria como resultado de una valoración conjunta y armónica y que resulta insuficiente para fundar una sentencia condenatoria en aplicación de los principios de duda y favorabilidad.

Sin embargo de todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto por el A.S. N° 331/2016, a partir de la verificación de los elementos probatorios introducidos y judicializados en el juicio oral, vinculado a la atribución del hecho delictivo a Simón Dorado se debe partir y dejar claramente establecido, que la tarea específica del Tribunal de Alzada es el de control de legalidad y logicidad de la sentencia y la tarea exclusiva y privativa que tiene el a-quo, de emitir sentencia en base a la facultad de valoración probatoria e interpretativa de legalidad, intentar invadir aquella tarea, es una situación que resultaría contradictoria con los fines específicos que esta instancia o cada instancia debe cumplir en su calidad de tribunal de alzada o de casación, menos aquellas circunstancias que impliquen direccionar las decisiones a asumir o proponer como debió construirse la decisión, menos introducir circunstancias recursivas que no fueron propuestas por el recurrente. En ese marco resulta necesario considerar para el caso que nos ocupa que el delito acusado a Simón Dorado es un delito de peligro, con lo que se pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública, bastando la puesta en peligro para la comisión de un hecho delictivo, pero la mera presencia de una cantidad de droga no puede implicar la existencia de un delito sino se acompaña de un cierto riesgo, que debe ser determinado en primer lugar de manera objetiva estableciendo unos parámetros y en segundo personalizándolo según las circunstancias concretas del caso y del autor, no siendo posible su aplicación porque al tratarse de un delito grave el peligro abstracto donde debe distinguirse entre las conductas constitutivas de narcotráfico que revisten idoneidad para afectar los bienes jurídicos protegidos vinculados a la conducta típica que está sujeta a la puesta en peligro de manera real o efectiva del bien jurídicamente tutelado por ley, planteando dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta. Analizada la sentencia a partir de los elementos probatorios que generaron en el tribunal a-quo, convicción de absolución a partir de un razonamiento adecuado a los antecedentes y desfile del elenco probatorio en juicio, cuyo iter lógico expuesto a partir de la acusación del Ministerio Público en la conclusión tercera, patentiza que habiendo sido identificado el acusado por la declaración informativa de María Lourdes Contreras Vásquez (persona que no compareció a testiguar en juicio), como el mayor

traficante a Simón Dorado, dando este actuado inicio a la investigación, promoviendo el allanamiento a 6 inmuebles en los que no se ha encontrado sustancia controlada alguna; las documentales consistentes en cuentas bancarias acusadas por el Ministerio Público como las que revelan el supuesto de dedicarse al tráfico de sustancias controladas por parte del acusado, como el de Elia Alave Martínez respecto de la cual se amplió la investigación delictiva que concluyó con requerimiento de rechazo a más de que Jaime Tango en su declaración afirmó que el Ministerio Público le propuso declarar contra el acusado para ser beneficiado con su libertad y que las partículas encontradas en el vehículo del acusado no resultan suficientes para establecer que evidentemente el acusado trafica con sustancias controladas; finalmente, que el flujo de llamadas del acusado no acreditan ese extremo a más de que no resultaba evidente que Simón Dorado no tenía oficio o trabajo cuando se acreditó en juicio su condición de socio de la Cooperativa Aurífera, extremos que no fueron además establecidos dentro de la acusación fiscal, estableciendo que encontrados residuos de sustancia controlada en el vehículo de Simón Dorado no acredita la acción de: “entregar sustancia controlada ni traficada”; por tanto, no se demostró la culpabilidad ni responsabilidad del acusado, deducción conclusiva que asumió el tribunal de juicio, de la prueba introducida legalmente, judicializada y contradicha que en la conclusión quinta se halla fundamentada, estableciendo que la prueba producida en juicio resultó deficiente y no contribuye al verdadero esclarecimiento para incriminar la conducta típica y antijurídica atribuida al acusado aplicando el aforismo latino “la prueba que no es plena, sencillamente no es prueba alguna”, determinación con racionalidad lógica y legal que se encuentra exteriorizada en relación a la incidencia de los hechos probados y no probados en juicio oral, máxime si como se tiene enfatizado por el tribunal a-quo, correspondía demostrar a los acusadores conforme a la carga procesal establecida en el art. 6 del Cód. Pdto. Pen.; consiguientemente, no se halla acreditada la vulneración a los derechos y garantías fundamentales del acusador público, ya que la conclusión del tribunal sentenciador ha sido establecido en observancia del principio de presunción de inocencia reconocido y tutelado al acusado.

Si bien el recurrente cuestionó la subsunción de la conducta del imputado ahora absuelto, no es menos cierto que los antecedentes que informan al proceso dan cuenta que dicha decisión es fruto de la valoración y compulsión de los elementos probatorios presentados en el proceso, los juzgadores consideraron que los elementos probatorios presentados por el Ministerio Público no fueron suficientes para generar convicción y establecer la culpabilidad del procesado Simón Dorado, por el contrario del acervo probatorio infirieron de insuficientes, porque si bien se encontraron residuos de sustancias controladas, vinculada a la probable existencia del hecho delictivo; empero, atribuidos por una declaración testifical sin otro respaldo idóneo y fehaciente además de suficiente razón por la cual, declararon su absolución en el marco de lo previsto por el código de procedimiento penal, por lo que el recurrente no ha demostrado el defecto acusado siendo improcedente este motivo.

III. Verificación de la existencia de contradicción.

En el presente caso, en el recurso de casación se denuncia que el tribunal de alzada no aplicó los razonamientos del A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril; puesto que, vulneró el principio de legalidad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica ya que no ejerció el control de la valoración de la prueba a efectos de constatar si se ajustan a las reglas de la sana crítica, permitiendo que primen criterios ajenos al desfile probatorio que no son emergentes de la lógica y experiencia de los jueces “al vincular que la cantidad de cocaína, debe estar acompañada de un cierto riesgo”, para determinar la existencia del delito de tráfico, criterio que en el referido auto supremo fue superado. Además, las pruebas PD62, 63 y 64 demostraron que la conducta del imputado se adecuó al delito acusado y que la prueba PD23, acreditó que la persona que entregaba y vendía cocaína era el acusado, lo que estaría corroborado por las testificales de Pedro Albis, Karla Rejas, Walter Ramos y Mauricio Cuellar; por lo que, corresponde resolver la problemática planteada mediante la labor de contraste entre los precedentes invocados con la Resolución recurrida.

III.1. De los precedentes invocados.

El A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril (emitido en el caso de autos que fue extractado en el acápite II.3 de esta Resolución), dejó sin efecto el anterior auto de vista emitido por el tribunal de alzada porque no consideró que al evidenciarse la existencia de cocaína en el domicilio de Jaime Tanga y en el vehículo de Simón Dorado, concurrían elementos innegables por los que el primero fue condenado mediante salida alternativa; no obstante, el segundo fue absuelto por un razonamiento ilógico de la consideración de lo que erradamente entendió el tribunal de juicio como tesis acusatoria y la supuesta inexistencia de gramos de cocaína en el vehículo de Simón Dorado, aspectos que incidieron en el resultado del proceso por una defectuosa valoración de la prueba, vulnerando las reglas de la sana crítica en su elemento de principio de contradicción, derivando en una ausencia de la correcta fundamentación de la sentencia; aspectos que, no fueron observados por el tribunal de alzada.

El A.S. N° 104/2015-RRC de 12 de febrero, fue dictado por la Sala Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, en la resolución de un recurso de casación en una causa seguida por los delitos de difamación e Injuria, donde constató que el tribunal de alzada no cumplió su deber de valoración integral de la prueba ejercida por el Juez o Tribunal de sentencia, ya que no consideró que el juzgador puede afianzar su convencimiento no en el número de pruebas o testigos introducidos a juicio, sino en el pleno convencimiento conducido por su recto entendimiento; puesto que, no se puede exigir un número determinado de pruebas o deposiciones coincidentes de los testigos, si uno solo puede crear convicción en el juzgador; aspecto no considerado por el tribunal de alzada a momento de emitir el auto de vista entonces recurrido, situación por la que fue dejado sin efecto para que se pronuncie nueva Resolución en base a los entendimientos expuestos.

III.2. Sobre la vinculatoriedad de los fallos judiciales.

El art. 420 del Cód. Pdto. Pen., establece: “La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pondrá en conocimiento de los tribunales y jueces inferiores las resoluciones de los recursos de casación en las que se establezca la doctrina legal aplicable.

La doctrina legal establecida será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación”.

Es decir, el ordenamiento jurídico boliviano en materia penal, establece claramente que los fallos del tribunal supremo de Justicia son de cumplimiento obligatorio por los jueces inferiores; en ese sentido, de acuerdo al art. 420-II del Cód. Pdto. Pen., el cumplimiento de los fallos de este tribunal, no está sujeto o reatado a la circunstancialidad o a la voluntad de las autoridades jurisdiccionales, sino que es el resultado de una estructura procesal recursiva, como de la vigencia de los principios de igualdad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, que son base de la jurisdicción ordinaria; más aún en el ámbito penal, donde se debate la responsabilidad penal del procesado, que puede generar en su caso, la restricción de su derecho a la libertad o la imposición de una sanción penal.

Por otra parte, debe considerarse que del art. 419-II del Cód. Pdto. Pen., se desprende un entendimiento básico, sin lugar a interpretaciones, que se trata de la insoslayable obligación de parte de jueces o tribunales inferiores, de cumplir con los razonamientos jurídicos y la doctrina establecida en un auto supremo, ello en la circunstancia que se identifiquen hechos fácticos análogos o similares, así como tal obligación se ve visiblemente amplificada cuando un auto supremo deje sin efecto un auto de vista recurrido de casación y ordene el pronunciamiento de un nuevo, bajo los entendimiento de la doctrina legal emergente de un auto supremo; una omisión de naturaleza contraria a la expuesta, importa incumplimiento directo de la ley, trascendiendo en vulneración también de los principios de tutela judicial efectiva, igualdad, celeridad y economía procesal.

En este ámbito, esta Sala emitió el A.S. N° 037/2013-RRC, de 14 de febrero, que estableció la siguiente doctrina: "El art. 180-I de la C.P.E., entre los principios rectores en los que se fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece el de la 'celeridad', principio que garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento oportuno sin dilaciones innecesarias.

Respetando el principio constitucional de celeridad, los tribunales y Jueces inferiores, están obligados a cumplir en forma inexcusable con la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, al constituirse en el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria de acuerdo al art. 181 de la C.P.E.; en cuyo mérito, teniendo esta doctrina carácter 'erga omnes', debe ser cumplida en forma obligatoria, pues su inobservancia por un lado afecta al fortalecimiento institucional y, especialmente, a la naturaleza, finalidad y efectos obligatorios de la que están revestidos los autos supremos que establecen doctrina legal, con sentido ponderable de uniformar la jurisprudencia en el Órgano Judicial en materia penal; y, por otro, provoca dilaciones innecesarias generando a las partes incertidumbre respecto a la resolución de sus causas; consecuentemente, ningún juez o tribunal inferior podrá sustraerse de su cumplimiento bajo ningún concepto o razonamiento, omitiendo la imperatividad prevista por el segundo párrafo del art. 420 del Cód. Pdto. Pen."

De lo anterior, se tiene que todos los tribunales y jueces inferiores, tienen la obligación de observar en el pronunciamiento de sus fallos la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, más aún cuando ella se encuentra contenida en autos supremos emitidos dentro del mismo proceso, no resultando admisible una inobservancia y desobediencia al mandato constitucional y legal en la labor de acatar lo resuelto, que no sólo genera dilaciones innecesarias en el proceso con directa afectación a los derechos y garantías de las partes; sino, también responsabilidad administrativa y penal.

III.3. Análisis del caso en concreto.

La representación del Ministerio Público denuncia que el tribunal de alzada no aplicó los razonamientos establecidos por el A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril; puesto que, vulneró el principio de legalidad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica ya que no ejerció el control de la valoración de la prueba a efectos de constatar si se ajustan a las reglas de la sana crítica, permitiendo que primen criterios ajenos al desfile probatorio que no son emergentes de la lógica y experiencia de los jueces "al vincular que la cantidad de cocaína, debe estar acompañada de un cierto riesgo", para determinar la existencia del delito de tráfico, criterio que en el referido auto supremo fue superado. Además que las pruebas PD62, 63 y 64 demostraron que la conducta del imputado se adecuó al delito acusado y que la prueba PD23 acreditó que la persona que entregaba y vendía cocaína era el acusado, lo que estaría corroborado por las testificales de Pedro Albis, Karla Rejas, Walter Ramos y Mauricio Cuellar.

Conforme se precisó en los antecedentes procesales vinculados al recurso, se tiene que emitida la Sentencia absolutoria (45/2015 de 04 de agosto) en favor de Simón Dorado, el representante del Ministerio Público formuló recurso de apelación restringida que fue resuelto por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca mediante A.V. N° 433/2015 de 24 de noviembre, que recurrido en casación fue dejado sin efecto por A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril, al constatarse que el tribunal de alzada al declarar la improcedencia del recurso de apelación restringida y confirmar la sentencia absolutoria, no observó que el tribunal de juicio debió cumplir con una correcta valoración de la prueba conforme establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en cumplimiento de las reglas de la sana crítica; empero, incumplió con su función de controlar el iter lógico ante la denuncia interpuesta respecto a la mala valoración de la prueba, donde en primer lugar debió considerar el hilo conductor en juicio que implica que cuando se encontró a Jaime Tango con cocaína ese elemento estaba íntimamente vinculado a Simón Dorado, puesto que, seguidamente se habría encontrado sustancia controlada en su vehículo; sin embargo, los jueces razonaron que ese hecho seguido de varias acciones eran autónomas entre sí, lo que constituía una vulneración del debido proceso ya que se investigó un hecho único y en este caso estaba conformado por dos momentos vitales de ninguna manera excluyentes. En segundo lugar, respecto a que no se demostró según los jueces la responsabilidad del acusado por dos razones: a) Porque el testigo Jaime Tango realizó una declaración no creíble; y, b) Porque la sustancia encontrada en el vehículo del imputado por sí solo no demostraría su culpabilidad, aspectos avalados por el tribunal de alzada, respecto a la credibilidad o no de la declaración de Jaime Tango se asumió que: "un aspecto ilógico en el razonamiento desplegado por los juzgadores en torno a la declaración realizada por el testigo Jaime Tango, el que hubiere adolecido de credibilidad por haber estado comprometido la misma con la promesa que le hizo la fiscal, para quedar en libertad; ahora bien, este pensamiento es absurdo y no coincide con relación a los antecedentes y los elementos de prueba que fueron desplegados en juicio oral, ya que se comprueba que la sentencia estableció como cierta, que el testigo Jaime Tango acusó al imputado Simón Dorado de haberle entregado la sustancia controlada, versión que se mantuvo latente a momento de: realizarse el allanamiento del inmueble N° 6 cuando el testigo Jaime Tango fue encontrado en posesión de cocaína, cuando ni siquiera fue sometido a la declaración o interrogatorio de parte del fiscal así se

estableció por las declaraciones testimoniales de los partícipes en ese acto policial; en la declaración inicial ante la presencia de fiscal; en la presentación de memorial; y, finalmente en su declaración en la audiencia de juicio oral que fue posterior a la sentencia obtenida por la salida alternativa de procedimiento abreviado al cual se acogió voluntariamente; esto hace ver que la supuesta promesa que realizó no incidió en el hilo conductor de la declaración que es, que quien le entregó la cocaína habría sido Simón Dorado,..."

En relación a los residuos de sustancias controladas encontradas en el vehículo perteneciente a Simón Dorado, se constató que "el tribunal de alzada afirmó que el tribunal de Juicio no determinó la existencia o su evidencia física y que por sí solo no podría acreditarse la comisión de los delitos; esta simple afirmación del tribunal de alzada no puede considerarse haber realizado un correcto control del iter lógico desplegado por los Jueces, al no haber tomado en cuenta todo el escenario de los hechos y elementos acaecidos alrededor del razonamiento realizado por los juzgadores; así, se tiene que esta afirmación efectuada por el Tribunal de Juicio la efectuó de manera sesgada y excluyente ante el escenario completo del hecho principal de la tesis acusatoria la cual fue, que se denunció a Simón Dorado de ser un narcotraficante, por ello se procedió al allanamiento de varios domicilios en busca de su persona y droga, encontrándose en el inmueble 5 a Jaime Tango quien tenía en su domicilio cocaína, el cual señaló, que fue Simón Dorado quien le entregó dicha sustancia controlada, posteriormente se encontró al acusado y este junto a la policía y perito se dirigieron a su vehículo en cuyo interior se halló sustancias controladas". Agregando, que el Tribunal de Sentencia para no considerar el hallazgo de la sustancia controlada en el vehículo como vinculante a un ilícito utilizó el argumento que "...dentro de los alcances de la acusación como es el tráfico de sustancias, no se ha señalado en qué proporción se ha encontrado esta sustancia es decir no se ha establecido a cuantos gramos asciende este hallazgo para poder establecer evidentemente el acusado traficaría con sustancias controladas." criterio que afectó la simple lógica y verdad de los hechos acaecidos, cuando la existencia de la sustancia controlada fue afirmada por el tribunal de sentencia.

Continuando con los fundamentos del auto supremo referido, esta Sala Penal agregó que la ausencia de la supuesta cantidad de sustancia controlada, la cual derivaría en una absolución, resultaría incorrecto, ya que en el presente caso si bien la acusación no habría especificado la cantidad exacta de la sustancia controlada encontrada en el vehículo de Simón Dorado, debía tomarse en cuenta el principio de la verdad material, considerando que la técnica utilizada como es el micro aspirado que consiste en la búsqueda de restos o residuos imperceptibles muchas veces para el ojo humano que son recolectados por los peritos, en este caso, fue Carmen Cuiza Campana, quien emitió un informe técnico que fue considerado en juicio oral y que dio un resultado positivo para cocaína, siendo un hecho real, existente y la no cuantificación en la acusación no podía significar la nulidad de esa realidad, ya que significaría que el volumen mayor o menor derive en delito y no era así; aspecto que, habría sido entendido en el A.S. N° 612/2015-RRC de 07 de octubre. Finalmente concluyó que: "la droga encontrada en el domicilio de Jaime Tango y la cocaína encontrada en el vehículo de Simón Dorado, son elementos innegables, el primero fue condenado mediante salida alternativa; sin embargo, el segundo fue absuelto por un razonamiento ilógico de la consideración de lo que entendió el Tribunal de Juicio como tesis acusatoria, y la supuesta inexistencia de gramos de cocaína en el vehículo señalado; aspectos que inciden en el resultado del proceso por una defectuosa valoración efectuada, vulnerando las reglas de la sana crítica en su elemento de principio de contradicción, derivando en una ausencia de la correcta fundamentación de una sentencia; lo cual significa una omisión de cumplimiento de los arts. 173 y 124 del Cód. Pdto. Pen."

Ahora bien, no obstante la claridad de los entendimientos asumidos en el Auto Supremo, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, emitió el A.V. N° 259/2016 de 15 de agosto (resolución ahora impugnada), que nuevamente declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, arguyendo: i) Respecto al primer motivo referido a la inobservancia de los arts. 193, 194 y 171 del Cód. Pdto. Pen., de la prueba PD47 consistente en un memorial presentado por Jaime Tango Callejas, de 15 de mayo de 2013 a la que el tribunal de sentencia señaló que carece de relevancia; habida cuenta, que se refiere al acusado Jaime Tango Callejas, quien ya fue beneficiado con una salida alternativa de procedimiento abreviado con pena de diez años de reclusión, de la testifical ofrecida por el Ministerio Público, consistente en la declaración de Jaime Tango Callejas resulta evidente el relato que hace el mismo, a partir de que el 27 de diciembre de 2012 allanaron su casa, entregó la cocaína al fiscal y funcionarios, señalando que fue Simón Dorado el que le entregó para su consumo unas tres veces a cambio de trabajo de mecánico y que la fiscal le ofreció libertad a cambio de declarar, le dijo que si declara en contra de Simón Dorado le daría libertad más rápido, pero que la fiscal no cumplió pues sigue detenido, incluso la fiscal fue a Monteagudo y le pidió que declare eso, lo presionó, prueba que a criterio del Tribunal de Sentencia no merece fe probatoria en mérito a que el testigo no se expresó de manera espontánea, coherente no otorgando credibilidad a su relato porque lo aseverado se le indujo a señalar bajo beneficio de libertad por parte del Ministerio Público, creando serias dudas sobre los hechos manifestados que involucrarían al acusado Simón Jhonny Dorado Baspineiro. Efectuando un resumen de las conclusiones arribadas por el Tribunal de Sentencia, arguyó que siendo que la prueba resultó insuficiente y generó duda razonable en el tribunal, en aplicación del principio in dubio pro reo, no puede fundar una sentencia condenatoria, teniéndose que si bien el Ministerio Público durante el debate demostró el hecho de que en el vehículo de propiedad de Simón Dorado Baspineiro, se encontró partículas o residuos de sustancias controladas, no se determinó la existencia o evidencia física y por sí solo no acredita que el acusado haya cometido los delitos de tráfico de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación. Que en el acápite de la fundamentación jurídica, constató que el Tribunal de Sentencia admitió las pruebas invocadas que evidentemente no fueron objetadas por la defensa, pero que fueron judicializadas, puestas en contradictorio y consideradas a momento de resolver, no siendo evidente que las autoridades jurisdiccionales del tribunal a-quo, hayan omitido considerar los artículos referidos por el recurrente; ii) En cuanto, a la defectuosa valoración de la prueba, arguyó que el apelante se limitó a manifestar que el a-quo, habría realizado una errónea valoración de toda la prueba presentada por el Ministerio Público; sin embargo, esa crítica no la vinculó con el razonamiento intelectual y descriptivo como base del fallo final, ni alegó infracción alguna basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica y cual su vinculación con el principio de trascendencia. Que examinada la sentencia constató que se basó en diferentes medios probatorios producidos por las partes entre testimoniales, documentales que sustentan la base probatoria como resultado de una valoración conjunta y armónica y que resulta insuficiente para fundar una sentencia condenatoria; que sin embargo, en cumplimiento de lo dispuesto por el A.S. N° 331/2016, analizada la sentencia a partir de los elementos probatorios que generaron en el tribunal a-quo, convicción de absolución a partir de un razonamiento adecuado a los

antecedentes y desfile del elenco probatorio en juicio, cuyo iter lógico expuesto a partir de la acusación del Ministerio Público en la conclusión tercera, patentiza que habiendo sido identificado el acusado por la declaración informativa de María Lourdes Contreras Vásquez (persona que no compareció a testificar en juicio), como el mayor traficante a Simón Dorado, dando este actuado inicio a la investigación, promoviendo el allanamiento a 6 inmuebles en los que no se encontró sustancia controlada alguna, las documentales consistentes en cuentas bancarias acusadas por el Ministerio Público, como las que revelan el supuesto de dedicarse al tráfico de sustancias controladas por parte del acusado, como el de Elia Alave Martínez respecto de la cual se amplió la investigación delictiva que concluyó con requerimiento de rechazo a más de que Jaime Tango en su declaración afirmó que el Ministerio Público le propuso declarar contra el acusado para ser beneficiado con su libertad y que las partículas encontradas en el vehículo del acusado no resultan suficientes para establecer que evidentemente el acusado trafica con sustancias controladas; puesto que, de la acusación fiscal estableció que encontrados residuos de sustancia controlada en el vehículo de Simón Dorado no acredita la acción de “entregar sustancia controlada ni traficada”; por tanto, no se demostró la culpabilidad ni responsabilidad del acusado, deducción que asumió el Tribunal de juicio, por lo que concluyó que si bien se encontraron residuos de sustancias controladas, vinculada a la probable existencia del hecho delictivo; empero, atribuidos por una declaración testifical sin otro respaldo idóneo y fehaciente, correspondía desestimar la denuncia efectuada por el apelante.

De lo precedentemente expuesto, se evidencia que el tribunal de alzada, no aplicó los razonamientos asumidos en el A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril (emitido en el caso de autos); puesto que, no ejerció el control de la valoración probatoria a efectos de constatar si la indicada labor se ajustó o no a las reglas de la sana crítica; toda vez, que en el citado auto supremo se explicó que no observó que el tribunal de juicio debió cumplir con una correcta valoración de la prueba conforme establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen. en cumplimiento de las reglas de la sana crítica; puesto que, en primer lugar debió considerar el hilo conductor en juicio que implica que cuando se encontró a Jaime Tango con cocaína ese elemento estaba íntimamente vinculado a Simón Dorado; puesto que, seguidamente se había encontrado sustancia controlada en el vehículo de Simón Dorado, dos momentos vitales que de ninguna manera resultarían excluyentes. En segundo lugar, respecto a que no se demostró según los jueces la responsabilidad del acusado porque el testigo Jaime Tango realizó una declaración no creíble, se asumió que dicho pensamiento resultaba absurdo y que no coincidía con relación a los antecedentes y los elementos de prueba que fueron desplegados en juicio oral, ya que se comprobó que la Sentencia estableció como cierto, que el testigo Jaime Tango acusó al imputado Simón Dorado de haberle entregado la sustancia controlada, versión que se mantuvo latente a momento de realizarse el allanamiento del inmueble N° 6 cuando el testigo Jaime Tango fue encontrado en posesión de cocaína, cuando ni siquiera fue sometido a la declaración o interrogatorio de parte del fiscal, así se estableció por las declaraciones testificales de los partícipes en ese acto policial, en la declaración inicial ante la presencia de fiscal en la presentación de memorial y finalmente en su declaración en la audiencia de juicio oral que fue posterior a la Sentencia obtenida por la salida alternativa de procedimiento abreviado al cual se acogió voluntariamente, haciendo que la supuesta promesa que realizó no incidió en el hilo conductor de la declaración, que es quién le entregó la cocaína, habría sido Simón Dorado.

En relación a los residuos de sustancias controladas encontradas en el vehículo perteneciente a Simón Dorado, el tribunal de alzada no podía considerar haber realizado un correcto control del iter lógico desplegado por los Jueces, que la afirmación efectuada por el tribunal de juicio resultó sesgada y excluyente ante el escenario completo del hecho principal de la tesis acusatoria la cual fue, que se denunció a Simón Dorado de ser un narcotraficante, por ello se procedió al allanamiento de varios domicilios en busca de su persona y droga, encontrándose en el inmueble 5 a Jaime Tango, quien tenía en su domicilio cocaína, el cual señaló que fue Simón Dorado quien le entregó dicha sustancia controlada; posteriormente, se encontró al acusado y este junto a la policía y perito se dirigieron a su vehículo en cuyo interior se halló sustancias controladas, ese era el escenario completo; además, que si bien la acusación no habría especificado la cantidad exacta de la sustancia controlada encontrada en el vehículo de Simón Dorado, debía tomarse en cuenta el principio de la verdad material, ya que la técnica del micro aspirado fueron recolectados por peritos, quienes emitieron un informe técnico que fue considerado en juicio oral y que dio un resultado positivo para cocaína, resultando el hecho real y existente, donde la no cuantificación en la acusación no podía significar la nulidad de esa realidad; aspectos que, fueron advertidos por este tribunal al momento de pronunciar el A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril; no obstante, se advierte, un evidente incumplimiento por parte de las autoridades que pronunciaron el auto de vista ahora recurrido, actuación no admisible en un Estado de Derecho que exige la fiel observancia de las resoluciones emitidas por este Tribunal Supremo; por cuanto, el ordenamiento jurídico boliviano en materia penal, establece claramente que los fallos del Tribunal Supremo de Justicia son de cumplimiento obligatorio por los jueces inferiores; resultando en consecuencia, evidente la denuncia interpuesta por el recurrente; toda vez, que la resolución recurrida incumplió con el principio de vinculatoriedad de los fallos judiciales que fue expuesto en el acápite III.2 de esta resolución, ya que el tribunal de alzada no observó las normas procesales vigentes a las cuales estaba obligado a enmarcarse; lo que implica, vulneración al debido proceso, legalidad y seguridad jurídica, que constituye defecto absoluto no susceptible de convalidación conforme prevé el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., actuación no admisible en un Estado de Derecho que exige la fiel observancia de las resoluciones emitidas por este Tribunal Supremo de Justicia.

Por los fundamentos expuestos, ante la vulneración del principio de vinculatoriedad de los fallos judiciales; puesto que, el auto de vista ahora recurrido incumplió la doctrina legal aplicable del A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril (dictado en el caso de autos), donde se le especificó cumplir con su deber de control de la valoración probatoria en observancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; también, se tiene que incurrió en contradicción con el A.S. N° 104/2015-RRC de 12 de febrero; toda vez, que para que se emita una sentencia condenatoria, no se requiere un número de pruebas para demostrar la culpabilidad del acusado, sino que se puede crear convicción a través de una sola prueba, aspecto que se dio en el caso de autos cuando el propio tribunal de apelación constató que se encontraron residuos de sustancias controladas vinculadas a la probable existencia del hecho delictivo, atribuidos por una declaración testifical; no obstante, al no tener otro respaldo dio por bien hecho la absolución del imputado, aspecto por el que corresponde dejar sin efecto la Resolución ahora recurrida, a fin de que el Tribunal de apelación dicte nuevo auto de vista en observancia de los razonamientos asumidos en el A.S. N° 331/2016-RRC de 21 de abril, situación por el que este recurso deviene en fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 259/2016 de 15 de agosto y determina que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus Presidentes hagan conocer la presente resolución, a los Tribunales y Jueces en materia Penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de Sala, comuníquese el presente Auto Supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Fdo. Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



211

Ministerio Público y otro c/ Diego Maza Marupa y otros

Asesinato

Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 29 de agosto de 2016, cursante de fs. 516 a 521 vta., el Ministerio Público representado por el Fiscal de Materia Weymar Pérez Garrón, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 216/016 de 27 de junio de 2016, de fs. 430 a 438, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los Vocales Iván Sandoval Fuentes y Sandra Molina, dentro del proceso penal seguido por la recurrente, Andrés Mejía Cosme y Fidelia Borrás Coaquira contra Diego Maza Marupa, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 1/2015 de 13 de enero (fs. 194 a 225 vta.), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Diego Maza Marupa, autor de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2) y 3) del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto, con costas a favor del Estado y acusación particular.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Diego Maza Marupa (fs. 238 a 252), interpuso recurso de apelación restringida, que previo memorial de subsanación (fs. 283 a 286), fue resuelto por A.V. N° 155/15 de 28 de abril de 2015 (fs. 298 a 314), complementado por Auto 163/015 de 11 de mayo de 2015 (fs. 322 a 323), que fueron dejados sin efecto por el A.S. N° 040/2016-RRC de 21 de enero (fs. 415 a 421 vta.); a cuyo efecto, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, dictó el A.V. N° 216/016 de 27 de junio de 2016 (fs. 430 a 438), que declaró parcialmente procedente el recurso planteado y al no ser posible subsanar de forma directa el defecto acusado, anuló la sentencia apelada, para posteriormente emitir el Auto de Complementación y Enmienda 264/016 de 22 de agosto de 2016 (fs. 484 y vta.), motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 823/2016-RA de 21 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el tribunal de alzada incumplió la doctrina legal por errónea interpretación e indebida aplicación de la ley en sus arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen., al: i) Incurrir nuevamente en la revalorización de la prueba que le está vedado, asumiendo conclusiones de la responsabilidad del acusado sobre el hecho juzgado, en relación al informe Médico Psiquiátrico Forense, al señalar que la prueba referida debe ser valorada en toda su integridad y pese a que no debe otorgar valor, declaró procedente el motivo revalorizando la prueba; y, ii) Al hacer caso omiso al A.S. N°040/2016-RRC de 21 de enero, emitido en el presente proceso, al anular la sentencia con reposición del juicio, cuando de forma clara la Resolución Suprema emita en un anterior recurso en el caso de autos, determinó que el tribunal ad quem emita nuevo auto de vista, sin necesidad de reenvío, concluyendo que el tribunal de alzada incurrió en errores de procedimiento.

I.1.2. Petitorio.

El Ministerio Público representado por el Fiscal de Materia Weymar Pérez Garrón, solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y su Complementario, con la finalidad de que se emita una nueva resolución sin necesidad de reenvió a otro Tribunal para nuevo juicio.

I.2. Admisión del recurso

Mediante A.S. N°823/2016-RA de 21 de octubre, cursante de fs. 527 a 528 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 1/2015 de 13 de enero, el Tribunal de Sentencia N°1 del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Diego Maza Marupa, autor de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2) y 3) del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto, con costas a favor del Estado y acusación particular, en base a los siguientes argumentos:

i) Se evidenció que la conducta desplegada por el imputado es típica, porque se adecua a los elementos descriptivos del tipo penal descrito en el art. 252-2) y 3) del Cód. Pen., ello debido al entendimiento de que el acusado mató a la víctima, al suponer que esta lo había violado y que tenía una inclinación sexual diferente, cortándole el cuello para evitar que pida ayuda, aprovechando la ventaja de tener en sus manos un estilete, en medio de la noche y a solas en la habitación de la víctima, ensañándose en su contra y provocándole un sin fin de heridas.

ii) En consecuencia, el comportamiento del imputado resultó antijurídico porque lesionó el bien jurídico protegido como es la vida, bien primigenio sin el cual no se puede ejercer otros derechos, vulnerando la norma prohibitiva de no matar, previsto y sancionado por el art. 252-2) y 3) del Cód. Pen., sin que exista ninguna razón que permita concluir que Diego Maza Marupa, desconocía que matar no constituye un delito o que existiesen excluyentes de responsabilidad a su favor, no siendo suficiente la pericia psiquiátrica de descargo, en la cual se argumentó que existiría una alteración o perturbación grave de la conciencia lo que constituiría una especie de amnesia total, desvirtuada por la misma declaración del acusado y los testigos de cargo, conforme estableció en las conclusiones que arribó el Tribunal de Sentencia, determinándose que el imputado se encontraba en pleno uso de facultades mentales.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Notificada la parte imputada, interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia pronunciada, con los siguientes argumentos:

a) Contra la mencionada sentencia, el imputado formuló recurso de apelación restringida, argumentando como primer motivo y con base al art. 370-1) y 6) del Cód. Pdto. Pen., que el Tribunal de Sentencia incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva y en defectuosa valoración de la prueba, pues rompiendo los principios de las reglas de la sana crítica, dispuso su condena por el delito de asesinato, sin derecho a indulto a purgar la condena de treinta años de privación de libertad, cita concretamente: "el Informe Pericial Medico Psiquiátrica Forense, la prueba MP.PD-13.- Dictamen Pericial Psicológico", arguyendo que no se consideró en su justa dimensión y cabalidad estos elementos probatorios.

b) Como segundo motivo alegó la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva penal en lo referente al delito de asesinato y las circunstancias de móviles fútiles y de ensañamiento, argumentando en lo sustancial que no sólo debió tomarse en cuenta la agresión sexual de la cual iba a ser víctima; sino, también su propia personalidad; además, de no haberse considerado, que se produjo una pelea, una discusión y unos murmullos, por lo que en mérito al tiempo que pudo haber durado el hecho juzgado, no podía afirmarse que el propósito de su parte fue prolongar deliberada e innecesariamente el sufrimiento o padecimiento de la víctima.

II.3. Del primer auto de vista.

La apelación restringida fue resuelta por el A.V. N°155/2015 de 28 de abril, que resolvió declarar parcialmente procedente el recurso planteado y dispuso revocar la Sentencia declarando a Diego Maza Marupa autor y culpable de la comisión del delito de Homicidio previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen., imponiéndole la pena de dieciocho años de presidio, más costas a favor del Estado y la acusación particular, de acuerdo a los siguientes argumentos:

i) En el primer motivo de apelación, refirió que el Tribunal de Sentencia no le otorgó el valor probatorio suficiente a la prueba pericial en cuestión, siendo el informe minimizado por el A quo arribando a conclusiones subjetivas para desmerecerla, pese a ser prueba plasmada por un profesional especialista, argumentando que: "la equivalencia de culpabilidad o inocencia, debe ser comprendida en relación a la convicción asumida en el tribunal sobre el conjunto probatorio bajo las reglas de la sana crítica, apreciando todos los elementos de prueba incorporados al proceso, ya de manera individual, pero en conjunto; esto es, una vez admitidos, forman el todo o hacen unidad entre sí para producir certeza o convicción, lo que significa que el elemento de prueba conserva su individualidad, pero que una vez reconocido el valor individual del elemento de prueba éste debe ser apreciado en concordancia y convergencia con los demás elementos de prueba. En el caso presente, ello no ha sucedido, pues la valoración se la hizo de forma sesgada poniendo de relieve únicamente a las circunstancias y comportamiento del acusado ocurridos 'después' del hecho y no 'durante' el hecho lamentable, tal como refiere el punto 5 de la Evaluación Criminodinámica del Delito correspondiente al mentado informe pericial' [...] Estas conclusiones al que arriba el tribunal no explica ni fundamenta, bajo que reglas llega a esa determinación; más bien, tales afirmaciones las hace sobreponiéndose al Informe Pericial Médico Psiquiátrica Forense introducido y

judicializado para su valoración. Entonces, si fue ese el razonamiento del Tribunal de grado para concluir que el imputado se encontraba consciente, entonces porque no pensar también, si estando consciente el agresor pudo haberse evadido o fugado después de haber segado la vida de su amigo, con quien estuvo ingiriendo bebidas alcohólicas desde horas precedentes”.

ii) Con relación al segundo motivo, refirió que el Tribunal Sentenciador no ha efectuado una verdadera fundamentación jurídica de la imputación objetiva y subjetiva de la conducta del procesado; es decir, no existe fundamentación razonable, coherente y suficiente, respecto al motivo sustancial psicológico, que llevó al imputado a idear, planificar y ejecutar la muerte de Ronald Mejía con los calificantes de Motivos Fútiles y Ensañamiento; asimismo, refirió que se debe tomar en cuenta lo que exige la doctrina para la concurrencia del delito de Asesinato “Ensañamiento”, que necesariamente debe mediar la premeditación y el dolo directo, en términos del elemento psicológico, la elección de los medios para matar ha de estar pre ordenada por el autor a la causa del sufrimiento extraordinario. De igual forma, recordó que ambos –víctima e imputado- bebieron juntos desde horas precedentes, que los mismos testigos expresaron que previo al hecho hubo una discusión entre el agresor y la víctima, por una supuesta agresión sexual que hubiese sufrido el acusado, además, el estilete con el que le causó varias heridas no estaba predestinado para eso, sino que el imputado llevaba consigo en su mochila dada su condición de estudiante ya que pasaba clases de dibujo. Seguidamente, destacó al Tratadista y Abogado Criminólogo Argentino Dr. Hugo López Carribero, que señala: “Al igual que el ensañamiento, otro de los modos de ejecución del homicidio calificado es la alevosía, [...] se encuentra en el hecho en que se mata a traición, sin riesgo, es decir, sobre seguro y hasta con astucia... (sic). Y finalmente, sostuvo que el elemento de Ensañamiento, puede ser que concorra sin el elemento premeditación, pero nunca sin el elemento psicológico que motive a una persona a quitar la vida a otra con sorpresa y traición.

II.4. Del A.S. N°040/2016-RRC de 21 de enero de 2016.

Esta Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dejó sin efecto el A.V. N°155/15 de 28 de abril de 2015, emitido por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, en base a los siguientes argumentos:

a) Se evidenció que lo sostenido por el tribunal de azada, resultaba afirmaciones aisladas sin pertinencia en sentido de que la testigo Cinthia Magali Espinoza Vargas, vive como inquilina en el inmueble quien hubiere escuchado una discusión; sumado a ello, hace afirmaciones subjetivas al señalar: “si fue ese el razonamiento del Tribunal de grado para concluir que el imputado se encontraba consciente, entonces porque no pensar también, si estando consciente el agresor pudo haberse evadido o fugado después de haber segado la vida de su amigo, con quien estuvo ingiriendo bebidas alcohólicas desde horas precedentes” (sic), siendo pertinente señalar que el tribunal de juicio estableció en la Sentencia las razones del por qué no tomó en cuenta la prueba pericial psiquiátrica, tal como consta en sus respectivas conclusiones, por lo que correspondía al tribunal de alzada, en ejercicio de las atribuciones que tiene al resolver un recurso de apelación restringida, establecer de manera clara y precisa, de qué modo esas razones vulneraron las reglas de la sana crítica y al no hacerlo, junto a las demás falencias anotadas, desconoció la prohibición de revalorización de la prueba, así como el principio de inmediación, cuya decisión denota la inobservancia de la doctrina legal contenida en los precedentes citados, incurriendo en defectos absolutos invaldables o situaciones de vulneración de derechos y garantías fundamentales que afecten el debido proceso, por lo que corresponde declarar fundado el presente motivo.

b) La denuncia de los recurrentes quedó demostrado que el tribunal de alzada, soslayó que el Tribunal de Sentencia estableció que tanto el imputado y la víctima, se encontraban solas en una habitación y que el imputado conforme la prueba judicializada, siempre de acuerdo a la conclusión del tribunal de mérito, produjo múltiples heridas en la humanidad de la víctima, provocándole aproximadamente el 50% de las cortaduras en vida causándole sufrimiento, destacando que después de haber herido a la víctima, no bastándole con las lesiones ocasionadas, la arrastró a la habitación para continuar provocándole mayores heridas, algunas más profundas que otras y para evitar que pidiese ayuda cortó o cercenó el cuello; lo que supone, que el tribunal de alzada no fundamentó ni motivó adecuadamente con relación a la crueldad como elemento subjetivo de la circunstancia calificante de Asesinato, siendo necesario señalar que la cantidad de heridas en el cuerpo de la víctima, no constituye por sí el elemento determinante en la existencia del ensañamiento, siendo exigible comprobar que la repetición de las lesiones respondió a la intención deliberada de aumentar el sufrimiento, sabiendo el agente que tal situación no era indispensable para consumar la muerte de la víctima; correspondiendo en consecuencia al Tribunal de alzada, de forma directa al tratarse de aspectos enteramente jurídicos, que no ameritan el reenvío de la causa, establecer fundadamente con base a los hechos tenidos como probados por el tribunal de sentencia, establecer si en el hecho que motiva el presente proceso, concurrió no sólo el elemento objetivo; sino, también el subjetivo, esto es, si en la actuación del imputado se establece de forma inequívoca que, junto a la intención homicida, medió un claro deseo de recrearse en el dolor y sufrimiento del occiso o si en su caso, se aprecia la existencia de un comportamiento alevoso, en sentido de que el imputado para provocar la muerte de la víctima, aprovechó de que ella estaba en una grave condición física, debido a que las primeras heridas que recibió determinaron que no pueda oponer la mínima resistencia al ataque; es decir, si el imputado obró sobre seguro, teniendo en cuenta que en este último supuesto se requiere que el sujeto activo haya buscado esa situación de indefensión, o bien que se haya querido aprovechar de la situación de indefensión en que encontró a la víctima, de modo que en ambos supuestos el sujeto haya querido actuar sin riesgo para sí.

II.5. Del segundo auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Chuquisaca, resolvió el recurso de apelación restringida a través del auto de vista impugnado, que declarando parcialmente procedente en consecuencia anula la sentencia confutada y ordena la reposición del juicio por otro tribunal, en base a los siguientes aspectos:

i) Teniendo en cuenta la doctrina legal aplicable establecida por el A.S. N°40/2016 de 21 de enero, tratándose de una prueba pericial vital (Informe pericial médico psiquiátrico forense, prueba MP.PD013, Dictamen Pericial Psicológico), para el apelante que debe ser valorada en toda su integridad; toda vez, que el tribunal de alzada no le está permitido proceder a revalorizar prueba, en consideración a la naturaleza del proceso penal oral vigente, esta reatado al cumplimiento de los principios de inmediación y contradicción y tratándose de una defectuosa valoración de la prueba, extrañado por el recurrente y previsto en el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., el primer motivo de la apelación restringida interpuesta corresponde declárala procedente.

ii) Refiere que le tribunal de alzada no halla pertinente la resolución de este motivo; por cuanto, la valoración en plenitud del informe pericial médico psiquiátrico forense, harás depender si efectivamente los elementos configuradores del tipo penal de asesinato, previsto en el art. 252-2) y 3) del Cód. Pen., relativos al motivo fútil y ensañamiento, resultaren o no ciertos en su concurrencia y del que eventualmente podrían derivar o no la aplicación de los arts. 13 y 1 del Cód. Pen. De ahí que el tribunal de alzada no se pronunció sobre este segundo motivo.

iii) El tercer motivo del su recurso de apelación restringida fue declarado improcedente debido a que se advirtió que el Tribunal de Sentencia ponderó y catalogó las pruebas en cuestión respecto de las otras, por lo que afirmó que no corresponde al tribunal de alzada, establecer si tal catalogación es o no correcta, por no ser ese el motivo de la apelación.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías.

En el presente recurso de casación, se denuncia que el tribunal ad quem omitió dar cumplimiento al A.S. N°040/2016-RRC de 21 de enero, pronunciado dentro del presente proceso, al haber revalorizado la prueba del Médico Siquiátrico Forense y dispuesto la nulidad de la Sentencia y el consecuente reenvío de la causa para nuevo juicio; aspecto que, le está impedido al Tribunal Departamental, ya que como establece el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., la doctrina legal establecida es obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación; esto es, que por ningún motivo puede omitirse dar cumplimiento a la Resolución de Casación, más aun cuando es pronunciada dentro de la misma causa, tal cual se señala en el presente motivo, por lo que corresponde verificar dichos extremos.

III.1. Obligatoriedad del cumplimiento de los fallos del Tribunal Supremo de Justicia por los Tribunales inferiores.

La Constitución Política del Estado, en su art. 115-II reconoce como derecho y garantía de todo ciudadano, el debido proceso en la administración de justicia, cuya vigencia y respeto corresponde imperativamente a todas las autoridades jurisdiccionales, siendo un presupuesto de todo fallo judicial, en ese marco el art. 42-3 de la L.O.J., reconoce como función del Tribunal Supremo de Justicia, el de sentar y uniformar jurisprudencia, atribución que en materia penal adquiere trascendental importancia, pues conforme establece la normativa procesal penal, los fallos del Tribunal Supremo de Justicia son de cumplimiento obligatorio por los jueces inferiores, siendo así que el art. 420-II del Cód. Pdto. Pen., establece como efectos de los fallos emergentes de un recurso de casación que: "La doctrina legal establecida será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá ser modificada por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación".

El cumplimiento de los fallos del Tribunal Supremo, no está sujeto a la voluntad de las autoridades jurisdiccionales, sino que debe ser consecuencia de la vigencia de los principios de igualdad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, que son base del sistema judicial; más aún en el ámbito penal, donde se debate la responsabilidad penal del procesado, que puede generar en su caso, la restricción de su derecho a la libertad o la imposición de una sanción penal; extremo que, exige que el derecho punitivo del Estado conforme se precisó, emerja de un debido proceso con el respeto pleno de los derechos no solo del imputado, sino de todas las partes intervinientes en el litigio penal y que se encuentran reconocidos y salvaguardados por el bloque de constitucionalidad interna y externa.

En esa línea, el recurso de casación procede cuando en una situación de hecho similar, el Juez o Tribunal, asignó un sentido jurídico distinto al establecido y aplicado en un caso anterior, sea por haberse asignado normas distintas o una misma norma con diverso alcance, así establece el art. 416-III del Cód. Pdto. Pen. Ahora, en cuanto a la resolución del recurso, el art. 419-II del citado compilado señala: "Si existe contradicción, la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la Sala Penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida."

De la norma precedentemente glosada, se tiene que los Jueces o Tribunales inferiores, tiene la obligación insoslayable de cumplir con los razonamientos expuestos y la doctrina establecida en el auto supremo respectivo y de no hacerlo así, se vulnera el debido proceso en su vertiente de legalidad, pues cualquier omisión importa incumplimiento directo de la ley, trascendiendo en vulneración también de los principios de tutela judicial efectiva, igualdad, celeridad y economía procesal.

III.2. Análisis del caso concreto.

Con relación al único motivo en el que se denuncia que el tribunal ad quem, omitió dar cumplimiento al A.S. N°040/2016-RRC de 21 de enero, pronunciado dentro del presente proceso, al haber revalorizado la prueba del Médico Siquiátrico Forense y dispuesto la nulidad de la Sentencia y el consecuente reenvío de la causa para nuevo juicio; aspecto que, le está impedido al Tribunal Departamental, ya que como establece el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., la doctrina legal establecida es obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación; esto es, que por ningún motivo puede omitirse dar cumplimiento a la resolución de casación, más aun cuando es pronunciada dentro de la misma causa, tal cual se señala en el presente motivo.

Con la finalidad de establecer si lo denunciado por el recurrente es evidente, es preciso verificar el contenido del A.S. N°040/2016 RRC de 21 de enero, en su parte pertinente, teniendo en cuenta que denunció que en esta resolución se estableció que el tribunal de alzada, sin anular la sentencia deberá emitir un nuevo fallo en base a los argumentos expuestos; es así que se tiene:

"Asimismo, los recurrentes sostienen en su recurso de casación, que el tribunal de alzada incurrió en falta de fundamentación y a subjetivar, al señalar que era necesario que la Sentencia refleje los términos de la imputación objetiva y subjetiva, para determinar que el acusado hubiere ideado, planificado y ejecutado la muerte de la víctima; que este hecho surgió a partir de que dos personas decidieron consumir bebidas alcohólicas; y, por ello estos extremos no debían ser acogidos como fundamentos, toda vez que no existe los elementos de imputación objetiva, además, la idealización, la planificación y la ejecución, no es un proceso que deba darse durante horas, sino la misma puede ser desplegada en segundos. Al respecto, se evidencia que el tribunal de alzada, sin la debida fundamentación, intentó destacar que el

tribunal sentenciador no efectuó una verdadera fundamentación jurídica en términos de la imputación objetiva y subjetiva, más concretamente “respecto al sustrato o motivo sustancial psicológico” que llevó al imputado a idear, planificar y ejecutar la muerte de la víctima con el calificante y agravante de motivos fútiles y ensañamiento, es decir, lo que trató de justificar es por qué no se subsume a la agravante de Ensañamiento en su elemento psicológico, con el criterio de que en el ensañamiento debe mediar la premeditación, el dolo directo y que la elección de los medios para matar ha de estar preordenada, pues se constata que el auto de vista impugnado, tratando de justificar la falta de concurrencia del preordenamiento, se limitó a señalar que el estilete con el que se le causó varias heridas a la víctima no estaba predestinado para ello, sino que el imputado lo llevaba en su mochila por su condición de estudiante para pasar clases de dibujo.

Es decir, la denuncia de los recurrentes queda demostrada en el hecho de que el Tribunal de Alzada soslayó que el tribunal de sentencia estableció que tanto el imputado y la víctima, se encontraban solos en una habitación y que el imputado conforme la prueba judicializada, siempre de acuerdo a la conclusión del tribunal de mérito, produjo múltiples heridas en la humanidad de la víctima, provocándole aproximadamente el 50% de las cortaduras en vida causándole sufrimiento, destacando que después de haber herido a la víctima, no bastándole con las lesiones ocasionadas, la arrastró a la habitación para continuar provocándole mayores heridas, algunas más profundas que otras y para evitar que pidiese ayuda cortó o cercenó el cuello; lo que supone, que el tribunal de Alzada no fundamentó ni motivó adecuadamente con relación a la crueldad como elemento subjetivo de la circunstancia calificante de asesinato; siendo necesario señalar que la cantidad de heridas en el cuerpo de la víctima no constituye por sí el elemento determinante en la existencia del ensañamiento, siendo exigible comprobar que la repetición de las lesiones respondió a la intención deliberada de aumentar el sufrimiento, sabiendo el agente que tal situación no era indispensable para consumar la muerte de la víctima; correspondiendo en consecuencia al tribunal de Alzada, de forma directa al tratarse de aspectos enteramente jurídicos, que no ameritan el reenvío de la causa, establecer fundadamente con base a los hechos tenidos como probados por el tribunal de sentencia, establecer si en el hecho que motiva el presente proceso, concurrió no sólo el elemento objetivo, sino también el subjetivo, esto es, si en la actuación del imputado se establece de forma inequívoca que, junto a la intención homicida, medió un claro deseo de recrearse en el dolor y sufrimiento del occiso o si en su caso, se aprecia la existencia de un comportamiento alevoso, en sentido de que el imputado para provocar la muerte de la víctima, aprovechó de que ella estaba en una grave condición física, debido a que las primeras heridas que recibió determinaron que no pueda oponer la mínima resistencia al ataque, es decir, si el imputado obró sobre seguro, teniendo en cuenta que en este último supuesto se requiere que el sujeto activo haya buscado esa situación de indefensión, o bien que se haya querido aprovechar de la situación de indefensión en que encontró a la víctima, de modo que en ambos supuestos el sujeto haya querido actuar sin riesgo para sí.”

Del fragmento del auto supremo antes referido se establece con claridad que evidentemente esta Sala del Supremo Tribunal de Justicia estableció que el tribunal de Alzada, que al tratarse de aspectos enteramente jurídicos, que no ameritan el reenvío de la causa, pues en base a los hechos tenidos como probados por el tribunal de sentencia debió emitir una nueva resolución, siendo en consecuencia evidente lo manifestado por el recurrente, debido a que se observa que dicho tribunal no cumplió con lo dispuesto por este Máximo Tribunal de Justicia; incumpliendo de esta forma la doctrina legal establecida en el A.S. N°040/2016-RRC de 21 de enero y por ende no cumple con lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, el carácter obligatorio que ostentan los autos supremos emitidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otro lado, el auto supremo aludido también fue muy concreto en establecer que el Tribunal de Alzada, soslayó que el tribunal de sentencia estableció que tanto el imputado y la víctima, se encontraban solos en una habitación y que el imputado conforme la prueba judicializada, de acuerdo a la conclusión del tribunal de mérito, produjo múltiples heridas en la humanidad de la víctima, provocándole aproximadamente el 50% de las cortaduras en vida causándole sufrimiento, destacando que después de haber herido a la víctima, no bastándole con las lesiones ocasionadas, la arrastró a la habitación para continuar provocándole mayores heridas, algunas más profundas que otras y para evitar que pidiese ayuda cortó o cercenó el cuello; lo que supone, que el tribunal de Alzada no fundamentó ni motivó adecuadamente con relación a la crueldad, como elemento subjetivo de la circunstancia calificante de Asesinato, estableciendo también que la cantidad de heridas en el cuerpo de la víctima, no constituye por sí el elemento determinante en la existencia del ensañamiento, siendo exigible comprobar que la repetición de las lesiones respondió a la intención deliberada de aumentar el sufrimiento, sabiendo el agente que tal situación no era indispensable para consumar la muerte de la víctima.

Por lo que, se tiene acreditado el incumplimiento por parte del auto de vista impugnado, respecto de la determinación de este máximo tribunal de Justicia sin considerar como ya se dijo- que los Autos Supremos emitidos en materia penal son de cumplimiento obligatorio.

De lo explicado por el A.S. N°040/2016-RRC de 21 de enero, el auto de vista no consideró en lo más mínimo dicha doctrina, teniendo en cuenta que su posición respecto de la temática planteada es completamente opuesta a este razonamiento, porque según el criterio del tribunal de Alzada se debe realizar una nueva valoración de las pruebas y para ello correspondería la nulidad de la sentencia y el correspondiente reenvío de la causa, dejando de lado los argumentos doctrinales establecidos por este Tribunal siendo que se estableció que el Tribunal de Alzada, deberá de forma directa emitir el auto de vista sin el reenvío de la causa al tratarse de aspectos enteramente jurídicos.

En ese sentido, este tribunal no puede soslayar el hecho de que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, pese al pronunciamiento en la presente causa del referido auto supremo, transgrede lo dispuesto por el art. 420 segundo párrafo del Cód. Pdto. Pen., al no dar cumplimiento a ese fallo; en consecuencia, se hace patente que tribunal de Alzada, con un análisis inapropiado de los antecedentes dispuso en el segundo Auto de Vista la nulidad de la Sentencia impugnada y la reposición del juicio por otro Tribunal, contradiciendo inexplicablemente una determinación emitida por esta Sala del máximo Tribunal de Justicia sin fundamento legal, e incumpliendo lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., correspondiendo en consecuencia el cumplimiento de lo dispuesto por el A.S. N°040/2016-RRC de 21 de enero y lo argumentos establecidos en la presente resolución, por lo que el motivo del recurso resulta fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público representado por el Fiscal de Materia Weymar Pérez Garrón, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N°216/016 de 27 de junio de 2016, disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie un nuevo auto de vista en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente Resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, para que por intermedio de sus Presidentes, bajo responsabilidad, pongan en conocimiento de los Jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de la Sala, oficiase nota al Consejo de la Magistratura, para que tome conocimiento del presente Auto Supremo.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Fdo. Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



212

Ministerio Público y otro c/ Pablo Jorge Quiñones y otros
Peculado y otros
Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 12 de septiembre de 2016, cursante de fs. 416 a 423 Pablo Jorge Quiñones Sejas, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 282/016 de 26 de agosto de 2016, de fs. 362 a 371, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Sandra Molina V. e Iván Sandoval Fuentes, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Comando Departamental de Policía de Chuquisaca contra el recurrente, por los delitos de peculado, incumplimiento de deberes, conducta antieconómica, uso indebido de influencias y concusión, previstos y sancionados por los arts. 142, 154, 224, 146 y 151 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 17/2016 de 05 de mayo (fs. 268 a 278), el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Pablo Jorge Quiñones Sejas, culpable de los delitos de peculado, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, tipificados por los arts. 142, 154 y 224 de la norma sustantiva penal, imponiendo la pena de 8 años de reclusión y cien días multa a razón de Bs 1.- más el pago de costas, daños y perjuicios a calificarse en ejecución de Sentencia; asimismo, lo absolvió de pena y culpa por los delitos de uso indebido de influencias y concusión, previstos y sancionados por los arts. 146 y 151 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado interpuso recurso de apelación restringida (fs. 292 a 328), resuelto por A.V. N°282/016 de 26 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que declaró inadmisibles los motivos primero, segundo y tercero del recurso de apelación restringida y confirmó la Sentencia pronunciada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N°844/2016-RA de 31 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

1) El recurrente alega que el tribunal de alzada incurrió en una falta de fundamentación, vulnerando los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Constitución Política del Estado y la ley adjetiva penal sobre el derecho a recurrir, al haber rechazado su apelación restringida, pese a subsanar las observaciones mediante memorial de subsanación constituyendo una infracción a la debida

fundamentación que debe contener toda resolución. En este caso, refiere que el tribunal de apelación en relación a los agravios planteados en alzada relativos a la falta de fundamentación de la sentencia, así como la inobservancia de las reglas de congruencia entre la acusación y la sentencia, establecidos en el art. 370-5) y 11) del Cód. Pdto. Pen., y la violación del principio in dubio pro reo, le exigió requisitos que no están previstos y señalados en los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., realizando una interpretación arbitraria, restrictiva, subjetiva e ilegal del alcance del art. 408-II de la citada norma adjetiva, infringiendo de esta manera el debido proceso, la debida fundamentación, legalidad y favorabilidad.

2) Arguye también que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva en relación a los agravios planteados en apelación restringida, referidos a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, previstos en el art. 370-1) y 6) y la violación de derechos y garantías constitucionales: [i) Inobservancia y errónea aplicación de la ley procesal, ii) Plazo establecido; y, iii) momento procesal, e In dubio pro reo], omisiones que vulneran el debido proceso, seguridad jurídica y el derecho a la defensa, debiendo el tribunal ad quem inexcusablemente manifestarse sobre lo denunciado. Invoca como precedente el A.S. N° 411 de 20 de octubre de 2006.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N°844/2016-RA de 31 de octubre, cursante de fs. 430 a 432 vta., este Tribunal admitió el recurso formulado por Pablo Jorge Quiñones Sejas, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 17/2016 de 05 de mayo, el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Pablo Jorge Quiñones Sejas, culpable de los delitos de peculado, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, tipificados por los arts. 142, 154 y 224 de la norma sustantiva penal, imponiendo la pena de ocho años de reclusión y cien días multa a razón de Bs 1.- más el pago de costas, daños, y perjuicios a calificarse en ejecución de sentencia; asimismo, lo absolvió de pena y culpa por los delitos de uso indebido de influencias y concusión, previstos y sancionados por los arts. 146 y 151 del Cód. Pen.

Entre los hechos probados por el tribunal de mérito se tiene que: Los Batallones de Seguridad Física Privada son una entidad pública y sus integrantes están considerados como funcionarios o servidores públicos; que el imputado durante 2005, desempeñó en dicho Batallón la labor de Contador, en cuya condición tenía la obligación de empadronarse ante Impuestos Internos con cambio del RUC por el NIT y no lo hizo hasta el mes de mayo del 2005, no había presentado extractos tributarios de esos meses y había emitido facturas utilizando el NIT 1043251014, a nombre de un tercero de nombre Luis Cueto, con dosificaciones fuera de rango; una vez que se había empadronado, en los meses de julio a septiembre del 2005, había presentado declaraciones fuera de vencimiento con mala determinación en el cálculo del impuesto determinado a favor del Fisco; por otra parte, no había presentado libros de venta IVA y al no existir registro de notas fiscales, habría derivado en que la institución recaudadora de impuestos emita Vista de Cargo N° SIN/GDCH/DF/00090FE00036, estableciéndose el monto a pagar de la liquidación efectuada por la suma de Bs 960.809.- concediendo a la institución referida el plazo de 30 días para que emita descargos y presente su prueba correspondiente.

Ante el incumplimiento a dicha resolución determinativa, se había hecho una actualización del monto a pagar en la suma de Bs 1.568.332.- que el incumplimiento en dicho pago derivó en que la referida institución tuviese que cancelar la suma de Bs 1.206.773.- por deuda tributaria, emitiéndose el auto de conclusión de trámite. El imputado también había incurrido en una serie de irregularidades en 2005, desviando dichos fondos que estaban destinados al pago de impuestos de 2005 entre otros, a su cuenta personal N° 5000-2061-00332403 del Banco Santa Cruz y a la cuenta de su esposa N° 101-50129021-3-73 del Banco de Crédito, por los importes de Bs 514.747.12.- que el imputado incluso había destruido un oficio emitido por Impuestos Nacionales dirigido al Comando Departamental de Policía de Chuquisaca, el cual había sido encontrado retaceado en el tacho de su basurero.

II.2. Del recurso de apelación restringida.

El imputado en su recurso de apelación restringida, alego los siguientes motivos:

a) Como primer motivo de apelación denuncia la existencia de los defectos de sentencia previstos por los incs. 1) y 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., alegando que se vulneró e incumplió el principio de tipicidad, lo cual generó la errónea aplicación de la ley sustantiva, transcribiendo parcialmente los A.S. N° 131 de 31 de enero de 2007, 21 de 26 de enero de 2007 y 339 de 01 de julio de 2010, refiere que la sentencia condenatoria se basa en elementos de prueba inexistentes que vulneran el debido proceso; bajo el acápite de análisis de la valoración defectuosa con relación al tipo penal de Peculado, señala: i) Citando el primer elemento establecido por el a quo, referido a que el imputado hoy recurrente Pablo Jorge Quiñones Sejas sería funcionario público, argumenta que si bien es cierto que la Policía Nacional, es una entidad pública conforme lo dispuesto por la L. N° 1178, el tribunal de mérito sin ningún argumento legal habría supuesto que por el hecho de haber trabajado en una empresa de seguridad privada, manejada por la Policía Nacional y administrada independientemente sin participación del TGN y otros sistemas de control, su persona se considera funcionario público; a cuyo efecto, hace una transcripción de lo dispuesto por los arts. 4 y 6 del Estatuto del Funcionario Público, refiriendo que para que una persona sea considerado servidor público, debe tener relación de dependencia con base a un vínculo jurídico, que en el caso de autos de la prueba PD-1, no se establecería cual es la naturaleza jurídica entre el imputado y el Batallón de Seguridad y Policía Nacional; es decir, que no se habría establecido el tipo de contrato entre el imputado y la institución referida, tampoco habría establecido si dicho vínculo jurídico se somete a lo establecido en la Ley General del Trabajo, al Estatuto

del Funcionario Público y la L. N° 1178, tampoco se habría establecido si es considerado de manera contractual civil o si está comprendido en el art. 6 del Estatuto del Funcionario Público y si se regula por las Normas Básicas. Asimismo, las declaraciones de Juan Barja Mamani y Juan Pablo Anze, no probarían el vínculo jurídico laboral entre su persona y la Policía Nacional y con el BASF; ii) En cuanto a la prueba MP-PD22, argumenta que el *A quo* no había indicado la pertinencia de la misma en el proceso, limitándose a referir que su persona habría roto la documentación y se deshizo de la misma; esta prueba a decir del recurrente es contradictoria con la prueba MP-PD1, la cual además sería de origen dudoso, pues por un lado la prueba MP-P21 establecería que no existe memorando de designación del imputado; sin embargo, la MP-P22, señalaría que existe memorial de designación del imputado como contador, el cual sería de 01 de julio del 2006. En cuanto al segundo elemento del tipo penal de peculado, referido a la supuesta apropiación de un monto de dinero, el imputado denuncia que en sentencia no se estableció a cuanto ascendería el monto que presuntamente se habría apropiado, señalando que el daño económico se encontraría señalado en la prueba MP-PD18, el cual indicaría que presuntamente se habría apropiado de Bs 514.747.12; empero, en la acusación formal se indicaría que la suma de la cual se apropió sería de Bs 1.206.776.- por lo que considera el mismo incongruente y violatorio del principio de certeza y congruencia que debe tener la acusación y la sentencia. Asimismo, respecto al referido monto de Bs 1.206.776.- supuestamente apropiado, sería falso pues las pruebas MP-PD7, MP-PD8 y MP-PD9, indican que el monto referido proviene de la omisión de pago de impuestos por falta de presentación de declaraciones juradas, mala determinación del cálculo del impuesto, multas por contravenciones y actualización de fecha de pago, por lo que concluye que en juicio no se habría podido determinar cuál es el monto del que supuestamente se apropió; al respecto, invoca el A.S. N°207 de 16 de agosto de 2008 y que existiría contradicción entre la acusación que indica que se apropió de Bs 1.206.776.- y la conclusión tercera de la sentencia, que habría establecido que se apropió de Bs 5.14.747,12.; en cuanto, a la prueba MP-PD3 consistente en informe de 25 de octubre del 2005, la cual había sido leída en audiencia e informaría que existen oficiales de policía que realizaban cobros por Bs. 186.725.6; y que también existiría dinero invertido en el edificio del BASF, aspecto concordante con la prueba MP-PD16 y que existiría falencias que no generaba buen crédito fiscal, el recurrente refiere que existe una falta de adecuación de los hechos al segundo elemento del tipo penal de Peculado. Finalmente, en cuanto a la prueba MP-PD5, consistente en el informe final de auditoria externa del 2004 y del 01 de enero al 30 de septiembre del 2005, no habría podido determinar el supuesto daño económico y monto apropiado. Bajo estos argumentos, el recurrente indica que su conducta carece de tipicidad por ser insuficiente en sus elementos materiales frente a los normativos y valorativos del tipo penal de Peculado.

En cuanto al delito de incumplimiento de deberes, el recurrente refiere conforme los argumentos expuestos a tiempo de realizar el análisis sobre el tipo penal de Peculado, que su persona nunca fue funcionario público al no haberse demostrado el vínculo jurídico entre la Policía Nacional, el BASF y el acusado, por lo que el primer elemento del tipo penal previsto por el art. 154 del Cód. Pen., no existiría; en cuanto, al segundo elemento referido al incumplimiento de deberes, el recurrente haciendo referencia a la conclusión quinta de la sentencia, manifiesta que no se demostró que era su obligación empadronarse al sin y pagar impuestos, al respecto habría producido la prueba de descargo PD6, consistente en una resolución de sobreseimiento dentro del caso FIS0700637 de 23 de abril de 2009, del cual se desprendería que el BSFP no contaba con un manual de organización y funciones, siendo que éste fue aprobado recién el 29 de noviembre del 2007; es decir, después de dos años de los hechos juzgados; asimismo, refiere que no se puede pretender probar cuales eran sus funciones con base a declaraciones testificales como las de Juan Barja Mamani y Carlos Feliz Llanque Choque, quienes ingresaron a trabajar a la BASF a partir del 2006; bajo dichos argumentos, el recurrente solicitó que el Tribunal de apelación disponga directamente la absolución de este tipo penal, pues no se habría demostrado objetivamente los elementos normativos o subjetivos del tipo penal de incumplimiento de deberes.

Sobre el delito de conducta antieconómica, previsto por el art. 224 del Cód. Pen., el recurrente refiere que: En cuanto al primer elemento del delito referido a la calidad de funcionario público, como había manifestado en el análisis de los anteriores tipos penales, a decir del recurrente no se habría probado en juicio que su persona tenga esa calidad; respecto al segundo elemento, referido a ejercer un cargo directivo o de responsabilidad, tampoco se habría demostrado que el cargo de contador sea directivo, pues el responsable del Batallón de Seguridad Física en 2005 sería el Cnl. Pablo Caballero; asimismo, no se había determinado cuáles eran sus responsabilidades, pues en juicio y de la prueba MP-PD1 se había demostrado que existía un jefe de presupuestos y un director del BASF, encargados del manejo económico; en cuanto, al tercer elemento del referido tipo penal referido a la mala administración, dirección técnica u otra causa que genere daño económico, el recurrente señala que la prueba MP-PD3 de 25 de octubre de 2005, se había puesto en conocimiento del Comandante del Batallón de Seguridad Física, la falta de pago de impuestos por diferentes motivos, habiéndose notificado con la vista de cargo al BASF el 30 de abril del 2010, cinco años después que el imputado recurrente habría puesto en conocimiento los problemas y había sido retirado de su cargo dos meses después, razón por la que no había podido solucionar los problemas impositivos. Bajo esos argumentos pide al Tribunal de apelación disponer directamente la absolución del referido tipo penal; a cuyo efecto, invoca como precedentes contradictorios los A.S. N°431 de 11 de octubre del 2006, 236 de 07 de marzo y 67 de 27 de enero de 2006.

b) Denuncia que la sentencia incurrió en el defecto previsto por el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que había generado errónea aplicación de la norma sustantiva con relación a los tipos penales previstos por los arts. 142, 154 y 244 del Cód. Pen., vulnerando el debido proceso; asimismo, hace referencia a las SS.CC. Nos. 1523/04-R, 537/04-R, 682/04-R, 174/2011-R, 0320/2011-R, 0459/2011-R, 0270/2012 y 1810/2011-R; y, A.S. N°65/2012 de 19 de abril, expresando que en el caso de autos el tribunal de mérito no se pronunció de forma clara y precisa respecto a toda la prueba, no habría realizado una relación pormenorizada de todos los documentos y elementos de prueba incorporados legalmente a juicio, no habría expresado los motivos de hecho y derecho ni el valor asignado a cada elemento de prueba; en cuanto a la prueba MP-PD17, había sido utilizada por el *a quo* para condenarlo, cuando su defensa habría indicado qué no debe valorarse la misma; asimismo, en cuanto a la MP-PD23, no se había indicado que prueba la misma; sin embargo, se había realizado una selección de conclusiones que lo perjudican violando el debido proceso, la seguridad jurídica en su vertiente de la debida fundamentación de la prueba, Asimismo, no habría en Sentencia un pronunciamiento judicial debidamente fundamentado, sobre los delitos previstos por los arts. 142, 154 y 224 del Cód. Pen., pues no enunciarían, describiría los datos probatorios para determinar la tipicidad y culpabilidad, tampoco se haría referencia a las fases del supuesto inter criminis, tampoco se habría realizado la hipotética adecuación de conducta, por lo que refiere que el A

quo se olvidó que la tipicidad es más importante que la antijuridicidad, tampoco habría explicado el de mérito sobre la culpabilidad, en suma no se habría observado que su conducta se hubiera subsumido a los elementos subjetivos de los tipos penales; a cuyo efecto, hace referencia a lo señalado por las SS.CC. Nos. 044/2011-R y 359/2011-R y los A.S. N°479 de 08 de diciembre de 2005, 342 de 28 de agosto de 2006, 349 de 28 de agosto de 2006 y 562 de 01 de octubre de 2004; para referir el imputado, que no obstante esta basta jurisprudencia se había reemplazado la fundamentación por una relación de antecedentes, por lo que alega que corresponde absolverle de culpa y pena.

c) Denuncia que la sentencia también incurrió en el defecto previsto por el inc. 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que la acusación fiscal habría señalado que se apropió de la suma de Bs 1.206.776.- sin embargo, en la tercera conclusión de la sentencia se establecería que la suma ascendió a Bs 514.747.12; asimismo, el monto establecido por el a quo también diferiría del monto señalado en la acusación particular; en el mismo motivo, el recurrente señala que en la acusación fiscal y particular, se habían circunscrito los hechos a las gestiones 2001 y 2005; sin embargo, el tribunal de mérito con la finalidad de rechazar la excepción de cosa juzgada, había delimitado el contexto de los hechos únicamente a 2005, en contradicción incluso con lo determinado por el Auto de Apertura N° 268/2015 de 09 de septiembre.

d) Denunció la violación del principio in dubio pro reo, porque el tribunal de mérito, había violado reiteradamente el principio al omitir el análisis conforme la sana crítica del art 173 del Cód. Pdto. Pen., pues sin existir prueba que demuestren los hechos por los cuales se le acusó, había procedido a condenarle por los tipos penales de peculado, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica; alega que en el caso, existen serios errores de procedimiento y violación de derechos y garantías, los cuales acarrearían la nulidad absoluta y los cuales merecen a decir del imputado pronunciamiento incluso de oficio, pues el a quo no había fundamentado su resolución con hechos probados, no había realizado referencia a las circunstancias y el objeto del delito ingresando en contradicción con lo establecido por el art. 360-2) del Cód. Pdto. Pen.; asimismo, el tribunal de mérito había valorado pruebas sin que éstas hubieran sido parte de las conclusiones por parte de los acusadores ni utilizados para establecer algún hecho, había aumentado fundamentos legales haciendo el papel de acusador para cubrir las falencias de la parte acusadora, viciando el proceso de nulidad y “violando flagrantemente el art. 370-1), 5), 6), 11 Cód. Pdto. Pen.” (sic), señalando como aplicación que pretende, los arts. 173 y 363-2) del Cód. Pdto. Pen., a cuyo efecto invocó como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 164/012, 368 de 17 de septiembre de 2005, 160 de 02 de febrero de 2007, 122 de 24 de abril de 2006, 639 de 20 de octubre de 2004, 384 de 26 de septiembre de 2005, 373 de 6 de septiembre de 2006, 242 de 06 de julio de 2006 y 183 de 06 de febrero del 2007.

II.3. De las observaciones al recurso de apelación restringida y memorial de subsanación.

Por decreto de 13 de julio de 2016 (fs. 349), el tribunal de apelación al amparo del art. 408 del Cód. Pdto. Pen., advierte que el recurrente de apelación en el motivo IV, referido a la falta de fundamentación de la sentencia y en cuanto al defecto de sentencia relativo a la supuesta incongruencia entre la sentencia y acusación, si bien habría referido las normas habilitantes; no identificó las normas violadas o erróneamente aplicadas con sus propios fundamentos y la aplicación que pretende de cada una de ellas. Asimismo, en cuanto a la presunta violación del principio in dubio pro reo, el recurrente solo habría señalado la norma habilitante y no la norma violada o erróneamente aplicada con sus propios fundamentos y la aplicación que pretende ella.

Por memorial presentado el 19 de julio del 2016 (fs. 353 a 356), el recurrente presenta memorial con la suma de “subsana lo extrañado”, en el cual respecto a la fundamentación de la sentencia, repitiendo sus argumentos, identifica como normas violadas los arts. 124, 173, 356, 359-I, 363-2) del Cód. Pdto. Pen., 13, 14, 38 del Cód. Pen., y 115-II, 116-I de la C.P.E., y como aplicación que pretende, señala que en aplicación del art. 413 de la norma adjetiva penal, el tribunal de apelación, repare directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación dictando nueva sentencia absolutoria con base al art. 363-2) de la norma legal referida, o en su caso de no ser posible se anule totalmente la sentencia y se ordene la reposición del juicio por otro tribunal de sentencia.

Respecto a la supuesta incongruencia entre la acusación y la sentencia, repitiendo los argumentos del recurso de apelación restringida respecto al motivo apelado, identifica como normas violadas los arts. 124 y 362 del Cód. Pdto. Pen., y 115-II y 118-II de la C.P.E., señalando como aplicación pretendida, que el Tribunal de apelación en aplicación del art. 413 de la norma adjetiva penal, anule la sentencia y ordene la reposición del juicio.

En cuanto a la supuesta violación del principio in dubio pro reo, señala que fue condenado por tres delitos sin demostrarse que haya sido contratado por el Batallón de Seguridad Física, el modo y el monto que se apropió, que exista un manual de funciones, a cuánto ascendió el daño causado, menos que haya sido el encargado del manejo económico y financiero del Batallón.

II.4. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, por Auto N° 282/016 de 26 de agosto de 2016, resolvió el recurso de apelación restringida interpuesto por el imputado; declarando inadmisibles los motivos primero, segundo y tercero del recurso de apelación restringida, bajo los siguientes fundamentos:

En el segundo considerando a tiempo de resolver los motivos de apelación restringida el Tribunal de apelación; en cuanto, al motivo de apelación fundado en la presunta falta de fundamentación de la Sentencia, en la que invocó el recurrente como norma habilitante el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., con el argumento que la resolución de mérito no cuenta con la fundamentación debida, vulnerando el debido proceso; estableció que el apelante no había precisado las normas violadas o erróneamente aplicadas, así como tampoco había precisado la aplicación que pretende, aspectos que habían sido observados por decreto de 13 de julio del 2016, a lo que por memorial de subsanación había identificado las normas violadas como los arts. 124, 173, 256 y 359-I, 363-2) del Cód. Pdto. Pen., 13, 14, 38 del Cód. Pen. y 115-II, 116-I de la C.P.E.; empero, no había individualizado ni fundamentado, ocasionando inseguridad y confusión; asimismo, en cuanto a la aplicación que pretende había referido que en previsión del art. 413 sin señalar de que cuerpo legal, se repare directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación dictando nueva sentencia absolutoria con base al art. 363-2) de Cód. Pdto. Pen., o en su caso de no ser posible la

reparación, se anule totalmente la sentencia y ordene reposición de juicio. Haciendo referencia a los requisitos de admisibilidad establecidos por los arts. 408 y 410 del Cód. Pdto. Pen., el *Ad quem*, señala que en el motivo analizado había sido subsanado parcialmente; es decir, que no había cumplido con la obligación de expresar la aplicación que pretende conforme el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, que no había expuesto cómo en su criterio las normas identificadas como violadas, debieron ser entendidas o aplicadas y fundamentar en que sustenta tal criterio; por el contrario, el recurrente había ingresado en confusión al referir la forma en que pretende que el *Ad quem* resuelva, tampoco había subsanado la observación de establecer fundamentamente las normas violadas o erróneamente aplicadas, haciendo referencia a normas adjetivas sustantivas y de la Constitución Política del Estado dejado en zozobra e inseguridad al de alzada a decir del *Ad quem*.

En cuanto al motivo de apelación fundado en la presunta violación de las reglas de congruencia, el recurrente había invocado la norma habilitante, art. 370-11) del Cód. Pdto. Pen., precisando como normas erróneamente aplicadas los arts. 124, 362 del Cód. Pdto. Pen., 115-II y 118-II de la C.P.E., normas que no habría separado ni individualizado en su fundamento, lo que a decir del Tribunal de apelación generaría desconcierto y confusión; asimismo, en cuanto a la aplicación que pretende se había limitado a señalar que su pretensión es que el de alzada anule la sentencia y ordene la reposición del juicio, por lo que el tribunal de apelación considera que no se subsanó el recurso de apelación, pues no había expuesto desde su perspectiva e interés cómo debieron ser entendidas y aplicadas las normas que identifica como violadas e inobservadas, fundamentando en qué sustenta su criterio y porqué debieran ser entendidas o aplicadas de la manera que propone.

Respecto a la presunta violación del principio *in dubio pro reo* el tribunal de apelación argumentó, que si bien el recurrente expresó las normas habilitantes y las normas violadas; sin embargo, no había fundamentado cada una de manera individualizada, al no indicar separadamente cada violación con sus fundamentos y la aplicación que pretende de cada una de las normas, reiterando de manera incompleta la impresión de la última plana del memorial de apelación señalando como aplicación pretendida el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., en sentido de que se anule la Sentencia con reposición del juicio o se dicte una nueva ordenando los principios generales del derecho sobre el *in dubio pro reo*.

III. Verificación de la denuncia de vulneración de derechos y garantías constitucionales y de contradicción con el precedente invocado

En el caso presente, la parte recurrente denuncia falta de fundamentación en el auto de vista impugnado al haberse rechazado la apelación restringida pese a subsanar las observaciones formuladas al recurso; además, de incongruencia omisiva respecto a los motivos fundados en el art. 370-1) y 6) del Cód. Pdto. Pen., y a su denuncia de defectos absoluto, por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. En cuanto a la denuncia de falta de fundamentación.

En el primer motivo de casación el recurrente denunció que el tribunal de apelación a tiempo de rechazar los motivos de apelación restringida fundados en la presunta existencia de defectos de sentencia previstos por los incs. 5) y 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y la presunta violación del principio *in dubio pro reo*, había incurrido en falta de fundamentación, al exigir requisitos que no estarían previstos en los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., interpretando arbitraria, restrictiva, subjetiva e ilegalmente el alcance del art. 408 de la norma adjetiva penal, vulnerando el debido proceso, la debida fundamentación, legalidad y favorabilidad.

Previó a revisar si evidentemente la parte imputada cumplió con los requisitos de admisibilidad; se debe tener presente, que por mandato de lo dispuesto por el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., el recurso de apelación restringida, será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley y procede únicamente contra la sentencia.

A este fin, la norma procesal penal, además de señalar que clase de resoluciones son recurribles en vía de apelación restringida; en los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., establece los requisitos que se deben cumplir en el planteamiento del recurso extraordinario de apelación restringida, estos requisitos tienen la finalidad de establecer parámetros legales en el planteamiento de los motivos llevados en apelación restringida, cuyo cumplimiento determina la admisibilidad y prosperidad del recurso.

Respecto a los requisitos previstos por el art. 408 de la norma adjetiva penal, se establece que el recurso de apelación restringida, además de ser interpuesto por escrito en el plazo de quince días de notificada la sentencia forma y plazo-, se debe: i) Citar concretamente las disposiciones legales que consideren violadas o erróneamente aplicadas; y, ii) Expresar cuál la aplicación que de ellas (de las normas identificadas como violadas o erróneamente aplicadas) se pretende.

Cuando la norma procesal analizada, impone a la parte recurrente expresar cuál la aplicación que pretende, implica el hecho de que el recurrente debe señalar de manera clara, cómo considera el apelante que debió aplicarse la norma que él mismo identifica como violada o erróneamente aplicada, sin confundir este requisito con la forma de resolución del recurso extraordinario, error en el que se incurre cuando se ampara la aplicación pretendida en los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen.

En el caso de autos, conforme lo referido en el acápite II-4 de la presente resolución, se tiene que el tribunal de apelación, declaró inadmisibles los motivos primero, segundo y tercero del recurso de apelación restringida, argumentando en el segundo considerando del auto de vista impugnado, que una vez otorgado el plazo para que el recurrente subsane su recurso de casación conforme a las observaciones realizadas por decreto de 13 de julio del 2016, el recurrente en cuanto al: i) Supuesto defecto de sentencia previsto por el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., si bien cumplió con precisar las normas violadas o erróneamente aplicadas, no había individualizado ni fundamentado cada una; es decir, no explicó de qué manera se vulneró cada una de las normas violadas, siendo esta exigencia justificable, pues no es suficiente alegar la vulneración de normas sin expresar de manera separada cómo considera el recurrente que se incurrió en dicha violación; asimismo, el recurrente evidentemente confundió el requisito referido a señalar la aplicación que pretende, en este caso, lo que el recurrente debió señalar no es el resultado o forma de resolución que pretende, sino cómo considera el recurrente que debió aplicarse las normas inobservadas o erróneamente aplicadas, justificando además por qué razón deberían aplicarse de la forma que señala.

Requisitos de admisibilidad que evidentemente el recurrente no cumplió y que conforme a lo señalado en el presente acápite, el cumplimiento de éstos determinan la admisibilidad o no del recurso de apelación.

En similar error incurrió el recurrente a tiempo de tratar de subsanar los motivos de su recurso de apelación restringida, fundados en la presunta existencia del defecto de sentencia previsto por el inc. 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y la presunta violación del principio *in dubio pro reo*; lo cual este Tribunal verifica, pues conforme a lo expuesto en el acápite II-3, se evidencia que el recurrente reiteró los argumentos de su recurso de apelación restringida, subsanando parcialmente su recurso al identificar que normas habrían sido inobservadas o violadas por el a quo; empero, es evidente que además de identificar las normas, no sustentó de forma clara y precisa de qué manera se habrían vulnerado dichas normas, y lo que es peor, no cumplió con la carga de señalar de qué manera se debió aplicar las normas que él identifica en su recurso como violadas o inobservadas. Asimismo, este tribunal establece que en el segundo considerando de la resolución impugnada puntos 1 al 6, el ad quem, explicó de manera suficiente, cuáles eran los requisitos que las partes recurrentes deben cumplir a efectos de la admisibilidad, siendo dichos argumentos suficientemente claros y expresos; y, que sustentan el rechazo de los motivos de apelación fundados en la presunta existencia de los defectos de Sentencia previstos por los incs. 5) y 11) del art. 370 de la norma adjetiva penal, así como la supuesta vulneración del principio *in dubio pro reo*; no siendo evidente la denuncia de vulneración del debido proceso, fundamentación, legalidad y favorabilidad.

III.2. Respecto a la denuncia de incongruencia omisiva.

El recurrente denuncia que el tribunal de apelación incurrió en incongruencia omisiva al no resolver los motivos de su recurso de apelación restringida fundados en la presunta existencia de los defectos de sentencia previstos por los incs. 1) y 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Previo al análisis del caso concreto, resulta necesario señalar que la Constitución Política del Estado en su art. 180-I, entre sus principios rectores en los que fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece la legalidad, en virtud del cual los actos de toda autoridad que ejerce jurisdicción en nombre del Estado, se hallan sometidos a la Constitución, Leyes y Tratados Internacionales.

En virtud de este principio de legalidad, los tribunales de alzada asumen competencia funcional, únicamente sobre los aspectos cuestionados de la resolución, conforme lo dispuesto por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17-II de la L. N° 025 L.Ó.J., disposiciones legales inspiradas en el principio de limitación, en virtud del cual el tribunal de alzada no puede desbordar la propuesta formulada por el impugnante en su recurso de apelación restringida; es decir, que el ad quem sólo debe pronunciarse sobre los motivos de impugnación en los que se fundó el recurso de apelación restringida, sin tener la posibilidad de suplir, rectificar o complementar las falencias en que incurra el recurrente a tiempo de impugnar una sentencia y sin que pueda considerar motivos en los cuales no se fundó el recurso de apelación.

El incumplimiento a las normas adjetivas penales referidas precedentemente, por falta de circunscripción del tribunal de alzada a los motivos que fundaron el recurso de apelación restringida, se traduce en una incongruencia que implica vulneración del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, principio que impone a la autoridad judicial, pronunciarse sólo sobre los motivos que fundaron un recurso de apelación.

En cuanto a las formas de vulneración de este principio, se tiene en primer lugar, el pronunciamiento *ultra petita*, que hace incongruente la resolución del tribunal de alzada, por pronunciarse sobre aspectos no demandados o que no fueron motivo de apelación, desbordando los límites de su competencia a aspectos no cuestionados y los cuales llegan firmes ante el de alzada; este hecho también conocido como exceso de jurisdicción, vulnera el debido proceso por violación del principio de legalidad, pues al pronunciarse el ad quem, sobre aspectos en los que no se fundó el recurso de apelación restringida, se impide a la parte contraria a contestar de forma fundamentada, conforme lo dispuesto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., hecho que amerita la nulidad de la resolución por constituir defecto absoluto conforme lo dispuesto por el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen.

Otra forma de incongruencia de una resolución y que también vulnera el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, es la falta de pronunciamiento sobre todos los motivos en los que se fundó un recurso de apelación restringida, conocido como pronunciamiento '*infra petita* o *citra petita*' o incongruencia omisiva, el cual también constituye un defecto absoluto conforme lo dispuesto por el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., al dejar al impugnante en incertidumbre sobre el resultado del motivo planteado en apelación.

Estos entendimientos fueron asumidos por este Tribunal mediante varios autos supremos y concretamente respecto a las formas de incongruencia entre lo demandado y lo resuelto por los tribunales de alzada, se emitió entre otros el A.S. N°701/2015-RRC-L de 25 de septiembre, en el que se expresó:

"El debido proceso, reconocido por la Constitución Política del Estado, como derecho, garantía y principio en sus arts. 115-II, 117-I y 180-I de la C.P.E., garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento motivado y fundamentado, sobre todos los motivos alegados en cualquier recurso que la ley prevé, hecho conocido también como el principio de 'congruencia', que en términos simples significa la correlación que debe existir entre lo demandado y lo resuelto, y el cual está reconocido en nuestra Ley del Órgano Judicial (L. N° 025) en su art. 17-II que estipula En grado de apelación, casación o nulidad, los tribunales deberán pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos solicitados en los recursos interpuestos', así como también por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., estipula 'Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución.

El incumplimiento a las disposiciones legales referidas precedentemente, se puede dar a través de dos situaciones, la primera sería pronunciándose sobre aspectos no demandados *ultra petita*, y la segunda al no pronunciarse sobre lo solicitado '*infra petita* o *citra petita*'; formas de resolución que vulneran el principio "*tantum devolutum quantum appellatum*"; y que constituyen una de las formas de incongruencia." (sic).

En el caso concreto, conforme a lo descrito en el inc. a) del acápite II-2 de la presente resolución, este tribunal advierte que el recurrente evidentemente como primer motivo de su recurso de apelación restringida, de manera conjunta denunció como primer agravio la

presunta existencia de los defectos de sentencia previstos por los incs. 1) y 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., bajo el acápite: "agravio en cuanto a la inobservancia y errónea aplicación de la ley procesal" (sic), los cuales conforme se desprende de la revisión minuciosa del auto de vista que resolvió el recurso de apelación restringida, no fueron resueltos ni considerados en los motivos de apelación, pese a que remitidos los antecedentes al tribunal de alzada, mediante decreto de 13 de julio de 2016, sólo observó el recurso en cuanto a los motivos fundados en el art. 370-5 y 11 del Cód. Pdto. Pen., así como en la supuesta vulneración del principio *in dubio pro reo* sin hacer referencia alguna al primer motivo, advirtiéndose además que el imputado planteó como otros motivos los desarrollados bajo los acápites: "errónea aplicación del art. 340-III respecto del plazo establecido" y "errónea aplicación del art. 340-IV respecto del momento procesal" (sic), sin que tampoco hayan merecido pronunciamiento alguno de parte de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca; es decir, que el Tribunal de apelación evidentemente incurrió en pronunciamiento citra petita al no resolver todos los aspectos cuestionados de la sentencia, vulnerando lo dispuesto por el art. 399 de la norma adjetiva penal, el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, el debido proceso y el derecho a la fundamentación, lo cual evidentemente causa indefensión al recurrente, pues este se halla impedido de poder impugnar la resolución de los motivos que no fueron resueltos, incurriendo el Tribunal de apelación en defecto absoluto conforme lo previsto por el inc. 3) del art. 169 del Cód. Pdto. Pen., que amerita dejar sin efecto la resolución impugnada, por vulneración de los derechos y principios referidos.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Pablo Jorge Quiñones Sejas; y, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 282/016 de 26 de agosto de 2016, disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente Resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente Auto Supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus Presidentes, pongan en conocimiento de los Jueces en materia Penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de Sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Nathalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Fdo. Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



213

Ministerio Público y otro c/ Jimmy Gonzales Ustarez

Estelionato

Distrito: Chuquisaca

AUTO VISTA

Sucre, 30 de agosto de 2016.

VISTOS: En apelación restringida, la Sentencia N° 13/2016 de 15 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 3 en lo Penal de la Capital (fs. 144-150), en el juicio penal seguido por el Ministerio Público y Mario Gutiérrez Villanueva contra Jimmy Gonzales Ustarez, por el delito de "estelionato", previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.; memorial de apelación de fs. 166-172, los antecedentes remitidos, normas legales pertinentes; y,

CONSIDERANDO: Que desarrollado el juicio referido supra, en los términos que informa el Acta correspondiente, el Tribunal de Sentencia N° 3 en lo Penal de la Capital dicta la Sentencia N° 013/16 de 15 de abril de 2016 que corre a fs. 144-150, en la que falla declarando al acusado Jimmy Gonzales Ustarez, autor de la comisión del delito de estelionato.

Que la referida Sentencia, es impugnada vía apelación restringida por el acusado, en los términos del memorial de fs. 166-172, al que por decreto de fs. 173, se imprime el trámite establecido por el art. 409 del Cód. Pdto Pen., respondiendo la representante del Ministerio Público por memorial cursante a fs. 192 y vta., en cuyo mérito el a-quo, a fs. 191, dispone la remisión de obrados ante el tribunal de alzada con emplazamiento de partes, cumpliéndose tal remisión cual consta por oficio de fs. 213 y comprobante de sistema de fs. 214, cursando decreto

de observación de fs. 215, ya que no cumple a cabalidad con los requisitos establecidos por el art. 408 del cuerpo adjetivo penal, dándose aplicación al art. 399 primer párrafo del mismo, para que subsane las observaciones referidas bajo apercibimiento de rechazo; presentando en mérito al decreto referido, el acusado memorial de "subsano defectos u omisiones de forma advertidos en mi recurso de apelación restringida" a fs. 217-220, y dentro de plazo; radicándose la causa en la Sala Penal Primera por decreto de fs. 211, procediéndose en su oportunidad al sorteo de ley; dictándose en consecuencia la presente Resolución.

CONSIDERANDO: Que por los efectos pertinentes; es menester realizar en primer término juicio de admisibilidad; en ese orden, y de los datos que cursan en el cuaderno procesal adjunto. Notificados los sujetos procesales, se evidencia que se notificó al acusado con la sentencia el 27 de abril de 2016, según constancia de la notificación cursante a fs. 157, y notificado con el auto de solicitud, complementación y enmienda el 06 de mayo de 2016 cursante a fs. 160, y el recurso fue presentado el 12 de mayo de 2016, a fs. 166-172, según constancia del timbre electrónico cursante a fs. 166, dentro del plazo -15 días establecido por el art. 408 de la L. N° 1970, computado en la forma dispuesta por el art. 130, párrafos cuarto y sexto de dicha norma procesal, el recurso ha sido presentado dentro del término de ley, consecuentemente, en cuanto al tiempo se admite el recurso y se ingresa al análisis de los aspectos cuestionados, en el marco del art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

Que al objeto antes referido, corresponde en primer lugar revisar los motivos del recurso de apelación restringida que son:

Primer motivo.- Manifiesta que la fundamentación probatoria de la sentencia sería insuficiente como defecto que habilita la apelación restringida, prevista en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen. Hace referencia a la fundamentación probatoria de la sentencia respecto a la prueba MP-PD2, MP-PD3. Manifiesta que de estas dos documentales, el a-quo declararía como probado el hecho que habría garantizado el cumplimiento del contrato de ejecución de obra y que habría ratificado esa garantía con el lote de terreno que sería de propiedad del imputado, ubicado en Horno Ckasa con una extensión de 580 mts. 2 a favor de la víctima. Manifiesta que no existe prueba tasada y que la valoración debe efectuarse conforme a las reglas de la sana crítica.

Refiere que si a criterio de los jueces, la controversia proviene de una relación contractual de carácter civil, e inclusive hacen énfasis en la naturaleza y efectos del contrato, al otorgar valor probatorio a las documentales MP-PD2 y MP-PD3. Hace referencia a los arts. 491, 549, 1538 y 1379 del CC. Atentos a estos artículos y que las pruebas codificadas como MP-PD 2 MP-PD 3 y de los mismos en conclusiones declaran probado el hecho de que ha garantizado el cumplimiento del contrato y subsumen ese hecho al tipo penal previsto en el art. 337 del Cód. Pen., por el que lo declaran autor y lo condenan, al otorgarles fe y valor probatorio, debieron considerar lo dispuesto en los arts. 491, 549, 1538 y 1379 del CC, esto es, explicar si la garantía se ha otorgado en documento público como exige la ley, si se ha inscrito en DD.RR., para surtir efectos, resultando claro y evidente que esa fundamentación es insuficiente, por el simple hecho de que se hayan introducido a juicio conforme procedimiento y no haya sido controvertido en juicio, no pueden tener valor probatorio. Los requisitos para la constitución de la hipoteca, para efectos y validez, no pueden exigirse solamente en el ámbito civil y desconocerse en el ámbito penal.

A consecuencia de la fundamentación probatoria insuficiente, se encontraría en un estado de incertidumbre, porque no sabe las razones por las cuales para el A-quo tienen valor probatorio las dos documentales, toda vez que no se ha constituido la garantía en documento público, no se ha inscrito en DD.RR., ni se ha garantizado una suma cierta y determinada como exige la ley.

Invoca precedentes contradictorios.- A.S. N° 319 / 2012-R.

Refiere que la sentencia es contraria a esa doctrina legal aplicable por mandato del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., porque en el punto de fundamentación probatoria, se limitan a decir que las pruebas MP-PD2 y MP-PD3 tienen fe y valor probatorio por haberse introducido a juicio conforme a procedimiento y no haber sido controvertida, pero no es completa, debido que al otorgar fe probatoria, no consideran los presupuestos exigidos por el legislador de la constitución de esos contratos.

Cita las disposiciones legales que considera violadas o erróneamente aplicadas y los fundamentos en forma separada.- Manifiesta que se ha violado el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.. Los legisladores al exigir la fundamentación probatoria de la sentencia, no harían otra cosa que garantizar el debido proceso, a los fines de que las partes tengan certeza de la razón por lo que un medio probatorio tiene fe y valor probatorio. Manifiesta que la inobservancia de esta disposición legal, radica en el hecho de que el a-quo al exponer la fundamentación probatoria, no explicaría las razones por las cuales le otorga valor probatorio a las pruebas.

Manifiesta también se ha violado el art. 117-1 de la C.P.E., que consagra el debido proceso como garantía jurisdiccional (S.C. N° 0183/2010-R), en sus vertientes derecho a la fundamentación de las resoluciones, por lo que se encuentra en un estado de incertidumbre, al no saber con certeza sobre las razones de esa decisión, vulnerando su derecho a la defensa, en consecuencia la decisión peca ser de hecho y no de derecho, quebrantando la estructura que debe tener toda resolución judicial. La inobservancia de las formalidades exigidas por los arts. 124 del Cód. Pdto. Pen., y 117-1 de la C.P.E., importan defectos absolutos previstos en el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., porque ha dado lugar a la lesión del debido proceso en sus vertientes de derecho a la fundamentación y a la defensa.

Refiere que esa relevancia constitucional de la falta de fundamentación, justifica que se anule en forma total la sentencia, ya que no puede cuestionar y dotar de material al tribunal de Alzada, buscando un pronunciamiento en el fondo, toda vez que una decisión en el fondo, solo puede ser revertida a partir de los fundamentos en lo que se sustenta y a ser cuestionados, por lo que no quedaría otra alternativa que se anule la sentencia en forma total, para que se restablezca la lesión de sus derechos.

Precisa o expresa cual la aplicación o la solución al caso que pretende por parte del Tribunal de Alzada.- Identificada en el fallo, no siendo posible reparar directamente la inobservancia de las disposiciones legales, solamente debido a que las cataloga como defectos absolutos, sino porque la fundamentación probatoria, debe cumplirse a partir de la valoración de las pruebas, por lo que solicita que en estricta observancia de los arts. 169-3) y 398 del Cód. Pdto. Pen., efectuó una compulsa a partir de los argumentos y se dicte auto de vista declarando procedente este motivo, en consecuencia en aplicación del art. 413 parte in fine del Cód. Pdto. Pen., anule en forma total la sentencia, ordenando la reposición de juicio por otro Tribunal.

Segundo motivo.- La fundamentación de fallo es insuficiente, como defecto de la sentencia que habilita la apelación restringida, prevista en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.

Manifiesta que la fundamentación es insuficiente, por lo que acusa como defecto absoluto que lesiona sus derechos y garantías fundamentales. Refiere que gravar significa el acto de insertar en el registro del bien, la incapacidad para disponerlo, o gravar nuevamente por acuerdo de partes o por orden judicial, ahora bien, el tribunal a-quo sostiene que el primer presupuesto del art. 337 del Cód. Pen., prohíbe y sanciona que ese bien gravado pueda ser nuevamente gravado, pero en la fundamentación se limitan a afirmar que ha acomodado su conducta al art. 337 del Cód. Pen., porque habría garantizado el cumplimiento del contrato de ejecución de obra con el lote de terreno de su propiedad que estaba gravado, y no porque hubiese gravado o hipotecado el lote de terreno a favor de la víctima.

El tribunal a-quo, si ha declarado como probado el hecho de que ha garantizado el cumplimiento de contrato al subsumir este hecho al tipo penal del art. 337 del Cód. Pen., tenían que haberle explicado porque ese acto importa gravar, como no lo hacen, la fundamentación es insuficiente. Por otro lado refiere que, la fundamentación jurídica es insuficiente, es tan evidente cuando el A-quo respecto el Banco Los Andes Procredit S.A. precisan de manera clara que el inmueble de su propiedad estaba gravado e hipotecado, pero, no tiene la misma precisión al referirse a su conducta de que hubiese gravado o hipotecado el lote de terreno a favor de la víctima, sino de manera genérica dicen que ha garantizado el cumplimiento del contrato con ese lote de terreno que ya estaba gravado. La fundamentación jurídica es insuficiente, porque no explicarían porque el simple hecho de que haya garantizado constituye o importa gravar, ni de que manera se subsume al tipo penal.

Por otro lado, el delito de estelionato que se encuentra regulado en el art. 337 del Cód. Pen., de ahí que el bien jurídico protegido en una expresión genérica es la propiedad, pero resulta por demás evidente que el bien jurídico protegido en el derecho real de garantía hipotecaria. Menciona el A.S. N° 94/2012.

Refiere que el art. 337 del Cód. Pen., exige perjuicios al subsumir su conducta a este tipo penal en la fundamentación jurídica y tenían que explicar y precisar el bien jurídico lesionado con su conducta, pero ni siquiera se refieren de que manera hubiese lesionado o afectado ni qué bien jurídico de la víctima o cuando menos causado la posibilidad de un perjuicio patrimonial. La relevancia de la falta de fundamentación jurídica, lo coloca en un estado de incertidumbre, porque no tiene la certeza de la razón de su decisión, quebrantando la estructura que debe tener toda resolución.

Invoca como precedente contradictorio.- A.S. N° 431/2006.

Manifiesta que la sentencia sería contraria a esa doctrina, porque en la fundamentación jurídica, sostienen que la primera parte del art. 337 del Cód. Pen., prohíbe y sanciona el gravar un bien que ya está gravado, pero, para aplicar esa norma no interpretan el elemento gravar y los alcances del mismo, ni precisan las características de su conducta para que se identifique con el acto de gravar, de ahí que la sentencia contendría el defecto previsto en el art. 370-5) de Cód. Pdto. Pen., que habilita su impugnación.

Citas las disposiciones legales que considera violadas o erróneamente aplicados y los fundamentos en forma separada.- Manifiesta que se ha violado el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. Al exigir la fundamentación jurídica de la sentencia al momento de hacer el juicio de tipicidad, no hacen otra cosa que garantizar el debido proceso, a los fines de que el imputado tenga certeza de las razones por las cuales su conducta es catalogada como ilícita y no se vea afectado en su derecho a la defensa. La inobservancia radica en el hecho de que el a-quo al momento de subsumir su conducta al tipo penal de estelionato, no especifica los caracteres de su conducta que hacen al tipo penal, y por ende no sabe con certeza de la razón de la decisión asumida por sus probidades, violando el art. 117-1 de la C.P.E., el debido proceso (0183/2010-R) en sus vertientes de fundamentación de las resoluciones y a la defensa, porque se encontraría en un estado de incertidumbre absoluto, al no saber con certeza las razones de la decisión asumida, lo que vulnera su derecho a la defensa.

Manifiesta que la inobservancia de las formalidades exigidas por los arts. 124 del Cód. Pdto. Pen. y 117-1 de la C.P.E., importan defectos absolutos previstos en el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., porque ha dado lugar a la lesión del debido proceso en sus vertientes de derecho a la fundamentación y tutela judicial efectiva por lo que no pueden ser convalidados.

Precisa o expresa cual la aplicación o la solución al caso que pretende por parte del Tribunal de Alzada.- Identificada en el fallo el defecto que habilita su impugnación en apelación y no siendo posible reparar la inobservancia de las disposiciones, catalogadas como defecto absoluto por la lesión a sus derechos y garantías fundamentales, sino, porque la fundamentación jurídica de la sentencia debe cumplirse a partir de la valoración de las pruebas y a partir de ello cumplirse con la calificación jurídica de los hechos tenidos como probados, en ese entendido a partir de la relevancia constitucional expresada, en observancia de los arts. 169-3) y 398 del Cód. Pdto. Pen., efectúe una compulsión a partir de los argumentos expuestos, si resulta evidente o no que la sentencia adolece de falta de fundamentación jurídica, dicten auto de vista declarando procedente este motivo, en consecuencia, en aplicación del art. 413 parte in fine del Cód. Pdto. Pen., anule en forma total la sentencia confutada, ordenando la reposición del juicio oral por otro tribunal.

Por todo lo fundamentado interpone recurso de apelación restringida en contra de la Sentencia N° 13/2016, le concedan el recurso, a efectos de que advertidos de los agravios expuestos, violaciones de garantías y derechos constitucionales, dicten auto de vista declarando procedente los motivos de su recurso de apelación restringida y anulen en forma total la sentencia apelada, ordenando el juicio de reenvío por otro tribunal conforme al art. 314 del adjetivo penal.

CONSIDERANDO: Que resumidos así los motivos de la apelación restringida contra la Sentencia N° 13/16 de 15 de abril de 2016 que condena al ahora recurrente a la pena de dos años de privación de libertad por la comisión del delito de Estelionato, corresponde a este Tribunal de Alzada resolverlos y determinar si resultan o no ciertos los reclamos traídos.

I. - Al primer motivo.

Norma habilitante, art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.

Normas violadas el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., y art. 117-1 de la C.P.E.

Aplicación que pretende, es que se garantice su derecho a una resolución fundamentada y motivada al evidenciarse insuficiencia en la fundamentación probatoria que da lugar a que se anule en forma total la sentencia.

Como argumento de fondo, acusa insuficiente fundamentación probatoria codificadas como MP-PD2, MP-PD3 que el tribunal de otorgó valor probatorio solamente por haberse obtenido e introducido a juicio, que al estar suscrito por funcionario público tendría naturaleza contractual de carácter civil, y no por haber sido controvertido en juicio, entonces lo que correspondía era se observen las normas que regulan el contrato como fue pedido por su defensa en alegatos y así establecer, si la garantía se ha otorgado en documento público como exige la ley, si se inscribió en DD.RR., para surtir efectos y la existencia de suma cierta garantizada para su validez.

Ahora bien, uno de los presupuestos esenciales de la sentencia es la fundamentación que responda a la valoración objetiva de las pruebas que impone una motivación racional y crítica de la prueba de acuerdo al art. 173 de la Ley Adjetiva Penal, exponiendo en su estructura una relación fáctica, probatoria y descriptiva y también jurídica. Asimismo, dada la naturaleza del recurso de apelación restringida, ésta se reduce a hacer un control de legalidad y logicidad con relación al fallo confutado, eso significa que no se trata de una instancia más y por tanto se halla prohibido de revalorizar la prueba, pues la valoración de la prueba y los hechos es de exclusiva facultad del Tribunal de juicio conforme a los principios rectores que rigen el sistema procesal penal, porque son ellos los que reciben de forma directa la producción de la prueba, cuyo análisis e interpretación se hallan plasmados en el fundamento de la sentencia con claridad, concreitud, experiencia, conocimiento, legalidad y lógica emergente de una interacción contradictoria de las partes.

En autos, el primer término resulta un contrasentido lo manifestado por la parte apelante al atacar como insuficiente fundamentación probatoria las consistentes en el documento privado de ejecución de obra y documento privado sobre acuerdo transaccional, pero por otro lado, dice lo que debió hacer el tribunal de juicio es que se apliquen las disposiciones civiles relativas al instituto de contratos regulados por normas civiles; siendo así, entonces no estamos ante una insuficiente fundamentación, por cuanto respecto a las pruebas en cuestión, el tribunal de grado ha expuesto motivadamente, el porque les da determinado valor; así tenemos que en el epígrafe IV.1 Pruebas de Cargo Producidas por el Ministerio Público, al referirse a la B) Documental, pruebas MP-PD2 y MP-PD3 describe el contenido de ambas documentales y a continuación no solo menciona su forma legal de obtención, introducción y que estas no fueron controvertidas en juicio, sino también, en su labor descriptiva e intelectual señala: "... acredita la suscripción de Contrato de Ejecución de Obra de 6 Plantas, Carpintería Interior y Otros, por un monto de Setenta y Cinco Mil 00/ 100 Dólares Americanos, suscrito por Mario Gutiérrez Villanueva como propietario y Jimmy Gonzales Ustarez como contratado a ser cumplido en el plazo de 8 meses desde la suscripción del documento, Jimmy Gonzales Ustarez garantiza el cumplimiento de contrato con todos sus bienes habidos y por haber, específicamente con un lote de terreno ubicado en Horno Ckasa..." (MP-PD2). Lo propio sucede con la descripción de la prueba MP-PD3 consistente en el documento transaccional, por el que el Tribunal infiere que esta documental, acredita el incumplimiento de contrato, comprometiéndose a entregar la obra hasta el 03 de septiembre de 2012, estableciéndose multa pecuniaria por día de incumplimiento a favor del propietario, manteniendo la garantía señalada ut supra. Finalmente, la Sentencia en la parte correspondiente a la valoración integral de pruebas, en las Conclusiones N°1 y N° 2, comprende la relación de convicción asumida por el Tribunal de juicio, apreciando todos los elementos de prueba incorporados al proceso en concordancia y convergencia que le dan la forma de unidad entre sí. Entonces, no es evidente que exista una insuficiente fundamentación probatoria con relación a las signadas en cuestión, por lo que este primer motivo debe ser declarado improcedente.

II Al segundo motivo.

Norma habilitante, art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.

Normas violadas, arts. 124 Cód. Pdto. Pen., 117-1 CPE y también el art. 337 del Cód. Pen.

En la aplicación que pretende, señala que el tribunal de grado, al haber concluido que el imputado acomodó su conducta al tipo penal del art. 337 del Cód. Pen., garantizando el cumplimiento del contrato con su lote de terreno que estaba gravado y no por que hubiese gravado o hipotecado que es diferente al de garantizar.

El recurrente, reclama como defecto de la sentencia, "insuficiente fundamentación jurídica" a partir de la definición "gravar", por cuanto en comprensión del tribunal, el hecho de concluir que su conducta se subsume al delito de Estelionato, empero, no especifican los caracteres de su comportamiento al tipo penal, sin exponer las razones por las cuales el hecho genérico de que haya garantizado el cumplimiento de contrato de ejecución de obra con el lote de terreno, implica gravar y sea reprochable penalmente. En ese contexto, tal aseveración para este tribunal de apelación, no es evidente, por cuanto a partir del subtítulo VI. Fundamentación Jurídica, la sentencia contiene una descripción lógica y objetiva de los elementos constitutivos del delito de Estelionato y la adecuación de la conducta del inculcado al tipo penal descrito en el art. 337 del Cód. Pen., así como los elementos subjetivos que hacen al caso en estudio estableciendo la subsunción de los presupuestos fácticos conocidos a la norma jurídica penal que finalmente estableció la culpabilidad del ahora recurrente. Así el tribunal estableció: "...que el encausado Jimmy Gonzales Ustarez, ha obrado dolosamente al gravar a título de garantía de cumplimiento de contrato un bien inmueble, como si esta fuera un bien libre de gravamen, cuando el mismo, con anterioridad ya se encontraba gravado a favor del Banco Los Andes Procredit S.A. desde el 30 de noviembre de 2010 (MP-PD4), pese a ello, el señor Jimmy Gonzales Ustarez, ofrece en garantía y fianza el cumplimiento de contrato de ejecución de obra de 6 plantas a favor de Mario Gutiérrez Villanueva en 07 de diciembre de 2010, ocultando que el inmueble ya se encontraba gravado (MP-PD2) no haciendo constar este hecho en la cláusula sexta, contrato que el señor Mario Gutiérrez no registró en la Oficina de Derechos Reales de Chuquisaca, pese a ello importa que la conducta del imputado se subsume en el primer supuesto del ilícito de estelionato". De lo transcrito, se colige que no es cierta la acusación alegada por el recurrente, más bien el tribunal de juicio una vez más ha sido cuidadoso en exponer el fundamento jurídico con precisión y claridad que hace a la subsunción en la conducta del inculcado.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la facultad prevista en el art. 51-2 y 403 último párrafo del a L. N° 1970, declara IMPROCEDENTES los dos motivos del recurso de apelación Restringida interpuesto por Jimmy Gonzales Ustarez, manteniéndose incólume la Sentencia Apelada N° 13/2016.

La presente Resolución podrá ser Recurrída en Casación dentro el plazo y forma establecidos por el art. 417 del Código Adjetivo Penal.

Vocal relator: Iván Sandoval Fuentes.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Ivan Sandoval Fuentes – M. Sandra Molina

Ante mí: Abg. Patricia M. Acha Mora.- Secretario de Camara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 15 de septiembre de 2016, cursante de fs. 254 a 258 vta., Jimmy Gonzales Ustarez, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 281/016 de 30 de agosto de 2016, de fs. 231 a 237, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Iván Sandoval Fuentes y Sandra Molina, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Mario Gutiérrez Villanueva contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 13/2016 de 15 de abril (fs. 144 a 150), el Tribunal de Sentencia N° 3 de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Jimmy Gonzales Ustarez, autor de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de privación de libertad, con costas y pago de daños y perjuicios averiguables en ejecución de Sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Jimmy Gonzales Ustarez, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 166 a 172), resuelto por A.V. N° 281/016 de 30 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que declaró improcedentes los dos motivos planteados, resolución sobre la cual el imputado solicitó Explicación y Complementación, que fue declarada sin lugar por Auto N° 285/016 de 08 de septiembre de 2016 (fs. 241 y vta.).

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N°845/2016-RA de 31 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

El recurrente denuncia que el tribunal de apelación incurrió en incongruencia omisiva, pues respecto de los motivos primero y segundo de su recurso de apelación restringida, a través de los cuales habría denunciado: i) Fundamentación probatoria insuficiente; y, ii) Fundamentación jurídica insuficiente, el ad quem con argumentos generales no hubiese dado una respuesta fundamentada; así, respecto del primer motivo de apelación el recurrente habría observado que el documento por el cual garantizó una obligación con un inmueble mediante un documento privado, conforme las normas civiles sería nulo, denuncia sobre la cual el Tribunal de alzada no hubiese explicado por qué le otorga valor probatorio, concluyendo que el A quo habría extraído los elementos probatorios de las pruebas M-PD2 y MP-PD3 y que las conclusiones resultan de la apreciación de todos los elementos incorporados a juicio, argumento que el recurrente sostiene, no responde a los fundamentos expresados en el primer motivo de apelación.

Por otro lado, a tiempo de resolver el segundo motivo de apelación, el Ad quem se hubiese limitado a transcribir el acápite correspondiente a la fundamentación jurídica de la sentencia, para concluir que no es cierta la acusación realizada en apelación y que el de mérito fue cuidadoso al exponer el fundamento jurídico con precisión y claridad, sin explicar cómo el hecho de haber garantizado la ejecución de una obra sin gravar o hipotecar el inmueble otorgado en garantía, constituye el delito de estelionato, esgrimiendo argumentos genéricos, sin explicar cuál es el bien jurídico lesionado o el perjuicio ocasionado como establece el A.S. N° 341/2006 de 11 de octubre de 2006.

Bajo esos argumentos, el recurrente denuncia que el tribunal de apelación violó el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., desconociendo su propia competencia y el art. 124 de la norma adjetiva referida, incurriendo en defecto absoluto, conforme lo previsto por el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., por violación del debido proceso, derecho a la defensa y derecho a recurrir, tutelados por los arts. 117-I, 119-II y 180-II de la C.P.E., actuando en contradicción con lo dispuesto por el A.S. N°142/2013 de 28 de mayo, que habría dispuesto que el tribunal de alzada debe resolver todos y cada uno de los puntos denunciados en apelación, con la debida motivación, aspecto que el auto de vista impugnado no cumple, por carecer de los requisitos de especificidad, claridad y completitud en su motivación.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se disponga la emisión de una nueva resolución que sea motivada en cuanto a todos y cada uno de los puntos reclamados en su recurso de apelación restringida.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N°845/2016-RA de 31 de octubre, cursante de fs. 265 a 266 vta., este Tribunal admitió por precedente el recurso de casación interpuesto por Jimmy Gonzales Ustarez, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 13/2016 de 15 de abril, el Tribunal de Sentencia N° 3 de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Jimmy Gonzales Ustarez, autor de la comisión del delito de Estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., conforme a los siguientes fundamentos:

Como hechos que dieron origen al proceso penal y posterior emisión de la sentencia condenatoria, se tiene que, Mario Gutiérrez Villanueva (Acusador particular), suscribe un contrato de ejecución de obra civil de 6 plantas con el arquitecto Jimmy Gonzales Ustarez (Imputado) el 07 de diciembre de 2010, construcción que debía realizarse en el terreno de propiedad del acusador, ubicado en Yurac Yurac, cuyo costo del trabajo era por la suma de \$us. 75.000.- debiendo ser concluido en un plazo de 8 meses, es decir el 08 de agosto de 2011, el cumplimiento de la obra se encontraba garantizada con todos los bienes habidos y por haber del acusado y en especial con el lote de terreno de su propiedad ubicado en Horno Ckasa, habiéndose para el efecto adelantado y cancelado el total del precio pactado; sin embargo, ante el incumplimiento de plazos y pese a la ampliación de estos, se llega a suscribir un segundo documento transaccional el 26 de junio de 2012, donde el imputado se compromete a entregar la casa completamente habitable el 03 de septiembre de 2012 y que se sometía a una sanción de Bs 1.000.- por día de retraso, otorgando para ello la misma garantía del terreno de Horno Ckasa -señalado anteriormente- indicándose que el mismo se encontraba libre de gravamen y anotación preventiva, ante el nuevo incumplimiento y pese a haberse entregado diferentes sumas de dinero para la conclusión de la obra, el acusador particular obtiene un informe rápido de Derechos Reales llegándose a enterar que el terreno otorgado como garantía tenía gravámenes anteriores al ofrecido a su persona.

Con estos hechos y producidas las pruebas, tanto de cargo como de descargo y previa su valoración, el tribunal de sentencia concluyó señalando que tanto el pliego acusatorio fiscal como particular fueron justificados con prueba idónea, llevando a establecer que el acusado acomodó su conducta al tipo penal establecido en el art. 337 del Cód. Pen. que señala: "El que vendiere o gravare como bienes libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados..., será sancionado con privación de libertad de uno a cinco años...", figura jurídica tipificada como Estelionato que establece, que bienes que se encuentran en esa calidad no pueden ser vendidos o gravados como libres, porque precisamente no tienen la calidad de libres, sino que son litigiosos o están embargados, pues quienes arbitrariamente realizan actos de disposición o cesión incurrir en acciones ilícitas; es decir, que ese accionar va en perjuicio de uno de los contratantes bajo la apariencia de un bien libre de litigio, embargo o gravamen. En el caso presente, por la prueba contrastada se tendría comprobada la ilicitud del afianzamiento otorgado en garantía respecto al inmueble consistente en el lote de terreno de 580 m2, ubicado en Horno Ckasa de propiedad de Jimmy Gonzales, proceder que vulneró la buena fe de la víctima Mario Gutiérrez, en consideración a que esta controversia si bien proviene de una relación contractual de carácter civil, esto suponía que el mismo debía ser ejecutado de buena fe y obligaba no sólo a lo que se expresó en el contrato- sino a todos los efectos que derivaban conforme a su naturaleza.

De las pruebas producidas, se advirtió de manera inequívoca que el encausado obró dolosamente al gravar a título de garantía de cumplimiento de contrato un bien inmueble, como si éste fuera un bien libre de gravamen, cuando el mismo con anterioridad ya se encontraba gravado a favor del Banco Los Andes S.A., desde el 30 de noviembre de 2010 (MP-PD4) y pese a ello el imputado ofreció como garantía y afianza el cumplimiento del contrato de ejecución de obra sin informar que el inmueble, ya se encontraba gravado (MP-PD2) "no haciendo consta este hecho en la cláusula sexta del contrato que el señor Mario Gutiérrez no registro en la Oficina de Derechos Reales de Chuquisaca, pese a ello importa la conducta del imputado se subsume en el primer supuesto del ilícito de Estelionato" (sic).

Un segundo hecho que subsumió el tipo penal de estelionato, fue cuando ante el incumplimiento del contrato de ejecución de obra de 07 de diciembre de 2010, se suscribe el documento privado de transacción sobre ejercicio de obra el 26 de junio de 2012, pactado por Mario Gutiérrez Villanueva como propietario y Jimmy Gonzales Ustarez como contratado, acuerdo que entre otras cosas como el plazo de la obra y otros, ratificaba la garantía de cumplimiento del contrato con el lote de 580 m2., ubicado en Horno Ckasa de propiedad del imputado (MP-PD3); sin embargo, este contrato tampoco fue cumplido en su totalidad por el contratado Jimmy Gonzales, pues contrariamente y a sabiendas que desde el 30 de noviembre de 2010 el lote de terreno de su propiedad ya contaba con gravamen a favor del Banco Los Andes Procredit S.A.; posteriormente, el 07 de diciembre de 2010 es gravado mediante garantía o afianzamiento de cumplimiento de contrato en favor de Mario Gutiérrez Villanueva; pero, además el 30 de abril de 2013 nuevamente da en garantía hipotecaria por la suma de \$us. 5.000,00.- a favor de Ramiro Peñaranda Taida, pese a que no había cumplido con el contrato de obra cuyo cumplimiento garantizó con el referido lote.

II.2. De la Apelación restringida.

Conforme al memorial cursante de fs. 166 a 172, el imputado formula recurso de apelación restringida alegando: i) Que la fundamentación probatoria de la sentencia sería insuficiente, defecto previsto en el inc. 5) del art. 370 del CPP, identificando a las pruebas codificadas como MP-PD2 y MP-PD3, como las que hubiesen sido inadecuadamente consideradas por el Tribunal de sentencia, ya que si este consideró que la controversia provino de una relación contractual de carácter civil, se debió considerar lo dispuesto por los arts. 491, 549, 1538 y 1379 del Cód. Civ.; es decir, explicar si la garantía se otorgó en documento público como exige la Ley y si se inscribió en DD.RR. para surtir efectos, el no hacerlo denotaría una fundamentación insuficiente, invocó al efecto el A.S. N°319/2012-R; además, citó como disposiciones legales consideradas como violadas o erróneamente aplicadas, los arts. 124 y 169-3) del Cód. Pdto. Pen., y 117-1 de la C.P.E.; y; ii) Denunció la insuficiente fundamentación de la Sentencia, defecto previsto en el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., refiriendo que en cuanto al elemento constitutivo de "gravar" previsto en el tipo penal de estelionato, se tendría que el tribunal se limitó a señalar que su conducta se acomodó en este tipo penal, porque habría garantizado el cumplimiento del contrato de ejecución de obra, con el lote de terreno de su propiedad que estaba gravado y no porque hubiese gravado o hipotecado el lote de terreno en favor de la víctima. Al respecto, señala también que el tribunal A quo, si declaró como probado el hecho de que se garantizó el cumplimiento de contrato al subsumir este hecho al tipo penal de

estelionato; entonces, se debió explicar porque ese acto importaba gravar, como no lo hicieron la fundamentación resultaría insuficiente; de igual manera el Tribunal de Sentencia respecto del Banco Los Andes Procredit S.A., señaló que el inmueble de su propiedad estaba gravado e hipotecado, pero no tuvo la misma precisión al referirse a su conducta respecto de que hubiese gravado o hipotecado el lote de terreno a favor de la víctima, incurriendo en generalizaciones cuando se argumenta que Garantizó el cumplimiento del contrato con un lote ya gravado, invocando al efecto los AA.SS. Nos. 94/2012 y 431/2006, además cita como disposiciones legales consideradas como violadas o erróneamente aplicadas, los arts. 124 y 169-3) del Cód. Pdto. Pen. y 117-1 de la C.P.E.

II.2. Del auto de vista impugnado.

En atención a la apelación restringida referida precedentemente, el tribunal de alzada se pronunció en los siguientes términos:

1) Respecto del primer motivo, demarcando previamente el ámbito de su competencia en cuanto a que la apelación restringida se reduce a efectuar un control de legalidad y logicidad con relación al fallo confundado, pues no se trata de una instancia más y por ello se encuentra prohibido de revalorizar prueba, siendo esta de exclusiva facultad del tribunal de juicio; el tribunal de alzada concluyó que resultaba un contrasentido lo manifestado por la parte apelante el atacar como insuficiente fundamentación probatoria las consistentes en el documento privado de ejecución de obra y documento privado sobre acuerdo transaccional y que por otro lado señale que, lo que debió hacer el tribunal de juicio era que se aplique las disposiciones civiles relativas al instituto de "Contratos" regulados por normas civiles, siendo así entonces no se estaría ante una insuficiente fundamentación; por cuanto, respecto a las pruebas en cuestión, el tribunal de grado expuso motivadamente, el por qué les daba determinado valor, así se tendría del epígrafe IV.I Prueba de Cargo Producidas por el Ministerio Público, al referirse a las pruebas en cuestión (MP-PD2 y MP-PD3) describiendo el contenido de ambas documentales para a continuación no sólo mencionarse su legal obtención, introducción y que éstas no fueron controvertidas en juicio; sino, también existió una labor descriptiva e intelectual.

De igual manera la sentencia, en la parte correspondiente a la valoración integral de pruebas, en las conclusiones N° 1 y N° 2, que comprende la relación de convicción asumida por el tribunal de Juicio, en la que se aprecia todos los elementos de prueba incorporados al proceso en concordancia y convergencia que le dan la forma de unidad entre sí, concluyó no ser evidente la existencia de insuficiente fundamentación probatoria con relación a las signadas en cuestión, por lo que el primer motivo resultaba improcedente.

2) Respecto a los argumentos del segundo motivo opuesto en apelación, dichas aseveraciones no serían evidentes; por cuanto, a partir del subtítulo VI. Fundamentación Jurídica la sentencia contendría la descripción lógica y objetiva de los elementos subjetivos, que hacen al caso en estudio estableciéndose la subsunción de los presupuestos fácticos conocidos a la norma jurídica penal que finalmente establecieron la culpabilidad del imputado, procediendo el tribunal de alzada a citar el fragmento de la sentencia en la que constaría la fundamentación extrañada por el recurrente; "...que el encausado Jimmy Gonzales Ustarez, ha obrado dolosamente al gravar a título de garantía de cumplimiento de contrato un bien inmueble, como si esta fuera un bien libre de gravamen, cuando el mismo, con anterioridad ya se encontraba gravado a favor del Banco Los Andes Procredit S.A. desde el 30 de noviembre de 2010 (MP-PD4), pese a ello, el señor Jimmy Gonzales Ustarez, ofrece en garantía y fianza el cumplimiento de contrato de ejecución de obra de 6 plantas a favor del señor Mario Gutiérrez Villanueva en 07 de diciembre de 2010, ocultando que el inmueble ya se encontraba gravado (MP-PD2) no haciendo constar este hecho en la cláusula sexta, contrato que el señor Mario Gutiérrez no registró en la Oficina de Derechos Reales de Chuquisaca, pese a ello importa que la conducta del imputado se subsume en el primer supuesto del ilícito de Estelionato". De lo transcrito el tribunal de alzada estableció que no era cierta la acusación alegada por el recurrente, ya que al contrario el tribunal de juicio fue cuidadoso al exponer el fundamento jurídico con precisión y claridad que hizo a la subsunción de la conducta del imputado al delito de Estelionato.

III. Verificación de la existencia de contradicción.

En la presente resolución se considerará el recurso de casación formulado por Jimmy Gonzales Ustarez, resolviendo su denuncia de presunta incongruencia omisiva incurrida por parte del Tribunal de alzada respecto a sus dos motivos de apelación restringida, situación que en el planteamiento del recurrente, sería contrario a lo señalado por el A.S. N°142/2013 de 28 de mayo.

III.1. Del precedente invocado.

Respecto del motivo alegado en casación por el imputado, a los fines de resolver la problemática planteada se tiene presente los alcances del precedente invocado:

A.S. N°142/2013 de 28 de mayo, emitido dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra FSG y otro, por la presunta comisión del delito de Transporte de Sustancias Controladas, se tiene como antecedente que el Tribunal de alzada hubiese omitido pronunciarse sobre el fondo de cada uno de los cuestionamientos insertos en la apelación, por lo que resultaba evidente que incumplió la previsión contenida en el art. 398 del CPP, además de vulnerar el art. 115 de la C.P.E., que resguarda y protege los derechos al debido proceso y defensa y las garantías fundamentales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, constituyendo efectivamente un defecto absoluto a tenor del art. 169 -3) del CPP, no susceptible de convalidación, siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

"Se considera que existe incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) cuando en el Auto de Vista no se resolvieron todos y cada uno de los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, los cuales deben ser absueltos uno a uno con la debida motivación y en base a argumentos jurídicos sólidos e individualizados, a fin de que se pueda inferir respuesta con criterios jurídicos al caso en concreto; lo contrario constituye infracción del principio de 'tantas respuestas, a tantas impugnaciones' y del deber de fundamentación que vulnera lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., siendo obligación del tribunal de apelación, realizar la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad establecidos en los A.S. Nos. 12 de 30 de enero de 2012, 20 de 07 de febrero de 2012 y 171 de 9 de julio de 2012".

Teniendo presente lo establecido en el precedente contradictorio desarrollado supra, siendo este similar a los hechos motivo del recurso de casación -presunta incongruencia omisiva-, lo que corresponde es ingresar a verificar si el tribunal de alzada en la emisión del auto de vista recurrido, incurrió en contradicción a lo dispuesto en la doctrina legal aplicable del precedente invocado.

III.2. Análisis del caso concreto.

Respecto a la falta de fundamentación y/o incongruencia omisiva de su primer motivo de apelación; en el que, el recurrente habría observado que el documento por el cual garantizó una obligación con un inmueble mediante un documento privado, conforme las normas civiles sería nulo y que al respecto el tribunal de alzada no hubiese explicado por qué le otorga valor probatorio, limitándose a concluir que el a quo, habría extraído los elementos probatorios de las pruebas M-PD2 y MP-PD3, resultando argumentos que a decir del recurrente no responderían a los fundamentos de su apelación; de la verificación del Auto de Vista impugnado, se tiene en el considerando tercero en cuanto al agravio denunciado, que el Tribunal de alzada a tiempo de demarcar su ámbito de competencia, establece que no corresponde revalorizar prueba en alzada, aspecto sustancial en cuanto a la denuncia planteada ya que cuando un Tribunal de alzada resuelve un recurso basado en errónea apreciación o fundamentación de la prueba debe tener presente que este tiene por finalidad, examinar la sentencia impugnada, para establecer si al valorarse las probanzas se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano, situación plenamente cumplida por el tribunal de alzada a tiempo de pronunciarse sobre el primer motivo de apelación, cuando señaló que efectuada esta labor del control legal de la prueba, resultaba un contrasentido lo manifestado por la parte apelante el atacar como insuficiente fundamentación probatoria las consistentes en el documento privado de ejecución de obra y documento privado sobre acuerdo transaccional y que por otro lado señale que, lo que debió hacer el tribunal de juicio era que se apliquen las disposiciones civiles relativas al instituto de "Contratos" regulados por normas civiles, siendo así entonces que no se estaría ante una insuficiente fundamentación, además de ello, el tribunal de alzada identifica con plena precisión el epígrafe IV.I de la sentencia impugnada en la que cursan los argumentos extrañados por el apelante, concluyendo que en dicho acápite se describe el contenido de ambas documentales para a continuación no sólo mencionarse su legal obtención e introducción, sino resaltar que éstas no fueron controvertidas en juicio, señalando además que también existió una labor descriptiva e intelectual, en las conclusiones Nos. 1 y 2, que comprende la relación de convicción asumida por el Tribunal de Juicio, en la que se apreciaba todos los elementos de prueba incorporados al proceso en concordancia y convergencia que le dan la forma de unidad entre sí. Estos argumentos, resultan suficientemente claros y precisos para concluir que se dio respuesta a lo extrañado por el recurrente pues, efectuado el control en la valoración probatoria, no se advirtió defecto alguno que justifique una nulidad al no existir contradicción alguna o vulneración a la sana crítica, de igual manera en cuanto a que los documentos privados serían nulos, también existió pronunciamiento en alzada al establecer que las referidas documentales no fueron controvertidas en juicio; es decir, no fueron motivo de exclusión probatoria así se tiene del acta de juicio oral cursante a fs. 138 vta., cuando la defensa de manera expresa refirió que no plantearía exclusiones probatorias, por lo que, pretender en estas instancias recién tacharlas de nulas resulta por demás extemporáneo y hasta malicioso; en consecuencia, conforme lo argumentado no resulta evidente la incongruencia alegada.

Respecto del segundo motivo de apelación, que también hubiese sido insuficientemente resuelto por el tribunal de alzada al no explicar cómo el hecho de haber garantizado la ejecución de una obra sin gravar o hipotecar el inmueble otorgado en garantía, constituye el delito de estelionato, esgrimiéndose argumentos genéricos, sin explicar cuál es el bien jurídico lesionado o el perjuicio ocasionado; se verifica del auto de vista impugnado, que el tribunal de alzada se pronunció señalando que las aseveraciones efectuadas en el segundo motivo de apelación restringida no resultaban evidentes; por cuanto, a partir del subtítulo VI. Fundamentación Jurídica, en la sentencia se advertía la descripción lógica y objetiva de los elementos subjetivos que hacen al caso en estudio, estableciéndose la subsunción de los presupuestos fácticos conocidos a la norma jurídica penal que finalmente establecieron la culpabilidad del imputado, procediendo el tribunal de alzada a citar el fragmento de la sentencia en la que constaría la fundamentación extrañada por el recurrente; "...que el encausado Jimmy Gonzales Ustarez, ha obrado dolosamente al gravar a título de garantía de cumplimiento de contrato un bien inmueble, como si esta fuera un bien libre de gravamen, cuando el mismo, con anterioridad ya se encontraba gravado a favor del Banco Los Andes Procredit S.A. desde el 30 de noviembre de 2010 (MP-PD4), pese a ello, el señor Jimmy Gonzales Ustarez, ofrece en garantía y fianza el cumplimiento de contrato de ejecución de obra de 6 plantas a favor del señor Mario Gutiérrez Villanueva en fecha 07 de diciembre de 2010, ocultando que el inmueble ya se encontraba gravado (MP-PD2) no haciendo constar este hecho en la cláusula sexta, contrato que el Mario Gutiérrez no registró en la Oficina de Derechos Reales de Chuquisaca, pese a ello importa que la conducta del imputado se subsume en el primer supuesto del ilícito de Estelionato". Respuesta que si bien no resulta amplia en su argumentación ello no implica su invalidez cuando en su estructura denota una respuesta clara y precisa en cuanto al agravio resuelto, situación acontecida en el caso de autos pues, el tribunal de alzada identificó con precisión cuáles los hechos probados en juicio y considerados por el Tribunal de sentencia para efectuar la labor de subsunción de estos al tipo penal de estelionato, concluyendo que fue correcta dicha labor; en consecuencia, se constata la existencia de una respuesta a lo planteado por el recurrente no resultando evidente lo aseverado por el imputado.

Finalmente respecto al delito de Estelionato, el recurrente debe tener presente que de acuerdo a lo señalado por el autor Carlos Morales Guillén en su libro Código Penal Comentado y Concordado, que en su página 299 señala: "...la figura prevista en la primera parte; es decir, vender o gravar como libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados, hace que el sujeto activo además de violar el Código Civil actúe de mala fe. Una de las condiciones para la validez de los contratos es la buena fe, quien no actúa de este modo es responsable civilmente de todas las pérdidas y perjuicios que cause siempre que la otra parte actúe de buena fe. La acción consiste en que a estos bienes se les da la característica de estar libres de todo litigio, gravamen o embargo. El litigio, gravamen o embargo deben estar vigentes en el momento de materializar el contrato. Quien compra, grava o embarga, siendo el sujeto pasivo, debe por cierto obrar de buena fe. Puede tratarse de bienes muebles o inmuebles. Son bienes litigiosos los que están en discusión, cuestionados en juicio en lo que se refiere a su propiedad o condiciones de estas. Son bienes embargados los que están afectados como garantía de una obligación o afectados a

consecuencia de un juicio, por orden judicial, aunque esta no se haya registrado en Derechos Reales. Son bienes gravados los afectados por un derecho real de garantía”.

De lo transcrito precedentemente, se tiene que el tribunal de alzada a tiempo de precisar los argumentos de la sentencia en los que se subsumen los hechos al tipo penal de Estelionato, justamente cumple con lo desarrollado en la doctrina citada pues, establece que el imputado garantizó como libre un lote de terreno del cual sabía que se encontraba gravado a favor del Banco Los Andes Procredit S.A., (30 de noviembre de 2010) actuando por supuesto de mala fe, es decir dolosamente; ahora bien, el gravamen a dicha entidad bancaria era previo a la garantía de ejecución de obra pactada estableciéndose según el Tribunal de alzada y la sentencia que la víctima o sujeto pasivo del delito obró de buena fe; es decir, creyó que el inmueble que se le estaba otorgando en garantía no sólo una sino dos veces, se encontraba libre de disposición, por lo que, no hubiese registrado en la Oficina de Derechos Reales de Chuquisaca; aspecto que, no conlleva a desvirtuar la existencia del hecho antijurídico pues, como señala Carlos Creus en su obra Derecho Penal Parte Especial, se debe entender al primer supuesto del tipo penal de Estelionato además de vender, el que grava esto es: “Grava el que constituye sobre la cosa un derecho real de garantía (hipoteca, prenda, anticresis); pero no lo hace quien sólo constituye una obligación personal sobre la cosa (p.ej., obligarse a devolver la cosa en virtud de un pacto de retroventa); tampoco constituye gravamen la inhibición general que ha recaído sobre el agente, ni la afectación del bien a un privilegio derivado de un acto jurídico cualquiera que no creen aquellos derechos reales de garantía a los que nos hemos referido”, conforme a todo lo desarrollado precedentemente, se concluye de manera inequívoca que el Tribunal de alzada, se pronunció a todos los cuestionamientos de la apelación restringida formulada por el imputado no siendo evidente la incongruencia omisiva alegada y menos la existencia de contradicción con el precedente contradictorio invocado, deviniendo en consecuencia el presente recurso en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdo. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Jimmy Gonzales Ustarez, cursante de fs. 254 a 258 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



214

Ministerio Público y otros c/ José Fabricio Saravia Rueda

Abuso Deshonesto

Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 16 de septiembre de 2016, cursante de fs. 269 a 270, María Leticia Ferreira Torres representante de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 275/2016 de 04 de agosto, de fs. 233 a 234 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los Vocales Hugo Córdova Eguez y Elena Esther Lowenthal Claros de Padilla, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, María Silvia Vásquez y la parte recurrente contra José Fabricio Claros Flores, por la presunta comisión del delito de abuso deshonesto, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 14/2016 de 19 de abril (fs. 146 a 163), el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Chuquisaca, declaró a José Fabricio Sarabia Rueda, autor de la comisión del delito de abuso deshonesto, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, con costas, daños y perjuicios a ser calificados en ejecución de sentencia a favor de la víctima, dejando constancia de la inaplicabilidad del delito de abuso sexual, tipificado por el art. 312 del Cód. Pen., modificado por la L. N° 348, al ser el hecho anterior a la vigencia de dicha norma, siendo concedido el beneficio de la Suspensión Condicional de la Pena.

b) Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida (fs. 206 a 216), resuelto por A.V. N° 275/2016 de 04 de agosto, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que resolvió rechazar por inadmisibles el citado recurso, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 846/2016-RA de 31 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente refiere, que pese a lo establecido por la L. N° 548 no se les notificó con la Sentencia, sin tener en cuenta que fue la Defensoría que con legitimación activa denunció y presentó querrela, siendo la misma admitida, tal como consta en obrados, sin que la misma haya sido desistida o abandonada, teniendo en cuenta que en la presente causa, se reconoce a Antonio Cruz Pemintel como abogado de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia. Al respecto, refiere que se vulneró los arts. 60, 115 y 180 de la C.P.E., los arts. 12 y 188-a) y b) de la L. N° 548 y arts. 160, 161, 163-2) con relación al 169 del Cód. Pdto. Pen., que implica defecto absoluto por inobservancia y violación a derechos y garantías, previstos en la C.P.E., las convenciones y tratados internacionales vigentes y el Cód. Pdto. Pen., vulnerándose además el derecho al debido proceso en su vertiente del derecho a la defensa, seguridad jurídica y a impugnar las resoluciones.

I.1.2. Pettitorio.

La recurrente solicita que se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se emita uno nuevo que anule obrados, hasta que se realice la legal notificación con la sentencia a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, error que deberá ser corregido por el Tribunal Supremo de Justicia.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 846/2016-RA de 31 de octubre, cursante de fs. 295 a 300, este Tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por la representante de la Defensoría de la Niñez y adolescencia del Distrito N° 2, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 14/2016 de 19 de abril, el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Chuquisaca, declaró a José Fabricio Sarabia Rueda, autor de la comisión del delito de abuso deshonesto, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, con costas, daños y perjuicios a ser calificados en ejecución de sentencia a favor de la víctima. Con relación al delito de abuso sexual, tipificado por el art. 312 del Cód. Pen., modificado por la L. N° 348, estableció su inaplicabilidad, porque el hecho fue anterior a la vigencia de dicha norma de modo que no podía agravarse el quantum de la pena, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena, en base a los siguientes argumentos:

i) Por la actividad probatoria desplegada en el juicio, se identificó plenamente la autoría y participación del imputado en la comisión del hecho, al haber realizado actos libidinosos no constitutivos de acceso carnal en la víctima, conforme se tiene demostrado de la prueba de cargo.

ii) El imputado no obstante saber que realizaba actos libidinosos, a sabiendas que la víctima era menor de edad, aprovechó que estaba viviendo en su domicilio solo, en el entendido de que no se encontraba acompañado de ninguno de sus progenitores o familia, tuvo que haber planificado el hecho, abusando de la víctima cuando esta se encontraba pernoctando en el cuarto de los hermanos menores del imputado, así como cuando lo llevó a su dormitorio y posteriormente se bañó con la víctima.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías.

En el presente recurso de casación, la parte recurrente denuncia que pese a lo establecido por la L. N° 548 y su condición de querellante dentro del proceso, hasta la fecha no se le notificó con la sentencia ni el auto de vista, hecho que generó la existencia de un defecto absoluto insubsanable y la vulneración del derecho al debido proceso; por lo que, corresponde verificar dichos extremos.

III.1. La necesaria notificación personal con la sentencia y resoluciones de carácter definitivo.

El Código Procedimiento Penal, en los arts. 160 al 166, regula los requisitos, formas y condiciones de la notificación con los actos procesales y resoluciones judiciales pronunciadas durante el proceso penal. Así el art. 160 del citado código establece que: "Las notificaciones tienen por objeto hacer conocer a las partes o a terceros las resoluciones judiciales.

Las resoluciones serán obligatoriamente notificadas al día siguiente de dictadas, salvo que la ley o el juez dispongan un plazo menor. Las que se dicten durante las audiencias orales, se notificarán en el mismo acto por su lectura".

Evidentemente, dada la naturaleza oral del procedimiento penal, resulta lógico que las resoluciones que se dicten durante las audiencias orales se notifiquen en el mismo acto; sin embargo, existen resoluciones respecto de las cuales el legislador ha previsto ciertas formalidades especiales de comunicación de las mismas, por su directa relación con la efectivización de derechos fundamentales. En este orden, se tiene la norma contenida en el art. 163 del mismo Código, que dispone las excepciones a la norma general contenida en el art. 160 y previene los casos en los que la notificación deberá ser personal y la forma cómo debe practicarse, haciendo referencia a:

"1) La primera resolución que se dicte respecto de las partes; 2) Las sentencias y resoluciones de carácter definitivo; 3) Las resoluciones que impongan medidas cautelares personales; y, 4) Otras resoluciones que por disposición de este código deban notificarse personalmente".

En estas situaciones la citada disposición legal, además de subrayar que la notificación deberá ser personal, determina el cumplimiento de ciertas formalidades con el objetivo de lograr que el acto de comunicación cumpla su finalidad, que no es otra que la de hacer conocer a las partes involucradas el conocimiento efectivo y real de dichas resoluciones, disponiendo que: "La notificación se efectuará mediante la entrega de una copia de la resolución al interesado y una advertencia por escrito acerca de los recursos posibles y el plazo para interponerlos, dejando constancia de la recepción. El imputado privado de su libertad será notificado en el lugar de su detención. Si el interesado no fuera encontrado, se la practicará en su domicilio real, dejando copia de la resolución y de la advertencia en presencia de un testigo idóneo que firmará la diligencia".

Sobre la citada disposición legal este tribunal mediante A.S. N° 356/2012 de 28 de noviembre, estableció el siguiente entendimiento: "por determinación del art. 163-2) del Cód. Pdto. Pen., las sentencias y resoluciones de carácter definitivo deben notificarse de forma personal mediante la entrega de copia de la resolución al interesado bajo advertencia por escrito acerca de los recursos posibles y el plazo para interponerlos, dejando constancia de la recepción. Y en caso de estar privado de su libertad el imputado será notificado en el lugar de su detención. Con la única salvedad que si el imputado no es encontrado, se la practicará en domicilio real en presencia de testigo idóneo quien firmará dicha diligencia.

Que en consecuencia se afirma como requisito imprescindible cumplir con la notificación personal (salvo la excepción citada) con toda resolución de carácter definitivo a efecto de proceder al control de los plazos procesales como señala el art. 417 del Cód. Pdto. Pen."

Como se advierte la notificación personal con estas resoluciones, entre ellas, las sentencias y resoluciones de carácter definitivo y las formalidades con las que debe practicarse no son un fin en sí mismo, están orientadas precisamente a efectivizar derechos fundamentales como los de defensa, de impugnación de las resoluciones, de acceso a la justicia, los que se verían afectados si acaso el acto de comunicación no cumple con su finalidad. En efecto, recogiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde recordar que en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), la Corte señaló que el derecho a recurrir el fallo es: "una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica", que "procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho" (párrs. 158 y 161). Asimismo, en la misma Sentencia precisó la directa vinculación del derecho a recurrir con el derecho a la defensa, determinando que: "sólo puede predicarse la eficacia material del derecho a la defensa (arts. 8-2-f) de la CADH) cuando se otorga a las servidoras y servidores públicos la oportunidad de ejercer un otro derecho fundamental, este es: el derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior arts. 8-2-h) de la CADH."

A su vez la misma Corte en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* (Sentencia de 23 de noviembre de 2010, excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 180) ha considerado que: "se genera una situación de impedimento fáctico para asegurar un acceso real al derecho a recurrir, cuando la sentencia a impugnar no es notificada al inculpado, de modo que, además de colocarlo en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica, torna impracticable el ejercicio del referido derecho".

En este sentido, no resulta válida la notificación con la sentencia que no guarde las exigencias de ser personal y de entregar a las partes una copia de ella. De tal forma no puede considerarse cumplido el mandato legal de notificación personal con la sentencia con aquella que se practique al concluir la audiencia donde se dictó la sentencia o en la audiencia de su lectura sin que se hubiere efectuado la entrega de la copia respectiva, teniendo en cuenta que la norma contenida en el art. 163-2) del Cód. Pdto. Pen., resulta categórica al establecer que la notificación con las sentencias y resoluciones de carácter definitivo debe ser personal y con la entrega de una copia de la resolución notificada, pues sólo con la entrega de la copia de la sentencia se asegura que las partes tengan conocimiento efectivo de los fundamentos jurídicos de la decisión para ejercer su derecho de impugnarla mediante el recurso de apelación; quedando bajo cuidado y control del juez o tribunal competente verificar que la notificación con la sentencia o resoluciones definitivas se realice conforme dispone la norma jurídica.

En efecto, el conocimiento del contenido de la sentencia o de una resolución definitiva, es primordial para las partes involucradas en el proceso penal, a efectos de asumir sus derechos y activar los recursos que la ley franquea en caso de no hallarse conformes con la determinación, por lo que debe quedar claramente establecido que la notificación con la Sentencia debe ser en forma personal, conforme prevé el art. 163-2) del Cód. Pdto. Pen., norma legal que inclusive contempla la forma de esta notificación explicitando que debe procederse a la entrega personal al interesado del fallo con la advertencia de los recursos contra el mismo y el plazo para su interposición, diligencia de notificación que debe ser objeto de constancia y que debe cursar en obrados, a objeto de su verificación posterior, precisamente para realizar los cómputos respectivos en caso de presentarse un recurso de apelación restringida contra la sentencia notificada.

Consecuentemente, sólo cuando se notifica en forma personal con la sentencia pronunciada en la causa y se entrega la copia de ley, observando las exigencias formales, corre el cómputo del plazo que se tiene para apelar de las sentencias. Un entendimiento contrario; es decir, realizar el cómputo del plazo, sin que exista una constancia de notificación personal con la sentencia condenatoria y de entrega de la copia respectiva coartaría severamente los derechos a recurrir de los fallos y la defensa, por ende, de acceso a la justicia al no existir certeza plena que el acto de comunicación cumplió con su finalidad, esto es que las partes tengan real conocimiento de la resolución en cuestión, a menos que se tenga evidencia que no obstante la inobservancia de las formalidades que rigen el acto de comunicación exista certeza que el acto procesal cumplió con su finalidad y las partes tuvieron conocimiento efectivo del contenido de la sentencia.

Razonamiento último que guarda coherencia con lo establecido por la jurisprudencia constitucional contenida en la S.C. Plurinacional N° 2113/2013 de 21 de noviembre, que señaló: "De donde se desprende, que en el proceso penal, en sus distintas etapas, debe asegurarse el efectivo conocimiento de parte, la víctima, querellante, denunciado, imputado y/o acusado, del acto procesal realizado o a realizarse. Bajo la comprensión que de por medio se encuentra la restricción o no del derecho a la libertad o el ejercicio de un derecho fundamental, como sería el uso de los medios de impugnación o mecanismos de defensa; dicho de otro modo, el objeto de la notificación es evitar indefensión a las partes que intervienen en el proceso".

En la misma línea de entendimiento, la S.C. N° 110/2006-R, pronunciada por el Tribunal Constitucional expresó que: "sólo el conocimiento real y efectivo de la comunicación asegura que no se provoque indefensión en la tramitación y resolución en toda clase de procesos; pues no se llenan las exigencias constitucionales del debido proceso, cuando en la tramitación de la causa se provocó indefensión" (S.C. N° 110/2006-R); sin embargo, en coherencia con este entendimiento, toda notificación por defectuosa que sea en su forma, que cumpla con su finalidad (hacer conocer la comunicación en cuestión), es válida" (S.C. N° 1845/2004-R de 30 de noviembre).

III.2. Análisis del caso concreto.

La Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2, en su calidad de querellante denuncia que no se le notificó con la Sentencia emitida en la presente causa, en vulneración del derecho al debido proceso en su vertiente del derecho a la defensa, seguridad jurídica y a impugnar las resoluciones; además, de señalar el resultado dañoso emergente de la incorrecta aplicación de los arts. 60, 115 y 180 de la C.P.E., los arts. 12 y 188-a) y b) de la L. N° 548 y arts. 160, 161, 163-2) con relación al 169 del Cód. Pdto. Pen., lo que generó en una negación a la intervención como parte en el proceso al no haber sido notificado con la sentencia y el auto de vista, lo que impidió hacer uso de su derecho a recurrir de dichas resoluciones.

Al respecto, con la finalidad de establecer lo afirmado en el recurso de casación, el análisis debe partir de la precisión a la representación que ejerce la referida defensoría en el marco de la L. N° 548 que en su art. 188 al hacer referencia a las atribuciones de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, señala: "a) Interponer demandas, solicitudes, denuncias y recursos ante las autoridades competentes por conductas y hechos de violencia, infracciones, o delitos cometidos en contra de la niña, niño o adolescente, para tal efecto no se exigirá mandato expreso; y, b) Apersonarse de oficio e intervenir en defensa de la niña, niño o adolescente ante las instancias administrativas o judiciales, por cualquier causa o motivo y en cualquier estado de la causa, sin necesidad de mandato expreso...".

Ahora bien, de los antecedentes, se evidencia que en la Acusación interpuesta por el Ministerio Público el 18 de marzo de 2015 (fs. 1 a 4 vta.), se consignó como querellante a Marco Antonio Cruz Pemintel en su calidad de abogado de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2 de Sucre; asimismo, se advierte que esa condición no fue desvirtuada por resolución judicial alguna que haya sido de conocimiento de dicha defensoría; así como tampoco, consta en obrados objeción a la referida querrela que haya sido concedida, más al contrario a fs. 28, consta la notificación a dicha institución con el referido Auto de apertura de juicio que data de 22 de mayo de 2015 y con los posteriores actos hasta antes de la emisión de la sentencia; sin embargo, cuando el 19 de abril de 2016 se emite la Sentencia 14/2016, en la que se condena al imputado a la pena de tres años de reclusión no se advierte notificación alguna a la representación de la Defensoría de Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2, teniendo en cuenta que de fs. 165 a 167, cursan las diligencias con dicha resolución a María Silvia Vásquez (víctima), Ministerio Público y José Fabricio Saravia (imputado), sin advertirse la diligencia con la sentencia a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2 de Sucre, pese a la existencia de querrela interpuesta por dicha institución y a la normativa contenida en la L. N° 548.

Tal como se estableció anteriormente, no consta en obrados que la diligencia de notificación con la Sentencia a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2 de Sucre y por ende peor aún la entrega de su copia; toda vez, que conforme se ha establecido en el Fundamento Jurídico III.1 de este auto supremo al tratarse de una sentencia condenatoria, ésta sólo puede practicarse de forma personal y con la exigencia de entregarse copia de ella advirtiendo la calidad de querellante que ostentaba dicha institución y las previsiones contenidas en el art. 188 de la L. N° 548; en consecuencia, se verifica el incumplimiento de las disposiciones establecidas en los arts. 160 y siguiente del CPP, afectando el derecho de impugnar la sentencia.

En ese sentido, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2, no recurrió de apelación de la sentencia al no tener conocimiento efectivo de dicha resolución. Siendo así que solo el Ministerio Público, interpuso apelación restringida contra la sentencia remitiéndose los antecedentes al tribunal de alzada; posteriormente, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca por A.V. N°275/2016 de 04 de agosto de 2016, rechazó por inadmisibles sus recursos; de estos antecedentes, se advierte que la recurrente mal pudo interponer recurso de apelación restringida debido a que nunca fue notificada con la Sentencia.

Consecuentemente, el tribunal de alzada al no haber advertido la falta de notificación con la Sentencia a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2, pese a que en el primer acápite del auto de vista impugnado consigna la acusación particular de Marco Antonio Cruz Pemintel, abogado de la Defensoría Niñez y Adolescencia, conforme se precisa en el requerimiento de acusación, permitió que se le vulneren el derecho al debido proceso relacionado con la seguridad jurídica y el principio de la impugnación, siendo que ostentaba la calidad de querellante tal como consta en la acusación fiscal y además de las previsiones contenidas en el art. 188-a) y b) de la L. N° 548. En consecuencia, se advierte que en la presente causa, no se actuó conforme a ley, inobservando el cumplimiento de normas procedimentales, con cuya actuación, se ha coartado severamente los derechos, a recurrir de los fallos, la seguridad jurídica relacionadas con el derecho al debido proceso; por ende, de acceso a la justicia al no existir certeza plena que el acto de comunicación cumplió con su finalidad, esto es que las partes tengan real conocimiento de la resolución en cuestión según se ha señalado en el antepenúltimo párrafo del Fundamento Jurídico III.1. Negando de esta forma el acceso a la administración de justicia a la parte recurrente e impidiendo que en su causa se procure la corrección de las decisiones jurisdiccionales que tuviere a lugar, soslayando de esta forma su labor de control jurisdiccional, por lo que corresponde la regularización de procedimiento de acuerdo a las normas procesales y en pleno resguardo al debido proceso.

Por las razones expuestas, este tribunal llega a la conclusión que corresponde dejar sin efecto el auto de vista impugnado, a efecto de que el tribunal de apelación observe los fundamentos de la presente resolución.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por María Leticia Ferreira Torres representante de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Distrito N° 2, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 275/2016 de 04 de agosto, disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus Presidentes, pongan en conocimiento de los Jueces en materia Penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de Sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



215

**Ministerio Público y otro c/ Nicolás Rafael Torrico Mailer
Cohecho Pasivo Propio y otros
Distrito: La Paz**

AUTO VISTA

La Paz, 06 de abril de 2016.

VISTOS: En grado de apelación la Sentencia N° S-14/2015 de 11 de mayo de 2015 (fs. 2319 a 2326), el recurso de apelación restringida interpuesto por el demandado Nicolás Rafael Torrico Maltea (2333 a 2339), la respuesta del INRA representada por Mary Angela Tambo Condori y Eulogia Pantoja Vacaflo de Garnica (fs. 2343-2345vta.), la respuesta del Fiscal de Materia Dr. Willy Rojas Cazas (fs. 2355 y vta.), el decreto de fs. 2361vta. y el memorial de subsana (fs. 2365-2368), todo lo que ver convino, se tuvo presente; y.

CONSIDERANDO I.- Que mediante Resolución N° S-14/2014, el Tribunal de Sentencia N° 5 de la ciudad de El Alto de La Paz, pronunció la sentencia, por la que falla declarando culpable al acusado Nicolás Rafael Torrico Mallea, y autor en la comisión del delito de cohecho pasivo propio, sancionado por el art. 145 Cód. Pen., por existir suficiente prueba que ha generado en el Tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del acusado, condenándolo a sufrir la pena de privación de libertad de cinco años en reclusión a cumplir en el Penal de San Pedro de la ciudad de La Paz, mas costas a favor del Estado, reparación de daños a favor de las víctimas, que serán calificadas en ejecución de sentencia, y se lo absuelve de los delitos de estafa y beneficios en razón del cargo previstos y sancionados por los arts. 335 y 147 del Cód. Pen., porque la prueba aportada no es suficiente para generar en el Tribunal la convicción sobre su responsabilidad.

CONSIDERANDO II: Que notificado que fue Nicolás Rafael Torrico Mallea, interpone recurso de apelación restringida contra la sentencia Resolución N° S-14/2015, bajo los siguientes argumentos:

En primer término señala que la sentencia es violatoria, le provoca agravios y vulnera el debido proceso, y constituye uno de los elementos esenciales del debido proceso la debida fundamentación y hace relación de antecedentes.

Señala que en el proceso se le impide y restringe su derecho a la defensa, que en audiencia de juicio de 08/04/2015 se presenta la Dra. Lourdes del Pilar Frias como abogada de defensa pública, y él nunca solicitó Defensa Pública, y se le privó del derecho a contar con un abogado de su confianza, incumpliendo el art. 119-II C.P.E. La abogada no asumió defensa alguna, no solicito ninguna prórroga para interiorizarse del mismo e indicó que se haga a la brevedad posible la fijación de la audiencia vulnerando el art. 121 C.P.E., arts. 9 y 104 L. N° 1970 y pedir 10 días para conocer el proceso S.C. N° 1176/2014 sobre el derecho a tener defensa técnica y eficaz como garantía del debido proceso. No suficiente con ello en 14/04/2015 la misma abogada solicita a nombre de él donde hace figurar su apersonamiento como su abogada defensora que no está firmado por él y recién en esa fecha solicita fotocopias simples del cuaderno procesal porque la audiencia se programó para el 15/04/2015, y tenía menos de 24 hrs., para interiorizarse de su caso.

Este desinterés y negligencia por su persona, se ve reflejada en las acciones de la abogada, ya que en audiencia de juicio de 04/05/2015 indica que no se ha podido ubicar a los testigos de la defensa y no se pudo notificar, aun teniendo los comparendos y no expresa la mínima intención de pedir se dé una prórroga para hacer comparecer a los testigos. Y en audiencia de 11/05/2015 la defensa pública retira las pruebas PD2, PD3, PD4, PD5, PD32 y PD33, siendo que las demás pruebas documentales fueron objetadas por la parte demandante y MP quedando menoscabada la parte técnica y con su presencia cohonestar una sentencia condenatoria a ultranza.

Refiere como errores in procedendo, expresa el derecho a la defensa art. 119-II C.P.E., sobre derecho inviolable a la defensa, CADH Art. 8-2-d-c, que no se cumplió en la dictación de la sentencia, dado que no se encontraba presente en la audiencia de juicio oral, sin la oportunidad de asumir defensa material, menos que se encontraba debidamente defendida por la abogada de oficio a quien no conoce y ella tampoco conoce su caso, como lo demostró en audiencia de 11/05/2015 donde fue condenado por un delito, y la abogada no observó las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación.

Derecho a ser oído en el proceso, cita el art. 8-1 CADH, y que la Corte Interamericana ha indicado que el derecho a ser oído es equiparable al derecho de un juicio justo o un procedimiento judicial justo. Y en el caso no se ha dado cumplimiento a la audiencia de juicio oral, no existió contradicción alguna ya que su persona no estaba presente y no tenía abogado de confianza que lo represente y asuma defensa. Refiere que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como verdadero sujeto del proceso, y en la etapa esencial él no estaba presente, y se ha vulnerado el derecho al debido proceso. Cita el art. 117-I C.P.E., con relación al art. 1 Cód. Pdto. Pen. Su persona fue sentenciada a 5 años sin que haya asumido defensa, según el TSJ ha dicho que la garantía de defensa abarca no solo la posibilidad de ser oído, sino de producir pruebas y controlar las que puedan producirse, y en el caso su abogada no ofreció prueba testifical alguna, mas al contrario retira las pruebas documentales ofrecidas, cita el A.S. N° 24/2014 sobre el derecho a la defensa, A.S. N° 192/2013 sobre vulneración al debido proceso igual el A.S. N° 250/2012, A.S. N° 201/2013 sobre el derecho a la defensa.

Errónea aplicación de la ley, cita los arts. 145, 37, 38 del Cód. Pen., en la imposición de la pena, no se tomó en cuenta lo establecido por el art. 145 Cód. Pen., las atenuantes, no existe debida fundamentación de la sentencia, cita el A.S. N° 326/2012 sobre fundamentación de las resoluciones, aspecto omitido, porque no se ha considerado las pruebas de descargo, tampoco se ha motivado en sentido de establecer el nexo causal del delito atribuido valorando únicamente la prueba de cargo y no la de descargo porque la defensa no ofreció ni produjo prueba alguna.

Deber de motivación de las resoluciones, es una de las debidas garantías vinculada con la correcta administración de justicia, y la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado, y la sentencia no tiene motivación ni fundamentación ya que no valora las pruebas de descargo ofrecidas por él, es arbitraria y vulnera derechos y garantías constitucionales, cita el A.S. N° 26/2014 sobre fundamentación de las resoluciones. Señala que se ha vulnerado el art. 124 Cód. Pdto. Pen. Y ha incurrido en defectos de la sentencia art. 370-1-2-3-5-6-8-11 Cód. Pdto. Pen.

Otro error in procedendo es que se ha vulnerado el principio de favorabilidad. Y 15, y se ha rechazado sin fundamento legal todas las excepciones e incidentes. Pide se anule la sentencia y se disponga la reposición por otro Juez o Tribunal. Ofrece prueba.

Y ante la observación efectuada por decreto de fs. 2361 vta., por memorial de fs. que 2365-2368, señala: En cuanto a disposiciones legales vulneradas, existiendo falta de fundamentación y motivación de la sentencia, el tribunal ha realizado errónea valoración de la prueba, se ha vulnerado el derecho a la defensa y libertad, al existir omisión incongruente y contradicción absoluta, porque no se ha pronunciado sobre los aspectos dilucidados dentro de juicio, y entre ellos que exista duda razonable en su favor, y para que haya cohecho pasivo propio se requiere un sujeto activo y un sujeto pasivo, y no se expresa cuándo y dónde se hubiere cometido el cohecho y no existe certeza de la forma cómo se hubiere consumado el hecho.

La falta de fundamentación, motivación e incongruencia se encuentra en la parte la VII y VIII, copia el mismo, y la norma erróneamente aplicada establece los arts. 180, 115 y 119 C.P.E., en el caso se ha vulnerado el debido proceso en su vertiente de la congruencia entre la acusación y la sentencia, no se demostró el hecho y se aplicó una pena privativa de libertad gravosa, no se señala cuál el modo, tiempo, lugar y forma que su persona habría recibido los dineros que falsamente se le menciona, se le sanciona sin que se haya configurado los elementos constitutivos del tipo penal, sin que se haya adecuado su conducta al ilícito penal, toda vez que no se ha producido prueba documental y testifical ofrecida por su persona. Cita el art. 116-1 y no se consideró la duda razonable ya que los testigos no refirieron con precisión respecto el conocimiento de los supuestos dineros recibidos por su persona, y al haber duda se debió fallar en su favor. Cita el Art. 117 y según el TSJ la garantía de la defensa en juicio abarca no solo la posibilidad de ser oído, sino la de producir pruebas y controlar las que puedan producirse. Su abogada no ofreció prueba testifical alguna al igual de la prueba documental de descargo y más al contrario retiró las pruebas documentales ofrecidas. Es decir no tuvo la oportunidad de ser oído de producir sus pruebas de descargo en audiencia tanto documentales como testificales. Ya que en su rebeldía su abogado más que defenderle, ha manifestado en forma anterior su supuesta culpabilidad, copia el Par. V de la sentencia. Refiere el art. 119 C.P.E., norma vulnerada ya que se le ha sentenciado sin que haya asumido defensa en la audiencia del juicio oral que duró menos de dos horas, cita el art. 180-1 C.P.E., vulnerada porque no se dio cumplimiento al derecho, principio y garantía del debido proceso, porque se ha dictado sentencia sin fundamento legal que es incongruente, contradictoria, y no realiza correcta valoración de la prueba, no valora las pruebas testificales y acuse documentales ofrecidas por él, mas al contrario se retiraron sus pruebas documentales núm. 3) de la sentencia.

El delito de cohecho no ha sido demostrado, cita los arts. 37 y 38 Cód. Pen., en la imposición de la pena no se tomó en cuenta lo establecido por el art. 145, 37 y 38 Cód. Pen., para determinar el quantum, las atenuantes, la mayor y menor gravedad, cita el AS 326/2012 sobre fundamentación de las resoluciones, lo que ha sido omitido porque no en la se han considerado las pruebas de descargo, tampoco se ha motivado en cuanto a establecer el nexo causal del delito atribuido, valorando únicamente la prueba de cargo y no la de descargo, y el tribunal ha invocado el art. 37, 38, 39 y 40 Cód. Pen., sin la debida observancia. Como aplicación que pretende se revoque la sentencia y se haga ley o un nuevo juicio en el trámite del reenvío. Cita como precedente contradictorio A.S. N° 431/2006 sobre calificación del hecho.

Pide se anule la sentencia y la reposición del juicio.

CONSIDERANDO: III.- Siendo notificada la parte contraria se cuenta con la siguiente respuesta:

- El INRA representada por Mary Ángela Tambo Condori y Eulogia Pantoja Vacafior de Garnica, en principio hace relación de antecedentes de los hechos, y señala que el apelante ha obstaculizado el proceso, al no asistir a más de 50 audiencias señaladas, a más de 30 recusaciones, presentando excepciones e incidentes de forma reiterada, el abogado que suscribe la apelación fue multado en reiteradas oportunidades por inasistencia maliciosa, y el apelante tiene dos denuncias por obstrucción a la justicia, y ante ello han pedido se nombre un Abogado de Defensa de Pública a quien se le notificó 15 días antes del juicio y tuvo tiempo suficiente de revisar el proceso, y en todas las audiencias estuvo presente el abogado de confianza del apelante y la abogada lo defendió como realiza su trabajo una profesional, presentando pruebas que había ofrecido el apelante pidiendo la suspensión de audiencia para buscar a los testigos ofrecidos. En cuanto a la errónea aplicación de la ley Art. 145 Cód. Pen., han demostrado que era ex servidor público que ha recibido directamente dineros de campesinos de la comunidad.

Citan como fundamentos legales art. 117-I C.P.E., porque el apelante ha hecho uso y abuso de la justicia con su comportamiento, sobre el art.119-II C.P.E., el apelante ha contado con el derecho inviolable a la defensa y ha hecho durar 12 años el juicio, sobre el art.121-I no se le ha obligado a declarar contra si mismo, cita los arts. 9, 104, 169, 124 Cód. Pdto. Pen., y la sentencia se encuentra fundamentada, sobre los arts. 37 y 38 Cód. Pen., los Jueces fueron asequibles con sancionarlo sólo con 5 años. Sobre los fundamentos legales arts. 112 se ha demostrado que el apelante como funcionario público ha realizado actos contrarios a los deberes de su cargo, Ley SAFCO Arts. 28, 34, 438 el apelante recibía un sueldo del Estado pero pidió dineros para su propio provecho. Sobre el art. 145 Cód. Pen., el apelante adecúa su conducta a ese artículo. Piden se confirme la sentencia. Ofrecen prueba.

- Por su parte el MP señala que, las audiencias se han suspendido por causas atribuibles al apelante, y por ello se lo declaró rebelde y prosiguió el juicio oral en su rebeldía nombrándose Defensora Pública, y el apelante causó su propia indefensión al no acudir a las audiencias de juicio oral ya que tenía conocimiento de dichos actos procesales, cita la S.C. N° 1003/2003 sobre indefensión. Pide se confirme la sentencia. Ofrece pruebas.

CONSIDERANDO: IV.- Que conforme se tiene de la revisión del Cuaderno de Acusación se tiene los siguientes fundamentos de orden legal:

El tribunal de alzada tiene presente que la finalidad jurisdiccional, en los recursos de apelación restringida, es el control jurídico de la formación interna y externa de la sentencia, la misma que debe ser pronunciada luego de la sustanciación del juicio oral, público, continuo y contradictorio. Y teniéndose presente la doctrina legal aplicable sentada por el Tribunal Supremo de Justicia del Estado se aclara que en la naturaleza de un recurso de apelación restringida no se puede retrotraer la actividad jurisdiccional a circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidas al control oral, público y contradictorio del Órgano Jurisdiccional de sentencia, a contrario sensu, se debe citar en términos claros, concretos precisos la ley o leyes inobservadas o aplicadas erróneamente, especificando y fundamentando en qué consiste la violación, falsedad o error en que habría incurrido el tribunal o el juzgado de la causa, criterios que deben ser considerados para la comprensión adecuada de la presente resolución.

Memorial de apelación restringida opuesta por el acusado Nicolas Rafael Torrico Mallea, se tienen los siguientes fundamentos de orden legal:

1.- Con relación a la vulneración de su derecho a la defensa ampliamente reiterado; sobre este "agravio" y conforme refiere el mismo recurrente se tiene que en principio el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia de la presente causa y del juicio, por cuanto y como consta de la revisión del cuaderno procesal, cursa a fs. 2407, 2435, 2589 que incluso ha concurrido a las audiencias de Juicio Oral ante el Tribunal de Sentencia N° 5, es más dentro de la tramitación de la causa ha presentado incidentes y recusaciones contra miembros del mismo Tribunal de Juicio como consta de los memoriales de fs. 2427 y vta., 2440-2441 vta., 2530-2531 vta., 2556-2557, 2611- 2612 vta., 2656-2657 vta., 2706-2707 entre otros; es más habiendo sido declarado rebelde ha estado purgando las mismas como se tiene a fs. 2429, 2535, 2549, 2614, 2774, 2829 e incluso ha presentado memorial pidiendo suspensión de audiencia fs. 2766, 2805. De lo anterior se tiene que es el mismo recurrente que no ha concurrido a las audiencias de Juicio señaladas por el mismo Tribunal de Juicio dando lugar a constantes declaratorias de rebeldía, la última mediante Resolución N° 26/2015 de fs. 2800-2801vta., entonces el imputado no puede alegar su propia indefensión cuando ha tenido pleno conocimiento de la existencia y tramitación de la presente causa.

2.- Y sobre la prueba testifical y documental que refiere, en principio no se identifica a los testigos por cuanto no se sabe a quién se refiere, y menos se fundamenta qué es lo esencial que han declarado o pudieran haber declarado estos testigos y que tengan relación e incidencia directa con los hechos acusados y juzgados, lo mismo sucede cuando refiere la prueba documental, por cuanto no se razona en qué forma la producción de las mismas hubiera incidido en el resultado final y/o en el decisorio de la presente causa.

3.- Cuando hace referencia a los errores in procedendo, nuevamente refiere y hace una exposición amplia del derecho a la defensa, citando el art. 119-II C.P.E., art, 8-2-d-c CADH, y que es precisamente lo que el tribunal a quo ha dado cumplimiento y observancia, por cuanto ha permitido constantes suspensiones, ha tramitado las constantes recusaciones, incluso ha dejado sin efecto rebeldías declaradas, es mas en observancia del mismo artículo citado por el apelante ha designado defensora pública para el acusado.

4.- Así también es necesario dejar claramente establecido y reiterar que el recurrente ya conocía de la existencia de la presente demanda, como consta de las mismas literales a las que esta Tribunal ha hecho referencia de forma amplia y a manera de ejemplo, (como se tiene del punto 1.-), y que conforme ha señalado el TC nadie puede alegar su propia indefensión cuando ha teniendo pleno conocimiento de la existencia de una causa, así en la: "...S.C. N° 287/2003-R, de 11 de marzo, citando jurisprudencia comparada, ha señalado que "la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano no se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia (...) no se encuentra en una situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra, que conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad.", y así también: "Al respecto, es necesario aclarar que de acuerdo a la jurisprudencia contenida en el AC 0161/2012-RCA de 5 de octubre, que a

su vez menciona a los AACC 0055/2011-RCA, 0791/2010-R y 0770/2003-R, desarrolladas en el punto II-2 del presente auto, todo litigante está obligado a hacer seguimiento permanente a los procesos en los que es parte;...", entre otras, como sucede en el presente caso, y que todo imputado debe asumir un rol activo al interior de cualquier proceso iniciado en su contra, no siendo suficiente argumento señalar que el Tribunal vulneró su derecho a la defensa porque la defensora de oficio no produjo o retiró pruebas.

4.1.- Y cuando hace referencia a la errónea aplicación de la ley, sucede algo similar, por cuanto hace referencia a los arts. 145, 37 y 38 Cód. Pen.; empero de manera genérica expresa que el tribunal de sentencia no tomó en cuenta los mismos para determinar el quantum de la pena; empero no razona cuáles son esas circunstancias, en qué consisten, dónde constan, ya que tampoco realiza el razonamiento correspondiente sobre los mismos, menos en relación con el presente caso concreto, y a partir de ellos cuál la conclusión diferente a la que debió arribar el Juzgador. Y cuando se hace referencia a que no se ha considerado la prueba de descargo, tampoco se identifica cuál es esta, dónde constan, en qué audiencia se han producido, en qué forma tienen incidencia en la presente causa, y sobre la favorabilidad alegada tampoco existe mayor fundamento.

5.- Sobre la motivación de las resoluciones, de la misma forma sólo hace una crítica a la sentencia; empero no se fundamenta de manera razonada por el propio recurrente cual debería ser la motivación correcta que debió realizar el juzgador, a partir de un análisis integral de todas las pruebas producidas. Y cuando hace referencia al art. 370 Cód. Pdto. Pen., de igual manera de forma genérica se citan los incs. 1, 2, 3, 5, 6, 8 y 11, sin realizar el juicio crítico o análisis sobre ninguno de los mismos como se tiene de la lectura de dicho memorial, omisión que este Tribunal no puede subsanar de oficio en observancia del principio de imparcialidad previsto por el art. 178-I C.P.E., Para mayor abundamiento sobre la motivación de las resoluciones el TC ha señalado en la S.C. N° 1365/2005-R de 31 de octubre: "...cabe señalar que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el Juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas. En sentido contrario, cuando la resolución aun siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas". Siendo necesario que cada resolución brinde a las partes procesales y a terceras personas interesadas, los razonamientos jurídicos esenciales del por qué se ha dispuesto de una u otra manera la resolución, fundamentación que debe descansar en la expresión del razonamiento requerido por la norma procedimental, siendo que con la fundamentación el Juez legitima sus actos. En el caso de autos el tribunal a-quo ha observado la ley en base a la sana crítica conforme a lo establecido en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., ya que la sentencia de autos cuenta con la fundamentación suficiente para la determinación asumida por el mismo juzgador.

6.- Lo mismo sucede con el memorial de subsana apelación, porque en él se la y a reitera y hace referencia al derecho a la defensa y se citan de los arts. 115., 116, 117, 119, 180 de la C.P.E., Arts. 145, 37 y 38 del Cód. Pen., sin realizar el correspondiente razonamiento a partir de un análisis integral con toda la prueba producida, así también sucede cuando hace referencia a la incongruencia, donde no se observa el análisis correspondiente, de qué parte de la sentencia es incongruente a partir de qué presupuestos empero luego del análisis integral y no aislado, aspectos que quedan oscuros por causa atribuible al mismo recurrente.

7.- De todo lo anterior no se tiene que el recurrente hubiere demostrado que se hubiere vulnerado sus derechos, ya que se reitera él conocía la existencia de este proceso y no concurrió a él por su propia voluntad, ya que tampoco se tiene acreditado algún impedimento grave para ya no haber concurrido al Juicio y que lo hubiera fue es acreditado oportunamente; por cuanto también se tiene presente que el juzgador con análisis racional ha rescatado lo pertinente e inherente al caso de las pruebas producidas y judicializadas debiendo tenerse presente también el análisis integral efectuado por el juzgador, y en base al mismo conforme también previene el arts. 173 y 359 Cód. Pdto. Pen., que determinan que la valoración de la prueba debe ser integral en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida, lo que algo significa que no debe ser aislada, individualizada ni parcial. Y de la revisión de la sentencia se tiene que el tribunal de juicio a-quo, ha cumplido con las normas legales aplicables a la materia, por cuanto existe fundamentación fáctica y jurídica, igual ocurre con la valoración de la prueba realizando análisis y valoración de la prueba testifical producida y literal, mucho más si se tiene en cuenta que es el propio recurrente que ya no concurrió al Juicio sabiendo de su trámite por su propia voluntad.

7.1.- Y sobre existencia de agravantes y atenuantes; conforme ya se ha señalado no se fundamentó en qué consisten los mismos además y como consta de la lectura de la misma Sentencia el tribunal a quo ha tenido en cuenta la personalidad del imputado, su edad, profesión, su condición económica y social, conducta, entre otros, es decir la imposición de la pena se encuentra dentro del marco legal teniendo en cuenta todos esos antecedentes, no siendo evidente la falta de fundamentación.

8.- Sobre la falta o insuficiente fundamentación de la sentencia o la incongruencia en esta, a este efecto es necesario tener presente lo dispuesto por el art. 124 Cód. Pdto. Pen., y de la lectura integral de la misma se tiene que el tribunal de alzada se realiza un control jurídico de la formación interna y externa de la sentencia la misma de que debe ser pronunciada luego de la sustanciación del juicio oral, público, continuo y contradictorio. Así también, tomando en cuenta la doctrina legal aplicable sentada por el Tribunal Supremo de Justicia, aclarando que en apelación restringida no se puede retrotraer la actividad jurisdiccional a circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidas al control oral, público y contradictorio del órgano jurisdiccional de sentencia. A contrario Sensu, se debe citar, en términos claros, concretos y precisos la ley o leyes infringidas o aplicadas erróneamente, especificando y fundamentando en qué consiste la violación, falsedad o error en que habría incurrido el tribunal a-quo de la causa, teniendo presente también los A.S. N° 205 de 27 de abril de 2010, A.S. N° 104/2004 de 20 de febrero de 2004, A.S. N° 566/2004 de 01 de octubre de 2004, entre otros son claros al señalar que, "los tribunales de alzada al conocer impugnaciones respecto a apelaciones restringidas se deben pronunciar sin revalorizar la prueba a fin de no desconocer el principio de inmediación que constituye el único eje central en la producción probatoria reservada exclusivamente a los Jueces o Tribunales de Sentencia".

9.- A todo lo anterior también es menester invocar sobre el recurso, la S.C. N° 1075/2003-R de 24 de julio, que expresa: "Estas exigencias tienen la finalidad de que el Tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar que ha querido decir el recurrente, cual ha podido

ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada. Pues una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso, dada la recargada labor e intensa actividad judicial, podría determinar el colapso (la mora judicial) imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de celeridad procesal", concluyendo también que el impetrante no ajusta su pretensión conforme a las reglas que exige el código de procedimiento penal.

9.1.- Así también sobre la obligación de fundamentar los recursos el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado: "...Sobre la fundamentación del recurrente. El deber de fundamentación no sólo es propio del juez o tribunal, sino que el recurrente tiene también la obligación de dar una correcta motivación a su recurso, toda vez que el pronunciamiento sobre el recurso será en proporción a la motivación del mismo, por lo cual, el recurrente debe expresar de manera clara y jurídica lo que denuncia y lo que pretende,similar criterio está contenido en la S.C. N° 1306/2011, que señala: "De tal manera que el accionante tiene el deber de fundamentar los agravios, para que no sólo la parte contraria pueda en todo momento refutar éstos sino también para que el tribunal de apelación pueda resolver en total orden y coherencia los agravios denunciados en los que habría incurrido el Juez a quo", AS N° 571/2015, que es lo que no ha sucedido en el presente caso como se tiene señalado.

10.- Consiguientemente, no se advierte en el caso de análisis que el tribunal a-quo, hubiera efectuado una valoración defectuosa apartándose de los marcos legales de razonabilidad y equidad o se hubiera ingresado en una conducta omisiva en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso. Al no darse estos supuestos la valoración efectuada por el Tribunal A-quo es inobjetable dado que la compulsión de las pruebas que se aporten con el fin de obtener la determinación de la culpabilidad o absolución del ahora recurrente es facultad exclusiva del tribunal a-quo que conozca el caso, pues esas son atribuciones privativas de los jueces y tribunales. Así lo ha señalado la S.C. N° 903/2012-R, expresando: "... Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas propuestas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales, les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado. Asimismo, es imprescindible también, que el recurrente señale en qué medida, en lo conducente, dicha valoración cuestionada de irrazonable de inequitativa o que no llegó a practicarse, no obstante haber sido oportunamente solicitada, tiene incidencia en la Resolución final; por cuanto, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, correspondiendo a la parte recurrente, demostrar la incidencia en la resolución final a dictarse, es decir, que la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, o si se hubiera valorado razonablemente la compulsada"; en ese entendido y no habiéndose realizado dicha referencia expresa sobre la afectación, incidencia en la resolución en términos claros y concretos, resulta insuficiente, para la viabilidad del recurso la mera relación de hechos y un análisis aislado de términos legales que no son acreditados legalmente, como reiteradamente se reclama sobre la vulneración del derecho a la defensa, la falta de valoración o existencia de incongruencia y que incluso que no se hubiera producido sus pruebas; porque sólo en la medida en que el recurrente exprese adecuada y suficientemente sus fundamentos jurídicos y acredite legalmente los reclamos oportunos y las vulneraciones, este tribunal de alzada podrá realizar la labor de contrastación, que amerita este tema de revisión excepcional de la labor de la valoración de la prueba realizada por el juez o tribunal a-quo.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia, determina de La Paz, determina ADMITIR el recurso de apelación restringida interpuesta por Nicolás Rafael Torrico Mallea, por haber sido presentada en el término de Ley, determinando la IMPROCEDENCIA de los argumentos del mismo, en su mérito CONFIRMA la Sentencia N° S-14/2015 de 11 de mayo de 2015 cursante a fs. 2319-2326, pronunciada por el Tribunal N° 5 de Sentencia de la ciudad de El Alto de La Paz.

Asimismo se aclara que las partes conforme lo establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., tienen el término de cinco días a partir de la notificación con el presente auto de vista para interponer recurso de Casación.

Vocal Relator: Dr. Grover Jhonn Cori Paz.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dres.: Grover Jhonn Cori Paz – Ángel Arias Morales

Ante mí: Abg. Juan Alberto Flores Huanca.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de abril de 2016, cursante de fs. 2436 a 2442, Nicolás Rafael Torrico Mallea, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 24/2016 de 06 de abril, de fs. 2390 a 2394, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los vocales Grover Jhom Cori Paz y Ángel Arias Morales, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y los representantes del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo propio, estafa y beneficios en razón del cargo, previstos y sancionados por los arts. 145, 335 y 147 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia S-14/2015 de 11 de mayo (fs. 2319 a 2326), el Tribunal de Sentencia N° 5 de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró al imputado Nicolás Rafael Torrico Mallea, autor de la comisión del delito de cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el art. 145 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, más costas a favor del Estado y reparación de daños a favor de las víctimas a calificarse en ejecución de Sentencia; asimismo, lo absolvió de responsabilidad y pena de los delitos de Estafa y Beneficios en Razón del Cargo, tipificados por los arts. 335 y 147 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Nicolás Rafael Torrico Mallea (fs. 2333 a 2339), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 24/2016 de 06 de abril, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró admisible e improcedente el recurso y confirmó la Sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N°103/2017-RA de 31 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

Alega el recurrente que el auto de vista recurrido, no consideró los elementos de la apelación restringida; por cuanto, se limitó a señalar que no hubo indefensión al haber tenido conocimiento del juicio y una abogada de Defensa Pública y que por ello, no se le habría vulnerado ese derecho.

En cuanto a la falta de fundamentación, indica que la resolución de alzada no precisó cómo debería estar motivada la sentencia, aspectos que no fueron valorados de forma correcta; en consecuencia, esa errónea aplicación e interpretación sustantiva y adjetiva así como la falta de fundamentación de la resolución, al existir incongruencia omisiva, son: "elementos esenciales de vulneración al debido proceso" (sic), reiterando seguidamente los puntos de apelación restringida, previa referencia a "...la falta de fundamentación del auto de vista y la sentencia donde existe una incongruencia omisiva..." (sic), referidos a: 1) La vulneración de su derecho a la defensa, debido a que su abogada de Defensa Pública, designada por el tribunal de juicio, no habría efectuado una cabal defensa técnica; precisando que al momento de invocar la errónea aplicación de la ley sustantiva al declararle culpable por el delito de cohecho pasivo propio, la sentencia y el auto de vista recurrido, no consideraron los aspectos que constituyen errónea valoración de la ley y errónea valoración de la prueba, esencialmente porque no obstante haber sido designada una defensora de oficio, ésta pasó a ser abogada de la parte acusadora, conforme evidencia en sus alegatos de apertura, en los que directamente se le atribuye el hecho acusado, sin que dicha profesional hubiera presentado ninguna prueba testifical ni documental, por lo que aduce que quedó en indefensión absoluta en el juicio; 2) La falta de fundamentación de la Sentencia, respecto a la supuesta existencia de suficiente prueba documental y testifical en su contra, cuando ninguno de los testigos, David Manuel Mayta Pilco y Ana Karina Moscoso Valda, manifestó haberle visto entregar o recibir dinero alguno, quienes también habrían mencionado maquinarias y equipos que habrían sido alquilados por terceras personas, sin tener certeza respecto a dichas afirmaciones; 3) Los hechos base de la acusación se refieren a que se hubieron solicitado dineros el 2002 y 2004; sin embargo, no precisó el tiempo, modo, lugar y la forma, tampoco cuál hubiere sido el proyecto, trabajo o la promesa para realizar dichos cobros, más aún cuando la Sentencia en su primera carilla, en la relación de hechos y circunstancias, refiere que hubiese logrado sonsacar aproximadamente la suma de \$us. 1.050.- perteneciente a los comunarios de Huacallani, cantón Mecapaca, contradiciéndose con los elementos constitutivos del tipo penal de Cohecho, que no son los mismos que los de estafa, ya que se refieren a los servidores y servidoras públicos en ejercicio de sus funciones, en ningún caso utiliza como verbo rector la palabra sonsacar; y, 4) La prueba documental se refiere a que existirían contratos de alquiler de equipos y otros, que de ninguna manera demuestran que hubiere existido la entrega o dádiva de los mismos, por lo que, existió una errónea valoración de la prueba al no haberse justificado dentro de las reglas de razonabilidad cada una de ellas de acuerdo al tipo penal por el que se le condena.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita que se admita y se declare fundado el recurso de casación interpuesto contra el auto de vista recurrido y se lo revoque, ordenando al tribunal de alzada que emita nuevo fallo: "...toda vez que vulnerar derechos y garantías constitucionales y me genera graves agravios, a atentan el debido proceso en su vertiente del derecho a la defensa y el deber de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales".

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N°103/2017-RA de 31 de enero, cursante de fs. 2488 a 2491, este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Nicolás Rafael Torrico Mallea, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia S-14/2015 de 11 de mayo, el Tribunal de Sentencia N° 5 de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró al imputado Nicolás Rafael Torrico Mallea, autor de la comisión del delito de cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el art. 145 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, más costas a favor del Estado y reparación de daños a favor de las víctimas a calificarse en ejecución de Sentencia; asimismo, lo absolvió de responsabilidad y pena los delitos de estafa y beneficios en razón del cargo, tipificados por los arts. 335 y 147 del Cód. Pen., bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

1) Conforme a la exposición de hechos y circunstancias contemplados en la sentencia, se tiene que el 20 de mayo de 2004, en horas de la tarde, en la Dirección General de Asuntos Jurídicos del INRA, se apersonaron las víctimas Ana Carina Moscoso Valda y Rafael Crispín Ticona, este último como representante de la Comunidad de Huacallani, manifestando haber sido engañados por el acusado Nicolás Rafael Torrico Mealla, el cual en su condición de funcionario público de la Dirección Departamental del INRA de La Paz, habría logrado sonsacarles aproximadamente la suma de \$us. 1.050.- pertenecientes a los Comunarios de Huacallani del Cantón Mecapaca, que se los pidió a Rafael Crispín Ticona Quispe como representante de dicha Comunidad, para sanear sus tierras y Bs 1.000.- que pidió a Ana Carina Moscoso "para que el acusado ingrese" a Huacallani, dineros que habría solicitado para realizar trabajos y trámites de saneamiento agrario de las tierras; descubriendo posteriormente las víctimas, que el imputado no realizó ninguna gestión ante el INRA, por el trabajo cancelado.

Asimismo, por nota de 14 de mayo de 2004 presentada por Ángel Durán, Secretario Nacional del Movimiento Sin Tierra ante la Dirección Nacional del INRA, se denunció otro caso parecido que hubiera sido perpetrado por el mismo imputado, esta vez contra comunarios de la Comunidad "15 de Noviembre", Cuarta Sección del Municipio de Palos Blancos, a los cuales habría sonsacado la suma de \$us. 800.- por concepto de saneamiento de los predios de la citada Comunidad, utilizando incluso para este fin, papel membretado del INRA, como su sello y firma de funcionario público, sin realizar ningún trabajo al respecto ni devolver el dinero recibido.

2) En el presente proceso se viene juzgando por 3 delitos, dos de ellos por corrupción y un delito común, los dos primeros (cohecho pasivo propio y beneficios en razón del cargo) considerados como delitos de Corrupción por la L. N° 004 y el tercero (estafa), como delito común previsto en el código penal, que según la doctrina tiene aplicación preferente la Ley especial, en este caso, la L. N° 004 contra la corrupción frente al código penal.

3) En el caso de autos, el acusado Nicolás Rafael Torrico Mallea, en su condición de funcionario o servidor público dependiente del INRA, ahora ex servidor público del INRA, recibió directamente para sí, dádivas consistentes en dineros, por parte de Rafael Crispín Ticona Quispe como Secretario Ejecutivo o representante de la Comunidad "Huacallani", la suma de \$us. 1.050.- y de Ana Carina Moscoso, la suma de Bs. 1.000.- para sanear los predios o lotes de dicha Comunidad, y la suma de \$us 800.- por parte de Milton Divico Espinoza, Dirigente o representante de la Comunidad "15 de Noviembre", Palos Blancos Sud Yungas, de igual forma, para sanear sus tierras, en ambos casos para hacer un acto relativo a sus funciones.

4) En conclusión, la conducta del acusado es típicamente antijurídica, que se subsume plenamente a los elementos constitutivos del tipo penal de cohecho pasivo propio, culpable a su actuar al haber vulnerado la función pública, que es el bien jurídicamente protegido por el Estado, por lo que en justicia corresponde la aplicación de la sanción penal que manda la ley.

5) La culpabilidad es el límite de la pena, no el resultado, habiéndose encontrado culpabilidad del acusado Nicolás Rafael Torrico Mallea, en la comisión del delito de cohecho pasivo propio, la sanción que establece la ley es la privación de libertad en reclusión de dos a seis años y multa de treinta a cien días. El tribunal compuesto en su mayoría por jueces ciudadanos, determina imponerle la sanción de 5 años de privación de libertad de liberad y una multa de cien días a razón de Bs 150.- por día.

6) Para determinar la pena definitiva, se consideran las circunstancias sobre la personalidad del acusado, persona joven, profesional topógrafo, instruido, nivel de educación superior, saludable, de contextura robusto, de condición económica y social estable, reacio a comparecer ante las autoridades, declarado rebelde en varias oportunidades, pocas veces compareció a audiencia de juicio, son varias las víctimas, más de una como agravante, por lo que se determina una pena conforme al sano criterio del tribunal conformado por mayoría de dos jueces ciudadanos y sólo una jueza técnica y la finalidad de que se pueda readaptar a la sociedad y como prevención general para toda la sociedad de no incurrir en estos ilícitos.

II.2. De la apelación restringida.

Notificado con tal determinación, el imputado Nicolás Rafael Torrico Mallea, planteó recurso de apelación restringida, alegando las siguientes argumentaciones:

a) Alega que en la audiencia pública de juicio oral de 08 de abril de 2015, se presentó Lourdes del Pilar Díaz Berrios, como abogada de la Defensa Pública, cuando por su parte nunca solicitó defensa alguna, por lo que forzosamente se le privó del derecho a tener y contar con la presencia de su abogado de confianza; puesto que, su persona cuenta con el mismo. Profesional que se le impuso y no asumió defensa alguna, con dolo y sin el más mínimo interés en realizar una correcta y eficaz defensa técnica de su persona: a) Pese a reconocer que no contaba con conocimiento de su caso, no solicitó prórroga alguna para interiorizarse del mismo; al contrario, solicitó que se: "...haga a la brevedad posible la fijación de audiencia" (sic); b) El 14 de abril de 2015, dicha profesional, presentó un memorial a nombre del imputado, en el que hizo figurar su apersonamiento como su abogada defensora, el mismo que no se encuentra firmado por su parte; c) En la precitada fecha, recién solicitó fotocopias simples del cuaderno procesal, siendo que la audiencia pública de juicio oral, fue programada para el 15 de abril de 2015 a hrs. 16:30; es decir, a menos de 24 hrs. para interiorizarse del caso; d) Cuando en la audiencia de 04 de mayo de 2015, se hizo conocer que no se pudo notificar a los testigos, la abogada no solicitó ninguna prórroga para hacer comparecer a los mismos; y, e) En la audiencia de 11 de mayo de 2015, la Defensa Pública retiró las pruebas documentales PD2, PD3, PD4, PD5, PD32 y PD33, siendo que éstas fueron objetadas por la parte demandante y por la Fiscalía, quedando menoscabada la defensa técnica.

b) Su persona no se encontraba presente en la audiencia de juicio oral de 11 de mayo de 2015, en la que se pronunció la sentencia y tampoco contaba con la asistencia técnica de su abogado de confianza; por tanto, no se cumplieron los principios de oralidad, continuidad y contradicción, vulnerando su derecho a la defensa y por lo mismo, el debido proceso, condenándolo a cinco años de pena privativa de libertad, sin haber producido prueba testifical ni documental, al contrario, habiéndose retirado la pruebas documentales ofrecidas.

c) Denuncia errónea aplicación de la ley, dado que en lo que corresponde a la imposición de la pena, no se tomó en cuenta lo establecido por el art. 145 del Cód. Pen., en relación a los arts. 37 y 38 del mismo cuerpo legal; pues, en la sentencia no existe una debida fundamentación, habiéndose dado valor únicamente a las pruebas de cargo y no a las de descargo, dado que el abogado de la defensa no ofreció ni produjo prueba alguna; por tanto, el Tribunal de juicio omitió pronunciarse sobre las atenuantes y/o agravantes establecidas en dicha norma y que debería haberse cumplido.

d) Señala que la sentencia recurrida no tiene la debida motivación, ya que no valoró las pruebas de descargo ofrecidas por su persona, tampoco hizo constar cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para emitir una sentencia condenatoria de cinco años de privación de libertad, por lo que resulta arbitraria y vulneratoria de derechos y garantías constitucionales, así como del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., provocando presencia de defectos de la sentencia contenidos en el art. 370-5) y 6) del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del auto de vista impugnado.

Radicado el recurso ante la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, se emitió el A.V. N° 24/2016 de 06 de abril, que declaró admisible e improcedente el recurso y confirmó la Sentencia impugnada, bajo los siguientes argumentos:

a) Con relación a la vulneración de su derecho a la defensa, conforme refiere el mismo recurrente, se tiene que éste tenía pleno conocimiento de la tramitación de la causa, así consta del cuaderno procesal, que concurrió a las audiencias de juicio oral, presentó incidentes y recusaciones; entre otros actuados, se evidencia que fue declarado rebelde en varias oportunidades, habiendo purgado dichas rebeldías, incluso presentó memoriales pidiendo suspensiones de audiencia. Además, se tiene que el recurrente no concurrió a las audiencias de juicio señaladas, dando lugar a las constantes declaratorias de rebeldía, la última mediante Resolución N° 26/2015; entonces, el imputado no puede alegar su propia indefensión cuando tuvo pleno conocimiento de la existencia y tramitación del presente proceso.

b) Sobre la prueba testifical y documental que reclama, no se identifica a los testigos y menos se fundamenta sobre qué es lo esencial que declararon o pudieron haber depuesto que tenga relación e incidencia directa con los hechos acusados y juzgados, lo mismo sucede cuando refiere la prueba documental; por cuanto, no se razona en qué forma, la producción de las mismas, hubiera incidido en el resultado final y/o en el decisorio de la presente causa.

c) Cuando hace referencia a los errores in procedendo, expone ampliamente el derecho a la defensa, lo cual el tribunal a quo dio cumplimiento y observancia; por cuanto, permitió constantes suspensiones, tramitó las constantes recusaciones, incluso dejó sin efecto las rebeldías declaradas; y en observancia de ello, designó defensora pública para el acusado.

d) En lo concerniente a la errónea aplicación de la ley, el imputado hizo referencia a los arts. 145, 37 y 38 del Cód. Pen., pero de manera genérica, expresa que el tribunal de Sentencia no tomó en cuenta los mismos para determinar el quantum de la pena; sin embargo, no razona sobre cuáles serían esas circunstancias, en qué consisten ni dónde constan, ya que tampoco realiza el razonamiento correspondiente sobre los mismos, menos en relación con el presente caso concreto. Cuando se denuncia que no se consideró la prueba de descargo, tampoco se identifica a cuál se refiere, donde constan, en qué audiencia se produjo y su incidencia con la presente causa y sobre la favorabilidad alegada, tampoco existe mayor fundamento.

e) Sobre la motivación de las resoluciones, se hace una crítica a la sentencia; empero, no se fundamenta de manera razonada por el propio recurrente, cuál debería ser la motivación correcta que debió realizar el juzgador. Se denuncia presencia de defectos absolutos, sin realizar el juicio crítico o análisis sobre ninguno de los mismos, omisión que no puede ser subsanada de oficio.

f) Sobre la existencia de agravantes y atenuantes, no se fundamentó en qué consisten los mismos, sin embargo, como consta de la lectura de la misma sentencia, el tribunal a quo tomó en cuenta la personalidad del imputado, su edad, profesión, su condición económica y social, y conducta, entre otros. Teniendo presente todos esos antecedentes, no se evidencia falta de fundamentación.

III. Verificación de vulneración al debido proceso en su vertiente al derecho a la defensa y la debida fundamentación

Con la finalidad de verificar la posible vulneración de derechos y garantías constitucionales alegados por el recurrente, a continuación se analizarán los motivos que fueron denunciados por el recurrente Nicolás Rafael Torrico Mallea y admitidos en el A.S. N°103/2017-RA de 31 de enero, relativos a que el auto de vista incurrió en falta de fundamentación de los aspectos denunciados en su apelación restringida, a saber: 1) A su denuncia de indefensión, le respondieron en sentido que no se evidencia que hubiera existido la misma, al haber el recurrente tenido conocimiento del juicio oral y contado con una abogada de Defensa Pública y sobre su reclamo de falta fundamentación, se le indicó que no precisó cómo debería estar motivada la sentencia; 2) A su denuncia sobre el hecho que la Sentencia adolecía de fundamentación, respecto a la suficiencia de la prueba documental y testifical presentada en su contra; puesto que, nadie manifestó haberle visto entregar y recibir dinero alguno, no mereció fundamentación alguna en el auto de vista; 3) No se precisó en la Sentencia, tiempo, modo, lugar y forma en la que hubiesen solicitado dineros el 2002 y 2004, ni cuál fue el proyecto, trabajo o promesa para efectuar dichos cobros, omitiendo demostrar los elementos del tipo penal de cohecho que no son los mismos que la estafa; y, 4) Existió errónea valoración de la prueba al no haberse justificado que la misma demostrare dádivas. En consecuencia, en revisión de la resolución dictada por el tribunal de alzada, corresponde dilucidar si los extremos denunciados son evidentes y si constituyen contradicciones con los precedentes invocados y/o vulneraciones de derechos fundamentales, a fin de dejar sin efecto o declarar infundado el recurso intentado.

III.1. Fundamentación y motivación de los fallos.

Por mandato de lo preceptuado por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., los Jueces y Tribunales de Justicia están obligados a expresar en sus resoluciones, los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones, así como citar las normas que sustentan la parte resolutoria o dispositiva del fallo; fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes. Es una premisa consolidada por este Órgano de justicia ordinaria; que todas las resoluciones, entre ellas las emitidas por el tribunal de alzada, deben cumplir con esta exigencia constitucional, emitiendo criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentra en el recurso de casación, en virtud a lo establecido por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

En ese orden, el A.S. N° 248/2012-RRC de 10 de octubre, determinó la siguiente doctrina legal: "Concluido el juicio oral, corresponde al juez o tribunal de sentencia, emitir la Sentencia que corresponda a través de una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, lo que supone la precisión del conjunto de hechos que se tienen por ciertos o debidamente probados con los requisitos de claridad y precisión; la transcripción sintética pero completa del contenido de la prueba; la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, esto es la labor de adecuación o no del hecho al presupuesto normativo; y, la aplicación de la pena; sólo así, se permitirá que los sujetos procesales y cualquier persona que lea la sentencia, comprenda de dónde obtiene el juez o tribunal, la información que le permite llegar a una conclusión, sólo de esta manera, la sentencia se explica por sí sola; incurriéndose en fundamentación insuficiente por la ausencia de cualquiera de los elementos o

requisitos señalados; por ende, en el defecto previsto por el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., cuidando además, de no caer en contradicción entre su parte dispositiva o entre ésta y la parte considerativa, puesto que de ser así, se incurriría en la previsión del art. 370-8) del Cód. Pdto. Pen.”.

Asimismo, los A.S. N°342 de 28 de agosto de 2006, 207 de 28 de marzo de 2007 y 319/2012 de 4 de diciembre entre otros, han establecido que toda resolución debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica; i) Expresa, porque se debe señalar los fundamentos que sirvieron de soporte para sustentar su tesis, sin remisión a otros actos procesales; ii) Clara, en sentido que el pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y claro, no dejando lugar a dudas sobre las ideas que expresa el juzgador; iii) Completa, debiendo abarcar los hechos y el derecho; iv) Legítima, ya que debe basarse en pruebas legales y válidas. Para que exista legitimidad en la denuncia de valoración defectuosa de la prueba en la Sentencia, el Tribunal de alzada debe realizar el análisis de iter lógico por el que se evidencie la correcta o incorrecta valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo; y, v) Lógica, que es el requisito transversal que afecta a los otros requisitos; debiendo la motivación, en términos generales, ser coherente y debidamente derivada o deducida, pero utilizando las máximas de la experiencia, la psicología y las reglas de la sana crítica.

La obligación de fundamentar las resoluciones es extensible a los tribunales de alzada, los que también deben observar el cumplimiento de los requisitos esenciales de claridad, completitud, legitimidad, logicidad y de ser expresa, respecto de los puntos de agravio denunciados a fin de emitir una resolución formal y materialmente válida. Así lo estableció el A.S. N° 49/2012 de 16 de marzo, al determinar lo siguiente: "De acuerdo al entendimiento ratificado por el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, es una premisa consolidada que todo Auto de Vista se encuentre debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida, además de revisar de oficio si existen defectos absolutos, en cuyo caso, es necesario que en la fundamentación se vierta los criterios jurídicos del porqué dicho acto se considera defecto absoluto y qué principios, derechos o garantías constitucionales fueron afectados.

De la doctrina legal aplicable contenida en los autos supremos glosados precedentemente, es posible determinar que el derecho a una debida fundamentación es un elemento esencial del debido proceso, se encuentra consagrado en los arts. 115-II, 117-I y 180 de la C.P.E.; se trata del derecho de todo ciudadano a contar con resoluciones debidamente motivadas, de tal manera que brinden certeza de su contenido y alcances de la decisión asumida.

Tiene la finalidad de precautelar el juzgamiento adecuado, justo, equitativo, oportuno, efectivo y eficaz de los ciudadanos, asegurando que toda persona involucrada en un proceso, reciba del órgano competente o administradores de justicia, la protección oportuna de sus derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, materializada en una decisión justa y ecuánime. Dichos presupuestos constituyen un límite para el poder del Estado frente al individuo; y por tanto, constriñe a las autoridades públicas a desarrollar sus actividades ajustadas al cumplimiento del núcleo esencial o duro del debido proceso en su triple dimensión, sometidas siempre; entre otros, al principio de legalidad, como elemento componente del anterior, ajustando su actividad al acatamiento irrevocable de lo que la ley manda.

III.2. Análisis del caso concreto.

En el motivo denunciado en el presente recurso de casación, alega el recurrente que, el Auto de Vista impugnado incurrió en falta de fundamentación con relación a los extremos que serán analizados de manera independiente a continuación:

1) Señala que se vulneró su derecho a la defensa; por cuanto, se le impuso una Defensora Pública que nunca solicitó, quien, a su criterio, no asumió su responsabilidad con interés para realizar una correcta y eficaz defensa técnica, por las siguientes razones: i) Pese a haber reconocido que no contaba con conocimiento del caso, no solicitó ninguna prórroga para interiorizarse del mismo; al contrario, solicitó que a la brevedad posible, se fije audiencia; ii) Posteriormente, el 14 de abril de 2015, dicha profesional presentó un memorial a su nombre, en el cual hizo figurar su apersonamiento como su abogada defensora, el mismo, en el que no consta su firma; iii) Recién en esa fecha; es decir, el 14 de abril de 2015, solicitó fotocopias simples del cuaderno procesal, cuando la audiencia de juicio oral fue programada para el siguiente día, esto es, a menos de veinticuatro horas para interiorizarse del proceso; iv) En la audiencia de juicio oral de 04 de mayo de 2015, indicó que no pudo ubicar y menos notificar a los testigos de la defensa; empero, no se molestó en pedir prórroga para hacerlos comparecer; y, v) En la audiencia de 11 de mayo de 2015, la Defensa Pública retiró las pruebas documentales PD2, PD3, PD4, PD5; PD32 y PD33; y, siendo que las demás pruebas fueron objetadas por la parte demandante y por la Fiscalía, quedó menoscabada la defensa para acreditar su inocencia.

Con relación a dicha denuncia, el tribunal de alzada, a tiempo de pronunciar el auto de vista, resolvió lo reclamado señalando que el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia de la presente causa y del juicio, por cuanto y como consta de la revisión del cuaderno procesal, éste incluso concurrió a las audiencias del juicio oral; es más, dentro de la tramitación de la causa presentó incidentes y recusaciones contra miembros del Tribunal de juicio, además habiendo sido declarado rebelde, purgó tales rebeldías e incluso presentó memoriales pidiendo suspensión de audiencias. Asimismo, se tiene que el recurrente no concurrió a las audiencias de juicio, dando lugar a las constantes declaratorias de rebeldía, por lo tanto, no puede alegar su propia indefensión, cuando tuvo pleno conocimiento de la existencia y tramitación de la presente causa.

Más adelante, en el numeral 3 del auto de vista, los vocales agregaron que el Tribunal a quo, dio cumplimiento y observancia al derecho a la defensa del imputado; por cuanto, permitió constantes suspensiones, tramitó las constantes recusaciones, incluso dejó sin efecto rebeldías declaradas, es más, en observancia del mismo artículo, designó Defensora Pública para el acusado. Por lo tanto, no puede el procesado, alegar indefensión, cuando tuvo pleno conocimiento de la existencia de la causa, siendo su obligación asumir un rol activo al interior de cualquier proceso iniciado en su contra, no siendo suficiente argumento, señalar que el Tribunal vulneró su derecho a la defensa porque la defensora de oficio, no produjo o retiró pruebas.

Previo a resolver la problemática planteada, resultará de mucha utilidad revisar lo señalado por la doctrina y jurisprudencia, con relación al derecho a contar con defensa técnica desde el inicio del proceso penal, hasta su conclusión. En ese orden, el A.S. N° 041/2012-RRC de 16 de marzo, estableció el siguiente entendimiento: "El derecho a la defensa definido como el: '...derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano' (Gimeno Sendra, Vicente, El derecho de defensa en 'Constitución y proceso', Madrid, 1988, pág. 89), se constituye en un derecho básico del ciudadano de rango constitucional y de protección especial, pues la C.P.E. establece en el art. 109-I que: 'Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección'; motivo por el cual en su art. 115-II señala que: 'El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones' y el art. 119-II prevé que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Bolivia a través de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993, en el acápite 2 del citado art. 8, establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a varias garantías mínimas, de las cuales se destacan las siguientes vinculadas a la problemática planteada en el recurso de casación sometido al presente análisis; es así, que el imputado tiene derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor y en su caso de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado; de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; y a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Esto significa, que dentro del proceso penal se visualizan tres funciones, como son la requirente cumplida por la parte acusadora, sea la Fiscalía o la parte querrelante, la decisoria desarrollada por la autoridad que ejerce jurisdicción; y, la función defensiva que le corresponde a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho delictivo; lo que implica, que dentro de cualquier ordenamiento jurídico penal, en el que se reconozcan derechos y garantías, de manera inevitable ha de reconocerse el derecho al imputado de ejercer el derecho a la defensa reconocido constitucionalmente y por tratados internacionales, habida cuenta que: 'El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho a defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal' (Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc S.R.L., 1993, pág. 151).

En el ordenamiento interno, el art. 5 del Cód. Pdto. Pen., establece que el imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados Internacionales vigentes y ese código le reconocen desde el primer acto del proceso hasta su finalización, entendiéndose como primer acto del proceso cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito; en esa lógica, el ejercicio del derecho a la defensa se proyecta en bloque en todo el ámbito procesal penal, siendo la defensa expansiva y polivalente, habida cuenta que se encuentra reconocida en una fase del proceso como en otra, incluida la investigativa pues: 'La defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso, de manera particularmente intensa, durante la investigación, ya que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa'. (Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc S.R.L., 1993, pág. 158).

Por otra parte, conforme se advirtiera en la misma definición dada del derecho a la defensa, éste tiene un carácter dual ya que puede ser ejercido por el defensor y por el propio imputado, en los términos previstos por los arts. 8 y 9 del Cód. Pdto. Pen., que establecen la defensa material y la defensa técnica, siendo la primera la potestad procesal que la ley reconoce al imputado en forma personal de poder decir y hacer en su defensa aquello que fuere oportuno y razonable y la segunda el derecho del imputado de estar asistido por un abogado, constituyendo una obligación para la administración de justicia velar porque ese derecho se cumpla, asignándole en su caso de oficio un defensor.

En términos prácticos, la defensa material faculta al imputado a intervenir en toda la actividad procesal, esto es en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular alegatos, implicando ello las distintas etapas que puedan darse en las fases de investigación o del proceso en sí, desde el primer acto del proceso conforme establece el art. 5 del Cód. Pdto. Pen., de modo que siempre pueda realizar todos los actos que le permitan excluir o atenuar la reacción penal estatal, siendo importante precisar que ambas clases de defensa deben ser desarrolladas en forma armónica, pues la defensa material de modo alguno puede perjudicar la eficacia de la defensa técnica".

De la jurisprudencia glosada, se concluye que el derecho a la defensa es parte del debido proceso; por lo tanto, tiene carácter irrenunciable y debe ser garantizado por toda autoridad jurisdiccional, máxime en materia penal, en la que cobra vital importancia porque en muchos casos se dilucida la libertad personal del imputado.

En el mismo sentido, la SS.CC. Plurinacional N° 0224/2012 de 24 de mayo, respecto al derecho a la defensa emitió el siguiente entendimiento: "El art. 119-II de la C.P.E., dispone que: 'Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa', derecho que cobra mayor relevancia en el proceso penal dada la supremacía de los bienes o valores jurídicos que se ponen en juego, motivo por el que debe ser interpretado a luz de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado boliviano, de acuerdo a lo establecido en la última parte del art. 13-IV de la Ley Fundamental. En ese entendido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14-3 señala que: 'Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección...'"

Por su parte, Alberto Binder expresa que: "El imputado también tiene el derecho -amplio, en principio- a la elección de su defensor. Se trata de un asistente de confianza y, por tanto, el imputado debe tener la mayor libertad posible para elegirlo. Es él quien debe controlar la calidad del defensor y quien debe admitirlo o no." (Binder, Alberto: Introducción al Derecho Procesal Penal, pág. 160).

Bajo dichos razonamientos, la inviolabilidad de la defensa técnica implica necesariamente el derecho de contar con un abogado defensor de confianza; es decir, de libre elección por el imputado, desde el primer acto del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia, entendiéndose por primer acto del proceso cualquier sindicación en sede judicial o administrativa, con mayor razón si el imputado no posee conocimientos jurídicos, o aun poseyéndolos, no puede ponerlos en práctica con idoneidad (arts. 5 y 9 del Cód. Pdto. Pen.). En el supuesto de que el imputado una vez consultado no elige a su defensor, porque no quiere o no puede designarlo, o si el elegido no acepta inmediatamente el cargo, de oficio se le debe nombrar un defensor. En éste último supuesto, debe precisarse que el derecho a la defensa no se agota con la simple designación de oficio del defensor o su presencia ineficaz, sino que debe observarse la asistencia efectiva de la defensa técnica, ya que el mero formalismo de la designación y presencia del defensor no puede prevalecer sobre el ejercicio material del derecho, de acuerdo al mandato de eficacia de los derechos fundamentales, consagrado en los arts. 14-III, 109-I, 196-I y 410 de la C.P.E.

De lo señalado, es posible concluir que todo imputado tiene derecho a la defensa técnica desde el primer acto del proceso; es decir, un abogado de confianza; sin embargo, en caso de no contar con un abogado, se le debe designar uno de oficio para que lo defienda de manera eficaz.

Bajo esos entendimientos, corresponde a continuación revisar el agravio denunciado por el recurrente, contemplado en el primer inciso. A dicho efecto y subsumiendo los supuestos fácticos a la ley doctrina y jurisprudencia señalados, es posible verificar que de conformidad con lo dispuesto por el art. 8 del Cód. Pdto. Pen., la defensa material se refiere a que el imputado, sin perjuicio de la defensa técnica, tendrá derecho a defenderse por sí mismo, a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas. Así en el caso analizado, se tiene que ante la falta de designación de un abogado de confianza o particular por parte del imputado, a efectos de que asuma su defensa técnica; el Tribunal de juicio se vio impelido de nombrarse una defensora pública, designación que nunca fue objeto de observación por parte del procesado, quien en uso de su derecho a la defensa material, bien pudo haberse opuesto a la misma, si consideraba que no se estaba haciendo efectiva su garantía de contar con un defensor, estaba en la obligación legal de expresar su desacuerdo a efectos de que el a quo, valore la presunta vulneración y repare la misma si así correspondía, en el momento oportuno y no esperar que se emita la Sentencia, para luego pretender rebuscar razones para inducir a una nulidad tardía, que y no puede surtir efecto alguno.

Es importante remarcar que las autoridades jurisdiccionales a cargo del proceso, resguardaron en todo momento el derecho a la defensa del imputado, quien además, se evidencia que actuó con negligencia y dejadez en su propia causa, al haber incumplido y no participado en varios actuados procesales, los que fueron analizados debidamente por el tribunal de alzada, a tiempo de resolver el agravio denunciado; precisamente ante dicha actitud y precisamente a efectos de salvaguardar el derecho a la defensa técnica del precitado, se vieron en la necesidad de nombrar a una profesional legalmente constituida para actuar en defensa de quienes no cuentan con alguno. Determinación asumida en aplicación de las normas previstas por el segundo párrafo del art. 9 del Cód. Pdto. Pen., que en cuyo texto dispone que la designación de defensor se efectuará sin dilación ni formalidad alguna, desde el momento de su detención, apresamiento o antes de iniciarse la declaración del imputado. Si consultado el imputado, no lo elige o el elegido no acepta inmediatamente el cargo, se le nombrará de oficio, un defensor.

En ese sentido, ante la falta de un abogado defensor elegido por el propio sujeto procesal, el juzgador está en la obligación de garantizar su derecho a la defensa y el de la igualdad procesal; por lo tanto, la falta de oposición o rechazo por parte del defendido, resulta ser una aceptación expresa sobre dicha defensa y por lo mismo, no resulta viable; posteriormente, reclamar las actuaciones de la Defensora Pública designada, cuando por su parte, admitió todas las actuaciones de la misma.

En consecuencia, la determinación asumida por el tribunal de alzada, resulta coherente con la ley, doctrina y jurisprudencia glosadas precedentemente, al no haberse encontrado vulneración alguna al derecho a la defensa del imputado; habiéndose desarrollado suficientemente los criterios pertinentes, en el auto de vista impugnado, en sentido que habiendo conocido oportunamente las eventualidades de la tramitación de la causa, así como asistido a varios actuados procesales, entre ellos, las audiencias del juicio oral, presentado inclusive incidente y recusaciones, además de haber sido declarado rebelde en varias oportunidades y purgado tales rebeldías, pidió suspensiones de audiencias, presentó memoriales; luego no es consonante que desmerezca su defensa, con el único fin de pretender una inviable nulidad.

Por lo tanto, no se encuentra que el auto de vista hubiera incurrido en falta de fundamentación con relación a la denuncia del imputado sobre la supuesta falta de defensa técnica; al contrario, dicho extremo además de haberse motivado suficientemente, se lo hizo garantizando el debido proceso, la defensa y una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones, dado que, tal como se demostró en el citado fallo, el procesado tuvo defensa técnica en todo momento; a más de lo cual, nadie puede alegar indefensión cuando fue él mismo quien se colocó, de manera voluntaria en dicha situación, como en el caso que se analiza, pues el propio imputado; de un lado, consintió en la designación específicamente de una profesional para que asuma su defensa técnica; y de otro lado, no asumió un rol activo en el proceso, como era su obligación, omitiendo hacer conocer su desacuerdo con la designación de Defensora Pública e inasistiendo a varios actuados procesales, llegando inclusive a ser declarado rebelde en varias ocasiones. Argumentos suficientes, que implican que el presente motivo sea declarado infundado.

2) En el segundo inciso del motivo analizado, el recurrente denuncia que a tiempo de plantear su recurso de apelación restringida, reclamó que la sentencia no fundamentó sobre la insuficiencia de las pruebas documentales y testificales, cuando ninguno de los testigos ofrecidos como son David Manuel Mayta Pilco y Ana Karina Moscoso Valda, manifestaron haberle visto entregar o recibir dinero alguno, al

contrario, habrían mencionado sobre maquinarias y equipos que habrían sido alquilados por terceras personas, sin tener certeza sobre dichas afirmaciones; extremo que conforme señala el recurrente, no hubiera merecido respuesta fundamentada por parte del tribunal de alzada.

Ahora bien, de la revisión del cuaderno procesal, se evidencia que el imputado, a tiempo de plantear su recurso de apelación restringida, sobre la supuesta insuficiencia probatoria de la Sentencia, denunció que su abogada de oficio, no se tomó la molestia de ofrecer prueba testifical alguna, no habiendo producido ningún elemento probatorio de descargo, al contrario, retiró las documentales ofrecidas. Agregando más adelante del memorial del recurso, que en el presente caso, no omitió individualizar la responsabilidad penal del imputado; por cuanto, en la valoración probatoria no se consideraron las pruebas de descargo, y tampoco se argumentó en cuanto al nexo causal del delito atribuido, remitiéndose únicamente a valorar únicamente la prueba de cargo y no la de descargo, dado que la abogada de Defensa Pública no ofreció ni produjo prueba alguna: "...la que obviamente no fue valorada el por el Tribunal y sobre la cual no existe pronunciamiento ni fundamentación alguna" (sic).

Finalmente, párrafos más adelante del citado memorial, concluye el recurrente que lamentablemente la Sentencia recurrida no tiene la debida motivación y fundamentación, ya que como se estableció, la misma no valoró las pruebas de descargo ofrecidas por su persona, la misma no hace conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para emitir una sentencia condenatoria de cinco años de privación de libertad, por lo que la misma es arbitraria y vulneratoria de derechos y garantías constitucionales.

Con relación a lo señalado, el auto de vista respondió que sobre la prueba testifical y documental que refiere el imputado, en principio no se identifica a los testigos por cuanto no se sabe a quién se refiere y menos se fundamenta qué es lo esencial que han declarado o pudieran haber declarado estos testigos y que tengan relación e incidencia con los hechos acusados y juzgados, lo mismo sucede cuando refiere la prueba documental; por cuanto, no se razona en qué forma la producción de las mismas, hubiera incidido en el resultado final y/o en el decisorio de la presente causa.

La misma resolución, añadió más adelante que se tiene presente que el juzgador con análisis racional rescató lo pertinente e inherente al caso de las pruebas producidas y judicializadas, debiendo tenerse presente también el análisis integral efectuado por el juzgador y en base al mismo, conforme previenen los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., que determinan que la valoración de la prueba debe ser integral en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida, lo que significa que no debe ser aislada, individualizada ni parcial. Y de la revisión de la sentencia, se tiene que el tribunal de juicio, cumplió con las normas legales aplicables de la materia; por cuanto, existe fundamentación fáctica y jurídica, igual ocurre con la valoración de las prueba, realizando análisis y valoración de la prueba testifical producida y literal, mucho más si se tiene en cuenta que es el propio recurrente que ya no concurrió al juicio, sabiendo de su trámite, por propia voluntad.

Sobre el particular, al finalizar la resolución señaló que no se advierte que en el caso, el tribunal a quo hubiera efectuado una valoración defectuosa, apartándose de los marcos legales de razonabilidad y equidad o se hubiera ingresado en una conducta omisiva en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso. Al no haberse dado estos supuestos, la valoración efectuada por el tribunal de sentencia, es inobjetable dado que la compulsas de las pruebas que se aporten con el fin de obtener la determinación de la culpabilidad o absolución del ahora recurrente, es facultad exclusiva de dicha instancia.

Entonces de lo relatado, es posible determinar que ante la denuncia genérica realizada por el imputado, en su recurso de apelación restringida, quien pese a reconocer que no produjo prueba testifical alguna y parte de la documental presentada, fue retirada por su abogada defensora; contradictoriamente reclama falta de fundamentación sobre la valoración probatoria realizada por el Tribunal de juicio, defecto que no hubiera sido reparado en alzada. Pues resulta un contrasentido afirmar que no produjo prueba alguna, acusando por tal omisión a su abogada Defensora de Oficio, cuando por su parte, se nota una total negligencia en el seguimiento del proceso, al extremo de no haber estado presente en la audiencia de juicio, en la que se dictó el fallo de mérito.

A estas alturas del análisis, corresponde hacer un paréntesis, para aclarar a la parte procesal que recurre a este Tribunal en pos de justicia, que tanto la defensa material como la defensa técnica, previstas en los arts. 8 y 9 del Cód. Pdto. Pen., ambas constituyen sin duda, una complementariedad que representa un conjunto de manifestación de ejercicio de derechos y garantías de forma integral, por ello mismo, se garantiza la comunicación fluida y constante entre la parte procesal y su abogado; por tanto, cuando una de las dos queda huérfana, la defensa se ve quebrada y produce una situación jurídica adversa para la parte; por tanto, cuando dicho rompimiento se debe a la negligencia de quien asume defensa o acusa; ello constituye una deslealtad procesal y por tanto, es un hecho que no puede ser atribuible al órgano jurisdiccional, puesto que las atribuciones de quienes administran justicia se ven limitadas en cuanto a la producción de pruebas, impugnaciones y otras, de oficio.

Por lo tanto, cuando ocurre que en un proceso judicial, como en el presente, se verifica insuficiencia de pruebas, atribuible exclusivamente a alguna de las partes, dando lugar a una Sentencia contraria a los intereses jurídicos del imputado o del acusador, entonces, luego no será posible reclamar dicha omisión a los Jueces o Tribunales de Sentencia.

Consiguientemente, en el presente inciso analizado se denota; de un lado, que el imputado actual recurrente, por negligencia atribuible exclusivamente a su persona, dejó de presentar pruebas que a su decir, hubieran modificado el fallo final; por tanto, luego no puede exigir que el Tribunal de Sentencia hubiera realizado una motivación hipotética sobre una prueba inexistente, como se pretende en el agravio que ahora se motiva; y de otro lado, en cuanto a la supuesta falta de manifestación de parte de los testigos de cargo ofrecidos, en relación a que ninguno de ellos, identificándolos como David Manuel Mayta Pilco y Ana Karina Moscoso Valda, hubiera afirmado haberlo visto entregar o recibir dinero alguno y sobre el hecho que se hubieran referido a maquinarias y equipos que habrían sido alquilados por terceras personas, lo hicieron sin tener certeza respecto de ello, son extremos que no consta que hubieran sido reclamados oportunamente en su recurso de apelación restringida, y precisamente por ello, es que el tribunal de alzada, le respondieron que la denuncia fue genérica, al no haberse siquiera individualizado a los testigos y menos a las deposiciones supuestamente realizadas por tales; por tanto, tampoco resulta viable denunciar falta de motivación en el auto de vista, sobre extremos que no fueron cuestionados oportunamente; puesto que, resulta por demás lógico que el auto

de vista no se refiera a hechos que no merecieron ningún tipo de reclamo, lo contrario implicaría actuación ultra petita; es decir, responder más allá de lo pedido. Por lo señalado, el inc. 2) del motivo denunciado debe ser declarado sin mérito.

3) Reclama el recurrente que los hechos base de la acusación se refieren a que se hubiesen dineros el 2002 y 2004; sin embargo, no se precisó el tiempo, modo, lugar y la forma, tampoco cual habría sido el proyecto, trabajo o la promesa para efectuar dichos cobros, más aún cuando la sentencia en su primera carilla, en la relación de hechos y circunstancias, refiere que hubiese logrado sonsacar aproximadamente la suma de \$us. 1.050.- pertenecientes a los comunarios de Huakallani, cantón Mecapaca, contradiciéndose con los elementos constitutivos del tipo penal de Cohecho, que no son los mismos que los de Estafa, ya que se refieren a los servidores y servidores públicos en ejercicio de sus funciones, en ningún caso utiliza como verbo rector la palabra sonsacar.

4) En el cuarto inciso señala que la prueba documental se refiere a que existirían contratos de alquiler de equipos y otros, que de ninguna manera demuestran que hubiere existido la entrega o dádiva de los mismos, por lo que existió una errónea valoración de la prueba, al no haberse justificado dentro de las reglas de la razonabilidad cada una de ellas, de acuerdo al tipo penal por el que se le condena.

Los incs. 3) y 4) merecen un análisis conjunto, puesto que tienen similares características; de un lado, ambas denuncias se refieren exclusivamente a omisiones que hubieran sido incurridas en la Sentencia de mérito, en el primer caso, relativas a que los hechos base de la acusación, se circunscriben a que el imputado habría solicitado dineros el 2002 y 2004; y que sin embargo, no se precisó tiempo, modo, lugar y la forma, ni cuál hubiera sido el proyecto, trabajo o la promesa para realizar dichos cobros y que los mismos se contradicen con los elementos constitutivos del tipo penal de Cohecho que no fueran los mismos que la estafa; y en el segundo caso, que la prueba documental consistente en contratos de alquiler de equipos y otros, de ningún modo demostraría la existencia de entrega o dádiva de los mismos, lo que implicaría a criterio del imputado, errónea valoración de la prueba.

Con relación a dichos extremos, corresponde hacer notar al recurrente que la labor de este Tribunal Supremo de Justicia se encuentra restringida a efectuar un control eminentemente de derecho sobre el contenido y lo resuelto en el auto de vista cuestionado, siempre en correlación a las actuaciones realizadas por el Tribunal de alzada, así se desprende de lo establecido en los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., referidos a la procedencia y requisitos indispensables que viabilicen la admisibilidad del recurso de casación, en los que se dispone que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia, contrarios a otros precedentes pronunciados por los Tribunales Departamentales de Justicia, antes Cortes Superiores y Autos Supremos dictados por las Salas Penales del Tribunal Supremo de Justicia, que sienten o ratifiquen doctrinal legal.

En ese entendido, de la revisión de las denuncias contenidas en los incs. 3) y 4) descritos precedentemente, se puede establecer que las denuncias planteadas, se circunscriben exclusivamente a supuestas imprecisiones e errónea valoración probatoria en las que hubiera incurrido la sentencia, reclamando las presuntas ilegalidades cometidas por el tribunal de la causa, pretendiendo que este tribunal realice su función de unificación de jurisprudencia y control de vulneración de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, con relación a la Sentencia, buscando inducir a un nuevo control de legalidad del fallo de mérito, dentro de una etapa procesal que no se encuentra reservada para ello, puesto que la misma ya fue objeto de análisis por parte del tribunal de alzada, lo que provoca la declaratoria de infundado de los agravios denunciados en los incs. 3) y 4) del presente recurso; puesto que en todo caso, tal como se señaló corresponde a los recurrentes cumplir con la carga de realizar una fundamentación de forma objetiva, identificando expresamente cuáles son los actos procesales que provocaron la presunta vulneración legal, pero siempre con relación al auto de vista emitido a tiempo de resolver la apelación restringida y no así con relación la sentencia de mérito; en consecuencia, puesto que no es posible legalmente, retozar etapas y menos utilizar un instituto jurídico desnaturalizando su verdadero alcance y objetivo, no resulta coherente, el planteamiento del recurso de casación mediante la reiteración de los mismos puntos reclamados a tiempo de la formulación de la apelación restringida.

La exigencia de motivación es una garantía constitucional inmersa en la carta fundamental que debe impregnar todos los actuados en el curso de cualquier proceso, cualquiera sea su naturaleza; por lo tanto, los sujetos procesales que acuden al órgano judicial en busca de la reparación de supuestas vulneraciones legales cometidas en su contra, se encuentran igualmente constreñidas a cumplir con las exigencias mínimas de exposición de los argumentos de su recurso, a efectos de permitir que este Máximo Órgano de Justicia Ordinaria, pueda considerar la legalidad en la emisión del auto de vista. Extremo que, tal como se demostró, fue incumplido por el recurrente en la especie, quien de ninguna manera identificó agravio alguno cometido por el tribunal de alzada a tiempo de emitir el fallo ahora impugnado, sino simplemente se limitó a alegar incongruencia omisiva, sin explicar las razones para dicha consideración.

Al margen de lo señalado, se denota que ambos extremos no merecieron reclamo alguno en el recurso de apelación restringida, por lo tanto, no fueron objeto de análisis por parte del tribunal de alzada, aspecto del que se valió el recurrente para denunciar dicho extremo, aparentando como si se trataría de una falta de respuesta en el auto de vista, extremo que no es evidente, pues ante la omisión en la denuncia oportuna por parte del interesado, luego no resulta viable pretender plantear el tema directamente en casación.

Si bien, con relación a la denuncia contenida en el inc. 3) se denota que parte de su contenido fue reclamado en el memorial de subsanación al recurso de apelación restringida planteada por el imputado; sin embargo, resulta necesario aclarar que conforme disponen las normas contenidas en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., el recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito en el plazo de quince días de notificada la sentencia. Se citará concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende. Agregando en su segundo párrafo que deberá indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos y que posteriormente, no podrán invocarse otras violaciones.

Por tanto, los extremos contenidos en el inc. 3) de la presente Resolución, al no haber sido denunciado en el memorial del recurso de apelación, ya no correspondía su inclusión en el de subsanación, puesto que el objetivo del mismo, de manera limitativa es el estricto cumplimiento de lo observado, más de ninguna manera, éste viabiliza el reclamo de nuevas cuestiones no contempladas en el recurso principal. En consecuencia, mal podría exigirse que el Tribunal de alzada se hubiera referido a los mismos, si bien le correspondía rechazar el agravio por

las razones anotadas en la propia Resolución de alzada; sin embargo, ante la falta de trascendencia de tal omisión, que como resultado arrojaría la misma forma de resolución, no corresponde dicha exigencia, al ser prioritaria la aplicación del principio de conservación del acto judicial.

Por los argumentos expuestos, corresponde negar la pretensión solicitada en los cuatro incisos del motivo denunciado en el presente recurso de casación, al no haberse encontrado vulneración alguna con los derechos fundamentales y/o garantías constitucionales denunciadas.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nicolás Rafael Torrico Mallea, de fs. 2436 a 2442.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



216

Ministerio Público y otro c/ Iván Sullcani Massi

Asesinato

Distrito: La Paz

AUTO VISTA

La Paz, 16 de mayo de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la Resolución N° S-84/2015 de 25 de mayo de 2015 (fs. 624-632vta.), el recurso de apelación restringida formulado por Iván Sullcani Massi (fs. 637-642), la respuesta al recurso de apelación efectuada por Juan Osvaldo Cerrión Rodríguez en representación legal de Santos Boris Carrión Blanco (fs. 653-654vta.), y la respuesta de Dr. Mario Helmer Laura Picavia-Fiscal (fs. 681-682vta.), la remisión ordenada por el tribunal a quo, y la radicatoria ante este tribunal de Alzada, previo sorteo respectivo de Sistema IANUS y todo lo inherente al presente caso se tuvo presente; y

CONSIDERANDO: I.- Por medio de la Sentencia N° S-84/2015, el Tribunal de Sentencia N° 4 Penal de El Alto de La Paz, falla declarando por unanimidad de sus miembros culpable al acusado: Iván Sullcani Massi, autor, de la comisión del delito de asesinato tipificado y sancionado por el art. 252-1) del Cód. Pen., por existir suficiente prueba que generó en el tribunal la convicción plena más allá de la duda razonable; sobre la responsabilidad penal del acusado: condenándole a sufrir una pena privativa de libertad de 30 años en presidio, sin derecho a indulto, a cumplir en la penitenciaría de San Pedro de la ciudad de La Paz; más costas a favor del Estado y el querellante establecido en los arts. 264, 266 y 272 del Cód. Pdto. Pen., así como el resarcimiento del daño civil que deberá determinarse en ejecución de sentencia, como dispone el art. 36 y 365 del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: II.- Notificados los sujetos procesales, se cuenta con el recurso de apelación restringida formulada por Iván Sullcani Massi, pretensión que la efectúa por medio del escrito de 19 de junio de 2015, que cursa a fs. 637 a 642 vta., de obrados originales, por el cual solicita que, se anule la sentencia por haber incurrido en los defectos señalados y no haber procedido a la valoración de la prueba, se admita el recurso de apelación restringida.

CONSIDERANDO: III.- Asimismo la Autoridad Judicial a quo dispone el traslado correspondiente conforme la previsión del art. 409 del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia se tiene, la respuesta efectuada por Juan Osvaldo Carrión Rodríguez en representación legal de Santos Boris Carrión Blanco por medio de memorial de fs. 653 a 654 vta., quien en definitiva solicita que la sentencia de ninguna manera puede ser anulada, encontrando su justificación en su contenido, no existe errónea aplicación de la ley, no existe defecto de procedimiento.

Así también se tiene la respuesta de Dr. Mario Helmer Laura Picavia-Fiscal, pidiendo se ratifique la sentencia condenatoria.

CONSIDERANDO: IV.- Puestos todos los antecedentes inherentes a la presente causa, es que este tribunal de alzada llega a las siguientes determinaciones enteramente de orden legal y constitucional:

1ro. Establecer que las nuevas directrices establecidas por el código de procedimiento penal y la línea doctrinal sentada por el Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, se puede deducir que el recurso de apelación restringida, es un recurso legal para impugnar errores de

procedimiento o de aplicación a las normas sustantivas, en los cuales se hubiere incurrido durante la sustanciación del juicio oral, público y contradictorio ante un Juez o Tribunal de Sentencia, así como errores en la sentencia los cuales se consignan en dos presupuestos esenciales "in judicando" o "in procedendo"; no siendo este el medio jerárquico para pretender hacer revalorizar al tribunal de alzada la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los Jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley, caso en que necesariamente debe preservar y restablecer los derechos y garantías que se hubieran lesionado.

2do. Por otro es necesario señalar la vigencia plena del principio de legalidad previsto por el art. 180-1 de la C.P.E., y art. 30-6) de la L.Ó.J., por el cual obliga a toda Autoridad Judicial aplicar de manera estricta los mandatos legales y vigentes en la Ley, en virtud a ello es menester invocar la S.C. Plurinacional N° 770/2012-R de 13 de agosto de 2012 "en cuanto al principio de legalidad de conformidad a lo previsto, por el art. 180-I de la C.P.E., "...es un principio de la jurisdicción ordinaria; al respecto cita la S.C. N° 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la S.C. N° 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: el principio de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley" en consecuencia es deber y obligación de toda autoridad Jurisdiccional velar el cumplimiento de este principio pues la omisión del mismo llegaría a quebrantar el ordenamiento jurídico procesal penal y ello acarrearía un caos jurídico procesal el cual de manera paralela quebrantaría el principio de la seguridad jurídica.

2.1. En igual sentido el tribunal supremo ha señalado: "...Desde ya el principio de legalidad entendido genéricamente como la primacía de la ley, se constituye en un principio fundamental conforme al cual el ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley y de su jurisdicción, y no a la voluntad de autoridades o personas; en este contexto, el principio de legalidad se convierte en la piedra fundamental sobre la que se edifica el derecho penal, de modo que viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley..." A.S. N° 213/2013.

3ro. En ese entendido señalar que la naturaleza jurídica de este recurso de apelación restringida queda regulada por el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., que expresa: 'El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia, de conformidad a lo previsto por los art. 169 y 370 de este código. Este recurso sólo podrá ser planteado contra las sentencias y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes', así también el art. 408 del mismo compilado legal, señala: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia. Se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos. Posteriormente, no podrá invocarse otra violación...", en ese contexto por imperio legal se tiene exigencias de ciertos requisitos esenciales para la procedencia de un recurso de apelación restringida.

4to.- En ese entendido dada la lectura íntegra del recurso de apelación restringida, se advirtió el incumplimiento de los requisitos de apelación, conforme lo disponen los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., en mérito a ello es que se hace la observación al mismo por medio del proveído de fecha 13 de octubre de 2015 (fs. 690vta.), disponiendo la notificación a la parte apelante a objeto que en el plazo de 3 días de su notificación con el precitado proveído, corrija los defectos y omisiones, adjunte los precedentes contradictorios citando las disposiciones legales que las considera violadas o erróneamente aplicadas, expresando cual es la aplicación que se pretende, bajo alternativa de rechazo y consiguiente inadmisibilidad del recurso; sin embargo y pese a su notificación legal con dicho proveído de observación, conforme resalta de la diligencia de fs. 696 de obrados, el mismo no es subsanado por negligencia propia del apelante, dando lugar con ello a la existencia de omisiones esenciales que hacen a un recurso de apelación restringida a objeto de sustanciar su trámite y su análisis de fondo. Mismo que no puede ser suplido y corregido de oficio por este tribunal de alzada pues de hacerlo se estaría quebrantando de manera flagrante el principio de imparcialidad plasmado por el art. 178-I de la C.P.E., y así como por el art. 3-3 de la L.Ó.J.

4.1.- Al efecto anterior ya el tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en el A.S. N° 442/2015 de 29 de junio, donde ha señalado: "... el tribunal por decreto de 16 de septiembre de 2014 (fs. 824), nuevamente en observancia del art. 399 del Cód. Pdto. Pen., concede a ambos imputados el plazo de 3 días para que cumplan con los requisitos de formulación del recurso de apelación restringida referidos en los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., notificados los imputados conforme consta a fs. 825, no subsanaron los recursos de apelación restringida; en consecuencia, el tribunal de apelación emitió el auto de vista impugnado que declaró improcedentes las cuestiones planteadas y confirmó la sentencia apelada. De los antecedentes procesales observados y la doctrina legal glosada, se advierte que el recurrente Warner Baptista Millares, por negligencia propia no subsanó el recurso de apelación restringida que hubo interpuesto, dando lugar a que el tribunal de alzada rechace el recurso, lo que implica que no ingresó al análisis de fondo;...". Que es lo que ha sucedido en el presente caso como se tiene fundamentado. En igual sentido se ha pronunciado el A.S. N° 713/2015 de 12 de octubre, que ha señalado: "...En cuyo caso, si transcurridos los tres días, el recurrente no subsana el recurso conforme a las observaciones realizadas, precluye el derecho del recurrente por el transcurso del tiempo, debiendo el tribunal ad quem dar estricta aplicación al art. 399 del Cód. Pdto. Pen. y rechazar el recurso, sin ingresar a realizar consideraciones de fondo; de lo contrario tramitará el recurso conforme a procedimiento y dictará resolución declarando procedente o improcedente el recurso. Entendimiento consolidado en los A.S. N° 58 de 27 de enero y 219 de 28 de marzo, ambos del 2007, entre otros".

4.2.- A ello es menester invocar la S.C. N° 1075/2003-R de 24 de julio, que expresa "Estas exigencias tienen la finalidad de que el Tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar que ha querido decir el recurrente, cual ha podido ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada. Pues una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso, dada la recargada labor e intensa actividad judicial, podría determinar el colapso (la mora judicial) imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de

celeridad procesal", concluyendo que la parte impetrante no ajustó su pretensión conforme a las reglas que exige el código de procedimiento penal, y ello imposibilita el análisis de fondo de la misma en su mérito se hace pasible a la aplicación de la segunda parte del art. 399 de la L. N° 1970.

5.- Para mayor abundamiento se tiene también sobre la obligación de fundamentar los recursos que el Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado: "...Sobre la fundamentación del recurrente. El deber de fundamentación no sólo es propio del juez o tribunal, sino que el recurrente tiene también la obligación de dar una correcta motivación a su recurso, toda vez que el pronunciamiento sobre el recurso será en proporción a la motivación del mismo, por lo cual, el recurrente debe expresar de manera clara y jurídica lo que denuncia y lo que pretende, ...similar criterio está contenido en la S.C. N° 1306/2011, que señala: "De tal manera que el accionante tiene el deber de fundamentar los agravios, para que no sólo la parte contraria pueda en todo momento refutar éstos sino también para que el tribunal de apelación pueda resolver en total orden y coherencia los agravios denunciados en los que habría incurrido el Juez a quo", A.S. N° 571/2015, que es lo que no ha sucedido en el presente caso como se tiene señalado.

6.- Un aspecto que llama la atención y debe tenerse presente en su oportunidad, es la afirmación de la Abogada Gabriela Luizaga Mamani quien por memorial de fs. 697 afirma que: "ya no es Abogada Patrocinante del Iván Sullcani Massi,...", empero contradictoriamente en forma posterior a esta afirmación continúa presentando memoriales como los de fs. 685 y 690.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, en cumplimiento al art. 399, en relación a la última parte del art. 411 ambos del Cód. Pdto. Pen., RECHAZA y declara INADMISIBLE el recurso de apelación restringida interpuesto por Iván Sullcani Massi, en consecuencia CONFIRMA la Sentencia Resolución N° S-84/2015 de 25 de mayo de 2015 pronunciada por el Tribunal de Sentencia N° 4 Penal de la ciudad de El Alto de La Paz.

Asimismo en aplicación del art. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., se deja establecido que el presente auto de vista es recurrible de casación dentro el plazo de cinco días computables a partir de su legal notificación.

Vocal Relator: Dr. Grover Jhonn Cori Paz.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Grover Jhonn Cori Paz.- Ángel Arias Morales.

Ante mí: Abg. Juan Alberto Flores Huanca.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 01 de julio de 2016, cursante de fs. 712 a 715 vta., Iván Sullcani Massi, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 36/2016 de 16 de mayo, de fs. 695 a 697, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los Vocales Grover Jhomm Cori Paz y Ángel Arias Morales, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Santos Boris Carrión contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1) del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° S-84/2015 de 25 de mayo (fs. 624 a 633 vta.), el Tribunal de Sentencia N° 4 de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró al imputado Iván Sullcani Massi, autor de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1) del Cód. Pen., imponiendo la pena de 30 años de privación de libertad, sin derecho a indulto, más el pago de costas a favor del Estado y querellante, así como del resarcimiento del daño civil averiguable en ejecución de sentencia.

b) Contra la referida Sentencia, el imputado Iván Sullcani Massi (fs. 637 a 642), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N°36/2016 de 16 de mayo, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que rechazó y declaró inadmisibles el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N°776/2016-RA de 10 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente previa relación de antecedentes procesales, denuncia que el auto de vista recurrido vulneró el debido proceso; toda vez, que rechazó su recurso de apelación restringida, sin considerar los actuados procesales que ocurrieron desde la notificación con la providencia de 13 de octubre de 2015; a cuyo efecto, refiere que su anterior abogada tomando conocimiento de la diligencia de notificación practicada en tablero judicial, presentó memorial el 27 de octubre de 2015, que fue el segundo día de plazo para la subsanación de la apelación, donde indicó, que ya no era la abogada patrocinante, señalando el nombre y domicilio de su nuevo abogado patrocinador; a cuyo escrito, el tribunal de alzada conforme cursa en fs. 698, alegó que previamente se adjunte el cedulón de notificación que se pretendía devolver y que dispondría lo que en derecho correspondiera; sin embargo, asevera que en la Sala Penal Tercera no existe tablero judicial en lugar visible, a efectos de que se pudiera extraer el cedulón; toda vez, que las notificaciones practicadas mediante esa modalidad se hallan en un archivador al que tienen acceso sólo los funcionarios judiciales de ese despacho, razón por la cual, no se pudo adjuntar la cédula al memorial de devolución de notificación, proveído que nunca le fue notificado ni a la abogada para que cumpla con tal exigencia; empero, de manera sorpresiva al día siguiente se emitió otra providencia señalando audiencia de fundamentación oral de la apelación restringida para el 4 de noviembre del citado

año, advirtiendo el Tribunal de alzada, que en caso de inconcurrencia de su abogado le designaría un defensor de oficio en cumplimiento de la carta acordada 0834/2013 emitida por el Tribunal Supremo de Justicia, señalamiento que habría sido notificado en Secretaría de Cámara (fs. 670) el 03 de noviembre de 2015 colocándose entre paréntesis: "Dra. Gabriela Luizaga como lo señala memorial de fs. 692"; sin considerar, que la precitada abogada ya no era su patrocinante y continuaron realizando las notificaciones en Secretaría de Cámara a sabiendas del nombre y domicilio procesal de su nuevo abogado; no obstante lo anterior, el 04 de noviembre de 2015, se realizó la audiencia de fundamentación de apelación restringida que fue instalada con ausencia de partes y se emitió el auto correspondiente señalando que: "la inasistencia a la audiencia no provocará deserción del recurso. En consecuencia el memorial de apelación presentado por la parte acusada será debidamente considerada a momento de emitir la resolución correspondiente, por lo que de conformidad al art. 411 y 412 de la L. N° 1970, se dispone que pasen obrados a despacho, a objeto de emitir la Resolución con la cual las partes eran debidamente notificadas" (sic), de donde considera el recurrente que el tribunal de alzada debía emitir resolución conforme dispone el art. 411 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que activó la vía de tramitación para el análisis de fondo de su recurso; empero, no lo hizo por lo que formuló incidente de nulidad por defecto absoluto; sin embargo, mediante Auto de 16 de noviembre de 2015 rechazó su solicitud, arguyendo: "no ha lugar a sustanciar, considerar y resolver el incidente, más si en contra de una determinación que debe ser asumida sobre un incidente como el presentado debe garantizarse el derecho de impugnación de quien resulte afectado, impugnación que la misma L. N° 1970 ya no reconoce ante esta instancia por ser precisamente este un tribunal de apelación y el superior en grado ya de casación".

Añade, que antes del vencimiento de los 3 días, la abogada Gabriela Luizaga presentó memorial haciendo conocer que ya no era su patrocinante y a la vez señaló el nombre y domicilio de su nuevo abogado, a efectos de que se notifique al mismo con la providencia de 13 de octubre de 2015, para que subsane y corrija los defectos y omisiones de su apelación restringida; empero, fue omitido por el tribunal de alzada, forzando una resolución que declaró el rechazo que no correspondía; toda vez, que afirma debió dictarse al vencimiento del plazo de los tres días en aplicación del art. 399 del Cód. Pdto. Pen., y no después de haberse sustanciado la audiencia de fundamentación de la apelación restringida; dado que, imprimió el trámite establecido por el art. 411 de la citada ley; sin embargo, de forma contraria resolvió conforme prevé el art. 399 de la citada ley, lo que implica denegación de justicia, restricción a su derecho a la defensa, vulneración al debido proceso y a su derecho de recurrir, restringiéndole su derecho al recurso judicial efectivo; toda vez, que no era el momento oportuno para realizar el control de admisibilidad, sino que resolviera el fondo de su recurso.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita la admisión del recurso de casación y que se deje sin efecto el auto de vista impugnado, ordenando que se pronuncie a la brevedad una nueva resolución, conforme a la doctrina legal invocada en el recuso, las normas constitucionales y legales previstas para el caso concreto.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 776/2016-RA de 10 de octubre, cursante de fs. 724 a 726 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el imputado Iván Sullcani Massi, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° S-84/2015 de 25 de mayo, el Tribunal de Sentencia N° 4 de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declara al imputado Iván Sullcani Massi, autor de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1) del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto, más el pago de costas y resarcimiento del daño civil, al concluir que la conducta del acusado es antijurídica por los hechos analizados, que la intencionalidad de cometer el hecho de quitar criminalmente la vida de Pamela Tesoro Carrión, fijó su meta en su conducta; además, no debe perderse de vista que descargada la violación y las marcas de sujeción en las muñecas de la víctima, no existe otra persona por lo menos sospechosa a quien atribuir la comisión del delito, al haber sido encontrada a lado de su cónyuge en posesión de un ladrillo, habiendo actuado con ensañamiento que consiste en aumentar deliberada e innecesariamente el dolor de la víctima, tal el caso del que reiteró los golpes en la cabeza, provocándole trauma craneal, quedando la víctima inconsciente; y posteriormente, procedió a desfigurarla con un objeto rugoso, borde lineal semejante a un ladrillo, alevosía cuando dadas las condiciones físicas del acusado y la víctima, o los medios de ejecución se dificulta o debilita notablemente la defensa por parte de la víctima, quien presenta lesiones de defensa en el miembro superior derecho, incluso atacó a Boris Santos Carrión (hermano de la víctima), propinándole una herida punzocortante múltiple profunda de 4 a 5 cm de la pierna izquierda, sin que para la comisión de este hecho, haya concurrido causa alguna de justificación prevista en los arts. 11 y 12 del Cód. Pen.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Contra la mencionada sentencia, Iván Sullcani Massi, interpone recurso de apelación restringida, denunciando que la sentencia se basó en hechos no acreditados y en la valoración defectuosa de la prueba, alegando contradicciones en las declaraciones testimoniales de cargo, así como las documentales tanto de cargo como de descargo y las periciales.

En el otrosí primero del memorial de apelación, el apelante solicitó señalamiento de audiencia de fundamentación y en el otrosí segundo, señaló como domicilio procesal la Secretaría del Despacho y un número de teléfono de contacto para la práctica de diligencias.

El citado memorial, es providenciado por el Juez Técnico del Tribunal de Sentencia, corriendo traslado a las otras partes procesales, a fin de que en el plazo de diez días de su legal notificación, contesten el recurso interpuesto. Asimismo, en cuanto al señalamiento de domicilio fijado por el imputado en el otrosí segundo, dispone se señale conforme a procedimiento, a efectos de no perjudicar a su defendido.

Posteriormente, la parte imputada presenta nuevos memoriales el 22 de junio de 2015 (fs. 644) y el 29 del mismo mes y año (fs. 649), solicitando salidas médicas, ratificando su domicilio en Secretaría de Despacho.

II.3. Actuaciones procesales previas a la emisión del auto de vista.

a) Remitido el recurso de apelación, la Sala Penal Tercera, por decreto de 13 de octubre de 2015 (fs. 690 vta.), ante el incumplimiento de lo establecido por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., concede al recurrente el plazo de tres días, computables desde la notificación con el proveído, a efectos de que subsane y corrija los defectos y/u omisiones, bajo apercibimiento de rechazo y consiguiente inadmisión, tal como prevé el art. 399 del CPP, debiendo el apelante citar concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, expresando cuál la aplicación que se pretende, debiendo indicar separadamente cada violación con sus fundamentos; de la misma manera, conforme lo establece el segundo párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., el apelante deberá invocar precedentes contradictorios. Asimismo, hace saber al recurrente que conforme al A.S. N° 174/2013 de 19 de junio, no puede invocar nuevas denuncias.

b) Mediante memorial presentado el 19 de octubre de 2015 (fs. 692), el imputado Iván Sullcani Massi, se apersona ante la Sala Penal Tercera y solicita orden de salida médica para el 22 siguiente, fijando nuevamente como domicilio procesal la: "secretaría de su despacho". Memorial suscrito por la abogada Gabriela Luizaga Mamani, dando lugar al decreto de 20 del mismo mes y año, que dio curso a la petición.

c) El 23 de octubre de 2015, se procede a notificar al imputado con el decreto de 13 de octubre de 2015, que dispone la subsanación del recurso de apelación restringida, en Secretaría de Cámara: "como lo señala a fs. 692 (Dra. Gabriel Luizaga)" (sic), foja que corresponde al memorial de solicitud de salida médica en el que se fijó como domicilio procesal la Secretaría del Despacho.

d) Mediante memorial presentado el 27 de octubre del precitado año (fs. 697), Gabriela Luizaga Mamani devuelve notificación, bajo el argumento que ya no es abogada patrocinante del imputado y que su última actuación fue la solicitud de salida médica y que el nuevo abogado del imputado recae en el abogado Pablo Mamani Quispe, quien tiene su domicilio procesal en la Galería Estrella Azul, Oficina 3, interior planta baja, ubicado en calle Jorge Carrasco y calle 1 de El Alto, sosteniendo que a esa persona se le debe notificar con el decreto de 13 de octubre de 2015. Mereciendo el decreto de 28 del mismo mes y año (fs. 698), que dispone que previamente se adjunte el cedulón de notificación que se pretende devolver y que luego se dispondrá lo que corresponda.

e) Mediante providencia de 29 de octubre de 2015 (fs. 699), el tribunal de apelación determina lo siguiente: "De la revisión de antecedentes se evidencia que el acusado Iván Sullkani Massi fue notificado en 23 de octubre de 2015 con la providencia de 13 de octubre de 2015, sin que dentro del plazo establecido por ley haya presentado ningún memorial, por lo que conforme al estado de la causa y tomando en cuenta el memorial de apelación presentado por el acusado Iván Sullkani Masi, se señala audiencia de fundamentación oral de la apelación restringida interpuesta en contra la Sentencia S-84/2015 de 25 de mayo de 2015, para el 4 de noviembre del presente año a hrs. 10:40, sea previa noticia de partes y demás formalidades de ley.

Asimismo, en estricto cumplimiento con lo dispuesto en la Cite 0834/2013 emitido por el Tribunal Supremo de Justicia se advierte al acusado que en caso de inconcurrencia de su abogado al precitado acto se le designará defensor de oficio. Esta resolución es notificada al imputado en Secretaría de Cámara el 03 de noviembre de 2015 (fs. 670).

f) El día y hora señalados (fs. 672 y vta.), se instala la audiencia pública de fundamentación de la apelación restringida; a la cual, no asisten las partes procesales como tampoco la abogada patrocinante del imputado (fs. 672), por lo que se deja constancia que esta situación, no provoca la deserción del recurso y que en virtud a la apelación planteada, se procederá a emitir la correspondiente resolución.

g) Por memorial presentado el 13 de noviembre de 2015, (fs. 675 a 677 vta.), el imputado Iván Sullcani Massi, opone incidente de nulidad por defecto absoluto y alega que antes del vencimiento del plazo otorgado para la subsanación del memorial de apelación restringida, Gabriela Luizaga Mamani, presentó escrito devolviendo la notificación bajo el argumento de ya no ser abogada patrocinante del imputado, a tiempo de detallar toda la cronología de actuados procesales y diligencias de notificación acaecidas a partir del decreto de 13 de octubre de 2015, hasta la fecha de interposición del memorial del incidente de nulidad; señalando que sobre la exigencia de devolución del cedulón, en: "...Secretaría de Sala Penal Tercera no existe tablero judicial, ubicado en lugar visible a efecto de que se pueda extraer el cedulón, toda vez que las notificaciones practicadas mediante esta modalidad (cédula) se hallan en un archivador ubicado en el anaquel de acceso solamente para los funcionarios judiciales de su despacho, siendo esa la razón por la que no pudo adjuntar la cédula al memorial de devolución de notificación" (sic). Asimismo, se argumenta que en el decreto de señalamiento de audiencia, se alude que no se hubiera interpuesto memorial alguno, sin tener presente aquel presentado devolviendo la notificación. Finalmente, alega que el día de la audiencia fue trasladado del Centro Penitenciario de San Pedro hasta el juzgado, a efecto de hacerse presente en la audiencia señalada; sin embargo, se encontraba sin abogado defensor, de tal manera al verificar estos extremos, correspondía la designación de éste profesional; sin embargo, no se lo hizo; toda vez, que la apelación restringida interpuesta por su persona, se encuentra para sorteo de vocal relator. Por lo que, plantea incidente de nulidad por defecto absoluto contra las providencias de 29 de octubre y 4 de noviembre de 2015, impetrando la nulidad de obrados hasta el decreto de 28 de octubre del mismo año.

h) Mediante Auto de 16 de noviembre de 2015 (fs. 678), el tribunal de alzada dispone que el recurso de apelación remitido a su conocimiento se encuentra sustanciado en torno a los arts. 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 415 del Cód. Pdto. Pen., que no reconocen incidentes como el opuesto por el imputado; por lo que, determina no ha lugar a la sustanciación, consideración y resolución del incidente de actividad procesal defectuosa: "...más si en contra de una determinación que debe ser asumida sobre un incidente como el presentado debe garantizarse el derecho el impugnación de quien resulte afectado, impugnación la misma L. N° 1970 ya no reconocen ante esa instancia, por ser precisamente este un Tribunal de Apelación y el superior en grado ya de casación" (sic).

i) Posteriormente, por memoriales presentados el 16 de febrero y 26 de abril, ambos de 2016, suscritos por Gabriela Luizaga Mamani y firmados por el imputado personalmente, se solicita orden de salida médica para el detenido preventivamente (fs. 685 y 690), peticiones otorgadas por el Tribunal de alzada en su debido momento.

II.4. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, rechaza y declara inadmisibles el recurso interpuesto, confirmando la Sentencia apelada, con los siguientes argumentos:

1) De la lectura íntegra del recurso de apelación restringida, se advirtió el incumplimiento de los requisitos de la apelación, conforme los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen.; en mérito a ello, es que se hizo la observación mediante proveído de 13 de octubre de 2015, disponiendo la notificación a la parte apelante, a objeto que en el plazo de tres días de su notificación, corrija los defectos y omisiones, adjunte los precedentes contradictorios citando las disposiciones legales que las considera violadas o erróneamente aplicadas, expresando cuál es la aplicación que se pretende, bajo alternativa de rechazo y consiguiente inadmisibilidad del recurso; sin embargo, y pese a su notificación legal con dicho proveído de observación, conforme resalta de la diligencia de fojas 696 de obrados, no fue subsanado el recurso por negligencia propia del apelante, dando lugar a la existencia de omisiones esenciales que hacen a un recurso de apelación restringida a objeto de sustanciar su trámite y su análisis de fondo, que no pueden ser suplidas y corregidas de oficio por el Tribunal de alzada, pues de hacerlo, se estaría quebrantando de manera flagrante el principio de imparcialidad plasmado por el art. 178-I de la C.P.E.

2) Se alude lo previsto por los A.S. N° 442/2015 de 29 de junio y 1075/20036-R de 24 de julio, cuya doctrina legal aplicable estaría referida a que el incumplimiento en la subsanación del recurso de apelación restringida, dentro de los 3 días otorgados por el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., da lugar a su rechazo sin ingresar a consideraciones de fondo.

3) Llama la atención y debe tenerse presente en su oportunidad, la afirmación de la abogada Gabriela Luizaga Mamani, quien por memorial de fs. 697 afirmó ya no ser abogada patrocinante del imputado; empero, contradictoriamente en forma posterior a esta afirmación, continuó presentando memoriales como los de fs. 685 y 690.

III. Fundamentos jurídicos de la verificación de la existencia de contradicción.

En el caso presente, la parte imputada denuncia que el auto de vista impugnado rechazó su recurso de apelación restringida, sin considerar los actuados procesales que ocurrieron desde la notificación con la providencia de 13 de octubre de 2015, que otorgó el plazo de tres días para la subsanación del citado recurso que fue notificado en tablero Judicial y pese a que, mediante memorial hizo conocer al tribunal de alzada el cambio de defensor. En consecuencia, en revisión de la resolución dictada por el tribunal de alzada, corresponde dilucidar si los extremos denunciados son evidentes y si constituyen vulneraciones a derechos fundamentales y garantías constitucionales, a fin de dejar sin efecto el fallo impugnado o declarar infundado el recurso intentado.

III.1. Sobre el recurso de apelación restringida.

En el sistema procesal penal - Libro Tercero denominado Recursos, a partir del art. 394 y ss., del Cód. Pdto. Pen., se establecen las normas generales y los requisitos de tiempo y forma que se deben observar a tiempo de interponer los diferentes recursos, siendo facultad privativa de los tribunales de apelación o alzada, velar por el cumplimiento de las normas que regulan el trámite y resolución de dichos recursos; y por ende, pronunciarse sobre su admisibilidad.

De manera particular, por previsión expresa del art. 407 del Cód. Pdto. Pen., el recurso de apelación restringida se interpondrá por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o adjetiva, cuando el vicio versa sobre la incorrección del juicio contenido en la sentencia o violación de ley sustantiva, o sobre la irregularidad en la actividad procesal, en el segundo caso el recurso será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente, su saneamiento ha efectuado reserva de recurrir durante la sustanciación del juicio, salvo en los casos de nulidad absoluta o vicios de sentencia previstos en los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen.

Así conforme disponen los arts. 408 y 410 del Cód. Pdto. Pen., a tiempo de interponer el recurso de apelación restringida de maneja escrita y dentro del plazo de 15 días de notificada la sentencia, deberán citarse inexcusablemente, de manera concreta y precisa, las disposiciones legales que se consideran violadas o erróneamente aplicadas, además de expresar cuál es la aplicación que se pretende, indicando separadamente cada violación con sus fundamentos, con el advertido de que, dicha denuncia significa el límite que encuadra los agravios denunciados, no pudiendo posteriormente invocarse nuevas violaciones; exigencia que explica la razón por la cual, el tribunal debe conocer concretamente la norma procesal o sustantiva que el apelante considera inobservada o erróneamente aplicada y fundamentalmente, cuál es la aplicación que pretende de esa norma, quien impugna del fallo de mérito; consiguientemente, el recurrente tiene el deber, a partir de los motivos que alega en su recurso, indicar en su planteamiento cuál la solución que el tribunal de alzada debiera dar a su caso. Con relación a este tema en particular, la S.C. N° 1075/2003-R de 24 de julio, estimó lo siguiente: "Estas exigencias, tienen la finalidad de que el tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar qué ha querido decir el recurrente, cuál ha podido ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada. Pues, una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso, dada la recargada e intensa actividad judicial, podría determinar el colapso (la mora judicial), imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de celeridad procesal".

De otro lado, para fines pedagógicos conviene recordar, que si bien es cierto que el recurrente tiene derecho de ofrecer prueba en grado de apelación, la misma únicamente puede ser producida para acreditar defectos de procedimiento y de ninguna manera para acreditar o desvirtuar los hechos juzgados, en razón de que en el nuevo sistema de impugnación, el tribunal de alzada se limita a revisar el juicio de derecho y por lo mismo, desaparece la posibilidad de la doble instancia que permita al tribunal de apelación, ingresar a considerar los hechos debatidos en el juicio oral y público y menos admitir o incorporar prueba encaminada a demostrar o desvirtuar los hechos que fueron objeto del debate.

En ese contexto normativo, se puede establecer que en la legislación penal boliviana el derecho al recurso no es absoluto, pues su existencia primero y su ejercicio después va a depender de la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos, requisitos o condiciones de admisibilidad del recurso; además, no puede ser ejercitado por cualquier persona, ni de cualquier forma, pues su ejercicio exige el cumplimiento de una serie de condiciones legalmente establecidas. Por lo tanto, el derecho a recurrir está supeditado y condicionado legalmente o dicho de otro modo, el recurso de apelación restringida debe ser formulado tal y como prevé la norma procesal, requiriendo la diligencia del recurrente. En ese sentido, se pronunció entre otros, el A.S. N° 327/2016-RRC de 21 de abril.

Asimismo, la jurisprudencia de este tribunal ha determinado criterios en cuanto a los requisitos de forma, en la interposición de la apelación restringida, en los términos contenidos en el A.S. N° 10 de 26 de enero de 2007 que expresó: "El sistema de recursos contenido en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, ha sido trazado para efectivizar la revisión de los fallos dictados como emergencia del juicio penal, conforme disponen los arts. 8-2-h) de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica), y art. 14-5) de la L. N° 2119 de 11 de septiembre de 2000 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), asegurando el control del decisorio por un Juez o Tribunal Superior al que pronunció la resolución condenatoria"; para luego señalar lo siguiente: "...si el Tribunal de alzada observa el recurso de apelación restringida y otorga un plazo para subsanar el recurso conforme a la previsión del art. 399 del Código Adjetivo Penal, debe precisar de manera clara y expresa en el decreto respectivo, la observación que realiza y los requisitos que extraña, toda vez que las resoluciones judiciales deben ser expresas y no tácitas.

En cuyo caso, si transcurridos los tres días, el recurrente no subsana el recurso conforme a las observaciones realizadas, precluye el derecho del recurrente por el transcurso del tiempo, debiendo el tribunal ad quem dar estricta aplicación al art. 399 del Cód. Pdto. Pen., y rechazar el recurso, sin ingresar a realizar consideraciones de fondo; de lo contrario tramitará el recurso conforme a procedimiento y dictará resolución declarando procedente o improcedente el recurso". Entendimiento consolidado en los A.S. N° 58 de 27 de enero y 219 de 28 de marzo, ambos del 2007, entre otros.

III.2. La previsión legal sobre el análisis de admisibilidad.

La razón del establecimiento de requisitos de acceso al recurso de apelación restringida, se encuentra en que el derecho a la impugnación que se configura como garantía de las partes en el proceso, por lo que debe acomodarse a lo establecido por las disposiciones que lo regulan; puesto que, si la admisión fuera indiscriminada, podría generar una práctica fraudulenta en sentido de que su utilización sería aprovechada por el litigante de mala fe con fines dilatorios, haciendo interminable la tramitación de los procesos en perjuicio de los derechos de las demás partes y el propio interés público, teniendo en cuenta que los requisitos condicionantes previstos por la ley, relativos a tiempo, forma y lugar, tienden a evitar excesos que pudieran impedir la posibilidad de conseguir un fallo dentro de un tiempo razonable.

Sin embargo, la admisibilidad del recurso no puede depender de requisitos contrarios a la Constitución, teniendo en cuenta que el acceso al mismo constituye un derecho fundamental; esto significa, que si bien el legislador ha determinado los requisitos de su admisibilidad, en el marco del respeto de los derechos y garantías de las partes, no pueden constituir una limitación al derecho fundamental; sino, responden a la naturaleza del proceso y la finalidad que justifica su existencia, contribuyendo al ordenamiento del proceso.

III.3. Control de admisibilidad.

Compete a los Tribunales Departamentales de Justicia en el marco previsto por los arts. 51-2), 407 y ss., del Cód. Pdto. Pen., examinar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y resolver la admisión o rechazo del recurso de apelación restringida; al llevar a cabo esta misión, no pueden aplicar las normas de modo automático ni literal; sino, que su actividad debe estar regida por una serie de principios que tienen su base en el derecho a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso con todas las garantías, considerando que el principio pro actione es el principio informador de las normas procesales penales; en ese sentido, cuando el Tribunal de apelación interpreta y aplica de forma excesivamente rigurosa y formalista los criterios de admisibilidad, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, ambos que buscan efectivizar la posibilidad de que se puedan utilizar los recursos procesales previstos por ley, sin obstáculos innecesarios, desproporcionados o carentes de justificación, de ahí que la norma procesal no permite un rechazo in limine sino que a efectos de garantizar el derecho al recurso, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en caso de existir un defecto u omisión de forma, el Juez o Tribunal de apelación debe hacerlo conocer al recurrente a través de observaciones claras y precisas, otorgándole un plazo de tres días para que amplíe o corrija, bajo apercibimiento de rechazo.

Incluso después de la corrección efectuada por la parte recurrente, el tribunal de apelación no debe aplicar las normas en su estricta literalidad, ni actuar arbitrariamente en el ejercicio del poder valorativo para determinar si un recurrente ha cumplido o no con los requisitos de admisibilidad, esta labor tiene su freno en la Constitución; esto no supone que tenga la obligación de admitir todo recurso que se formule, por el contrario en ejercicio de la facultad que la propia ley le reconoce, puede perfectamente inadmitirlo cuando la falta de fundamentos sea evidente, cierta y patente; pero, la determinación debe estar fundamentada en la aplicación e interpretación de la norma en el ámbito del acceso al recurso, la tutela judicial efectiva y el principio pro actione.

En ese ámbito, el A.S. N° 349/2016-RRC de 21 de abril expresó que: "...a los efectos de la valoración del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, deben aplicarse los criterios rectores de la actividad jurisdiccional como los principios de interpretación más favorable, de proporcionalidad y de subsanación.

a. El principio de interpretación más favorable a la admisión del recurso.- Partiendo del derecho del acceso al recurso, se entiende que la Constitución contiene un mandato positivo que obliga a interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, de forma que, aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel importante para la ordenación del proceso, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insubsanable para su prosecución, este criterio tiene límites, atendiendo el

carácter bilateral de un proceso, al efecto el juzgador deberá considerar si la norma aplicada permite otra interpretación alternativa y segundo si la interpretación adoptada es arbitraria o inmotivada.

b. Principio de proporcionalidad.- Los defectos determinantes de inadmisión deben interpretarse con criterios de proporcionalidad que tengan en cuenta los efectos de la inobservancia de la regla en relación con la finalidad de los requisitos y presupuestos procesales o dicho de otro modo, la interpretación debe realizarse teniendo en cuenta la efectividad del derecho constitucional; en ese sentido, la mayor o menor severidad en la exigencia de los requisitos de admisión guardara proporción con el fin.

c. Principio de subsanación.- En la legislación boliviana está recogido por el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., en cuya virtud el rechazo de un recurso de apelación restringida defectuosamente preparado o interpuesto, no podrá ser rechazado sin antes darse oportunidad a su subsanación cuando esta sea susceptible de reparación”.

Dentro de esta lógica, han sido pronunciadas las S.C. N° 1075/2003-R y 1044/2003, cuyo fundamento o argumento principal radica en "...otorgar a toda persona la posibilidad de acceso a un sistema de recursos y medios impugnativos, más allá de formalismos que puedan impedir el ejercicio efectivo del genérica y doctrinalmente denominado Derecho a Segunda Opinión”.

De ahí que, si el tribunal de alzada observa el recurso de apelación restringida porque no cumple con los requisitos de los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., y otorga un plazo para subsanar el recurso conforme a la previsión del art. 399 del Código adjetivo penal, debe precisar de manera clara y expresa en el decreto respectivo, la observación que realiza y los requisitos que extraña; toda vez, que las resoluciones judiciales deben ser expresas y no tácitas.

“Si el Tribunal advierte que no realizó la observación al recurso de manera clara y expresa, involuntariamente estaría restringiendo el derecho al recurso judicial efectivo, para ello debe dar aplicación a la previsión del art. 168 del Cód. Pdto. Pen., y subsanar el acto, renovándolo, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido, garantizando así el ejercicio del referido derecho.

Si a pesar de eso la parte recurrente no subsana su recurso dentro del plazo determinado por ley, se debe observar la norma y rechazarlo, sin que importe denegación de justicia, restricción al derecho a la defensa o al recurso judicial efectivo, toda vez que se habrían otorgado los mecanismos legales razonables a efecto de que las impugnaciones observen las formalidades que proveen al operador de justicia el instrumento para su trámite.

Ello deviene de considerar, que los requisitos formales, son a la vez un instrumento, un filtro que evita que un instituto procesal, concebido para proveer justicia se desnaturalice y se convierta en un medio dilatorio del proceso, con el consiguiente perjuicio y sobrecarga a la administración de justicia.

Será pues bajo el presupuesto de que el recurso cumple efectivamente con los requisitos de ley, que el Tribunal señalará audiencia de fundamentación, complementación y/o producción de prueba y de forma clara y precisa resolverá el recurso de apelación puesto a su consideración, declarándolo procedente o improcedente” (A.S. N°219 de 28 de marzo de 2007).

En conclusión, no existe vulneración al debido proceso; y por ende, al derecho a recurrir, cuando el tribunal de alzada previo al rechazo de un recurso, dio a conocer al recurrente las falencias de su apelación, a fin de que puedan ser subsanadas en el plazo establecido por el art. 399 del CPP; pues en estas circunstancias, el tribunal de apelación adquiere la facultad valorativa para determinar si el recurrente cumplió o no con los requisitos de admisibilidad; por lo mismo; no tiene la obligación de admitir todo recurso que se formule; por el contrario, en ejercicio de dicha facultad, luego de conceder el plazo previsto en el art. 399 del CPP, para la subsanación de las observaciones detectadas, deberá valorar si el recurrente subsanó lo previamente observado; y si a pesar de eso, no lo hizo dentro del plazo determinado por ley, no corresponde más que el rechazo del recurso, circunstancia en la cual no se incurre en denegación de justicia.

III.4. Análisis del caso concreto.

En la problemática planteada, el recurrente reclama que el auto de vista impugnado vulneró el debido proceso; habida cuenta, que hubiere rechazado su recurso de apelación restringida, sin considerar los actuados procesales que ocurrieron desde la notificación con la providencia de 13 de octubre de 2015, practicada en Tablero Judicial el 23 del mismo mes y año; contra la cual, su entonces abogada presentó memorial el 27 del mismo mes y año, haciendo conocer al tribunal de alzada que ella ya no fungía como su abogada, señalando el nombre y domicilio de su nuevo defensor; a lo cual, mediante proveído se le observó que previamente devuelva el cedulón de notificación; lo que no pudo cumplir porque en la Sala Penal Tercera no existe Tablero Judicial visible, de donde se pueda extraer la cédula judicial; el cual, nunca fue notificado a su abogada; y sin embargo, luego, mediante otro decreto se señaló audiencia para la fundamentación oral de la apelación para el 4 de noviembre de 2015, advirtiendo al imputado que en caso de incomparecencia de su abogado, se le designará un defensor de oficio; proveído notificado en Secretaría de Cámara, colocándose entre paréntesis “Dra. Gabriela Luizaga”, sin considerar que dicha profesional ya no era su patrocinante, practicando todas las siguientes diligencias de notificación en el mismo lugar (Tablero Judicial de la Sala Penal Tercera), a sabiendas del nombre y domicilio procesal de su nuevo abogado; no obstante, lo cual luego se realizó audiencia de fundamentación de apelación que fue instalada en ausencia de las partes procesales, la que concluyó con la determinación de que la inasistencia a la audiencia no provocaba deserción del recurso y luego dispuso que pase la causa a despacho para resolución; cuando activó por su parte, incidente de nulidad por defecto absoluto, declarado: “...no ha lugar a sustanciar, considerar y resolver...”, forzando una resolución que declaró el rechazo de su apelación restringida luego de haberse celebrado la audiencia de fundamentación y no antes, como debió ser; toda vez, que el trámite imprimido fue el estipulado por el art. 411 del Cód. Pdto. Pen.; y sin embargo, de forma contraria hubiera resuelto conforme prevé el art. 399 de la citada ley.

En ese orden de sucesos procesales cronológicos, se deben considerar varios aspectos determinantes para la resolución del caso concreto; así se tiene, que mediante memorial presentado el 19 de junio de 2015, el imputado planteó recurso de apelación restringida contra la Sentencia N° S-84/2015 de 25 de mayo; actuado procesal en el cual, en sus Otrosí Primero y Segundo, solicitó audiencia de fundamentación y

fijó como domicilio procesal, la “Secretaría de su Despacho” (sic); señalamiento que fue observado por el Tribunal de Sentencia mediante decreto de 22 de junio de 2015, en el cual, entre otros argumentos, se exigió al apelante que con relación a su domicilio procesal: “Señale conforme procedimiento a efectos de no perjudicar a su defendido”; no obstante, lo cual en los sucesivos memoriales presentados ante esa misma instancia, solicitando salidas médicas, como son los de 22 y 29 de junio de 2015, ratificó reiteradamente el precitado domicilio procesal; es decir, en secretaría de Despacho.

Una vez corrida en traslado y respondida la apelación restringida, por los acusadores público y particular, los antecedentes fueron remitidos ante el tribunal superior en grado, como es la Sala Penal Tercera, que mediante decreto de 13 de octubre del mismo año, observó los fundamentos del memorial de impugnación, otorgando al recurrente el plazo dispuesto por el art. 399 del CPP; es decir, de tres días a partir de su legal notificación, a efectos de su subsanación.

En ese estado de la tramitación de la causa, el imputado mediante memorial presentado el 19 de octubre de 2015, se apersonó ante la Sala Penal Tercera, donde se radicó la apelación planteada por su parte y solicitó salida médica, señalando como su domicilio procesal, nuevamente la “Secretaría de su Despacho” (sic), petición concedida y materializada oportunamente.

Posteriormente, el 23 de octubre del mismo año, se procedió a la notificación del imputado con el decreto de 13 de octubre de 2015, que dispuso la subsanación de su recurso de apelación restringida, en el domicilio señalado insistentemente por su parte, en todos los memoriales que a su turno fueron presentados, es decir en secretaría de Despacho.

En consecuencia, si el imputado asumió la decisión de cambiar a su abogado defensor, estaba en la obligación procesal de hacer conocer dicho extremo al tribunal de alzada, a efectos de estar a derecho y debidamente informado y notificado con los actuados procesales emitidos dentro del proceso penal seguido en su contra, así como de cumplir con las cargas emergentes del mismo, entre ellas, la de subsanar su recurso de apelación restringida conforme a las observaciones realizadas por el tribunal de alzada, mediante decreto de 13 de octubre de 2015, dado que la diligencia de notificación realizada el 23 de octubre de 2015 con dicho decreto, resulta ser una actuado procesal legítimo; pues hasta ese momento, los Vocales desconocían cualquier cambio o modificación en la defensa del procesado. Por lo tanto, a partir de esa fecha corrían tres días a efectos de cumplir con la subsanación extrañada; los cuales, una vez transcurridos, se evidencia que el interesado nunca cumplió con la exigencia contenida en el decreto de 13 de octubre de 2015; como tampoco hizo conocer impedimento alguno que hubiera limitado el ejercicio del principio de subsanación, dejando de manera voluntaria, precluir tal derecho; puesto que, aun cuando las autoridades jurisdiccionales a cargo del proceso, le observaron el señalamiento de domicilio procesal en Secretaría de Despacho precisamente para no generarle indefensión; de manera reiterativa, a través de todos los memoriales presentados por el imputado y firmados de manera personal, se insistió con dicho domicilio procesal.

En conclusión, si el imputado determinó el cambio de su defensor, le correspondía comunicar de inmediato dicha situación al tribunal de alzada y señalar su nuevo domicilio procesal si es que consideraba pertinente; más aún si tal como señaló su entonces abogada Gabriela Luizaga Mamani, su última participación fue la presentación del memorial de 19 de octubre de 2015 y si no contaba con abogado defensor, correspondía igualmente comunicar oportunamente a efectos de que se le designe uno de oficio, omisión atribuible exclusivamente a la parte imputada, que no puede pretenderse reputar al órgano jurisdiccional, dado que no resulta posible alegar vulneración de derechos fundamentales, principios y/o garantías constitucionales, cuando fue generada por su propia negligencia; más aún cuando, como en el caso presente, el procesado conocía perfectamente que se encontraba en trámite el recurso de apelación restringida interpuesto por su parte y que su domicilio procesal se encontraba fijado voluntariamente en Secretaría de Despacho, pese al intento vano por parte de las autoridades a cargo del proceso penal, de su modificación.

En ese orden, se tiene que, transcurridos los tres días otorgados por el tribunal de alzada a partir de la notificación con el decreto de subsanación, como es el 23 de octubre de 2015, el imputado no cumplió con lo observado, ni demostró impedimento alguno para no haberlo hecho; pretendiendo posteriormente salvar su negligencia, mediante la interposición de un incidente de nulidad por defecto absoluto, bajo el argumento de que su ex abogada hubiere hecho conocer anteladamente, que ya no actuaba como su defensora, cuando su derecho de subsanación ya había precluido por el transcurso del plazo legal otorgado, máxime cuando se constata, tal como destaca el propio tribunal de alzada, que no obstante lo expresado por la abogada Gabriela Luizaga Mamani en el memorial de 27 de octubre de 2015 en sentido de no ser ya la abogada del imputado, siguió suscribiendo memoriales como los del 15 de febrero y 25 de abril de 2016.

En virtud a lo señalado, se tiene que el derecho a hacer uso del derecho de subsanación del recurso de apelación restringida del imputado, precluyó por efecto de su propia negligencia, entonces no resulta coherente que saltando las etapas procesales y los mecanismos de defensa establecidos por las normas legales vigentes, luego se procure acudir a las instancias jurisdiccionales superiores a efectos de subsanar o eclipsar su falta de diligencia en su propio caso, retoyando la etapas anteriores, cuando ya se encuentran precluidas.

De los antecedentes procesales observados y la doctrina legal glosada, se advierte que el recurrente Iván Sulcáni Massi, por negligencia propia no subsanó el recurso de apelación restringida que hubo interpuesto, dando lugar a que precluya su derecho de reclamo posterior, ante el rechazo producido en alzada; en consecuencia, este Tribunal no evidencia la existencia de vulneración de derechos y garantías constitucionales denunciada en el recurso de casación, deviniendo en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Iván Sulcáni Massi, de fs. 712 a 715 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



217

Ministerio Público y otra c/ Alejandro Bautista Calle Gonzales

Estelionato

Distrito: La Paz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 15 de julio de 2016, cursante de fs. 422 a 423 vta., Alejandro Bautista Calle Gonzales, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N°46/2016 de 20 de junio, de fs. 410 a 415 vta., pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, conformado por los Vocales Grover Jhonn Cori Paz y Ángel Arias Morales dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y María Lourdes Gemio Vega representada legalmente por Vladimir Andrés Sanjinés Sandino, contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 122/2015 de 21 de agosto (fs. 312 a 330), el Tribunal de Sentencia N° 4 del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Alejandro Bautista Calle Gonzales, autor de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de un año de reclusión, más el pago de 100 días multa a razón de Bs 1.- por día, daño civil y costas a favor del Estado y la acusación particular.

b) Contra la mencionada sentencia, la acusadora particular María Lourdes Gemio Vega representada legalmente por Vladimir Andrés Sanjinés Sandino (fs. 362 a 364 vta.) y el imputado Alejandro Bautista Calle Gonzales (367 y vta.), a su turno interpusieron recursos de apelación restringida, que previo memoriales de subsanación (fs. 384 a 385 vta. y 387 a 388 vta.), fueron resueltos por A.V. N° 46/2016 de 20 de junio, que declaró admisible y procedente en parte el primer recurso, incrementando el quantum de la pena a 3 años y seis meses; por otro lado, rechazó por inadmisibles los recursos planteados por el acusado, dando lugar a la interposición del recurso de casación en estudio.

I.1.1. Motivo del recurso.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° de admisión 796/2016-RA de 17 de octubre (fs. 434 a 436), se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que indebidamente se le habría aumentado el quantum de la pena de un año a 3 años y seis meses, por no haber demostrado arrepentimiento o intento de conciliar, sin considerar que no tiene antecedentes y de manera contradictoria hacer referencia a su edad y condición cultural, imponiendo el tribunal de alzada una pena desmedida. Agrega que la parte acusadora, después de escuchar la Sentencia, no habría hecho la reserva de apelación, pues de haberlo hecho, de su parte no se habría pedido la anulación del proceso en la apelación, sino la aplicación del art. 366 del Cód. Pdto. Pen.; por lo que, ahora pide que se mantenga la pena impuesta por el tribunal de sentencia, enfatizando que no presentó la testifical de las personas a las que supuestamente les habría vendido el lote.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se de curso a la impugnación, manteniendo la anulación del proceso y la revocatoria de la modificación de la pena impuesta en el auto de vista recurrido.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N°796/2016-RA de 17 de octubre, este tribunal admitió el recurso de casación de la parte acusada, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. Sentencia.

Por Sentencia N° 122/2015 de 21 de agosto, el Tribunal de Sentencia N° 4 del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Alejandro Bautista Calle Gonzales, autor de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.,

imponiendo la pena de un año de reclusión, más el pago de cien días multa a razón de Bs 1.- por día, daño civil y costas a favor del Estado y la acusación particular, en base a los siguientes fundamentos:

1) En cuanto a los hechos probados, estableció que Alejandro Bautista Calle Gonzáles, de 76 años y fecha de nacimiento el 17 de julio de 1939 en La Paz, Provincia Murillo del Departamento de La Paz, con domicilio en la zona de Chasquipampa de dicha ciudad, soltero, con 4 hijos mayores de edad, dedicado a la agricultura, sin estudios básicos, ni procesos penales por otros delitos y de habla aymara; vendió el inmueble de propiedad de María Lourdes Gemio Vega, ubicado en el ex fundo Achumani del Cantón Palca de la misma Provincia y Departamento, Urbanización Las Rosas, signado con el lote 10, manzano 37, con una superficie de 307 m², a favor de Dina Montaña Montaña, recibiendo el monto de Bs 20.000.- refiriendo ser único y legítimo propietario de dicho lote, el mismo que la acusadora particular compró de José Alejandro Ruck Vega, el 30 de agosto de 1996, por la suma de Bs 8.000.- que se encuentra registrado en las oficinas de DD.RR., bajo la matrícula 2010990093200.

La acusadora particular, viajó diez años atrás a Estados Unidos y retornaba cada dos años aproximadamente, incluso para challar en carnavales; sin embargo, el 2012 al volver a Bolivia e ir a ver su lote de terreno, ubicado en la Urbanización Las Rosas, encontró que existía una construcción de dos plantas, que había sido construida por Dina Montaña Montaña, persona a quien el acusado había vendido dicho lote; sin embargo, aquélla no pudo registrar en Derechos Reales dicha propiedad, por cuanto, el lote ya estaba registrado a nombre de la dueña, actual acusadora particular.

2) En cuanto a la fundamentación de la pena, estableció que el imputado es autor de la comisión del delito de Estelionato y teniendo presente que la pena es indeterminada, en aplicación de las previsiones de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., consideró como circunstancia atenuante a su favor el hecho de no haber ingresado al ciclo básico de la educación primaria, su edad de 76 años, sus costumbres, el sustento de subsistencia de la agricultura o situación económica, debido a que es cesante y que subsiste del bono de dignidad proporcionado por el Estado. No existen circunstancias agravantes, por lo que, por unanimidad de votos, determina fijar la pena de un año de privación de libertad.

II.2. Apelación restringida de la acusadora particular.

Vladimir Andrés Sanjinés Sandino, en representación legal de María Lourdes Gemio Vega, interpuso recurso de apelación restringida, cuestionando, en vinculación al motivo de casación, que:

La Sentencia recurrida, en la Fundamentación de la pena incurre en una inadecuada ponderación, recayendo en contradicciones con los propios fundamentos esgrimidos en la Sentencia, incidiendo en incongruencia prevista en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., por cuanto, establece como atenuante que el acusado, no ingresó al ciclo básico entendiendo como limitante su grado de instrucción; sin embargo, contradictoriamente en la fundamentación intelectual, punto segundo de la sentencia, refiere: "El acusado...no es la primera vez que vende este lote de terreno, es decir, que sabía y tenía conocimiento de que era un bien ajeno, anteriormente el mismo era propietario de 30.669,300 m². Ubicado en la Urbanización Las Rosas, Ex Fundo Achumani...ha vendido en primera instancia a José Alberto Flores Balanza e Elizabeth López de Flores..." (sic); en consecuencia, el grado de instrucción del acusado, por ninguna circunstancia podría constituir una atenuante, debido a que su vida la dedicó al loteamiento y venta de tierras como atestó en su momento el testigo de cargo José Alejandro Ruck Vega, ratificada por la declaración de Dina Montaña Montaña, a ello se suman las pruebas judicializadas y signadas como MP-20 y MP-21, que acreditaron que el acusado para el año 2011 continuaba comprando tierras para su loteamiento, así lo descrito en los testimonios 286/2011 y 406/2011 suscritos con Casimira Saucedo Cantuta por la compra de 20.877.97 mts². Igualmente, por las razones descritas, no es posible sostener como atenuante que el acusado subsiste de la agricultura, por cuanto, se demostró que vive y subsiste del loteamiento y venta de tierras, por lo que, no correspondía su aplicación o consideración; mucho menos, su situación económica y su condición de cesante, por cuanto tiene a su disposición hectáreas de tierras para disponer a su libre albedrío para loteamiento. El Tribunal tampoco consideró el daño causado con el actuar del acusado, quien no mostró arrepentimiento, así como la voluntad de reparar el daño, en mérito a lo cual pidió la agravación de la pena al acusado en cinco años de privación de libertad.

En el memorial de subsanación agregó, que la falencia argumentada, constituía una aplicación errónea de la ley sustantiva, relativa al art. 335 del Cód. Pen., con relación a los arts. 37, 38 y 40 de la misma norma legal; y, que además la sentencia adolecía de fundamentación suficiente sobre las razones o fundamentos del quantum de la pena y por qué condenan a un año de privación de libertad, violando la garantía del debido proceso, la línea doctrinal sobre la materia y lo dispuesto por los arts. 124 y 370 del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Auto de Vista.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, resolvió los recursos interpuestos mediante A.V. N°46/2016 de 20 de junio, habiendo fundamentado en relación a la apelación de la acusadora particular, que:

Previo referencia de doctrina legal asumida por este Máximo Tribunal de Justicia, referida a que el Tribunal de apelación, en aplicación de la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., puede emitir nueva sentencia incluso modificando la situación jurídica del imputado, adecuando su conducta al marco descriptivo penal con base a los hechos tenidos como probados por el Tribunal de mérito, la prueba producida de la que se llegó a concluir que el acusado Alejandro Bautista Calle Gonzáles es el autor de la venta de un inmueble que ya no era de su propiedad, siendo su conducta reprochable y contraria al orden jurídico en general, habiendo en este enfoque adecuado su conducta al elemento de la antijuricidad y no existir causal de justificación alguna, llegándose a determinar el elemento culpabilidad en la Sentencia, por lo que, su conducta es reprochable por su comportamiento contrario a derecho, determinando la existencia de errónea aplicación de la ley sustantiva en el momento de fijar la pena. Asimismo, la Sentencia llegó a considerar la edad del acusado, su formación, su situación personal, su situación de dedicarse a compra y venta de lotes de terrenos y que tampoco demostró arrepentimiento sobre la comisión del hecho, por cuanto, el hecho atribuido al acusado, se llegó a subsumir en el ilícito de Estelionato descrito por el art. 337 del CP, incurso entre los delitos contra la propiedad, derecho que es protegido también constitucionalmente, al haberse determinado la concurrencia de culpabilidad y autoría

en cuanto a la realización del tipo penal, siendo punible, en base a lo cual y al haber evidenciado la existencia de error in judicando en el momento de la fijación de la pena por el de mérito, concluyó en que corresponde aplicar los arts. 413 cuarto párrafo y 414 del Cód. Pdto. Pen., advirtiendo que no es necesario anular la Sentencia y realizar un nuevo juicio, sino resolver directamente por haberse advertido asimismo la vulneración del art. 370-1) y 5) del Cód. Pdto. Pen.

En mérito a ello y en consideración al art. 337 del Cód. Pen., y a los hechos tenidos por probados en la misma sentencia recurrida, se tiene que en relación a la fijación de la pena, en el punto VI de la sentencia, el tribunal inferior consideró los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen.; y, observando también el principio de legalidad, el ilícito de estelionato descrito por el art. 337 del Cód. Pen., evidentemente tiene una pena indeterminada que oscila de 1 a 5 años, por lo que, la pena a imponerse debe estar en ese parámetro, por tanto, acudiendo al principio de proporcionalidad de la pena a ser fijada y razonando sobre sus requisitos, concluye que el Tribunal de Sentencia ingresó en error al no apreciar la gravedad del hecho, las circunstancias de que el acusado actuó con dolo, las consecuencias de haber generado incluso otro conflicto legal, entre personas desconocidas como son la primera compradora y la última, por causa atribuible exclusivamente al acusado, haberse beneficiado económicamente por ese hecho delictivo y que no puede servir de suficiente fundamento su educación, porque todas las personas saben y conocen que no pueden disponer de cualquier bien que no les pertenece, sus costumbres y tampoco su edad, por cuanto la L. N° 369 de las personas Adultas Mayores, en el art. 13-f) señala como deberes: "No valerse de su condición para vulnerar los derechos de otras personas..." (sic), su misma conducta precedente y posterior de negar en todo momento haber efectuado la primera venta, como es negar haber vendido, y manuscrito y confeccionado por su puño y letra la primera y segunda venta, sin que lo haya demostrado legalmente al interior del mismo proceso o juicio, los móviles como es también la existencia del dolo y negar en todo momento estos hechos, no obstante incluso la existencia de dictamen pericial. Tampoco acreditó haber obrado por motivo honorable o impulsado por la miseria o padecimientos morales, bajo amenazas, peor que haya demostrado arrepentimiento porque no reparó el daño, ya que incluso cuando afirmó sólo hablar aymara, en la audiencia de Inspección Ocular, se expresó en español (fs. 315 última parte y 320 primera parte).

Finalmente, aclara que en los fundamentos expuestos, no efectuó revalorización de prueba, habiendo basado su determinación en las conclusiones arribadas por la misma sentencia, auto complementario y la doctrina legal aplicable.

III. Verificación de la existencia de lesión al principio de legalidad.

El recurrente asevera que el tribunal de alzada, incrementó la pena inicialmente impuesta por el Tribunal de mérito de manera desmedida, soslayando considerar que no tiene antecedentes y de manera contradictoria, no se tomó en cuenta su edad y condición cultural, lo que le imposibilitó de plantear la aplicación del art. 366 del Cód. Pdto. Pen., lo que acarrearía la afectación al principio de legalidad; en consecuencia, atañe verificar si la contradicción denunciada es evidente a fin de asumir la decisión correspondiente.

III.1. Sobre la determinación judicial de la pena.

Al respecto, este tribunal aclaró los alcances de las normas aplicables a tiempo de definirse cuál el quantum de la pena correspondiente a la conducta de cada acusado, estableciendo que: "La determinación judicial de la pena que comprende todo el procedimiento; es decir, la evaluación, decisión y justificación del tipo y la extensión de la pena, tiene líneas de orientación previstas legalmente, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad del juez la individualización de la pena está sometida al principio de proporcionalidad recogido por el código penal en sus diferentes artículos y a la finalidad de la pena establecida constitucionalmente como la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos.

En este ámbito, el juez o tribunal que fija una pena tiene la obligación de someterse a dichos principios, correspondiendo al tribunal de alzada, ante la constatación de su incumplimiento, proceder directamente a la modificación del quantum de la pena, en sujeción a los principios constitucionales y procesales, en ejercicio de la facultad reconocida por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., considerando los siguientes criterios para la fijación de la pena:

a) La personalidad del autor, el cometido que la ley penal boliviana asigna al juez de apreciar la personalidad del autor, es una tarea compleja; aunque debe reconocerse que el Cód. Pen., en los arts. 37 y 38 (atender la personalidad del autor) no exige la realización de un diagnóstico científico "de la personalidad", sino un perfil de la personalidad, vinculado al hecho concreto para aplicar la pena en la dimensión que corresponda a esa persona concreta e individual, distinta a los demás seres humanos. De tal manera que el reproche jurídico que merezca su comportamiento, guarde armonía con el hecho, su personalidad y las circunstancias.

La edad, es un factor que, dependiendo del caso, puede operar como agravante o atenuante. En cuanto a la educación, por regla general como circunstancia agravante, pues el reproche será mayor cuando el autor ha tenido acceso a la educación y, por lo tanto, ha disminuido su vulnerabilidad al sistema penal. En similar sentido opera la posición económica, sobre todo en los casos vinculados a delitos económicos. La vida anterior libre de sanciones penales no se debe tomar sin más como atenuante para la determinación de la pena. Lo que sí debe considerarse como factor de atenuación, es que el autor haya desarrollado hasta la comisión del hecho punible una vida ordenada y acorde al derecho, de tal manera que el hecho delictivo signifique una notoria contracción con su conducta anterior. Respecto a la conducta posterior, debe tomarse en cuenta como factor para la fijación de la pena, el esfuerzo del autor por reparar el daño causado. También puede apreciarse como favorable la conducta del procesado en el proceso penal, cuando: i) Se haya entregado a la autoridad policial o judicial voluntariamente, pese a haber contado con la posibilidad de una fácil huida, o tener la posibilidad de no ser descubierto, y, ii) La confesión que manifieste arrepentimiento, o bien que haya ayudado significativamente al establecimiento de la verdad mediante su declaración.

Sin embargo, la sola falta de arrepentimiento o confesión no puede valorarse para hacer más rigurosa la sanción. Ahora bien, si la confesión no es tal, sino un intento de lograr la impunidad y si el "arrepentimiento" no es sincero, sino una manera de procurar un trato benigno de los jueces, cuando se sabe, por la prueba, que no hay forma alguna de eludir la acción de la justicia, los jueces deben examinar ese dato como parte de las manifestaciones defensivas, pero deben ignorarlo al momento de fijar la pena, pues ni las mentiras, ni las falsas actitudes del

acusado constituyen un factor que deba perjudicarlo cuando se decida sobre la sanción a imponer. La reparación del daño, consiste fundamentalmente en aliviar las consecuencias materiales del hecho delictivo son también factor de atenuación; empero, también pueden tener un efecto atenuante de la pena, los actos que denoten voluntad de reparar. La extensión del daño causado debe ser delimitada sólo para aquello que tenga vinculación con el hecho típico, directamente. Además, debe tenerse en cuenta que no es necesaria la concurrencia de todas las circunstancias descritas, pues dependerá de cada caso concreto.

b) La mayor o menor gravedad del hecho, que tiene que ver con lo previsto por el art. 38-2) del Cód. Pen.; es decir, la naturaleza de la acción, los de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.

c) Circunstancias y las consecuencias del delito, que también deben ser consideradas en el caso concreto.

La fundamentación de la fijación de la pena es inexcusable, en este ámbito la exigencia de fundamentación que debe satisfacer la sentencia condenatoria en el proceso de individualización de la pena, obliga al juez a observar los parámetros descritos por el legislador; por lo tanto la resolución debe contener un razonamiento capaz de dar cuenta de que se consideraron dichos parámetros de tal modo que a través de la exposición razonada del juez o tribunal se pueda evidenciar que su resolución se ha fundado en parámetros legales, y no es fruto de la apreciación estrictamente personal o arbitraria al efecto debe explicar cómo aplicó la pena, en término considero las previsiones de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., al caso concreto y qué atenuantes y agravantes tomo en cuenta para establecer la sanción dentro de los límites legales" (A.S. N°038/2013-RRC de 18 de febrero).

En cuanto a la facultad del tribunal de apelación de corregir directamente la falencia detectada en la determinación de la pena incurrida por el inferior, este tribunal, estableció: "En cuanto a la determinación del quantum de la pena, el tribunal de apelación, en caso de considerar inobservados los preceptos legales que rigen la materia, puede corregirlos directamente en base a la facultad reconocida en su favor por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., que establece que los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos en la nueva sentencia, y que deberá proceder de la misma manera, cuando se trate de errores u omisiones formales y también los que se refieran a la imposición o el cómputo de penas, consecuentemente, los tribunales de apelación tienen la facultad de corregir directamente el error referido al quantum de la pena; empero, deberán realizar una debida fundamentación complementaria, especificando puntualmente las atenuantes y/o agravantes que prevé la Ley, puesto que la falta de fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales, constituye un defecto absoluto, porque vulnera el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y especialmente el debido proceso, en su elemento del deber de fundamentación de las Resoluciones, pues toda resolución imprescindiblemente debe expresar los razonamientos jurídicos esenciales a objeto de garantizar la comprensión cabal de las partes, única manera de que los tribunales recubran de legitimidad sus fallos, deber que adquiere mayor relevancia cuando de Tribunales de segunda instancia se trata".

En ese contexto jurisprudencial, es posible culminar en que la determinación que asuma el Tribunal de apelación a tiempo de analizar el cuánto de la pena establecida por el Tribunal o Juez de mérito, debe estar enmarcada en las normas que rigen la materia; es decir, considerar la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito (arts. 37 adelante del Cód. Pen.), lo que obedece al principio de legalidad, por cuanto la fijación de una sanción no es una potestad discrecional de la autoridad jurisdiccional, sino que es producto de un análisis profundo y razonado de los parámetros establecidos en la ley, siendo primordial que la fijación de la pena se establezca a través de la expresión de razones lógicas y debidamente sustentadas.

III.2. Análisis del caso concreto.

En mérito a los antecedentes y la jurisprudencia expuestas, es preciso verificar si los fundamentos del auto de vista recurrido se sujetaron a los parámetros establecidos en el Código Sustantivo Penal con relación a la fijación de la pena, considerando que la agravación que dispuso el tribunal de apelación en el cuánto de la pena, difiere sustancialmente de la establecida por el tribunal inferior, lo que tilda el recurrente de casación de una decisión desmedida.

En ese marco, se advierte que la acusadora particular cuestionó la pena impuesta al imputado por el tribunal de mérito, constitutiva de un año de reclusión, al considerar que se efectuó una inadecuada ponderación del grado de instrucción del acusado, la actividad a la que se dedica para su subsistencia que tiene estrecha relación con su situación económica, así como su falta de arrepentimiento y su voluntad de reparar el daño, respecto a lo cual el tribunal de apelación, previa descripción de los hechos declarados como probados en la Sentencia, así como del análisis intelectual efectuado por el tribunal inferior sobre la prueba y la subsunción de la conducta del acusado al tipo penal de estelionato, describiendo los fundamentos por los que el inferior determinó fijar la pena de un año de reclusión, aclarando además que la modificación de la pena en apelación era viable, conforme a la doctrina legal descrita en el auto de vista recurrido, al no constituir un descenso a los hechos determinados por el inferior a través de la nueva valoración de prueba, estableció que el tribunal inferior efectuó una errónea interpretación de la norma sustantiva en cuanto a la fijación de la pena.

Explicando a continuación que, dicho tribunal incurrió en error al no apreciar la gravedad del hecho, las circunstancias de que el acusado actuó con dolo, las consecuencias de haber generado incluso otro conflicto legal entre personas desconocidas, como son la primera compradora y la última, por causa atribuible exclusivamente al acusado, haberse beneficiado económicamente por ese hecho delictivo. Razonamiento en el que se advierte que el tribunal de apelación, no explicó de modo alguno porqué un conflicto supuestamente generado entre la víctima y una tercera persona quien habría comprado el bien inmueble de ésta y construido en el es de tal magnitud que justifique la agravación de la sanción inicialmente impuesta (de un año de reclusión), a una pena superior a la media (de tres años y seis meses), mucho más si se considera que el art. 38-2) del Cód. Pen., establece que para determinar la gravedad del hecho se deben considerar, de manera conjunta (por cuanto la norma establece la preposición conjuntiva "y"), la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido, habiéndose limitado el tribunal de apelación a establecer únicamente la extensión del daño causado para agravar la pena.

Por otro lado, dicho tribunal estableció que no puede servir de suficiente fundamento –para la imposición de un año de reclusión por el inferior- su educación, por cuanto todas las personas saben y conocen que no pueden disponer de cualquier bien que no les pertenece; sin embargo, soslaya explicar fundadamente las razones por las que considera que en el caso concreto, en relación específica al acusado, solamente menciona a su educación básica fundamentada por el Tribunal de Sentencia, no constituiría una atenuante al momento de fijar la pena y más bien sí una agravante para establecer una pena superior a la media por el delito condenado, resultando el argumento genérico respecto a “...lo que todas las personas saben y conocen que no pueden disponer de cualquier bien que no les pertenece...” (sic), insuficiente y contrario al razonamiento expuesto en la jurisprudencia expuesta en el apartado III.1 de esta resolución, cuando establece que en cuanto a la educación, por regla general constituye circunstancia agravante, pues el reproche será mayor cuando el autor ha tenido acceso a la educación y, por lo tanto, ha disminuido su vulnerabilidad al sistema penal; razonando en contrario, cuanto menor el acceso a la educación, mayor la vulnerabilidad al sistema penal; en consecuencia, para asumir la postura agravadora de sanción el tribunal de apelación debió explicar por qué la educación básica del acusado no podía significar de modo alguno una circunstancia atenuante. El mismo tribunal, no obstante aludir a sus costumbres para la modificación de la pena, no esgrimió argumento jurídico o fáctico alguno al respecto; y, en cuanto a la edad del acusado, estableció que tampoco podía significar una atenuante como razonó el tribunal de mérito, por cuanto, de acuerdo a los Deberes establecidos en la L. N° 369, los adultos mayores no pueden valerse de su condición para vulnerar derechos de otras personas; sin embargo, no justificó dicha apreciación, en base a los hechos probados en Sentencia, por lo tanto, el hecho de haber usado o aprovechado su edad para perpetrar el delito atribuido, es un elemento que podría haber incidido en la determinación del dolo en el actuar del imputado; sin embargo, por el contenido de la Sentencia y el propio extracto que efectúa el tribunal de apelación en el auto de vista recurrido, no se verifica que esa circunstancia se haya determinado en juicio.

Ahora bien, conforme a la doctrina legal citada en el Fundamento precedente, el solo hecho de inexistencia de antecedentes penales en contra del acusado, no puede ser tomado a la ligera como atenuante para la determinación de la pena; sin embargo, el tribunal de alzada tiene la obligación de fundamentar razonadamente porqué la inexistencia de sanciones penales contra el acusado, establecida en sentencia, no puede tomarse como atenuante, habiéndose limitado a establecer como agravante su conducta precedente en la que habría negado su autoría en el hecho delictivo endilgado, sin explicar fundadamente su postura. Igualmente, se advierte dicha falencia argumentativa a tiempo de establecer que en forma posterior a los hechos, negó haber efectuado la primera venta, haber vendido, a manuscrito y confeccionado por su puño y letra la primera y segunda venta, no obstante las pruebas producidas en juicio; empero, no justifica razonadamente las razones por las que la alegación del acusado, que se entiende va dirigida a sostener su inocencia durante el transcurso del proceso; y por ende, no habría intentado reparar el daño ocasionado a la víctima, no puede ser considerado en contra suya al momento de fijarse la pena y peor aún, de modificarla y agravarla más allá del mínimo impuesto por el tribunal de mérito. Igualmente, considerar de forma negativa el hecho de no haber demostrado que obró por motivos honorables o impulsado por la miseria o padecimientos morales, bajo amenazas (que constituyen las causas para la perpetración de un hecho delictivo) ya que incluso cuando afirmó sólo hablar aymara, en la audiencia de Inspección Ocular, se expresó en español (fs. 315 última parte y 320 primera parte), no son exigencias previstas en la norma penal respecto a la determinación de la pena ni mucho menos en la doctrina legal desarrollada supra; en consecuencia, su exigencia en el auto de vista recurrido, no encuentra sustento legal ni lógico.

Por las razones expuestas y habiéndose determinado que los argumentos por los que el Tribunal de apelación determinó agravar la fijación de la pena en contra del acusado, no se encuentra legal y razonadamente sustentada, lo que evidentemente lesiona el principio de legalidad, corresponde declarar fundado el recurso.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Alejandro Bautista Calle Gonzales, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N°46/2016 de 20 de junio, y determina que la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente Auto Supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de Sala comuníquese el presente Auto Supremo al Consejo de la Judicatura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dr. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Fdo. Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



218

Ministerio Público y otro c/ Ernesto Villegas Huayta
Tentativa de asesinato y otro
Distrito: La Paz

AUTO VISTA

La Paz, 25 de mayo de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la Resolución N° 10/13 de 03 de septiembre de 2013 (fs. 2292 a 2299); el auto complementario de 06 de septiembre de 2013 (fs. 2304 a 2305); el recurso de apelación restringida deducido por Ascencio Cruz Nina e Inés Alanoca Aratea apoderados legales de Simón Pinto Concha (fs. 2312 a 2322 vta.); la respuesta efectuada por la parte imputada Ernesto Villegas Huayta (fs. 2350 a 2353); el recurso de apelación restringida formulada por el imputado Ernesto Villegas Huayta (fs. 2332 a 2348 vta.); la respuesta al mismo efectuado por Simón Pinto Concha, Inés Alanoca Aratea y Ascencio Cruz Nina, señalan como apoderados legales (fs. 2357 a 2367 vta.); el A.S. N°. 538/15, de 24 de agosto de 2015 (fs. 2489 a 2494); todo lo inherente al presente caso y;

CONSIDERANDO: El Tribunal de Sentencia N° 3 en lo Penal de La Paz emite la Resolución N° 10/13 de 03 de septiembre de 2013 y cursante de fijas 2292 a 2299 y en la misma en forma unánime declara al imputado Ernesto Villegas Huayta autor de los delitos de allanamiento de domicilio y sus dependencias, robo agravado, secuestro y daño calificado, delitos previstos en los arts. 198, 331, 332-1), 334 y 358-5) todos del Cód. Pen., (señala así textualmente el fallo), condenándole a una pena privativa de libertad de 6 años de reclusión a cumplir en el penal de san pedro de la ciudad de La Paz, más el pago de daños y perjuicios, costas a calificarse en ejecución de sentencia. Por otro lado se le declara absuelto de culpa y pena por el delito de tentativa de asesinato previsto por el art. 252 con relación al art. 8 del Cód. Pen., por haberse generado duda razonable.

En 06 de septiembre de 2013 y confirme consta de fs. 2304 a 2305 se emite auto de complementación y enmienda de la sentencia.

CONSIDERANDO: Por memorial de fs. 2312 a 2322 vta., Ascencio Cruz Nina e Inés Alanoca Aratea, apoderados legales de Simón Pinto Concha, deducen recurso de apelación restringida en contra de la Resolución N° 10/2013 y lo hacen bajo los términos ampliamente expuestos en el escrito mencionado, consignando en ella los antecedentes que dieron lugar al caso penal presente y en el que se detalla de manera pormenorizada dichos hechos. Asimismo hacen mención a los elementos probatorios recolectados en etapa preparatoria, y producidos en juicio, demostrando con ello la comisión de los delitos acusados.

Como agravios invoca la violación de los arts. 37, 39 y 40 del Cód. Pen., acudiendo para ello al punto sexto de la sentencia en el acápite de fundamentación de la pena, transcribiendo el mismo de manera íntegra y pasando a señalar la violación del art. 37 del Cód. Pen., porque no se habrían tomado en cuenta ninguna de esas circunstancias como la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias y consecuencias del delito. Que no podía tomarse en cuenta la familia y la excusabilidad del derecho propietario que le asistiría, lo mismo que la justicia comunitaria porque se habría cometido los delitos de secuestro, allanamiento de domicilio y sus dependencias, daño calificado y robo agravado, siendo los partícipes del hecho varios individuos identificados y a quienes se les sigue otro proceso y que han hecho del asalto violento a propiedades ajenas su forma de vidas de enriquecerse a costa de humildes campesinos. Respecto al art. 38 del Cód. Pen. señala que los elementos que lo configuran no habían sido tratados en la sentencia, no se había establecido la edad, educación y móviles que habían impulsado a delinquir, lo mismo que la situación económica del imputado; no se toma en cuenta la premeditación, alevosía y ensañamiento; no se tomó en cuenta como agravantes la naturaleza de los hechos acusados, los medios empleados, golpes, fuerza, intimidación porque si no entregaba el bien lo quemarían vivo —señalan— que existiría reincidencia y habitualidad al estar involucrado en delitos de tentativa de asesinato, lesiones, secuestro y otros. Piden como aplicación que pretenden se aplique los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., del art. 40 del Código Punitivo transcriben su contenido y sobre dicho particular señala no haberse presentado ninguna de dichas circunstancias, pasando a desglosar las penas privativas de libertad que encierran cada uno de los tipos penales acusados; que el imputado no demostró ser un indígena carente de instrucción e ignorante de la ley o que se trate de un caso honorable, no había demostrado su arrepentimiento o su propósito de reparar el daño causado, por lo que no entienden cómo se pretende atenuar la pena si no se habrían definido las condiciones, contrariamente se aplicaría la pena más favorable, cuando el imputado actuó en forma dolosa, con premeditación, ensañamiento y alevosía, completo menosprecio a la ley, a la vida, a la propiedad privada, abusando de su poder económico al contratar dirigentes para cometer los hechos. Como aplicación que pretende solicita que el tribunal de alzada repare directamente la inobservancia de la ley y agraven la pena aplicando la más grave de 15 años. Como precedente contradictorio se invoca: el A.V. N° 055 de 24 de enero de 2003 dictada por la sala penal

primera en el caso seguido por el M.P. y acusador particular de Hjjlka Hinojosa Fernández c/ Gregorio Gerardo Armijo Paz, por el delito de estafa, para lo que transcriben en su criterio las partes pertinentes y que agravaría la pena.

Afirman la violación del art. 07 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (delito de lesa humanidad), respecto al secuestro y la violación, porque no se habría tomado en cuenta las pruebas cursantes en el proceso al haberse demostrado que se actuó con premeditación, alevosía y saña al haberse secuestrado al poderdante para que la turba lo linche si no firmaba los documentos de entrega del bien, además que lo vejaron, humillaron y torturaron pese a que a nadie le está dada hacerse justicia por mano propia según el art. 1282 del CC. Por la naturaleza de los hechos acusados no sería viable aplicar atenuantes. Como aplicación que pretende demandan se aplique el art. 410 de la C.P.E., imponiendo a Ernesto Villegas Huayta 15 años de presidio a cumplir en el Penal de San Pedro de Chonchocoro. Invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 281 de 30 de noviembre de 2001 de la sala penal primera del distrito de Tarija en el caso penal seguido por el M.P., contra Delfín Gregorio Ramos Mercado y otros, por delito de tráfico de sustancias controladas, transcribiendo parte de dicha resolución.

Invocan asimismo la vulneración del art. 45 del Cód. Pen., es decir el concurso real, para lo que acuden a exponer fundamentos respecto a los hechos acusados, los delitos que se habrían demostrado, las condiciones y circunstancias en las que se habrían perpetrado dicho delitos las que no merecerían atenuantes, sino que más bien todos los hechos serían agravantes, como el haberse apropiado de un terreno con una superficie de 1.9335 Has, se habría aprovechado de la víctima persona de la tercera edad y discapacitado. En este apartado afirman la existencia de contradicción entre la parte considerativa y resolutive acorde al art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., porque al ingresar en forma violenta el acusado a propiedad del querellante con una turba de más de 500 personas para secuestrarle, robarle y causar destrozos con el objeto que entregue su bien inmueble; que había logrado escapar sino lo asesinaban, sin embargo se le absuelve de pena y culpa por el delito de tentativa de asesinato; además se había soslayado que existe más de cinco delitos sentenciados imponiendo la pena de tan solo 6 años de reclusión lo que constituiría fundamentación insuficiente que denotaría contradicción en la sentencia ya que no se había fundamentado la concurrencia de agravantes. Como precedente contradictorio acuden al A.S. N° 171 de 06 de febrero de 2007 en un caso de delito de falsedad material, para ello transcriben la parte que consideran pertinente del mencionado auto supremo que hace a la aplicación del art. 45 del Cód. Pen.. Invocan asimismo el A.S. N° 046 / 2012-RRC de 23 de marzo en un proceso penal por delitos de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito, omisión de socoro, transcribiendo la parte que consideran pertinente de dicho fallo y que hace a la concurrencia de concurso real de delitos, demandando como aplicación que pretenden que se imponga una sanción con la pena más grave que corresponda a los delitos cometidos y sea de 15 años, en base al art. 414 del Cód. Pdto. Pen.

Por lo expuesto reiteran su recurso solicitando se emita auto de vista reparando directamente la inobservancia y errónea aplicación de la ley agravando la pena impuesta a Ernesto Villegas Huayta de 6 años a 15 años de presidio de conformidad al art. 334 primera parte del Cód. Pen., a cumplirse en el Penal de Chonchocoro, con costas.

Respecto al recurso antes mencionado, por memorial de fs. 2350 a 2353, responde Ernesto Villegas Huayta y lo hace señalando que el recurso incumpliría con el art. 407 del Cód. Pdto. Pen, además, si bien es cierto que no se habría aplicado el art. 37 del Cód. Pen., no sería menos evidente que el propio tribunal había errado al emitir una sentencia de condena en su contra, en razón a que los hechos habrían sido cometidos por otras personas y que no fueron procesadas, por lo que correspondía su absolución. Afirma asimismo que la sentencia es defectuosa acorde al art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen, por ello debe ser anulada por la mala aplicación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen. En la misma línea responde al resto de los argumentos que hacen a la aplicación errónea de la pena y la ausencia de reincidencia en su caso habitualidad.

En relación al estatuto de Roma señala no haberse demostrado que su persona actuó con alevosía, premeditación y saña, no se demostró que había secuestrado al acusador particular por ello su absolución por el delito de tentativa de asesinato, además los hechos habían sido cometido por dirigentes sindicales que no fueron juzgados; que no se ha demostrado que el acusado vejó o torturó al acusador particular. El mismo precedente invocado no se adecuaría al caso presente porque trata de delitos de narcotráfico. Responde asimismo a la supuesta vulneración del art. 45 del Cód. Pen., aduciendo haber señalado que el tribunal aplicó mal la pena porque no debió emitirse un fallo de condena en su contra, sino absolutorio porque no se había demostrado que su persona ingresó a los predios con más de 500 personas; señala no haberse demostrado los requisitos de dicha norma legal y cuál de los numerales del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., corresponde aplicar.

Por lo expuesto responde en forma negativa al recurso y solicita al tribunal de alzada rechace la aplicación planteada por el apelante. En un otrosí invoca también precedentes contradictorios que hacen a la aplicación de la pena en sentido que esta no debe ser arbitraria, los defectos en el quantum de la pena que no pueden ser rebatidos mediante precedentes jurisprudenciales porque las atenuantes generales y especiales son propios para cada caso concreto en los que intervienen principios de inmediación y apreciación directa de la prueba; los límites en el ejercicio del recurso de apelación restringida; la prohibición de revalorizar prueba y finalidad del recurso. Por lo demás en el otrosí 2 cuestiona la presentación de prueba consistente en imputación formal en contra del acusado porque el tribunal de apelación no puede revalorizar la prueba, además que la misma no había sido presentada en juicio, pide se rechace ese pedido. Ofrece prueba el cuaderno de juicio.

CONSIDERANDO: En los de la materia, el acusado Ernesto Villegas Huayta por memorial de fs. 2332 a 2348 vta., interpone también recurso de apelación en contra de la sentencia pronunciada en su contra y lo hace bajo los términos ampliamente expuestos en el escrito mencionado, resaltando la extinción del proceso por duración máxima del proceso Auto Interlocutorio N° 15 /2012; en lo que hace a la apelación restringida invoca errores de procedimiento acorde al art. 407 del Cód. Pdto. Pen., porque en juicio se había presentado exclusión probatoria de la prueba AP-14, consistente en copia legalizada de la denuncia interpuesta en la jefatura provincial de Sorata, por lo que infringiendo los arts. 13 y 172 no habían sido obtenida por orden judicial ni fiscal; respecto a la exclusión probatoria de las pruebas PD-6 y PD-12 señala lo alegado por el tribunal de sentencia vulnerando el art. 171 del CPP, porque no se fundamenta las razones para considerar que dichas pruebas serían excesivas, vulnerando asimismo el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., lo mismo que limitando desvirtuar la acusación y

vulnerando la igualdad de partes en razón a que no se habían limitado las pruebas de contrario signadas como AP-2, AP-5, AP-7 y AP-12. También cuestiona la exclusión de la prueba PD-28 las razones de dicha exclusión y señala la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

Sobre la prueba hace mención igualmente a la prueba extraordinaria ofrecida por la defensa, prueba ofrecida en el transcurso de la declaración del testigo de descargo Teodosio Calle Chuquimia, pese a que dicha prueba emerge de la discusión en proceso y trata de los hechos que se venían dilucidando, empero al haberse rechazado se habría vulnerado los arts. 3, 167, 169- 3) y 171 del Cód. Pdto. Pen.; 115.1, 117.1 y 119.11 de la C.P.E., que hace al derecho de defensa inviolable en juicio e incurriendo en defecto procesal absoluto. Como aplicación que pretende demanda que se anule el juicio se ordene el reenvío, al no ser posible reparar directamente el vicio. Invoca como precedentes contradictorios los A.S. N°. 434/2009 de 20 de agosto que señala el límite para la presentación y producción de pruebas la licitud, oportunidad y pertinencia; 272/2009 de 04 de mayo sobre el rechazo injustificado de una prueba que constituye vulneración al debido proceso.

Como nulidades absolutas no susceptibles de convalidación acorde a los arts. 167 y 169 del Cód. Pdto. Pen., acude a cuestionar el poder de representación del acusador particular (Auto Interlocutorio N° 013/2012 y 15/2013) que rechaza el incidente planteado sobre las facultades contenidas en el poder y que sirvió de base al apoderado del querellante para su apersonamiento vía apoderados, porque en audiencia plantado el incidente se había concedido la palabra a contrario cuando primero debió tomarse el juramento a los jueces ciudadanos y el tribunal en pleno dictar resolución, por lo que se habría vulnerado el art. 344 del Cód. Pdto. Pen.; que no se había dado cumplimiento al art. 81 del Cód. Pdto. Pen., porque el poder debe ser especial para el juicio tramitado además que el poder no expresa las facultades del juicio oral, vulnerando también el art. 811-II del CC. Solicita en definitiva revocar ambas resoluciones y se disponga que el acusador particular presente un poder amplio y bastante para ser representado en juicio, además que la Resolución N° 13/2012 cumpla a cabalidad lo establecido por el art. 123 del Cód. Pdto. Pen. En relación a la Resolución N° 15/2012 alega el incumplimiento del art. 342 del CPP, porque entre la acusación pública como la particular existirían hechos irreconciliables y el tribunal debió precisarlas para cumplir con la norma legal extrañada, porque en la acusación pública se le acusaría de hechos suscitados el 21 de octubre de 2007 a hrs 12:00, configurando los delitos de allanamiento de domicilio y sus dependencias, robo concurriendo concurso ideal; en tanto que el acusador particular hablaría de tentativa de asesinato, robo agravado, daño calificado y secuestro. Que el auto de apertura de juicio establecería como hechos los contenidos en la acusación fiscal que difiere de la particular, en cuyo entendido en cumplimiento al art. 342 del Cód. Pdto. Pen., considera que el tribunal debió precisar los hechos y al no hacerlo incurrió en defecto procesal absoluto, vulnerando el debido proceso. Acude a la S.C. N° 418/00-R, por lo que pide al tribunal superior revocar la Resolución N° 13/2012 se subsane dicho defecto corriendo con la emisión de un nuevo auto de apertura de juicio cumpliendo el art. 342 del Cód. Pdto. Pen.

Como incidente de actividad procesal defectuosa reclama el no haberse llevado adelante a audiencia conclusiva, Resolución N° 03/2013, por haberse vulnerado el art. 323 del Cód. Pdto. Pen., incurriendo en el art. 169-3) y 4) del Cód. Pdto. Pen., en el comprendido que el tribunal debió observar previamente si se llevó o no adelante la audiencia conclusiva y no salir por el argumento que el derecho del recurrente había precluido; que con la actitud denunciada se habría vulnerado el art. 115-II de la C.P.E., más si la L. N° 007 dejó sin efecto el art. 323 de la L. N° 170, situación establecida por el A.S. N° 021/2012, por lo que correspondería reponer obrados hasta que se lleve adelante la audiencia conclusiva.

Invoca también la violación del art. 123 del Cód. Pdto. Pen., en las Resoluciones N° 013/2012; 15/2013; 15/2012 y 03/2013, porque en las mismas no se señala si son o no recurribles, por quienes y el plazo, vulnerándose los arts. 115-I y 117-I de la C.P.E., por lo que demanda se revoque dichas resoluciones, renovando dichos actos y cumpliéndose con la norma legal extrañada.

Invoca también errores in judicando como la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, del art. 298 del Cód. Pen., porque en base a los elementos constitutivos de dicho ilícito afirma que su persona no ingresó a los predios del acusador particular, sino los que ingresaron fueron los dirigentes sindicales del cantón Sorata, porque Simón Pinto Concha había hecho caso omiso a las conminatorias dispuestas por dichas autoridades, acude para ello al contenido de las pruebas AP-16, AP-7, AP-2, AP-1, AP-3, AP-4, AP-5 y AP-6, las que acreditan que fueron las autoridades agrarias las que dispusieron la expulsión e intervención en 21 de octubre de 2007 y el acusado no participó de la misma y mal puede ser autor del delito; además que el actor en ningún momento había demostrado a qué título poseía el terreno o si cumplía una función social como condición sine quanon para demostrar su legal posesión. En relación al delito de secuestro, acude al art. 334 del Cód. Pen., a la conclusión arribada por el tribunal de sentencia, sin consignar donde estarían los demás autores y cuales los elementos de convicción sobre el ilícito. Reitera no haber ingresado al inmueble de contrario, sino que fueron las autoridades sindicales del cantón Sorata que no fueron acusadas. Asimismo acude al contenido de la sentencia en el apartado III de la fundamentación fáctica probatoria, de cuyo acápite cuestiona la prueba testifical que todos serían parientes del acusador particular, dando plena credibilidad a los mismos. En la misma línea anterior invoca el art. 332-2) del Cód. Pen., el criterio del tribunal y sin establecer los bienes muebles sustraídos. También acude al art. 358-5) del Código Punitivo, tipo penal que no establecería árboles frutales, lo que demostraría la errónea aplicación de dicha norma legal. Finalmente sobre este extremo también acude al entendimiento del art. 20 del Cód. Pen., y la sentencia no establecería el por qué se le otorga la calidad de autor de los hechos; contrariamente el núm. 2 del punto II sobre la fundamentación fáctica probatoria el tribunal le atribuiría la calidad de instigador siendo este un grado diferente a la autoría. Invoca como precedentes contradictorios los A.S. N°. 329/2006 de 29 de agosto; 329 de 29 de agosto de 2006; 417/03 de 19 de agosto; 231 de 4 de julio de 2006; 64 de 27 de enero de 2007 y 315 de 25 de agosto de 2006.

Asimismo invoca la errónea aplicación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., porque en la sentencia no se habría justificado el porqué de la aplicación de la pena. Invoca en este apartado los AA.SS. Nos. 114 de 20 de abril de 2006; 507/2007 de 11 de octubre; 038/2013-RRC de 18 de febrero y 167/2013-RRC de 13 de junio, incluida la S.C. N°. 1863/2010 de 25 de octubre que hacen a la aplicación de la pena. Como aplicación que pretende demanda se revoque la sentencia apelada y se dicte sentencia absolutoria en su favor al amparo del art. 363-1) y 2) del Cód. Pdto. Pen.

En respaldo del art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., aduce que no existe fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria, para ello afirma que la sentencia debió estar fundamentada desde el punto de vista probatorio, descriptivo e intelectual, lo que no había ocurrido; acude también a exponer los hechos acusados, el contenido de la sentencia, el contenido de la prueba, analiza también los documentos con los que contaría Ernesto Villegas Huayta, las formas de adquirir la posesión y la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

Acude asimismo a cuestionar los apartados III y IV de la sentencia, para luego pasar a invocar precedentes contradictorios contenidos en los AA.SS. Nos. 342 de 28 de agosto de 2006 sobre la motivación; 256 de 26 de julio de 2006 en similar sentido; 183 de 06 de febrero de 2007 sobre la fundamentación de las sentencias y 307/2003 de 11 de junio que hace a la congruencia y contradicción entre los fundamentos expuestos en la parte considerativa y resolutive. Como aplicación que pretende demanda se anule la sentencia disponiendo el reenvío.

Invoca la violación del art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., es decir que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba, acudiendo para ello al punto III del fallo, a la prueba PD-16, a las declaraciones de Zulema Soledad Mamani, Nicasia Quispe de Ticona, Ismael Chura Chino, Adela Ticona Quispe, Edwin Soraide AM, Francisco Luque Yucra, Cristóbal Cori Mamani y Nicolás Mamani Pinto, en las que existiría contradicciones, tendrían interés en el proceso y varios serían fa majares del querellante y acusador particular. Acude también a analizar las pruebas AP-9 y AP-132; que el tribunal en el punto III no se habría pronunciado sobre la prueba testifical de cargo ofrecida y menos efectúa una fundamentación del porqué no valora dichas pruebas Un hecho no acreditado en la sentencia sería que se le atribuye haber manipulado e influido en los sindicatos agrarios para despojar la posesión del acusador particular, sin acreditar con ningún elemento probatorio la misma. Invoca también precedentes contradictorios contenidos en los AA.SS. Nos. 229/2012-RRC de 27 de septiembre; 183/2007 de 06 de febrero de 2007/104 de 20 de 2004 y como aplicación que pretende solicita la anulación del juicio disponiendo el reenvío correspondiente.

También invoca el art. 370-10) del Cód. Pdto. Pen., vale decir la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción en la sentencia, porque no se señala en la sentencia las razones del porque su conducta es típica, antijurídica y culpable. Respecto al otro de los miembros del tribunal no se señala las razones para considerarle como autor; no se establecería las razones para la imposición de la pena, lo que implicaría la ausencia de deliberación, de lo contrario se habrían explicado todos los puntos extrañados. Como aplicación que pretende pide se anule totalmente la sentencia y disponga la reposición del juicio por otro tribunal de sentencia.

Por lo expuesto interpone su recurso solicitando se revoque la Sentencia N° 010/2013, sea en su favor con costas, en su defecto se disponga la nulidad de la sentencia recurrida para que se reponga el juicio a través de otro tribunal de sentencia.

- Por memorial de fs. 2357 a 2367 vta., Simón Pinto Concha, Inés Alanoca Aratea y Ascencio Cruz Nina, -señalan-apoderados legales, responden al recurso de apelación restringida presentado por el acusado y lo hacen bajo los términos ampliamente expuestos en el escrito mencionado, señalando la inviabilidad de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso porque contrario fue el causante de la demora. Respecto a la apelación restringida consigna los antecedentes del caso penal presente y en relación a los errores de procedimiento el recurso no consignaría las normas legales en las que se ampara y que las determinaciones asumidas por el tribunal de sentencia fueron correctas al rechazar las exclusiones probatorias y la prueba extraordinaria; asimismo en relación al poder observado ocurriría algo similar porque dicho poder sería suficiente. En referencia al art. 342 del Cód. Pdto. Pen., el mismo tribunal de sentencia de Achacachi había precisado los hechos por los que debe seguirse el juicio penal presente, cumpliendo con la norma legal extrañada. Respecto al incidente de actividad procesal defectuosa por inexistencia de audiencia conclusiva, el mismo no había sido reclamado en audiencia de juicio en la etapa de excepciones e incidentes, sino se lo hace luego de un año y en 17 de enero de 2013, es decir fuera de término.

Responden asimismo la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva aduciendo los aspectos que hacen al fondo de los hechos juzgados, los elementos constitutivos de los delitos acusados, mismos que habrían sido probados. Algo similar ocurre en relación a la aplicación de la pena y se afirma que la sentencia había considerado las atenuantes en favor del acusado, para lo que acude al contenido del punto VI bajo el rótulo de fundamentación de la pena. También rechaza el argumento referido a la concurrencia del art. 370-3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen., mencionado que la sentencia cumpliría con los arts. 124, 360, 358 y 359 de la L. N° 1970, en cuyo entendido solicitan se declare inadmisibles el recurso interpuesto por contrario.

- En 04 de noviembre de 2014, se había emitido la Resolución N° 72/2014, anulando la Resolución N° 10/2013, de fecha 03 de septiembre de 2013, ordenando la reposición del juicio; sin embargo, recurrida en casación en, 24 de agosto de 2015 se emite el A.S. N° 538 / 2015-RRC que deja sin efecto el auto de vista recurrido y ordena que la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, emita nueva resolución conforme a la doctrina legal establecida en el auto supremo mencionado.

A efectos de cumplir con el A.S. N° 538/2015, de 24 de agosto de 2015 se resalta la doctrina legal que contiene y ella hace a fundamentar debidamente las resoluciones judiciales como garantía del debido proceso y responder la totalidad de los agravios expuestos por los recurrentes, incluida la fundamentación de la pena. Asimismo manifiesta que el tribunal de alzada en caso de avizorar que la sentencia se encuentra debidamente emitida y la decisión de disponer la reposición del juicio conllevaría una inoficiosa retardación de justicia por errores de derecho en la fundamentación en la resolución impugnada y que no hayan influido en la parte dispositiva, no debe proceder a anular el fallo, sino a su corrección por tratarse de omisiones fómales, realizando una fundamentación complementaria.

CONSIDERANDO: Con los fundamentos y consideraciones que a continuación se dirán, se tienen los siguientes extremos de orden legal e importancia jurídica a efectos de la emisión de la resolución presente:

1.- En el caso que nos ocupa existen dos recursos de apelación restringida opuestos, tanto por la parte acusadora particular, como por el acusado, por consiguiente, en base al principio de concentración ambos recursos deben ser resueltos en el presente auto de vista. Asimismo, es del caso invocar en este apartado los alcances del principio de limitación por competencia descrito por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., en razón a que los argumentos expuestos en los dos recursos abren la competencia de este tribunal de alzada, por lo que todos los argumentos de

los dos apelantes deben ser considerados, analizados y resueltos, porque este extremo hace también a la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales y cumplir igualmente con el principio de congruencia.

I.- Recurso presentado por el acusado Ernesto Villegas Huayta:

1. Se ha cuestionado por el recurrente la Resolución N° 15 2012 que rechaza la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, porque el juzgador no habría valorado correctamente la mora procesal demostrada y atribuible al Ministerio Público, Órgano Judicial y Acusador Particular; invoca fallos constitucionales y hace cálculos de tiempo señalando haber transcurrido 5 años y 9 meses. Sobre este particular manifiesta que en toda determinación judicial a ser asumida por las autoridades judiciales, tanto a-quo, como ad-quem, se debe cumplir con el principio de legalidad, principio con rango Constitucional al estar descrito por el art. 180-I de la C.P.E., con relación al art. 30-6 de la L.O.J., es decir el sometimiento de los jueces a normas Constitucionales y Legales, en este caso las consignadas en la L. N° 1970. En esa línea, respecto a un recurso de apelación incidental quien recurre una resolución, está en la obligación de cumplir con los arts. 396-3) y 404 del Cód. Pdto. Pen., es decir: art. 396-3) del Cód. Pdto. Pen., enuncia: "Los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determina en este código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución; y,..." A su turno el art. 404 del mismo Cód. Pdto. Pen., determina: "El recurso se interpondrá por escrito, debidamente fundamentado..."

1.1.- Entonces, de los datos que informan el escrito de fs. 2332 adelante, el apelante consigna argumentos genéricos y referidos a la persecución penal que no puede ser de manera indefinida, las razones naturales y procesales sobre la extinción de la acción penal; invoca normas legales y fallos constitucionales, sin embargo en ninguno de dichos argumentos se proporcionan datos referidos a cuando se habría iniciado la causa presente para poder efectuar el cómputo del plazo máximo; en su defecto tampoco se señala cuáles son aquellos actos con especificación de fechas y folios, inclusive las razones por las que se determina que la dilación le es atribuible al Ministerio Público, al órgano jurisdiccional y acusador particular. Respecto al Ministerio Público no se aclara si al fiscal de materia o al fiscal Departamental, como tampoco se hace mención a los funcionarios policiales como órgano administrativo, porque recordemos que tienen intervención activa en etapa preliminar, preparatoria y juicio. Respecto al órgano jurisdiccional si la dilación estuvo ante el juez contralor jurisdiccional de las investigaciones o juez de instrucción, en su caso ante el Tribunal de Sentencia que conoció el juicio o Tribunal Departamental de Justicia que conoce recursos de apelación.

1.2. En la misma línea anterior, el apelante se ha limitado a afirmar que las partes correspondientes de la demora se encontrarían en el expediente. Esta afirmación genérica con ausencia de especificación de fechas, fs., actuados y pruebas de que se trate no la puede suplir el tribunal de alzada bajo pena de violentarse el principio de imparcialidad, art. 178-1 de la C.P.E., porque las autoridades judiciales somos los terceros imparciales, hacer una revisión de oficio importaría obrar en favor del imputado, en detrimento del Ministerio Público y la parte denunciante o querellante, razones por las que el recurrente debió consignar todos esos datos, porque la resolución apelada deviene de un pedido.

1.3. Ahora bien, si evidentemente en los de la materia el plazo de duración máxima del proceso se habría cumplido superabundantemente; sin embargo y conforme se ha fundamentado supra, a la par de lo antes mencionado, corresponde igualmente un análisis de los datos que informan la resolución recurrida, en armonía con los argumentos del apelante y acorde a lo que el mismo Tribunal Constitucional ha establecido en su línea jurisprudencial a seguir respecto al análisis integral que se debe efectuar para determinar la procedencia o improcedencia de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, para ello se invoca por este tribunal de alzada las S.C. Nos. 1036/ 2002-R de 29 de agosto y 0033/2006-R, de 11 de enero, respecto al cómputo del plazo máximo del proceso que es desde la primera sindicación; las Nos. 1579 / 2010-R de 13 de octubre, 0101 /2004-R de 19 de septiembre y Auto Constitucional N° 079 / 2004-ECA de 29 de septiembre, referente a que es viable la extinción de la acción penal cuando la dilación sea atribuible al Órgano Judicial y/ o Administrativo, mas no cuando sea atribuible al imputado; y el A.S. N° 126 de 06 de abril de 2008, respecto al pedido fundamentado que debe efectuar el impetrante de la extinción de la acción penal y la acreditación de la mora procesal atribuida al Órgano Judicial o administrativo, más no a la parte imputada; en esa línea, el acusado y apelante Ernesto Villegas Huayta, tanto en sus fundamentos referidos al pedido de extinción de la acción penal deducido como en el escrito de apelación, guarda absoluto silencio y menos aparece elemento de prueba de ninguna naturaleza que acredite que él no es el causante de la dilación denunciada. Algo similar ocurre con el cómputo de plazos en los que no se advierte por ejemplo situaciones sobre los recesos judiciales.

1.4. Es más, a efectos de un trámite de extinción de la acción penal y declarar su procedencia o improcedencia, conforme la línea jurisprudencial citada líneas arriba, las autoridades judiciales debemos efectuar igualmente un análisis integral del caso concreto y no sólo basarse en los actos dilatorios del Órgano Judicial, Ministerio Público, en su caso de los imputados (acusados), sino también debe analizarse asimismo situaciones tendientes a la complejidad del caso y la pluralidad de sujetos procesales. Desde ese punto de vista en los de la materia se advierte la complejidad del caso por la serie de hechos atribuidos al acusado; la serie de excepciones e incidentes opuestas, mismos que debieron necesariamente ser resueltos y luego de sus resoluciones se había hecho uso de los recursos correspondientes, situaciones todas que incidieron en el transcurso del tiempo. Como otra prueba sobre dicha conducta dilatoria del acusado se tiene un incidente opuesto en plena etapa de juicio y fuera del momento que prevé el art. 345 del Cód. Pdto. Pen.

1.5. Por lo demás, se deja constancia igualmente que no sólo es lanzar críticas al órgano judicial, en su caso al órgano administrativo, sino que los mismos sujetos procesales esenciales del proceso, es decir acusados, están en la obligación de demostrar una conducta totalmente activa en la sustanciación de las causas, efectuando el seguimiento correspondiente, impetrandos las diligencias pertinentes a efectos de evitar precisamente dilaciones indebidas y no estar aguardando pasivamente el transcurso de tiempo para posteriormente pretender beneficiarse con un pedido de extinción de la acción penal y dejar en la impunidad un hecho penal de relevancia. Sobre el particular el Tribunal Constitucional Boliviano ha trazado la línea jurisprudencial a seguir, así se tienen las S.C. N° 1124/2003-R de 13 de agosto; 1180/2003-R de 20 de agosto y 2275/2010- R de 19 de noviembre, entre otras que hacen a la actitud activa de las partes y ellas enuncian:"(... sí bien el director del

proceso, vale decir, el juez es quien tiene la obligación de velar porque el proceso se lleve conforme a ley, no es menos cierto que también ha dicho que el sujeto procesal tiene el deber de realizar el seguimiento debido a su proceso, pues que el juez tenga la obligación de cuidar de los vicios y otorgar el impulso procesal, no implica que las partes del proceso tengan un rol pasivo y se limiten a ser receptores en un domicilio determinado para saber del proceso, ya que su rol también es activo y ello les impone apersonarse al proceso y ante cada instancia, lo que resulta elemental en el trámite, así cada parte se convierte en contralor de los actos del juez y además le asegura una permanente alerta acerca de las pruebas de la parte contraria, tarea que no se le puede atribuir al juez, quien únicamente debe cuidar como se dijo, que se aplique el procedimiento en forma correcta".

1.6. En conclusión y por los razonamientos expuestos se tiene que el apelante no ha fundamentado debidamente su recurso respecto al transcurso del tiempo y menos ha probado que el tiempo excesivo de dicho proceso se deba al actuar del Órgano Judicial u Órgano Administrativo. Además, en el escrito de alzada se advierte flagrante confusión, porque el recurrente en principio habla de la Resolución N° 15/2012 y posteriormente de la N° 21/2013, y esta segunda ya ha sido motivo de resolución por parte de esta misma sala penal tercera a través de la Resolución N° 146/ 2014, de 08 de agosto de 2014, cursante de fs. 2416 a 2418, habiendo declarado inadmisibles el recurso y confirmado la Resolución Apelada N° 21/2013.

- Respecto a la Resolución N° 15 /2012, esta es de 26 de marzo de 2012, no hace a extinción de la acción penal, sino a actividad procesal defectuosa y con ella se notifica al recurrente en 29 de marzo de 2012 como consta en la segunda diligencia de fijas 469, pese a ello no se ha hecho reserva de apelación y menos se apela la resolución mencionada en el plazo que prevé el art. 404 del Cód. Pdto. Pen., por lo que no se ha cumplido con el art. 407 de la L. N° 1970, ocurriendo algo similar con la Resolución N° 21/ 2013, que si es la que resuelve rechazar el pedido de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, empero que ya ha sido resuelta en apelación incidental.

2. En un segundo apartado y respecto a los errores de procedimiento habla de la exclusión probatoria presentada en contra de la prueba AP-14; y las exclusiones probatorias determinadas a las pruebas PD-6 y PD12. Respecto a la prueba PD-14, consistente en copia legalizada de la denuncia presentada en la policía de Sorata, esta es franqueada por un funcionario policial, en esa línea estando el original en dependencias policiales dicha dependencia es la responsable de su custodia y de extender las legalizadas, por lo que desde ese punto de vista no ha sido obtenida ilícitamente; además, el apelante cuestiona que para su obtención no se le había puesto en su conocimiento, sin embargo, la publicidad, bilateralidad y contradictorio para las pruebas se las cumple en el proceso penal en la que se presenta la prueba, en este caso en los de la materia; finalmente se argumenta que su obtención fue sin requerimiento fiscal u orden judicial, empero esa es una afirmación genérica en razón a que quien afirma un extremo está en la obligación de demostrar dicha afirmación y el recurrente no lo ha hecho; por lo demás sus escuetos argumentos plasmados en su pedido de exclusión probatoria no ameritan la exclusión de esa prueba habida cuenta que para el recurso expone otros que no fueron planteados en su momento.

- El tribunal de juicio ha excluido la prueba PD-6 y la misma trata de una certificación de filiación que a todas luces resulta ser impertinente a los hechos que se acusaron y juzgaron, por lo que es aplicable el art. 171 (tercer párrafo) del Cód. Pdto. Pen, ocurriendo un caso similar con la prueba PD-12. Respecto a la prueba PD-28 esta habría sido obtenida de manera ilegal, habiéndose cuestionado las firmas de las personas responsables y que serían las que habían ingresado a firmar la Resolución N° 05 /2008, es decir las autoridades que intervinieron la propiedad que tenía posesión la víctima, por lo tanto al haber expresado su opinión sobre el fondo, dicha prueba resulta ser ilegal, porque no se puede actuar como juez y parte en un mismo proceso en razón a que los firmantes formaron parte de las personas que habían ingresado a los predios del acusador particular.

2.1. También se ha cuestionado la prueba extraordinaria que había pretendido introducir el acusado, se argumenta porque la prueba extraordinaria debe emerger de lo discutido en juicio; sin embargo en base al principio de legalidad consagrado por el art. 180-1 de la C.P.E.; lo propio que el debido proceso contenido en la misma norma constitucional, acorde al art. 340 (segundo párrafo) del Cód. Pdto. Pen., el acusado tenía el plazo de 10 días para ofrecer sus pruebas de descargo a ser producidas en juicio y en ese ofrecimiento consignar a los testigos, más no pretender ofrecerlos posteriormente bajo el título de prueba extraordinaria; asimismo por los datos que proporciona el tribunal de sentencia respecto a los hechos ocurridos y el lugar de los mismos como es Yaurini, más no en Sorata, es que dicha prueba pretendida como extraordinaria resulta ser impertinente, habiendo el tribunal de sentencia respecto a su exclusión obrado con sujeción a procedimiento.

- Los precedentes contradictorios invocados por el apelante ratifican y corroboran el criterio anterior, porque dichos precedentes determinan que el límite para la libertad probatoria es la licitud, la oportunidad y pertinencia de la prueba de descargo, lo que en los de la materia no ocurre en razón a que la prueba excluida por el tribunal de sentencia resulta ser impertinente; la prueba extraordinaria si bien emerge de la discusión en juicio, no es menos evidente que también es impertinente por el lugar de los hechos así como no fue ofrecida oportunamente.

2.2. Se cuestiona por el apelante el poder de representación del acusador particular y con ello las Resoluciones Nos. 013/2012 y 15/2013, se aduce errores en el procedimiento y en los trámites que llevó adelante el tribunal de sentencia respecto a la instalación de la audiencia de juicio, juramento de jueces ciudadanos y recién resolver el incidente, mas no antes; también se cuestiona el contenido del poder. Al respecto, sobre el primer cuestionamiento manifestar que de la revisión del acta de audiencia de juicio de 19 de marzo de 2012 y que cursa a partir de fs. 2166 adelante, lo que hace el presidente del tribunal de sentencia es instalar la audiencia de juicio, y la defensa pretende hacer incurrir en error de procedimiento porque se anticipa a cuestionar el poder de la parte acusadora particular; sin embargo, con criterio procesal adecuado y sujeto al art. 344 del Cód. Pdto. Pen., el Presidente del tribunal opta por tomar el juramento de los Jueces ciudadanos, con ello proseguir con la audiencia de juicio, particularmente en lo que respecta a la observación hecha por el acusado, hasta emitir la resolución correspondiente. Además, quien pretende hacer incurrir en error, quien hace incurrir en error al Presidente del Tribunal de Sentencia es el mismo acusado y ahora recurrente porque antes que se cumpla con el art. 345 del Cód. Pdto. Pen., plantea incidente de objeción de personería, siendo que el momento procesal oportuno en base al debido proceso es la etapa de excepciones e incidentes y no antes; aquí

existe por parte del acusado vulneración del principio de lealtad procesal y siendo el responsable del error no puede pretender aprovecharse del mismo.

- De otra parte si se analiza el contenido del testimonio de Poder N° 216/2012, se advierte que el mismo resulta ser específico para apersonarse en la causa penal presente, proseguir con la sustanciación del juicio, asistir a audiencias de toda índole hasta la conclusión del juicio, por consiguiente cumple con el art. 81 del Cód. Pdto. Pen. A su vez, el incidente opuesto por el acusado no condice con el instituto procesal penal pertinente que debió ser planteado en la audiencia de juicio, incidente como es el de abandono de querrela por incomparecencia del querellante a audiencia de juicio, acorde al art. 292-4) del Cód. Pdto. Pen., lo que no ha acontecido, sino de una manera atípica se demanda objeción de la personería de los apoderados.

- Es más, de una manera confusa el apelante hace mención a las Resoluciones Nos. 012/2012 y 15/2013, cuando solo la primera de ellas hace a la objeción planteada y resuelta, más no la segunda, por lo tanto el tribunal no puede indagar lo que ha pretendido afirmar el querellante.

2.3. Se acude a la actividad procesal defectuosa arts. 167, 169-3) y 4) y 342 del Cód. Pdto. Pen., acude a ello a la Resolución N° 15 /2012 y se afirma haberse planteado incidente de actividad procesal defectuosa porque al existir dos acusaciones contradictorias no se habría precisado por el tribunal los hechos para celebrar el juicio querrela. Sobre este particular, de la revisión de las piezas mencionadas, la resolución cuestionada y signada con la N° 15/12, data de 26 de marzo de 2012, misma que notificada al acusado no ha sido apelada y menos se ha hecho reserva de apelación, por lo tanto el recurso en contra de dicha determinación es inviable, así se hizo constar también en el punto 1.6 anteriormente fundamentado.

2.4. También apela la Resolución N° 03/2013 argumentando la existencia de actividad procesal defectuosa porque no se había llevado adelante la audiencia conclusiva, al respecto el tribunal a-quo ha emitido la Resolución N° 03/2013 de 28 de enero de 2013 rechazando el incidente. Al respecto, de la lectura y revisión del acta de audiencia pública de 17 de enero de 2013 cuya acta sale a partir de fs. 2234, se tiene que el caso presente estaba en audiencia de juicio y en etapa de producción de prueba, habiéndose inclusive llegado al momento procesal en que la defensa producía su prueba de descargo. En ese momento procesal recién el acusado opone el incidente de actividad procesal defectuosa demandando se anule obrados y se devuelva al juez cautelar.

- Al respecto y por ello es que se ha resaltado el momento procesal en el que estaba la causa y de ella se desprende que en base a los principios de legalidad y debido proceso art. 180-1 de la C.P.E., el momento procesal oportuno para interponer excepciones e incidentes en juicio acorde al art. 345 del Cód. Pdto. Pen., era ese momento procesal luego de la lectura de la acusación y del auto de apertura de juicio, la fundamentación de la acusación pública y particular y en esa oportunidad no se opuso este incidente, sino que se lo hace posteriormente, argumentando como sobreviniente, cuando el incidente no tiene esa calidad en razón a que la audiencia conclusiva hace a la presentación de la acusación y no a actuaciones posteriores, por ello la negligencia del acusado y su defensa técnica no puede ser suplida vía este incidente, sino lo que corresponde aplicar es el principio de preclusión que señala el art. 16-11 de la L.O.J.

- Es más, si la audiencia conclusiva está respaldada por los arts. 325 y ss., de la L. N° 1970, una vez presentada la acusación fiscal, lo que debió hacer la defensa es solicitar al juez de Instrucción Penal o Cautelar, el cumplimiento de dichos artículos, porque la audiencia cautelar hace al juez de instrucción, por lo que al no haberlo solicitado, se entiende que su derecho no solo ha precluido, sino que también ha adecuado su conducta a los núm. 1) y 2) del art. 170 del Cód. Pdto. Pen., porque el acusado no ha reclamado oportunamente su saneamiento y ha aceptado tácitamente la prosecución de la causa sin celebrarse la audiencia conclusiva.

- Asimismo, en los de la materia evidentemente no se ha celebrado la audiencia conclusiva, audiencia en la que las partes podían oponer excepciones e incidentes, plantear exclusiones probatorias, observar las acusaciones pública y particular; ello en lo que respecta a la parte acusada tiene estrecha relación con el derecho de defensa, derecho que en el caso presente no ha sido vulnerado y no es aplicable el art. 169 de la L. N° 1970, porque en etapa de juicio no sólo se le ha dado la oportunidad del art. 345 de la L. N° 1970, sino que también en el desarrollo del juicio se le brindó la oportunidad de plantear exclusiones probatorias, conforme se ha cuestionado inclusive en recurso de apelación restringida.

2.5.- Como otro agravio, se señala el incumplimiento del art. 123 del Cód. Pdto. Pen., en las Resoluciones Nos. 013/2012; 15/2013; 15/2012 y 03/2013, esta norma legal referida a que en toda resolución debería consignarse si las mismas son recurribles, por quienes y en qué plazo. Esta situación es evidente porque ninguna de las resoluciones mencionadas establece dichos requisitos, sin embargo de ello, el acusado las recurre y en su momento hace reserva de recurrir aunque sólo en algunos casos, por lo que desde ese punto de vista las omisiones alegadas por propia voluntad del acusado fueron subsanadas tácitamente en el comprendido que sin esas constancias este hizo reserva de recurrir y formalizó su recurso en el escrito que se analiza, consiguientemente es aplicable el art. 170-3) del Cód. Pdto. Pen., porque no obstante la irregularidad y el defecto dichas resoluciones cumplieron su finalidad por haber sido recurridas oportunamente a través de la reserva de apelación.

- Si bien otras resoluciones no fueron recurridas o no se hizo reserva de apelación, no es menos evidente que esa omisión se debe a la defensa técnica del acusado, quien se entiende tiene conocimientos jurídicos referidos a que en juicio toda resolución que cause agravio puede ser susceptible de reserva de apelación.

3. En otro apartado se invoca la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, cuestionando la totalidad de los delitos acusados y resueltos en sentencia, acudiendo para ello a los hechos acusados, juzgados y resueltos; al contenido de la prueba de cargo y descargo, lo mismo que el fondo de dichos hechos. Para resolver estas cuestionantes el tribunal de alzada acude primero a afirmar que este apartado es invocado por el recurrente de manera genérica y no acorde a la naturaleza jurídica de lo que determina el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., porque esta norma legal consigna dos presupuestos como son: 1) la inobservancia de la ley sustantiva que implica no cumplir con dicha

ley en cuanto a los ilícitos juzgados; 2) la errónea aplicación de la ley sustantiva es cumplir empero de manera errónea; sin embargo de ello el recurrente invoca ambas sin especificarlas como si se tratara de una sola.

3.1. Respecto al argumento invocado y que hace a los hechos acusados y juzgados, lo mismo que al fondo del caso, acudir a la finalidad del recurso de apelación restringida, cual es el control jurídico de la formación interna y externa de la sentencia la misma que debe ser pronunciada luego de la sustanciación ininterrumpida del juicio oral, público y contradictorio. Aún más, tomando en cuenta la doctrina legal aplicable sentada por el Tribunal Supremo de justicia del Estado, que establece que en apelación restringida no se puede retrotraer la actividad jurisdiccional a circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya, fueron sometidas al control oral, público y contradictorio del Órgano Jurisdiccional de Sentencia. A Contrario Sensu, en un recurso de apelación restringida, se debe citar, en términos claros, concretos y precisos la ley o leyes infringidas o aplicadas erróneamente, especificando y fundamentando en qué consiste la violación, falsedad o error en que habría incurrido el juez o tribunal de la causa; consiguientemente, este tipo de recurso es un medio legal por el cual el recurrente puede impugnar las sentencia siempre y cuando estas contengan inobservancia o errónea aplicación de la ley, esta inobservancia o errónea aplicación de la ley puede ser tanto de la ley sustantiva, es decir cuando exista inobservancia o errónea aplicación en cuanto a la calificación del hecho, o a la fijación de la pena; o también puede ser de la Ley adjetiva lo que quiere decir que la sentencia cuente con defectos de procedimiento para su emisión; asimismo el recurso de apelación restringida procede cuando existen defectos insubsanables que violen derechos y garantías constitucionales o los contenidos en Tratados Internacionales. En esta base, el tribunal de alzada ya hizo notar que el recurso de apelación restringida que se ha presentado en los de la materia cuenta con invocaciones genéricas incumpliendo la línea establecida.

3.2. Asimismo, el apelante acude al contenido de la prueba detallando inclusive las codificaciones de las mismas; sin embargo y conforme al A.S. N° 353 de 29 de agosto de 2006 que establece: "El nuevo sistema procesal penal, garantiza al Juez de mérito el examen de la prueba sin más limitación que su sano criterio y honesta convicción, sin embargo delimita ese accionar de hecho en cuanto al trámite de los recursos, así, la apelación restringida, circunscribe su competencia a motivos de derecho. Estos motivos pueden ser tanto de Juicio como de la actividad: in iudicando como in procedendo, de ahí que quedan excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito, el in iudicando in factum, en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba. Así el tribunal de alzada constituido por la Sala en lo Penal a tiempo de conocer el recurso de apelación restringida, no estaba facultada para revisar la base fáctica de la sentencia, sino analizar si esta contradice el silogismo judicial, por ello no le corresponde volver a valorar total o parcialmente la prueba; debiendo en consecuencia circunscribir sus actos a los asuntos que fueron objeto de la apelación restringida, conforme el art. 413 del Cód. Pdto. Pen.". Por lo tanto, queda claramente establecido que esta tarea de valoración de la prueba es de exclusiva facultad y competencia de los jueces o tribunales de sentencia quienes le otorgan el valor a cada una de las pruebas judicializadas, por cuanto los miembros de los tribunales o los jueces de sentencia, son concurrentes de la producción de las mismas en el juicio, mientras que el tribunal de alzada al no existir la doble instancia en nuestro sistema penal vigente, no cuenta con esta facultad. El auto supremo citado líneas arriba se halla en estrecha armonía con el emitido en los de la materia y consignado en el A.S. N° 104/2013, de 18 de abril. Por lo que si para dilucidar esta problemática el tribunal de alzada pasaría a analizar y valorar la prueba que menciona el apelante, se estaría incurriendo en actividad procesal defectuosa.

3.3. Los fundamentos anteriormente expuestos son corroborados y ratificados con la afirmación en sentido que la sentencia recurrida consigna el apartado III bajo el rótulo de fundamentación fáctica probatoria en la que se fundamenta la prueba y en esa base se pasa al apartado IV bajo el denominativo de fundamentación intelectual, apartado V con el rotulo de fundamentación jurídica y en ella se hace constar la adecuación de los hechos a los tipos penales por los que se emite el fallo de condena, subsunción hecha en base a la valoración probatoria que es de exclusiva responsabilidad del tribunal a-quo, por lo que se concluye también la inexistencia de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, máxime si este extremo no ha sido acreditado por el recurrente, quien no ha expresado tampoco en qué consistiría esa inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y como debe ser aplicada al caso presente.

- En relación al delito de secuestro se tiene que la privación de libertad del querellante y acusador particular fue efectuado bajo amenazas y con la intención de lograr indebida ventaja consistente en la entrega de su bien inmueble en su caso lograr su expulsión. Esta actitud se hizo extensiva a evitar se le ponga en libertad hasta que no haga entrega de su bien inmueble o propiedad, inclusive la firma de actas de garantía para no iniciar procesos penales o de otra índole. En la misma línea con la actitud del acusado e intervención directa del mismo se había procedido a sustraer de la propiedad del acusador particular bienes muebles, valiéndose de los actos de amedrentamiento, amenazas y secuestro para dicho cometido. Finalmente respecto al ilícito de daño calificado, ocurre un caso similar en razón a que con las actitudes desplegadas por el acusado se causó destrozos en sembradíos, árboles frutales, durazneros y eucaliptos, situaciones que se adecúan plenamente al núm. 5) del art. 358 del Cód. Pen., por cuanto dicha norma legal habla de destrucción de pastos y cultivos, siendo los sembradíos y los árboles frutales productos de la labor humana y por lo tanto cultivados por el acusador particular, más si los sembradíos requieren necesariamente la labor humana y los árboles frutales el plantado, cuidado y recojo de los frutos.

3.4. Un punto resaltado por el apelante hace a la observación a los testigos de cargo afirmando que todos serían parientes del acusador particular. Al respecto, la L N° 1970 no prohíbe convocar a parientes de las partes en calidad de testigos, sino conforme a los arts. 193 y ss., del Cód. Pdto. Pen, toda persona que sea citada como testigo está en la obligación de comparecer a prestar su atestación con el único límite de su capacidad de atestiguar art. 194 del Cód. Pdto. Pen.

4. El acusado apelante ha invocado igualmente la errónea aplicación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., invocación similar a la que hace la parte querellante y acusadora particular, en cuyo entendido a efectos de aplicar los principios de concentración y coherencia, evitar contradicciones en este apartado, el tribunal de alzada ha visto por conveniente resolver dicho apartado de manera conjunta y cuando se vaya tratando el recurso de contrario, porque inclusive los fundamentos referidos a la aplicación de la pena dependerán del resultado de los otros agravios invocados en los dos recursos de apelación restringida y que hacen al fondo de la sentencia, vale decir la responsabilidad o ausencia de responsabilidad del imputado en los hechos acusados, juzgados y resueltos en sentencia.

5. El acusado acude al art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., afirmando que no exista fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria, para ello señala la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales y en esa base acude al contenido de la sentencia respecto a haberse demostrado los delitos acusados y los elementos de prueba que respaldan cada uno de dichos delitos; asimismo invoca precedentes contradictorios referidos a la obligación de motivar y fundamentar los fallos. Entonces para resolver esta invocación manifiesta que el recurrente invoca de manera genérica dicho agravio, cuando el mismo num. 5) del art. 370 de la L. N° 1970 contempla 3 supuestos, a saber: 1) que no exista fundamentación en la sentencia; 2) que la fundamentación sea insuficiente y 3) que la fundamentación sea contradictoria. Por lo tanto pese a estos mandatos a más de no especificar a cuál de los supuestos se acude o a todos, el recurso se limita a acudir al contenido de la sentencia transcribiendo parte de ella sin especificar en qué apartados del fallo se advertiría ausencia de fundamentación, en su caso fundamentación insuficiente o contradictoria; cuales son los extremos contradictorios y como debieron ser estas fundamentadas. Asimismo se limita a analizar el contenido de la prueba cuando en un recurso de apelación restringida el tribunal de alzada no puede revalorizar dicha prueba.

- El único punto en el que se afirma la existencia de contradicción es el referido al punto segundo, punto 111 sobre la fundamentación fáctica probatoria cuando se afirma que sus pruebas se refieren a su derecho propietario y no desvirtuarían los hechos acusados, sin hacer mención a cual el razonamiento lógico jurídico al que ha llegado el tribunal para realizar dicha afirmación, siendo totalmente confusa la sentencia. Como se advierte de esta transcripción que se hizo al agravio invocado se colige que no se trata siquiera de fundamentación contradictoria, sino se refiere a la conclusión del tribunal de sentencia, conclusión a la que arriba previa valoración integral de la prueba como es de su competencia, en sentido que la prueba de descargo no desvirtúa y menos enerva la prueba de la acusación; además el apartado transcrito por el apelante es incompleto porque la conclusión segunda detalla toda la prueba de descargo por él ofrecido y producido, explica que dichas pruebas hacen al derecho propietario, a la posesión actual después de la expulsión de Simón Concha Pinto, ello quiere decir que es prueba que acredita situaciones producidas después de los hechos y lo que se ha juzgado en los de la materia no son actos posteriores, sino los realizados el día de los hechos, porque lo que se juzga son precisamente hechos producidos y las consecuencias de dichos hechos. Otros aspectos posteriores no pueden incidir en la configuración de los delitos, sino en la aplicación de la pena de demostrarse la responsabilidad penal, sea como atenuantes o agravantes.

- Los precedentes contradictorios invocados por el recurrente son evidentes, sin embargo -se reitera- que para la aplicación de los mismos el apelante estaba en la obligación de demostrar que el fallo contiene fundamentación insuficiente, contradictoria o no tiene fundamentación alguna, lo que no ha ocurrido.

5.1.- Es una obligación del tribunal de alzada el control respecto a la fundamentación de la sentencia, en ese entendido de la revisión del fallo se establece que la misma cumple razonablemente con los arts. 124 y 359 del Cód. Pdto. Pen., fundamentación hecha en base a la enunciación de hechos y circunstancias que fueron objeto del juicio como el hecho de haber irrumpido por parte del acusado Ernesto Villegas Huayta junto a otros en el domicilio del acusador particular, exigiéndole la entrega de su propiedad, con amenazas de quemarle vivo, intimidándole con cuchillos, palos y chicotes, logrando que bajo presión y haberle privado de libertad firme un documento por el que entrega su propiedad; que estaba retenido el día de los hechos junto a su nieta de 4 años; que el día de los hechos luego de escapar había advertido que quemaron sus bienes muebles y se habían llevado otros objetos de valor. En esa base en el apartado III de la sentencia y bajo el rótulo de fundamentación fáctica probatoria se establecen las conclusiones de lo acontecido en 21 de octubre de 2007 a hrs. 11:00 en el lugar Capilla del Cantón Sorata, primera sección, consignando la prueba respaldatoria de dichas conclusiones como la retención ilegal del acusador particular con la finalidad de que bajo presión de amenazas, con armas punzo cortantes y contundentes, amenazas de quemarle vivo como en Ayo Ayo, otorgarle latigazos y golpes e irrupción en su propiedad, se le obliga a entregar su propiedad y a firmar un documento de entrega de su propiedad para ser la misma propiedad entregada al ahora acusado; se valora y demuestra asimismo la quema de sus bienes y casa, tala de árboles frutales y eucaliptus; la sustracción de bienes muebles de valor; se valora asimismo los móviles de todos esos hechos y la prueba que la demuestra, señalando la testifical y documental.

- Entonces, el tribunal de alzada entiende que la fundamentación sobre los hechos y la participación del acusado es coherente con los arts. 124 y 359 del Cód. Pdto. Pen., no requiriéndose mayor fundamento sobre dichos particulares, porque no se puede entender qué otras situaciones más debía fundamentarse; asimismo dicha fundamentación es coherente y congruente con los hechos acusados y juzgados, por lo que pretender inclusive mayores fundamentos habría tornado la sentencia de extra o ultra perita, en su caso se habría ingresado a una fundamentación excesiva, en su caso ampulosa no comprensible para las partes.

5.2. Asimismo, en base a los hechos acusados y juzgados, el tribunal consigna un acápite bajo el rótulo de fundamentación intelectual seguida de la fundamentación jurídica, en cuyo comprendido estas también se hallan acorde a las propias exigencias que señala el recurrente, porque si se le ha demostrado los hechos y su participación, posteriormente se hace la debida subsunción de esos hechos a los tipos penales, como los descritos por los arts. 298, 334, 331, 332-2) y 358 del Cód. Pen.

- Si el tribunal a-quo ha concluido en base a la valoración integral de la prueba que el acusado junto a otras personas han procedido a retener indebidamente al acusador particular, presionarle con armas punzo cortantes y contundentes; a lanzar amenazas de quemarle vivo como ocurrió en Ayo Ayo, a lanzarle golpes y latigazos, para obtener una indebida ventaja como la entrega de su bien inmueble o propiedad, poniendo esa condición para que obtenga su libertad, la conducta del acusado se adecua al tipo penal de secuestro, máxime si se ha logrado dicho cometido como es que el acusador particular firme un documento y de manera forzada para entregar su propiedad. Asimismo, las presiones ejercidas estuvieron tendientes a que el mismo acusador particular firme también actas de garantías en favor de los dirigentes sindicales para no iniciar procesos penales u otros en contra de estos; por lo tanto el habersele privado indebidamente de su libertad, retenido bajo amenazas graves y por una multitud en la que se encontraba el acusado, se entiende que el acusador particular no estaba con sus facultades mentales íntegras para haber abandonado libre y voluntariamente su propiedad y firmado los documentos correspondientes.

- Producto de los hechos suscitados en 21 de octubre de 2007 y al haberse demostrado con la prueba testifical que se produjo la sustracción de sus bienes muebles y de valor, dicho hecho se configura plenamente en los alcances del art. 332-1) del Cód. Pen., porque el apoderamiento de los bienes muebles y de valor del acusador particular fueron efectuados con el uso de armas punzo cortantes, contundentes y látigos la fuerza, con violencia e intimidación de la víctima, para ello se acude a los hechos acusados y juzgados como la retención indebida de la víctima, las amenazas de justicia comunitaria, amenazas de quemarle vivo, azotes y golpes; no así del art. 331 del mismo Código Punitivo, tampoco del art. 332-2) del mismo Cód. Pen., porque en los de la materia se ha establecido la existencia de un solo autor, correspondiendo en consecuencia la modificación y aclaración de este tipo penal y ello en base al art. 414 del Cód. Pdto. Pen., al ser un error de derecho exclusivamente y que no requiere una revalorización de la prueba, sino sólo el entendimiento de lo plasmado en la sentencia.

- El ilícito de daño calificado descrito por el art. 358-5) del Cód. Pen., hace a la destrucción de pastos, mieses (cereal y granos) o cultivos, en ello la sentencia afirma haberse demostrado la quema y destrucción de sembradíos, destrozos de árboles frutales en especial durazneros, por lo que la conducta del acusado también se adecúa a dicho ilícito porque entre los destrozos causados están los sembradíos que requieren la actividad de cultivarlos.

- Finalmente, el ilícito descrito en el art. 298 del Cód. Pen., en criterio del fallo apelado también se ha producido porque el acusado junto a otras personas ingresaron a predios que no le corresponden, sino que eran ocupados por el acusador particular, era domicilio ajeno al acusado, era un recinto habitado por el acusador particular y en el que éste desarrollaba sus actividades diarias como sembradíos y cultivos.

En conclusión se advierte que la sentencia cuestionada y respecto a la adecuación de los hechos al derecho también se halla debidamente fundamentada en relación a los hechos acusados juzgados. Asimismo, en el presente apartado en base a la facultad con la que cuenta el tribunal de alzada, particularmente respaldado por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., ha procedido a rectificar un error de derecho respecto al ilícito de robo y realiza una fundamentación complementaria, conforme también lo ha determinado el A.S. N° 538 /2015, de 24 de agosto de 2015 dictado en el caso presente y en el que se resalta la doctrina legal aplicable como es la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales que el tribunal de alzada en caso de avizorar que la sentencia se encuentra debidamente emitida y la decisión de disponer la reposición del juicio conllevaría una inoficiosa retardación de justicia por errores de derecho en la fundamentación en la resolución impugnada y que no hayan influido en la parte dispositiva, no debe proceder a anular el fallo, sino a su corrección por tratarse de omisiones formales, realizando una fundamentación complementaria.

6. Como otro agravio se invoca el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba, acudiendo para ello al contenido de la prueba valorada por el tribunal de alzada y concluyendo que las conclusiones de dicho tribunal son falsas; que el hecho no acreditado en la sentencia es que se le atribuye haber manipulado e influido en los sindicatos agrarios para despojar de la posesión al acusador particular, afirmación efectuada en el núm. 1 del punto IV fundamentación intelectual y no respaldada por ningún elemento probatorio. Para dilucidar esta problemática planteada por el recurrente acudimos al propio núm. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y ella nos habla de: 1) que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados y 2) en valoración defectuosa de la prueba.

6.1.- En relación al primer punto, vale decir el hecho no existente que menciona el apelante, recordar que los hechos acusados son el ingreso del acusado junto a otras personas a propiedad ajena; la retención indebida del acusador particular para que bajo presiones, amenazas, golpes con armas contundentes y latigazos, amenazas de quemarle vivo haga entrega de su inmueble o propiedad, hechos que el tribunal a-quo los ha configurado en los ilícitos de secuestro, allanamiento de domicilio y/ o sus dependencias, robo y daño calificado. Como se advierte entonces del argumento del apelante el hecho que señala como no acreditado no tiene incidencia alguna en los hechos acusados, juzgados y sentenciados. Si bien es evidente que el tribunal de sentencia en el apartado IV de la sentencia bajo el denominativo de fundamentación intelectual habla de haberse demostrado que el imputado manipuló o influyó en los sindicatos agrarios para despojar de la posesión al acusador particular y en dicho apartado no se menciona prueba alguna, no es menos evidente que dicho apartado debe ser entendido en el contexto íntegro de la sentencia y en esa línea en el apartado III del fallo con el rotulo de fundamentación fáctica probatoria, conclusión primera y fs. 2294 del caso remitido en grado de apelación se advierte que el tribunal de sentencia es expreso al manifestar las pruebas que acreditan toda la actitud desarrollada por el acusado, especificando inclusive la codificación de dichas pruebas. Otra cosa es que el apelante entienda la sentencia de manera aislada.

6.2.- También se habla de la valoración defectuosa de la prueba porque el tribunal había dado plena credibilidad a la prueba testifical, cuestionando a los testigos de cargo que tendrían algún interés en el caso y que serían parientes de la víctima. Al respecto, la valoración de la prueba le incumbe al tribunal de sentencia y no le está dado al tribunal de apelación revalorizar dicha prueba; además, aquí corresponde invocar los alcances de los arts. 193 y 194 del Cód. Pdto. Pen., que no limita la prueba testifical a quienes son familiares de una de las partes, debiendo el contenido de las declaraciones ser valoradas por el juez o tribunal de mérito en base a las reglas de la sana crítica que mencionan los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., normas legales que se entiende fueron cumplidas en el caso presente.

- En relación a la valoración defectuosa de la prueba y la no aplicación de las reglas de la sana crítica, el A.S. N° 623 de 26 de noviembre de 2007 ha establecido: "Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica, es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural. El análisis de las resoluciones a partir de la formulación de una crítica al sistema de valoración de la prueba, requiere un alto nivel de tecnicidad y fundamentalmente un adecuado manejo de las leyes del pensamiento; así, los profesionales que asisten en los procesos donde se pretende criticar la actividad valorativa del titular del órgano jurisdiccional, requiere un especial manejo de principios tales como el de razón suficiente, de

identidad, contradicción, del tercer excluido, etc.; de igual manera, las máximas de experiencia que son las obtenidas de la observación de la realidad, y que comprueban que ciertos hechos o sucesos se comportan reiteradamente de determinada manera, son parámetros básicos que nos permiten explicar la ocurrencia de ciertos fenómenos cuya extensión, notoriedad, regularidad e identidad, han permitido convertirlos en estándares generales para la comprensión de acontecimientos suscitados a lo largo del tiempo". En este comprendido, de una revisión prolija de la sentencia venida en grado de alzada se advierte que el tribunal de sentencia en cuanto a la valoración de la prueba observa las reglas de la sana crítica, porque no se ha llegado a advertir que haya invocado afirmaciones contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia, la experiencia y el sentido común; en su caso haya analizado arbitrariamente los elementos de prueba aportados. Más por el contrario, conforme se ha concluido en un punto anterior, se constata que cumple igualmente con el art. 173 con relación a la primera parte del art. 359 del Cód. Pdto. Pen., al haber hecho un análisis y valoración integral y no aislado de la prueba producida. Contrariamente a lo fundamentado, el apelante se limita a cuestionar aspectos genéricos, sin proporcionar ningún detalle respecto a qué reglas de la sana crítica fueron inobservadas o incumplidas, en qué sentido y cómo debieron de ser valorados las pruebas aportadas.

- En suma los argumentos del apelante tampoco ameritan la viabilidad de su recurso al haberse demostrado por este tribunal de alzada que el tribunal a-quo no ha incurrido en el Art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., en relación a los precedentes contradictorios invocados por el recurrente, más por el contrario estos fueron plenamente cumplidos en sentencia.

7.- Finalmente el acusado invoca el art. 370-10) de la L. N° 1970, la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia porque en la sentencia no se señalarían las razones del porque su conducta es típica, antijurídica y culpable. Al respecto el art. 359 del Cód. Pdto. Pen., señalan las reglas de la deliberación y redacción de la sentencia y en ella se consignan las siguientes: 1) las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para dicho momento; 2) las relativas a la comisión del hecho punible, la absolución o condena y 3) la imposición de la pena aplicable; además se señala que las decisiones se adoptan por mayoría y la firma de votar. Por su parte el art. 361 del Cód. Pdto. Pen., sobre la redacción habla que esta debe efectuarse en forma inmediata después de la deliberación y la lectura inmediata en audiencia por parte del presidente del tribunal; asimismo se incluye la posibilidad de dar lectura solo a la parte resolutive ello por la complejidad del caso o lo avanzado de la hora, señalando nueva audiencia dentro el plazo máximo de 3 días para la lectura íntegra.

- Como se advierte de las normas leales antes mencionada, el pedido del apelante no se adecua a ninguna de ellas, porque no se exige que se delibere las razones del porque su conducta es típica, antijurídica y culpable. Sin embargo y al haberse reclamado el art. 370-10) del Cód. Pdto. Pen., de la revisión del caso venido en grado de apelación y del acta de audiencia de juicio de 29 de agosto de 2013 que sale a partir de fs. 2283 vta. adelante, una vez que se ha procedido a los alegatos en conclusiones de las partes de manera inmediata el tribunal ha procedido a deliberar y a su conclusión se dio publicidad a la parte resolutive de la sentencia que cursa aloja 2289. Asimismo se establece que se hizo uso de los 3 días para la lectura íntegra del fallo y la sentencia se dio lectura en audiencia pública en 03 de septiembre de 2013 como sale a partir de fs. 2292, por lo que no se han transgredido de modo alguno los arts. 370-10), 359 y 361 del Cód. Pdto. Pen.

- Ahora bien, la conducta del imputado Ernesto Villegas Huayta es típica, porque el tribunal de sentencia luego del juicio penal correspondiente y la judicialización de la prueba ha determinado que se adecua a varios de los tipos penales juzgados y condenados como son allanamiento de domicilio y sus dependencias al haber ingresado inclusive violentamente a propiedad ajena; al delito de robo porque producto del allanamiento se sustrajeron bienes muebles de propiedad del acusador particular, bienes entre los que había algunos de valor; daño calificado por la quema de plantaciones y sembradíos y secuestro porque indebidamente se había retenido al acusador particular para aprovecharse de esa situación y obligarle bajo amenazas, amedrentamiento de linchamiento para que ceda su propiedad. Es antijurídica la conducta del acusado porque su actuar es contraria al derecho en razón a que nadie puede hacerse justicia por mano propia y se pretendía dejar sin propiedad al acusador particular, en su caso el ocupar los predios, el acusado debió acudir ante las autoridades legalmente constituidas reclamando cualquier derecho y no acudir a acciones de hecho; finalmente es culpable porque su conducta es reprochable ante el Estado, el derecho, la sociedad y la víctima por lo que debe ser sancionado.

8.- Por los fundamentos hasta aquí expuestos, ninguno de los agravios invocados por el acusado y apelante ameritan la procedencia del recurso; además se deja expresa constancia que la ampliación de fundamentos que ha expuestos el tribunal de alzada tienen su respaldo legal en el art. 414 de la L. N° 1970, lo mismo que en el A.S. N° 538/2015, de 24 de agosto de 2015 emitido en el presente caso.

II.- Recurso de apelación restringida deducido por Ascencio Cruz Nina e Inés Alanoca Aratea, apoderados legales de Simón Pinto Concha.

Incluido los fundamentos del recurso de apelación restringida opuesto por el acusado Ernesto Villegas Huayta sobre la imposición de la pena:

1. Los antecedentes detallados por los recurrentes como apoderados legales del acusador particular, no requieren consideración alguna porque en un recurso de apelación restringida no se puede retrotraer la labor del tribunal de alzada o la actividad jurisdiccional a circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidas al control oral, público y contradictorio del Órgano Jurisdiccional de Sentencia, en el comprendido que el recurso de apelación restringida no es de segunda instancia, no les está permitido analizar y valorar dicha base fáctica, en su caso revalorizar la prueba judicializada. La autoridad judicial competente para ese efecto es el tribunal de sentencia en razón a los principios que rigen el juicio penal como son la oralidad, intermediación, contradictorio y continuidad entre otros.

2.- Lo que el acusador particular a través de sus apoderados legales cuestiona es la violación de los arts. 37, 38, 39, 40 y 45 del Cód. Pen., todo en la imposición de la pena, para ello se han expuesto fundamentos amplios y se han invocado una serie de normas legales y precedentes contradictorios. En similar línea el acusado ha reclamado la vulneración de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., y este tribunal de alzada a momento de resolver el recurso del acusado Ernesto Villegas Huayta, en el punto 4 de la resolución que le corresponde a dicho recurrente, ha visto por conveniente analizar el mismo de manera conjunta a los agravios invocados por los apoderados del acusador particular en base al principio de concentración y para no hacer repetitivos los fundamentos.

2.1.- Ahora bien, en el caso presente y como punto de partida se debe recordar que la sentencia dictada en los de la materia condena a Ernesto Villegas Huayta por los delitos de allanamiento de domicilio y sus dependencias, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado, delitos descritos por los arts. 298, 331, 332-1), 334 y 358-5) todos del Cód. Pen.; de todos estos delitos el tribunal de apelación ha especificado que el hecho de haber sustraído bienes del acusador particular se configura en el delito de robo agravado, art. 332-1) del Cód. Pen., mas no así el de robo, art. 331-1) del mismo Código Punitivo, porque en la parte considerativa de fallo el tribunal de sentencia de manera confusa habla del núm. 2), sin embargo en la parte resolutive del núm. 1) del art. 332 del Cód. Pen.; asimismo, porque no se había acreditado que el robo fue cometido por dos o más autores en el comprendido que en el caso penal presente se determina a un solo responsable y autor y en el presente Auto de Vista se han detallado las armas usadas para el robo y otros actos cometidos.

- Entonces en base a los ilícitos condenados, se tiene que el delito de allanamiento descrito por el art. 298 del Cód. Pen., tiene una pena privativa de libertad de 3 meses a 2 años y multa de 30 a 100 días; consigna asimismo la agravante de un tercio si el ilícito se comete en la noche o con fuerza en las cosas o con violencia en las personas, o con armas o por varias personas reunidas. Aquí se debe dejar en claro que en materia penal no hay supuestos, por lo que debemos ser enfáticos en la conclusión que en el caso presente se ha juzgado y condenado sólo a una persona. A su vez el delito de robo agravado descrito por el art. 332-1) del Cód. Pen., encierra una pena privativa de libertad de 3 a 10 años. El delito de secuestro art. 334 del Código Punitivo de 5 a 15 años y, el delito de daño calificado Art. 358 de 1 a 6 años de privación de libertad. Estos elementos son de suma importancia a efectos de la aplicación del principio de legalidad en la imposición de la pena.

2.2. Al haberse cuestionado por ambos apelantes el quantum de la pena y la vulneración de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., aunque con argumentos distintos, los apoderados del acusador particular buscando el incremento de la pena y del acusado buscando la nulidad del fallo porque se afirmó la vulneración del art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., atendiendo asimismo los alcances del art. 414 de la L. N° 1970 y los precedentes contradictorios invocados por ambas partes que orientan a que aspectos referidos al quantum de la pena pueden ser subsanados y los fundamentos ampliados por el tribunal de alzada, es que para dilucidar dicha problemática acudimos a la llamada dosimetría penal y a los principios para la imposición de la pena y comenzamos afirmando que la pena debe estar destinada a un fin preventivo general porque se sanciona para mantener la confianza general de la norma penal, por lo que debe ser cualitativamente adecuada para conseguir la finalidad, aplicando el principio de proporcionalidad ponderando la gravedad de la conducta al objeto de la tutela y la consecuencia jurídica; sin embargo de ello, el análisis de la imposición de la pena no termina ahí, sino que se requiere un análisis mucho más amplio y por consiguiente la aplicación de dicho análisis a un caso concreto en base de lo que se ha venido en denominar la dosimetría penal, porque para la aplicación o imposición de la pena debe aplicarse una serie de principios como el de legalidad, proporcionalidad, finalidad, culpabilidad, humanidad, necesidad, protección de bienes jurídicos, reinserción entre otros, en estricta relación con los artículos invocados por los apelantes.

- En esa línea, en esta conclusión que se lo efectúa por el tribunal de alzada, se resalta el principio de "legalidad" y como tal, en el punto anterior 2.1. Se ha detallado las penas privativas de libertad de los delitos por los que se emite un fallo de condena en contra de Ernesto Villegas Huayta, delitos que encierran un mínimo y un máximo, siendo estos los límites legales para la imposición de la pena. Entonces el punto de partida para la imposición de la pena por cualquier delito que se condene es siempre el mínimo, porque la pena no se impone al azar y a partir de este punto de partida debe analizarse si se incrementa o no la pena, porque así también se entiende del principio de presunción de inocencia, en razón a que las agravantes deben ser demostradas en juicio a través de elementos de prueba y no sólo acudir a la retórica o fundamentos. Por lo tanto, si se requiere incrementar la pena como lo ha solicitado la acusación particular, esta debió demostrar las razones y a través de elementos de prueba a ser producidas en juicio, lo que desde ya se concluye que no se hizo.

- Sobre este mismo punto, particularmente los delitos por los que ha sido condenado el acusado tienen como punto de partida en la sanción el mínimo, porque todos ellos textualmente señalan: "(...) será sancionado con pena privativa de libertad de... a...".

2.3. A su vez, el art. 118-II de la C.P.E., establece que "El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto de sus derechos". Por lo que, estos derechos se constituyen en el marco general constitucional, sobre el cual el legislador ha determinado definir las penas mínimas y máximas para los distintos tipos penales, los que a su vez se constituyen en el margen que el legislador otorgó al juez para que este proceda a valorar todas y cada una de las particularidades presentes en el caso a resolver, observando los arts. 37 y ss., del Cód. Pen., las que deben estar orientadas a la rehabilitación y reinserción social, mas no a la expiación.

2.4. Analizando ahora los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., en base a los datos proporcionados por el tribunal a-quo y traducidos en la sentencia, se tiene que el art. 37 del Cód. Pen., determina tomar conocimiento directo de las partes y las circunstancias del hecho y para ello en base al principio de inmediación el tribunal de sentencia ha establecido durante el juicio oral, público y contradictorio dicho conocimiento en razón a que ha tenido participación directa respecto a la concurrencia de ambas partes, por cuya razón se entiende que ya no se requiere ningún otro fundamento, más si este tribunal de apelación no ha tenido dicha vivencia. Asimismo consigna el determinar la pena aplicable a cada caso dentro de los límites legales, límites que ya se llegaron a determinar en el punto 2.1., del presente auto de vista y acápite.

2.5.- Respecto al art. 38 del Cód. Pen., de la misma sentencia se desprende que el imputado tiene familia constituida, es casado, lugareño de donde se sucedieron los hechos, en cuyo ámbito si bien de manera arbitraria y no sujeta a la Constitución Política del Estado y las Leyes del Estado Plurinacional de Bolivia pretende por el uso de la fuerza y con violación de derechos y garantías imponerse la mal llamada justicia comunitaria, este extremo debe ser repudiado empero en base al principio de razonabilidad hasta que se haga conciencia a los estantes y habitantes de dichas poblaciones rurales; sin embargo hasta que ello no ocurra y se entienda en su cabal dimensión dicha justicia comunitaria, la justicia ordinaria está en la obligación de sancionar conductas alejadas del marco de la justicia y aplicar el ius puniendi. Lamentablemente no se ha aportado por la acusación pública ni particular elemento de prueba sobre la conducta del acusado y anterior al hecho juzgado que se señale como repudiable para tomarlo como agravante, habiéndose limitado sólo a exponer fundamentos amplios. La parte acusadora particular y apelante insiste en afirmar que para la agravante debió considerarse que los hechos fueron cometidos por muchas

personas reunidas, individuos plenamente identificados y a quienes se sigue otro proceso penal, además que el actual acusado cuenta con varios procesos en su contra; sin embargo y conforme se ha concluido líneas arriba, en materia procesal penal no se aplica el supuesto y en esa línea en el caso presente se sigue solo en contra de una persona y no en contra de varios, el tribunal ha determinado que esa sola persona es autor y no se puede a título de una afirmación sin respaldo probatorio señalar como agravante la concurrencia de varios; además de ser evidente la afirmación de los Sres. apoderados del acusador particular, cual la prueba que demuestra que se siguen otros procesos penales en contra de los otros partícipes?; en su caso cual la prueba que acredite que el mismo acusado dentro el presente caso tiene otros procesos en su contra?. Por lo demás, la prueba a ser analizada para la imposición de la pena debe ser también la ofrecida oportuna y legalmente, así como la producida en juicio, no pudiendo valorar prueba ofrecida con posterioridad o solo para el recurso, de ser así dicha prueba ingresa en el ámbito del art. 172 del Cód. Pdto. Pen.

- En la misma línea anterior, los apoderados legales del acusador particular exponen fundamentos amplios referidos a la premeditación, alevosía, ensañamiento, amenazas de quemar vivo al acusado, lo mismo que la serie de actos de amedrentamiento; empero todos estos extremos fueron tomados en cuenta por el tribunal de sentencia a efectos de determinar la responsabilidad penal del acusado en los ilícitos por los que fue condenado, ahora si nos hablan de la situación económica del acusado, su educación y situación social, el tribunal entiende que estas cosas no emergen al azar, sino que a la par de ofrecer y producir prueba sobre los hechos acusados y a ser juzgados, quien se constituye en acusador sea público o particular, está en la obligación también de ofrecer y producir prueba sobre todos estos extremos y de no hacerlo no puede el tribunal de sentencia, en su caso el tribunal de apelación adivinar o averiguar de oficio porque la L. N° 1970 determina la vigencia del principio acusatorio en el que los jueces resulta ser los terceros imparciales; de lo contrario no solo sería un desconocimiento de dicho principio, sino que la responsabilidad de los acusadores se estaría derivando a las autoridades judiciales, además, si no hay prueba y por ello los apoderados del acusador particular no especifican cual la prueba no valorada para configurar las circunstancias en la aplicación de la pena, no se puede pretender forzar se analice algo inexistente. De existir por qué no se lo especifica con fecha concreta o folio?. De donde se tiene que se está acudiendo a aspectos genéricos y normativos sin respaldo probatorio.

- Otras situaciones que contempla la norma legal invocada por los apelantes no han sido cuestionadas, excepto los apoderados del acusador particular hablan de las amenazas de quemar vivo y que si no cedía su propiedad saldría vivo; sin embargo ellos mismos afirman que ello hace al delito de tentativa de asesinato, delito por el que se ha emitido sentencia absolutoria y la misma no ha ido cuestionada en recurso de apelación restringida, lo que quiere decir que dicha parte está conforme con esa absolución y mal se puede ahora analizar algo no cuestionado.

2.6. Los arts. 39 y 40 del Cód. Pen., hablan de las atenuantes especiales y generales. En lo que corresponde al acusador particular este cuestiona que no se adecúa ninguno de ellos al caso penal presente por lo que no debe ser aplicado. A su vez el acusado hace una invocación genérica de dichas normas legales sin fundamentar debidamente su recurso y sin acreditar la concurrencia de los mismos.

- En criterio del tribunal de alzada y atendiendo los delitos por los que se emite un fallo de condena, ninguno de ellos dispone una aplicación de una atenuante especial que señala el art. 39 del Cód. Pen. Asimismo, si bien tampoco se exponen en el fallo los alcances del art. 40 del mismo Código Punitivo, no es menos evidente que el tribunal de alzada entiende que la pena impuesta al acusado Ernesto Villegas Huayta responde a la aplicación de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., así como a los principios detallados supra, particularmente los de legalidad, proporcionalidad, finalidad, culpabilidad, humanidad, necesidad, protección de bienes jurídicos, reinserción social; fin preventivo general y los alcances del art. 118-II de la C.P.E., referido a que las sanciones privativas de libertad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social, mas no a la expiación.

De lo contrario de pretender incrementarse las penas hasta el grado máximo, este pedido debe ser demostrado con prueba.

2.7.- La parte acusadora particular ha invocado asimismo la vulneración del art. 45 del Cód. Pen., aduciendo que debería imponerse al acusado la pena de 15 años, porque el tribunal de sentencia había considerado en vez de agravante como atenuante. Esta norma legal enuncia expresamente: "El que con designios independientes, con una o más acciones u omisiones, cometiere dos o más delitos, será sancionado con la pena del más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad". En base al principio de legalidad que señala el art. 180-I de la C.P.E., la norma legal mencionada en ningún momento determina que cuando se trata de concurso real de delitos al responsable debe imponerse la pena más grave o el máximo de la pena y en criterio del tribunal aumentar la misma; sino lo que reza expresamente dicha norma legal es que en caso de concurso real de delitos se impone como sanción la pena del más grave; el sentido de este artículo es que la autoridad judicial de sentencia tratándose de concurso real de delitos debe determinar: 1) los delitos por los que debe emitir un fallo de condena; 2) cuál de ellos es el más grave y, 3) esa es la base para posteriormente aplicar la dosimetría penal, los principios para la imposición de la pena, los arts. 37 y ss., del Cód. Pen. Por lo tanto es errónea la interpretación que en concurso de delitos debe aplicarse la pena máxima.

- Es más, el mismo art. 45 del Cód. Pen., habla del concurso real de delitos y señala que en estos casos cuando se cometiere dos o más delitos, será sancionado con la pena del más grave, entonces está haciendo mención a los delitos, no a las penas.

- Un segundo elemento que debe tomarse en cuenta en esta norma legal es que el aumento de la pena hasta una mitad no es imperativo u obligatorio, sino que se habla del término "pudiendo", no "debiendo", incremento o aumento de la pena que obedece también a la aplicación de la serie de principios y fines de la pena como los desarrollados supra, lo mismo que la aplicación de los arts. 37 y ss., del Cód. Pen. Desde cuyos puntos de vista el tribunal de apelación entiende que la pena impuesta a Ernesto Villegas Huayta está acorde a todo lo fundamentado.

- Los apoderados legales del acusador particular invocaron una serie de precedentes contradictorios respecto a la aplicación de la pena, mismos que han sido tomados en cuenta por el tribunal de alzada a lo largo del recurso que se resuelve; además, muchos de ellos son genéricos solo a la aplicación de la pena y no así a los delitos acusados, juzgados y sentenciados en el caso presente, tal el caso del A.V. N° 055 de 24 de enero de 2003 de la Sala Penal Primera del distrito de La Paz, que hace al delito de estafa y no se conoce el resultado de un

eventual recurso de casación; el A. V. N° 28 de 30 de noviembre de 2001 del distrito de Tarja que hace a tráfico de sustancias controladas; el A.S. N° 171 de 06 de febrero de 2007; el A.S. N° 046/2012-RRC de 23 de marzo de 2013 invocados para el art. 45 del Cód. Pen., y ninguna determina que debe imponerse la pena máxima. Asimismo este último auto supremo corrobora el criterio del tribunal de alzada porque el incremento de la pena se lo deriva al criterio del juez lógica y jurídicamente no arbitrario. En esa misma línea tampoco se ha transgredido el Estatuto de Roma en su art. 07, porque el mismo no determina la sanción a ser impuesta por el delito de secuestro y que además esta sea la máxima; asimismo dicho estatuto protege al ilícito de secuestro transnacional con repercusiones distintas a las presentadas en el caso presente, porque los objetivos no fueron el rescate, sino entrega de predios en base a una presunta justicia comunitaria, a ello se debe sumar inclusive que la retención del acusador particular no excedió de los 15 minutos como él mismo lo reconoce; finalmente en el caso penal presente se ha emitido un fallo de condena por dicho ilícito de secuestro.

3.- En suma, por los fundamentos expuestos, se concluye al imponerse la pena privativa de libertad de 6 años al acusado Ernesto Villegas Huayta, el tribunal de sentencia ha obrado con criterio procesal adecuado, aunque no haya fundamentado debidamente las razones para dicha imposición, razones que sin embargo en base al art. 414 de la L. N° 1970 los ha ampliado este tribunal de alzada, no siendo entonces viable modificar la pena.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, con la concurrencia de la Dra. Virginia Janeth Crespo Ibáñez Presidenta de la Sala Penal Primera del mismo Tribunal, convocada para conformar quórum, al amparo de los arts. 411 (segundo párrafo), 413 (último párrafo) y 414 todos del Cód. Pdto. Pen., determina: ADMITIR los recursos de apelación restringida deducidos por una parte por Ascensión Cruz Nina e Inés Alanoca Aratea, apoderados legales de Simón Pinto Concha; y por otra por parte del acusado Ernesto Villegas Huayta, al haber sido presentados los mismos en plazo e invocado causales contenidas en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., en los numerales invocados por cada uno de ellos; lo mismo que respecto al acusado defectos de procedimiento; sin embargo, declara la improcedencia de los cuestionamientos expuestos en ambos recursos, en su mérito confirma la Resolución N° 10/2013, de 03 de septiembre de 2013, cursante de fs. 2292 a 2299 y el auto complementario de 06 de septiembre de 2013 de fs. 2304 a 2305, ambos emitidos por el Tribunal de Sentencia N° 3 de La Paz. Con el advertido que en el presente auto de vista en estricto apego al art. 414 de la L. N° 1970 se ha llegado a ampliar los fundamentos del fallo respecto a los aspectos cuestionados; asimismo se corrige la parte resolutive del fallo determinando que los hechos por los que se ha emitido sentencia de condena son: allanamiento de domicilio y sus dependencias, robo agravado, secuestro y daño calificado, delitos descritos por los arts. 298; 332-1), 334 y 358-5) todos del Cód. Pen.; aclarado también que la pena privativa de libertad de 6 años no es en reclusión, sino presidio.

Asimismo y al haberse cuestionado por el acusado diversas resoluciones emitidas en el caso penal presente, respecto a las mismas y en base a lo fundamentado en el auto de vista presente se determina: declarar inadmisibles los recursos respecto a la Resolución N° 15/2012 por no haberse hecho reserva de apelación y no haberse presentado oportunamente el recurso respecto a la Resolución N° 21/2013 se determina estarse al A.V. N° 146/14 de 8 de agosto de 2014 emitido por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz y finalmente respecto a las Resoluciones N° 13/2012 de 19 de marzo; 013/2013 de 28 de enero y 03/2013, se las confirma en todo su contexto.

El presente auto de vista es recurrible de casación por la parte que se sintiere agraviada y debe hacerlo dentro el plazo de cinco días computables a partir de su legal notificación, acorde a los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal Relator: Dr. Ángel Arias Morales.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Virginia Janeth Crespo Ibáñez – Ángel Arias Morales

Ante mí: Abg. Juan Alberto Flores Huanca.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memoriales presentados el 16 de agosto de 2016, cursante de fs. 2558 a 2564 vta., y 2605 a 2614, Simón Pinto Concha y Ascencio Cruz Nina; y, Ernesto Villegas Huayta, interponen recursos de casación, impugnando el A.V. N°37/2016 de 25 de mayo, de fs. 2523 a 2541, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los vocales Virginia Janeth Crespo Ibáñez y Ángel Arias Morales, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Simón Pinto Concha contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de tentativa de asesinato, allanamiento de domicilio o sus dependencias, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado, previstos y sancionados por los arts. 252 con relación al 8, 298, 331, 332-1), 334 y 358-5) del Cód. Pen., respectivamente.

I. De los recursos de casación.

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 10/2013 de 03 de septiembre (fs. 2292 a 2299), el Tribunal de Sentencia N° 3 del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró al imputado Ernesto Villegas Huayta, autor de la comisión de los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado, previstos y sancionados por los arts. 298, 331, 332-1), 334 y 358-5) del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis años de reclusión, más el pago de costas, daños y perjuicios a calificarse en ejecución de sentencia; asimismo, lo absolvió del delito de tentativa de asesinato, tipificado por el art. 252 con relación al art. 8 del Cód. Pen. Además, por memorial solicitó complementación y enmienda (fs. 2302 a 2303), que fue rechazada por Auto de 06 de septiembre de 2013 (fs. 2304 a 2305).

Contra la mencionada sentencia, el acusador particular (fs. 2312 a 2322) y el imputado (fs. 2332 a 2348 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 72/2014 de 4 de noviembre (fs. 2425 a 2429) y su Auto Complementario (fs. 2434), dictados por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que fueron dejados sin efecto por A.S. N° 538/2015-RRC de 24 de agosto (fs. 2489 a 2494); en cuyo mérito, la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, dictó el A.V. N° 37/2016 de 25 de mayo, que declaró admisibles e improcedentes los recursos planteados y confirmó la sentencia apelada y su auto complementario; y, previa referencia al art. 414 del Cód. Pdto. Pen., amplió los fundamentos del fallo y corrigió la parte resolutive de la sentencia, determinando que los hechos por los que se emitió sentencia condenatoria son por los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, robo agravado, secuestro y daño calificado, previstos y sancionados por los arts. 298, 332-1), 334 y 358-5) del Cód. Pen., aclarando además que la pena de seis años no es de reclusión, sino de presidio. Añadió, que al haber cuestionado el imputado varias Resoluciones, declaró inadmisibles el recurso respecto a la Resolución N° 15/2012, por no haber hecho reserva de apelación y no presentarse oportunamente el recurso, respecto a la Resolución N° 21/2013 debe estarse al A.V. N° 146/2014 de 08 de agosto y en cuanto a las Resoluciones N° 13/2012 de 19 de marzo, 013/2013 de 28 de enero y 03/2013, las confirmó en todo su contexto, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos de los recursos de casación.

De los memoriales de recurso de casación y del A.S. N° 799/2016-RA de 17 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

I.1.1.1. Del recurso de casación de Simón Pinto Concha y Ascencio Cruz Nina (acusador particular).

Previamente refieren que habiendo sido notificados los Vocales de la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia con el A.S. N° 538/2015-RRC de 24 de agosto emitido en el caso de autos, que dejó sin efecto el A.V. N° 72/2014 de 04 de noviembre, disponiendo que la misma Sala Penal previo sorteo y sin espera de turno pronuncie nuevo auto de vista, no fue cumplido por el tribunal de alzada; puesto que, habiendo transcurrido más de 3 meses incurrieron en los delitos de Incumplimiento de deberes, negativa o retardo de justicia, por lo que denunció dicho retardo ante la Ministra de Justicia y Defensoría del Pueblo, para que pida informes sobre el estado de su causa; a cuyo efecto, mediante requerimiento de 11 de abril de 2016, pidió informe al vocal Presidente de la Sala Penal Tercera quien optó por excusarse de conocer el proceso porque había intervenido como Juez, incurriendo en los delitos de incumplimiento de deberes, negativa o retardo de justicia e incumplimiento a plazos procesales y otros, causándole enormes gastos y perjuicios a su parte; toda vez, que tuvo que transcurrir más de tres meses para que emitieran la Resolución ahora recurrida que confirma la sentencia, situación por el que el 31 de mayo de 2016, presentó denuncia ante el Ministerio Público en contra de los vocales de la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz por los delitos arriba referidos caso signado con el N° 07333/2016; no obstante, dicha denuncia, ese mismo día presentó memorial de excusa contra los vocales de la referida sala penal, ya que hasta ese día no había ninguna resolución; empero, enterados los Vocales del proceso instaurado presentaron la resolución recurrida, con fecha anterior como si hubieran dictado una semana antes de la solicitud de excusa presentada, incurriendo en los delitos de resoluciones contrarias a la constitución y a la leyes, Prevaricato y otros.

Continuando con los fundamentos del recurso de casación, se advierte que el recurrente efectuando una transcripción (copia) de su anterior recurso de casación, ello se observa de su simple comparación; puesto que, inextenso refiere al A.V. N° 72/2014 (dejado sin efecto), añadiendo únicamente que el tribunal de alzada infundadamente confirmó la sentencia e incurrió en infracción, respecto al control de la fijación de la pena y su falta de fundamentación, que denota un desconocimiento de su competencia; puesto que, existe concurso real previsto por el art. 45 del Cód. Pen., ya que se cometió cuatro delitos, considerando el recurrente que el acusado debía ser condenado con la pena más grave, como del delito de secuestro que tiene una sanción de cinco a quince años de presidio, debiendo aumentarse el máximo hasta la mitad del delito más grave, como ser la pena de veintidós años de cárcel.

I.1.1.2. Del recurso de casación del imputado Ernesto Villegas Huayta.

Únicamente corresponde el análisis de fondo de los motivos sexto y octavo, que son los siguientes:

a) Denuncia que el tribunal de alzada no cumplió con su labor de fundamentación; toda vez, que no corrigió el punto de su reclamo referido a que la sentencia incurrió en violación del art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, adolece de fundamentación probatoria, incumpliendo con la motivación exigida en estricto respeto del principio, garantía y derecho fundamental del debido proceso; a cuyo efecto, invoca el A.S. N° 342 de 08 de agosto de 2006, ya que por los delitos por los que fue condenado no se encuentran debidamente fundamentados; afirma que respecto al delito de daño calificado conforme describe el A.S. N° 085/2012-RA de 04 de julio, tiene como presupuesto fundamental el de agravar la pena de quienes incurran en dañar la cualidad de ser de interés social y público, que en su caso, se hizo referencia a ese delito, ya que habría existido la tala de árboles frutales y eucaliptus; empero, no se precisó cuántos árboles, no habiéndose considerado que el tipo penal claramente establece que el daño debe recaer sobre bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos, pero de gran escala, ya que no puede ser sancionado de la misma manera la tala de un árbol con la quema de un bosque, máxime cuando lo que protege la norma son bienes del Estado los que hacen al interés de la sociedad, aspecto no considerado por el tribunal de sentencia y menos corregido por el tribunal de alzada. Agrega, que también se incumplió los A.S. N° 256 de 26 de julio de 2006; toda vez, que el auto de vista se limitó a señalar que el ilícito descrito por el art. 298 del Cód. Pen., se produjo porque su persona junto a otras personas ingresaron a predios que no le corresponden, que eran ocupados por el acusador particular, que era un dominio ajeno a su persona, cuando lo que ocurrió en realidad fue una actuación de la autoridad originaria del lugar que al evidenciar, que el acusador particular avasalló su propiedad sin tener ningún derecho le conminó a restituírle y ante el desobedecimiento procedieron, a ejecutar lo determinado en respeto de los arts. 190 al 192 de la C.P.E., en pleno ejercicio de sus facultades considerando el ámbito territorial, los usos y costumbres situación que no fue reconocido por el tribunal de sentencia menos asumido por el tribunal de alzada, ya que no fue su persona quien efectuó el acto, en similar sentido invoca el A.S. N° 183 de 06 de febrero de 2007.

b) Reclama que fue sentenciado por los delitos de allanamiento de domicilio, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado; empero, el auto de vista recurrido corrigió la parte resolutive de la sentencia, alegando que cometió los delitos de allanamiento de domicilio, robo agravado, secuestro y daño calificado aclarando, que la pena era de privación de libertad en presidio y no en reclusión, aspecto que asevera, agrava su situación procesal; puesto que, no concurrió la intermediación establecida por ley, desconociendo lo dispuesto por los arts. 7, 38, 39, 40, 44 y 45 del Cód. Pen., además que no emitió pronunciamiento respecto al delito de Robo, ya que no sabe si lo declaró absuelto o inocente, incurriendo en actividad procesal defectuosa al no cumplir con lo previsto por el art. 360-4) del Cód. Pdto. Pen., que le impide ejercer su derecho a la defensa y a la impugnación en detrimento del debido proceso.

I.1.2. Petitorio.

El querellante Simón Pinto Concha, solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado; puesto que, vulneraría la tutela efectiva del Estado a favor de la víctima, persona de la tercera edad; por su parte, el imputado solicita la determinación de existencia de contradicción con los precedentes y se ordene la emisión de un nuevo auto de vista debidamente fundamentado y la corrección de los defectos procesales absolutos.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 799/2016-RA de 17 de octubre, cursante de fs. 2622 a 2627 vta., este Tribunal admitió los recursos de casación formulados por Simón Pinto Concha y Ernesto Villegas Huayta (únicamente para el análisis de los motivos sexto y octavo).

II. Actuaciones procesales vinculadas a los recursos.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

En la parte destinada a la enunciación del hecho y circunstancias que fueron objeto del juicio, relacionó que el 21 de octubre del 2007, Simón Pinto Concha, se encontraba realizando sus labores cotidianas de labrador en su propiedad de la localidad de Yaurini, cuando aproximadamente a las 12:00, aparecieron un grupo de cincuenta personas encabezadas por Ernesto Villegas Huayta, Antonia Varela y sus hijos, dirigentes y bases de la comunidad de Yaurini, irrumpiendo su domicilio y con una serie de improperios, insultos y amenazas de muerte de quemarle vivo, le conminaron a entregar su propiedad que posee por más de cuarenta años, logrando que firme un documento redactado por Julio Cesar Cahuana en favor de Ernesto Villegas Huayta y su familia, que expresan ser propietarios exhibiendo documentación fraudulenta, sacándole a chicotazos al patio, donde no le dejaron hablar, al tiempo que le ocasionaban lesiones y daño psicológico, logrando escapar y en la huida vio que quemaron sus muebles, se llevaron un televisor y otros objetos de valor.

Bajo dichos antecedentes el Tribunal de Sentencia N° 3 del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por Sentencia N° 10/2013 de 03 de septiembre, declaró al imputado Ernesto Villegas Huayta, autor de la comisión de los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado, previstos y sancionados por los arts. 298, 331, 332-1), 334 y 358-5) del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis años de reclusión, más el pago de costas, daños y perjuicios a calificarse en ejecución de sentencia; asimismo, lo absolvió de la comisión del delito de tentativa de asesinato, tipificado por el art. 252 con relación al art. 8 del Cód. Pen., bajo los siguientes hechos probados: La irrupción al inmueble del querellante, surge de una determinación de un ampliado sindical sobre el problema de propiedad que sostenían, tanto el querellante e imputado respecto del derecho propietario, dicho ampliado determinó el retiro definitivo de Simón Pinto Concha y Adela Ticona, otorgándoles el plazo de quince días para que desocupen el terreno ubicado en la comunidad de Yaurini y se haga la entrega a su propietario Ernesto Villegas Huayta, constituyendo la base para la expulsión del querellante y posesión de Ernesto Villegas Huayta, por lo que el 21 de octubre, en cumplimiento a la decisión adoptada, se intervino el domicilio del querellante con las consecuencias advertidas, desmantelando el inmueble rústico. Que el imputado influyó en los sindicatos agrarios para pretender despojar de la propiedad en base a una minuta de compra venta suscrita a su favor y consideró que el medio para adquirir la posesión era mediante los sindicatos agrarios, sin que exista Resolución que les favorezca, menos tener autorización que les permita el ingreso al ex fundo de Yaurini en posesión de Simón Pinto Concha.

En su acápite fundamentación de la pena alegó que el imputado es autor de los delitos de secuestro, robo agravado, daño calificado y allanamiento de domicilio o sus dependencias por lo que corresponde fijar la pena; para cuyo efecto, el tribunal tiene en consideración las circunstancias del hecho, como las atenuantes generales y especiales previstas por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen.; si bien el imputado cometió el hecho ilícito, tomando en consideración las circunstancias del hecho, la familia y ser excusable al considerar el derecho propietario que le asiste y la aplicación de justicia comunitaria corresponde aplicar pena atenuada. En consideración a la L. N° 073 art. 5-I que todas las jurisdicciones deben respetar, promover y garantizar los derechos y garantías constitucionales, sobre ello los dirigentes agrarios deben enmarcar sus decisiones a la supra norma constitucional, es claro lo dispuesto por el párrafo III de la citada ley, que la jurisdicción ordinaria campesina no sancionará con la pérdida de tierras o la expulsión a personas adultas o discapacitadas, en el caso presente la víctima es una persona adulta de la tercera edad con discapacidad de locomoción, por lo que las autoridades al pretender aplicar justicia comunitaria se manejan con cierta discrecionalidad y falta de asesamiento, por lo que se aplica la pena más favorable al imputado.

II.2. De los recursos de apelación restringida.

Los apoderados del acusador particular, formularon recurso de apelación restringida, denunciando los siguientes agravios, vinculados al motivo de casación: i) Violación a los arts. 37, 39 y 40 del Cód. Pen., manifestando que en el punto sexto de la sentencia denominado Fundamentación de la pena, el Juez vulneró el art. 37 del Cód. Pen., ya que no consideró que el imputado cometió el delito de secuestro, allanamiento de domicilio y sus dependencias, daño calificado y robo agravado, siendo varios los partícipes del hecho que hicieron asalto violento a propiedades ajenas y su forma de vida no pudiendo ser justificativo la familia y ser excusable al considerar el derecho propietario y la aplicación de justicia comunitaria no resultándole una atenuante, toda vez que el art. 38 del Cód. Pen., establece temas que no fueron tratados

en la sentencia, ya que establece que para apreciar la personalidad de la autoría deben tomarse varias condiciones como la premeditación, alevosía y el ensañamiento, donde en la sentencia no se consideró la naturaleza de los delitos, cuyos medios empleados fueron la fuerza, golpes e intimidación lo que se encuentra vinculado con los delitos de tentativa de asesinato y lesiones. Asevera, que también se vulneró el art. 40 del Cód. Pen., ya que ninguna de las causales de las atenuantes generales se explicaron; puesto que, el delito de Secuestro tiene una pena de cinco a quince años, Allanamiento de domicilio o sus dependencias tiene una pena de tres meses a dos años y se agravará la sanción si el delito se cometiere de noche o con fuerza en las cosas, daño calificado tiene una sanción de uno a seis años y robo agravado con pena de 3 a 10 años, donde el imputado no demostró ser un indígena, carente de instrucción e ignorante de la ley o que se trate de un caso honorable, mucho menos mostró arrepentimiento o su propósito de reparar el daño entonces cómo el Tribunal de juicio atenuó la pena cuando el acusado obró de forma dolosa; ii) Violación al art. 7 del Estatuto de Roma, toda vez que la conducta del imputado habría ingresado en la comisión de los delitos de lesa humanidad que conforme el art. 7 del Estatuto de Roma establece que: "Constituye la comisión de un delito de Lesa Humanidad el secuestro y la violación"; y, iii) Vulneración al art. 45 del Cód. Pen.; puesto que, al concurrir los delitos de robo agravado, secuestro, allanamiento de domicilio y sus dependencias y daño calificado, el Tribunal de juicio soslayó el art. 45 del Cód. Pen. al imponer la pena de seis años de reclusión sin explicar si concurre o no la agravante, ya que al existir concurso real debía condenarse con la pena más grave siendo facultad privativa y discrecional del juez aumentar el máximo hasta mitad.

El imputado Ernesto Villegas Huayta, formuló recurso de apelación incidental y restringida, denunciando los siguientes agravios, vinculados a los motivos de casación: i) Errónea aplicación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., ya que fue condenado a la pena de seis años de reclusión; sin embargo, no se explicó ni justificó el porqué de la aplicación de dicha pena que se le impuso por varios delitos; y, ii) violación al art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., arguye que el tribunal de primera instancia se limitó a mencionar los hechos probados con párrafos enunciativos de la forma como pareciera que declararon los testigos y "los imputados", sin que existiese constancia de ello omitiéndose la fundamentación probatoria tanto en sentido descriptivo e intelectual. Por otro lado, fue condenado por los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, secuestro, robo agravado y daño calificado, ya que habría manipulado en el sindicato agrario para despojar de la posesión de Simón Pinto sobre la propiedad en el ex fundo de Yaurini, refiriendo la sentencia en la fundamentación fáctica probatoria núm. 1, que las autoridades campesinas disponen la intervención y expulsión de Simón Pinto, en ningún momento refieren que su persona hubiere influido en dichas autoridades para su expulsión, más aún el tribunal no establece con qué prueba su persona hubiere influido en las autoridades; por otra parte, establece la sentencia que su persona en base a la minuta de compra venta suscrita en su favor pretendió adquirir la posesión ante autoridades agrarias sin que le otorguen su pretensión, cuando demostró ser el legítimo propietario de dicho predio. Asevera, que en el núm. 2, la sentencia alegó que el título de propiedad adquirida por compra venta no es base para sustentar derechos, más al contrario es el trabajo fuente fundamental de adquisición de la propiedad y conservación de la propiedad agraria, conforme lo dispone el art. 397-I de la C.P.E.; no obstante, la misma norma establece que la propiedad debe cumplir la función social aspecto que incumplió el acusador razón de la expulsión; finalmente en el punto 3 establece la sentencia, que su persona consideró como único medio para adquirir la posesión los sindicatos agrarios que las obtuvo sobre la base de título de compra venta a su favor que posterior ingresó a su posesión sobre la base de expulsión de Simón Pinto, fundamento que considera contradictorio, ya que el acusador fue expulsado porque no cumplió con la función social y no era el legítimo propietario aspecto demostrado por las pruebas AP-1, AP2, AP3, AP4, AP5 y AP7; además, el tribunal de mérito no señala en qué prueba basó su valoración aspecto que vulnera el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. Que en el acápite Fundamentación fáctica probatoria alegaría la sentencia que sus pruebas se referirían a su derecho propietario y que no desvirtuarían los hechos acusados, sin mencionar cuál el razonamiento lógico que llegó el tribunal para realizar dicha afirmación resultándole totalmente confusa la sentencia. Por otra parte, añade que en el acápite Fundamentación Jurídica de la sentencia en el párrafo tercero afirmaría que el acusador particular fue despojado por una turba de comunarios; entonces asevera, porqué únicamente fue condenado.

II.3. Del A.S. N° 538/2015-RRC de 24 de agosto.

Conforme a los datos del proceso, se advierte que la presente causa fue radicada anteriormente ante la Sala Penal de este tribunal, como emergencia del recurso de casación interpuesto por el acusador particular Simón Pinto Concha (fs. 2465 a 2472 vta.), impugnando el A.V. N° 72/2014 de 04 de noviembre (fs. 2425 a 2429) y su Auto de rechazo a la solicitud de Explicación, Enmienda y Complementación de 19 de diciembre de 2014 (fs. 2434), en el que se acusó que el auto de vista entonces recurrido: i) Incurrió en falta de fundamentación, ya que había concluido que existía el defecto establecido en el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., habiendo dejado sin efecto la sentencia, sin establecer cómo se habría incurrido en el defecto alegado y obviando pronunciarse expresa y fundadamente sobre los motivos de los recursos de apelación; y, ii) vulneración al art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; en cuanto, a la fijación de la pena, ya que no había considerado la sanción correspondiente en base a los arts. 37, 38, 39, 40 y 40 bis del Cód. Pen. Recurso que inicialmente fue declarado admisible, mereciendo el pronunciamiento del A.S. N° 538/2015-RRC de 24 de agosto, que sobre las referidas denuncias constató que:

Respecto a la falta de fundamentación, "el tribunal de alzada incurrió en absoluta falta de fundamentación, toda vez que no cumplió con la obligación de pronunciarse observando la previsión establecida en el art. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., en otorgar una respuesta cabal y precisa a los cuestionamientos planteados por el imputado en el recurso de apelación restringida, absolviendo cada punto cuestionado y emitiendo criterios jurídicos en base a los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, hecho inexistente en el sub lite, toda vez que no es suficiente señalar de manera genérica y desprovista, que la sentencia no se encuentra motivada y fundamentada, y sin más justificación disponer la nulidad de la Sentencia, en contrasentido a todo lo que pregona respecto de la exigencia y el deber de fundamentación y motivación para otorgar validez a una resolución, inclusive apoyado en la línea jurisprudencial que emerge de la doctrina legal aplicable y sentencias constitucionales, que no observa en la emisión de su propia determinación de manera fundamentada y motivada; es más, de manera incongruente al asumir la procedencia en parte de los recursos de apelación restringida, no explica qué aspectos o motivos fueron analizados y finalmente acogidos para arribar a esa conclusión; situación o carencia de fundamentación que representa defecto absoluto invalorable presente en la labor del tribunal de alzada.

Lo anterior, no representa la negación de que eventualmente la sentencia presente una carencia de fundamentación desde la óptica del tribunal de apelación, pero para arribar a tal determinación debe como advirtió, efectivamente observar y cumplir los lineamientos que contempló, referidos a la debida fundamentación y responder a los motivos cuestionados en el recurso de apelación restringida para que amerite disponer la nulidad de la Sentencia, sin dejar de lado que una adecuada fundamentación, no precisa que esta sea extensa o redundante de argumentos y cita de normas legales, sino clara concisa y responder a todos los puntos denunciados, sin omitir expresar razonamientos de hecho y derecho que apoyen la decisión a fin de que sea válida y que contemple los elementos del iter lógico o camino del razonamiento efectuado para llegar a una determinada conclusión en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario como en el caso presente, implicará la existencia de un fallo dictado sin la observancia de las reglas del debido proceso y las garantías constitucionales, que constituye defecto absoluto al tenor del art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., lo que amerita en aplicación del art. 419 del mismo ritual Penal, dejar sin efecto el auto de vista recurrido, para que las omisiones observadas sean subsanadas.

Por otro lado, no se debe dejar de lado que el tribunal de alzada, en caso de avisorar que la sentencia se encuentra debidamente emitida y la decisión de disponer la reposición del juicio conllevaría una inoficiosa retardación de justicia, por errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no debe proceder a anular la sentencia, sino a su corrección por tratarse de errores u omisiones formales, realizando una fundamentación complementaria, en ambos casos observando los parámetros de validez supra fundamentados”.

Respecto al segundo motivo, referido a que el tribunal de apelación no fundamentó debidamente, con relación a la imposición de la pena al imputado, modificando el quantum de la pena, vulnerando el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., al no haberse fundamentado en forma precisa la sanción que correspondía al imputado, considerando los arts. 38, 39, 40 y 40 bis del Cód. Pen., constató:

“Los cuestionamientos realizados a la labor del tribunal de alzada, también originados en el recurso de apelación restringida, no han merecido ninguna consideración o análisis en el Auto de Vista impugnado que se concentró en la afirmación genérica, de que la Sentencia carece de fundamentación y motivación, siendo igualmente válidos los argumentos legales sustentados para el primer motivo, porque supone una clara incursión en el vicio de incongruencia omisiva o (citra petita o ex silentio), que vulnera lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., constituyendo un defecto absoluto invalorable que viola el derecho a recurrir, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, derechos reconocidos por la C.P.E., y los Tratados y Convenios Internacionales, cuando se evidencia que el tribunal de alzada, no se pronunció sobre el fondo de los puntos cuestionados en el recurso de apelación restringida del acusador particular, asumiendo una postura evasiva que impide conocer si efectivamente la determinación judicial expresada en la sentencia relativo a la imposición de la pena, se encuentra justificada de acuerdo al principio de proporcionalidad y cumple con la finalidad de la pena relativo a la posibilidad de la reinserción social del imputado. Labor de control y constatación que no fue ejercida por el tribunal de apelación, como tampoco la posibilidad de advertir, si los criterios para proceder a modificar el quantum de la pena encuentran su fundamento conforme establece la parte in fine del primer párrafo del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., de modo que los criterios para la fijación de la pena establecidos en los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen., carecen de fundamentación, así como las consecuencias derivadas de la comisión de dos o más delitos, que representan la existencia de concurso real conforme previene el art. 45 del Cód. Pen., que en definitiva no permiten establecer si la sanción atribuida se encuentra dentro de los límites legales, aspectos que ciertamente contrarían los precedentes invocados por el recurrente a cuya doctrina no se encuadra la Resolución recurrida, que igualmente constituye defecto absoluto al tenor del art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., que amerita en aplicación del art. 419 del citado Código, dejar sin efecto el auto de vista recurrido, para que las omisiones observadas sean subsanadas”.

En base a los fundamentos precedentes, dejó sin efecto el citado auto de vista, disponiendo se dicte uno nuevo, siguiendo la doctrina legal aplicable.

II.4. Del auto de vista ahora impugnado.

Como consecuencia del referido auto supremo, la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz por auto de vista impugnado, declaró admisible e improcedente los recursos de apelación interpuestos por el acusador particular y el imputado; en consecuencia, confirmó la Sentencia apelada y su auto complementario con el advertido de que en apego al art. 414 del Cód. Pdto. Pen., amplió los fundamentos del fallo y corrigió la parte resolutive de la sentencia, determinando que los hechos por los que se emitió sentencia condenatoria son por los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, robo agravado, secuestro y daño calificado, previstos y sancionados por los arts. 298, 3321), 334 y 358-5) del Cód. Pen., aclarando además que la pena de seis años no es en reclusión, sino presidio.

Los argumentos de este fallo serán extractados a tiempo de realizar el análisis del caso concreto, para evitar reiteraciones innecesarias.

III. Verificación de la existencia de vulneración de derechos y garantías constitucionales y contradicción con los precedentes invocados

En el presente caso, el acusador particular denuncia que el tribunal de alzada emitió el auto de vista impugnado, incumpliendo la doctrina legal establecida en el A.S. N° 528/2015-RRC de 24 de agosto (emitido en el caso de autos), respecto al control de la fijación de la pena y su falta de fundamentación. Por su parte, el imputado Ernesto Villegas Huayta denuncia que el Auto de Vista recurrido: i) Incurrió en contradicción con los precedentes invocados; por cuanto, incidió en falta de fundamentación, respecto a su reclamo referido a que la sentencia incurrió en el defecto del art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., ya que habría adolecido de fundamentación probatoria, incumpliendo con la motivación exigida respecto a los delitos por los que fue condenado; y, ii) Agravó su situación procesal, ya que fue sentenciado por los delitos de allanamiento de domicilio, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado; empero, el tribunal de alzada corrigió la parte resolutive de la sentencia arguyendo que cometió los delitos de allanamiento de domicilio, robo agravado, secuestro y daño calificado, aclarando que la pena era de privación de libertad de presidio y no de reclusión cuando no concurrió la intermediación, desconociendo lo dispuesto por los arts. 7, 38, 39, 40, 44 y 45 del Cód. Pen.; además, no emitió pronunciamiento respecto al delito de robo, de modo que no sabe si lo declaró absuelto o inocente, incumpliendo lo previsto por el art. 360-4) del Cód. Pdto. Pen., por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. En relación al recurso del acusador particular Simón Pinto Concha.

Sintetizada la denuncia en la que reclama que el auto de vista recurrido incumplió la doctrina legal establecida en el A.S. N° 528/2015-RRC de 24 de agosto (emitido en el caso de autos), respecto al control de la fijación de la pena y su falta de fundamentación, resulta pertinente hacer referencia a la vinculatoriedad de los fallos judiciales; es así que, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., establece: "La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pondrá en conocimiento de los tribunales y jueces inferiores las resoluciones de los recursos de casación en las que se establezca la doctrina legal aplicable.

La doctrina legal establecida será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación".

El ordenamiento jurídico boliviano en materia penal, establece claramente que los fallos del Tribunal Supremo de Justicia son de cumplimiento obligatorio por los jueces inferiores; en ese sentido, de acuerdo al art. 420-II del Cód. Pdto. Pen., el cumplimiento de los fallos de este tribunal, no está sujeto o reatado a la circunstancialidad o a la voluntad de las autoridades jurisdiccionales, sino que es el resultado de una estructura procesal recursiva, como de la vigencia de los principios de igualdad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, que son base de la jurisdicción ordinaria; más aún en el ámbito penal, donde se debate la responsabilidad penal del procesado, que puede generar en su caso, la restricción de su derecho a la libertad o la imposición de una sanción penal.

Por otra parte, debe considerarse que del art. 419-II del Cód. Pdto. Pen., se desprende un entendimiento básico, sin lugar a interpretaciones, que se trata de la insoslayable obligación de parte de Jueces o Tribunales inferiores, de cumplir con los razonamientos jurídicos y la doctrina establecida en un auto supremo, ello en la circunstancia que se identifiquen hechos fácticos análogos o similares, así como tal obligación se ve visiblemente amplificada cuando un auto supremo deje sin efecto un auto de vista recurrido de casación y ordene el pronunciamiento de un nuevo, bajo los entendimientos de la doctrina legal emergente de un auto supremo; una omisión de naturaleza contraria a la expuesta, importa incumplimiento directo de la ley, trascendiendo en vulneración también de los principios de tutela judicial efectiva, igualdad, celeridad y economía procesal.

En este ámbito, esta Sala emitió el A.S. N° 037/2013-RRC, de 14 de febrero, que estableció la siguiente doctrina: "El art. 180-I de la C.P.E., entre los principios rectores en los que se fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece el de la 'celeridad', principio que garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento oportuno sin dilaciones innecesarias.

Respetando el principio constitucional de celeridad, los Tribunales y Jueces inferiores, están obligados a cumplir en forma inexcusable con la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, al constituirse en el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria de acuerdo al art. 181 de la C.P.E.; en cuyo mérito, teniendo esta doctrina carácter 'erga omnes', debe ser cumplida en forma obligatoria, pues su inobservancia por un lado afecta al fortalecimiento institucional y, especialmente, a la naturaleza, finalidad y efectos obligatorios de la que están revestidos los Autos Supremos que establecen doctrina legal, con sentido ponderable de uniformar la jurisprudencia en el Órgano Judicial en materia penal; y, por otro, provoca dilaciones innecesarias generando a las partes incertidumbre respecto a la resolución de sus causas; consecuentemente, ningún juez o tribunal inferior podrá sustraerse de su cumplimiento bajo ningún concepto o razonamiento, omitiendo la imperatividad prevista por el segundo párrafo del art. 420 del Cód. Pdto. Pen."

Ingresando al análisis del presente motivo, recurso de casación conforme se precisó en los antecedentes procesales, ante la emisión de la sentencia, los apoderados del acusador particular formularon recurso de apelación restringida denunciando entre otros motivos: Violación a los arts. 37, 39, 40 y 45 del Cód. Pen.; así como, la violación al art. 7 del Estatuto de Roma, mereciendo el pronunciamiento del A.V. N° 72/2014 de 4 de noviembre y su auto complementario de fs. 2434, emitidos por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que recurrido en casación por la misma parte procesal, fue dejado sin efecto por A.S. N° 538/2015-RRC de 24 de agosto, por el cual esta Sala Penal constató que: "no han merecido ninguna consideración o análisis en el auto de vista impugnado que se concentró en la afirmación genérica, de que la sentencia carece de fundamentación y motivación, siendo igualmente válidos los argumentos legales sustentados para el primer motivo, porque supone una clara incursión en el vicio de incongruencia omisiva o (citra petita o ex silentio), que vulnera lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., constituyendo un defecto absoluto invalorable que viola el derecho a recurrir, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, y los Tratados y Convenios Internacionales, cuando se evidencia que el tribunal de alzada, no se pronunció sobre el fondo de los puntos cuestionados en el recurso de apelación restringida del acusador particular, asumiendo una postura evasiva que impide conocer si efectivamente la determinación judicial expresada en la sentencia relativo a la imposición de la pena, se encuentra justificada de acuerdo al principio de proporcionalidad y cumple con la finalidad de la pena relativo a la posibilidad de la reinserción social del imputado. Labor de control y constatación que no fue ejercida por el tribunal de apelación, como tampoco la posibilidad de advertir, si los criterios para proceder a modificar el quantum de la pena encuentran su fundamento conforme establece la parte in fine del primer párrafo del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., de modo que los criterios para la fijación de la pena establecidos en los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen., carecen de fundamentación, así como las consecuencias derivadas de la comisión de dos o más delitos, que representan la existencia de concurso real conforme previene el art. 45 del Cód. Pen., que en definitiva no permiten establecer si la sanción atribuida se encuentra dentro de los límites legales..."

Ahora bien, conforme se tiene de antecedentes, la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, en mérito del auto supremo glosado precedentemente, emitió el A.V. N° 37/2016 de 25 de mayo, que sobre la imposición de la pena y violación de los arts. 37, 38, 39, 40 y 45 del Cód. Pen., señaló: que la sentencia condenó a Ernesto Villegas Huayta por los delitos de allanamiento de domicilio y sus dependencias, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado, especificando que el hecho de haber sustraído bienes del acusador particular se configuraba en el delito de robo agravado [art. 332-1) del Cód. Pen.] y no así el de robo [art. 331-1) del Cód. Pen.], pero de manera confusa el tribunal de sentencia en la parte considerativa hace referencia del núm. 2); sin embargo, en la resolutive del inc. 1) del art. 332 del Cód. Pen.; porque no se había acreditado que el robo fue cometido por dos o más autores, que en el caso presente se determinaba a un solo responsable

y en el auto de vista se detalló las armas usadas para el robo y otros actos cometidos. Aclarando, que en base a los ilícitos condenados el delito de allanamiento tiene una pena privativa de libertad de 3 meses a 2 años y multa de treinta a cien días, consignando la agravante de un tercio si el ilícito se cometiere en la noche o con fuerza en las cosas o con violencia en las personas o con armas o por varias personas reunidas, que en materia penal no había supuestos, por lo que debía ser enfático en la conclusión que en el caso presente, se juzgó y condenó sólo a una persona, a su vez; el delito de robo agravado, previsto por el art. 332-1) del Cód. Pen., encierra una pena privativa de libertad de 3 a 10 años, el delito de secuestro de cinco a quince años y el delito de daño calificado de uno a seis años de privación de libertad, explicando que el punto de partida para la imposición de la pena, por cualquier delito es siempre el mínimo que a partir de ese punto de partida, debía analizarse si se incrementa o no la pena, que si se requiere incrementar la pena como lo ha solicitado la acusación particular, esta debió demostrar las razones y a través de elementos de prueba a ser producidos en juicio lo que no se hizo.

Continuando con los fundamentos del auto de vista recurrido, el tribunal de alzada señaló que analizado el art. 37 del Cód. Pen., debía tomarse conocimiento directo de las partes y las circunstancias del hecho y para ello en base al principio de inmediación, el tribunal de sentencia había establecido durante el juicio oral, público y contradictorio dicho conocimiento en razón a que tuvo participación directa respecto a la concurrencia de ambas partes por cuya razón, el tribunal de alzada concluyó que ya no se requería de ningún otro fundamento, más si no tuvo dicha vivencia.

Añadió, que respecto al art. 38 del Cód. Pen., la sentencia desprendía que el imputado tiene familia constituida, era casado, lugareño de donde sucedieron los hechos, en cuyo ámbito si bien de manera arbitraria y no sujeta a la Constitución Política del Estado, pretendió por el uso de la fuerza y con violencia de derechos imponerse la llamada justicia comunitaria, extremo que debía ser repudiado en base al principio de razonabilidad hasta que se haga conciencia de los estantes y habitantes de dichas poblaciones rurales; sin embargo, hasta que ello no ocurra la justicia ordinaria está en la obligación de sancionar conductas alejadas del marco de la justicia. Que lamentablemente la acusación pública ni particular habían aportado elementos de prueba sobre la conducta del imputado anterior al hecho juzgado que se señale como repudiable para tomarlo como agravante, habiéndose limitado sólo a exponer fundamentos amplios, aclarando el tribunal de alzada, que la parte acusadora particular así como el imputado insisten en afirmar que para la agravante, debió considerarse que los hechos fueron cometidos por muchas personas reunidas a quienes se siguió otro proceso penal, además que el acusado cuenta con varios procesos en su contra; sin embargo, en materia procesal penal no se aplica el supuesto y en el caso presente se sigue sólo en contra de una persona y no en contra de varias, de modo que el tribunal de sentencia determinó que esa sola persona fue autora y no se puede a título de una afirmación sin respaldo probatorio, señalarse como agravante la concurrencia de varias; además, se pregunta cuál la prueba que demuestre que se siguen otros procesos penales en contra de los otros participantes y cuál la prueba que acredite que el mismo acusado dentro del presente caso tendría otros procesos en su contra, que la prueba a ser analizada para la imposición de la pena debía ser la ofrecida oportuna y legalmente, no pudiendo valorar prueba con posterioridad de ser así ingresaría en el ámbito del art. 172 del Cód. Pdto. Pen.

Además señaló, que los apoderados del acusador particular expusieron fundamentos amplios respecto a la premeditación, alevosía, ensañamiento y amenazas de quemar vivo al acusado; explicando, que esos extremos fueron tomados por el tribunal de sentencia, a efectos de determinar la responsabilidad penal del acusado en los ilícitos por los que fue condenado, que si hablaban de la educación, situación económica y social del acusado, el tribunal entiende que esas cosas no emergen al azar sino que a la par de ofrecer y producir prueba sobre los hechos acusados quien se constituya en acusador particular o público, está en la obligación de ofrecer y producir prueba sobre todos esos extremos y de no hacerlo no puede el tribunal de sentencia, en su caso el tribunal de apelación adivinar o averiguar de oficio. Agregó que, los apoderados del acusador particular hablaron de amenazas de quemar vivo lo que configuraría al delito de tentativa de asesinato, concluyendo respecto a este punto el tribunal de alzada que por ese delito, se emitió sentencia absolutoria, la que no fue cuestionado en el recurso de apelación restringida, lo que quería decir que dicha parte estaba conforme con esa absolución y mal podía analizarse algo no cuestionado.

En cuanto a los arts. 39 y 40 del Cód. Pen., alegó el tribunal de apelación, que el acusador particular cuestionó que no se adecuó ninguno de ellos al caso presente, que a su criterio, atendiendo los delitos por los que se emitió el fallo de condena, ninguno de ellos dispone la aplicación de una atenuante especial que señala el art. 39 del Cód. Pen., si bien tampoco se exponen en el fallo los alcances del art. 40 del Cód. Pen., no es menos evidente que la pena impuesta respondió a la aplicación de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., así como a los principios de legalidad, proporcionalidad, finalidad, culpabilidad, humanidad, necesidad, protección de bienes jurídicos, reinserción social, fin preventivo general y los alcances del art. 118-II de la C.P.E., referido a que las sanciones privativas están orientadas a la educación, habilitación e inserción social más no a la expiación, que pretender incrementar las penas hasta el máximo debía ser demostrado con prueba.

Respecto a la vulneración del art. 45 del Cód. Pen., señaló el auto de vista recurrido, que la acusación particular refería que debía imponérsele al acusado la pena de quince años; sin embargo, explicó en base al principio de legalidad y del art. 180-I de la C.P.E., que la norma legal en ningún momento determina que cuando se trata de concurso real de delitos al responsable deba imponérsele la pena; aclarando, que la norma penal refería que en caso de concurso real de delitos se impone como sanción la pena del más grave, por lo que le resulta errónea la interpretación que en concurso de delitos debe aplicarse la pena máxima. Que un segundo elemento que debía tomarse era que el aumento de la pena hasta una mitad no era imperativo u obligatorio, sino que hablaba del término pudiendo no debiendo, incremento que obedecía a la aplicación de principios, lo mismo que la aplicación del art. 37 y siguientes del Cód. Pen., desde cuyo punto de vista el tribunal de apelación entiende, que la pena impuesta al imputado está acorde a todo lo fundamentado.

Finalmente, el tribunal de alzada advirtió que no había transgresión al art. 7 del Estatuto de Roma, ya que no determina la sanción a ser impuesta por el delito de secuestro menos que sea la máxima; asimismo, que dicho estatuto protege al ilícito de Secuestro transnacional con repercusiones distintas a las presentadas, ya que los objetivos no fueron el rescate, sino entrega de predios en base a una presunta justicia comunitaria, sumando a ello que la retención del acusador particular no excedió de los quince minutos como él mismo lo había reconocido, por lo que se había emitido una condena por el delito de secuestro.

En suma, el tribunal de alzada concluyó, que al imponerse la pena privativa de libertad de 6 años al acusado, el tribunal de sentencia obró con criterio procesal adecuado aunque no haya fundamentado las razones para dicha imposición, razones que en base al art. 414 del Cód. Pdto. Pen., los amplió, por lo que no era viable la modificación de la pena.

Por los argumentos expuestos en el auto de vista ahora recurrido se evidencia, que el tribunal de alzada actuó conforme los entendimientos asumidos por el A.S. N° 538/2015-RRC de 24 de agosto, que advirtió que el tribunal de alzada en una anterior resolución dejada sin efecto, omitió pronunciarse con una postura evasiva que en ese momento impidió conocer si la determinación judicial expresada en la sentencia relativa a la imposición de la pena se encontraba justificada, al constatar que en el nuevo auto de vista, el tribunal de alzada consideró los artículos cuestionados por el recurrente en la formulación de su recurso de apelación, explicando que existió la aplicación de concurso real; empero, que lo previsto por el art. 45 del Cód. Pen., no implicaba que al responsable debía imponérsele la pena más grave entendimiento que fue asumido por esta Sala Penal que en el A.S. N° 125/2013-RRC de 10 de mayo, precisó lo siguiente: “El Código Penal, en sus arts. 44 y 45, establece el concurso ideal y el concurso real, en el primer caso se refiere a una hipótesis de conducta (acción u omisión) única, en tanto que el concurso real de dos o más conductas (acciones u omisiones). Al regular el concurso real, la primera disposición legal establece la siguiente fórmula: “el que con designios independientes, con una o más acciones u omisiones, cometiere dos o más delitos, será sancionado con la pena del más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad”; y, en el caso del concurso ideal, la segunda norma prevé: “El que con una sola acción u omisión violare diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí, será sancionado con la pena del delito más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta una cuarta parte”.

De la previsión legal, en el concurso real de delitos un mismo agente ejecuta una pluralidad de acciones independientes, las cuales generan también, la realización de una pluralidad de delitos autónomos. Para esos casos se debe decidir una pena global que sancione esta presencia plural pero autónoma de infracciones, así Zaffaroni al referirse al concurso real de delito establece “...El presupuesto necesario del concurso de delito es una pluralidad de conductas. En el fondo no pasa de ser la concurrencia de varios delitos en un único proceso...”.

El Código Penal, respecto a la sanción en el caso de concurso real dispone que: “será sancionado con la pena del más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad”; coligiéndose de este mandato que en estos casos debe sancionarse al imputado con la pena del delito más grave, teniendo el juez o tribunal de juicio la facultad de aumentar esa pena hasta la mitad; nótese que, el precepto legal no dispone aplicar la pena máxima, sino sancionar con la pena del delito más grave.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para la fijación de la pena debe partirse de la premisa general de que la individualización de la pena debe responder a los fines políticamente asignados a ésta. La decisión del fin de la pena es de naturaleza política criminal, de modo que los tribunales o jueces en el caso concreto y sin separarse de las líneas maestras señaladas en el ordenamiento jurídico, deben cuantificar la pena en cumplimiento de aquellos principios básicos de la política criminal. Consecuencia de lo anterior, resulta obligada la consulta a la Constitución Política del Estado, al Código Penal y a la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, para determinar prioritariamente la finalidad política de la pena en el Estado Plurinacional de Bolivia; es así, que el art. 118-III de la C.P.E., establece que el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos. De este mandato, se puede colegir que la pena no puede ir más allá de la persona del condenado y debe aplicarse en la medida necesaria para su reinserción social, bajo esta directriz debe aplicarse la norma sustantiva penal que establece principios para la fijación de la pena, entre otros la consideración de atenuantes y agravantes.

Partiendo de ese criterio, se concluye que la pena no es el resultado de una simple operación lógica, sino de la valoración de los hechos, las acciones y del imputado mismo, su personalidad, la motivación y otras circunstancias concomitantes, presupuestos que sirven para determinar la pena dentro del marco normativo del delito, que identifica los aspectos que agravan o atenuan la pena, por lo que resulta necesario considerar la normativa contenida en los artículos 37, 38, 39, 40 y 44 del Cód. Pen., para la determinación de la pena, teniendo en cuenta especialmente las circunstancias y las condiciones de vida del imputado, las causas que llevaron a la comisión del hecho delictivo y el hecho mismo.

En ese contexto, la fijación de la pena debe sujetarse al principio de legalidad en cuya virtud el Juez o Tribunal tiene la facultad de fijar la pena entre el mínimo y máximo señalado por la norma con base en la valoración de las circunstancias existentes”.

Aclarando además el tribunal de alzada que un segundo elemento que debía tomarse era que el aumento de la pena hasta una mitad no era imperativo u obligatorio, sino que hablaba del término “pudiendo” no “debiendo”, precisando que el imputado no fue condenado con la pena más grave como pretende el recurrente, puesto que, el tribunal de alzada señaló que el punto de partida para la imposición de la pena para cualquier delito que se condene debía ser siempre el mínimo, que a partir de ese punto debía analizarse si se incrementaba o no la pena, aspectos que fueron observados por el tribunal de sentencia siendo fundamentados por el tribunal de alzada, que si bien como alega el recurrente el delito de Secuestro tiene una sanción de cinco a quince años de presidio, se tiene que el Tribunal de sentencia aplicó la pena mínima de este tipo penal aumentándole un año más, cuyo aumento no es imperativo sino facultativo como el tribunal de alzada lo explicó, además le aclaró que la pena no se aumentó a veintidós años de cárcel como pretende el recurrente, toda vez, que los acusadores no especificaron cuál la prueba no valorada que serviría para incrementar la pena, fundamentos que resultan suficientes y coherentes; no resultando en consecuencia, evidente la denuncia interpuesta por el recurrente; toda vez, que la resolución recurrida, cumplió con el principio de vinculatoriedad de los fallos judiciales que fue desarrollado antes de iniciar el análisis de este recurso.

Consecuentemente, por los fundamentos expuestos, este tribunal advierte que el auto de vista ahora impugnado, obró en cumplimiento de la doctrina legal aplicable de A.S. N° 538/2015-RRC de 24 de agosto, dictado en el caso de autos; puesto que, cumplió con emitir una respuesta fundamentada al punto cuestionado por el recurrente, lo que implica que no existió vulneración al art. 420 del Cód. Pdto. Pen., situación por la que, el presente recurso deviene en infundado.

III.2. En cuanto al recurso del imputado Ernesto Villegas Huayta.

En el primer motivo de casación, el imputado reclama que el auto de vista recurrido incidió en falta de fundamentación, respecto a su reclamo referido a que la sentencia incurrió en el defecto del art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., ya que habría adolecido de fundamentación probatoria, incumpliendo con la motivación exigida respecto a los delitos por los que fue condenado, así respecto al delito de daño calificado que tiene como presupuesto fundamental el de agravar la pena de quienes incurran en dañar la cualidad de ser de interés social y público, que en su caso, se hizo referencia a ese delito, ya que habría existido la tala de árboles frutales y eucaliptus; empero, no se precisó cuántos árboles, sin considerarse que el tipo penal claramente establece que el daño debe recaer sobre bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos, pero de gran escala, máxime cuando lo que protege la norma son bienes del Estado los que hacen al interés de la sociedad, aspecto no considerado por el tribunal de sentencia y menos corregido por el tribunal de alzada, que respecto al ilícito descrito por el art. 298 del Cód. Pen., asumieron que se produjo porque su persona junto a otras personas ingresaron a predios que no le corresponden, que eran ocupados por el acusador particular, que era un dominio ajeno a su persona, cuando lo que ocurrió en realidad fue una actuación de la autoridad originaria del lugar que al evidenciar, que el acusador particular avasalló su propiedad sin tener ningún derecho le conminó a restituírsela y ante el desobedecimiento procedieron en ejercicio de sus facultades los usos y costumbres, situación que no fue reconocida por el Tribunal de sentencia menos asumido por el tribunal de alzada.

El recurrente invocó el A.S. N° 342 de 28 de agosto de 2006, que fue dictado por la Sala Penal Segunda de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación en una causa seguida por los delitos de perturbación de posesión, usurpación agravada y daño simple, donde constató que el auto de vista entonces recurrido al confirmar la sentencia no efectuó una fundamentación adecuada; situación por la que fue dejado sin efecto, estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable: "Las resoluciones, para ser válidas, deben ser motivadas. Esta exigencia constituye una garantía constitucional, no sólo para el acusado sino también para el Estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia.

La exigencia de motivación constituye una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al juez el material necesario para ejercer su control, y sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

En virtud de estas razones, la ley procesal consagra la exigencia de motivación de las sentencias, amenazando la infracción a dicha regla, con la nulidad conforme reza el artículo 370-5) Cód. Pdto Pen.

La motivación, a la vez que un requisito formal, que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico (Claría Olmedo). Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consigna habitualmente en los "considerandos" de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución.

La motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

a) **Expresa:** Porque el juez, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan la condena o a la absolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) **Clara:** En la sentencia, el objeto del pensar jurídico debe estar notoriamente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la lean, aún sea por los legos.

c) **Completa:** La exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar y habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto esencial de la decisión.

Esto no implica que los hechos secundarios queden excluidos; la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprende el iter a través del cual el juez llega a la conclusión sobre el hecho principal. El error sobre el hecho secundario será relevante sólo en la medida en que repercuta o influya sobre el asunto principal.

La motivación, para ser completa, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y expresando las conclusiones a las que arribe el tribunal luego de un examen sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal y sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación.

d) **Legítima:** La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la validez intrínseca de las pruebas valoradas en la sentencia, como a que ellas provengan del debate. La prueba invocada debe ser válida. La sentencia que se funde en prueba ilegal es una sentencia ilegalmente motivada. Por lo tanto, la sentencia que se funda en una prueba procesalmente ilegítima, no está debidamente motivada. Si el defecto recae sobre un aspecto esencial de sentencia, procederá la anulación de ésta.

También, por supuesto, será ilegítima la motivación si se funda en prueba obtenida por un procedimiento ilegítimo y violatorio de las normas constitucionales que consagran las garantías del debido proceso.

Al respecto, señala Maier: "...que a la verdad solo se puede arribar por los medios y en la forma que la ley permite; que, de haberse incorporado al procedimiento un elemento de prueba mediante un acto irregular o mediante un acto regular, cuya posibilidad de realización

provenza necesaria y directamente del conocimiento adquirido por un acto irregular, él es invalorable para fundar una decisión judicial en perjuicio del imputado".

e) Lógica: Finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el Tribunal valorará las pruebas producidas durante el juicio de un modo integral conforme a las reglas de la sana crítica y expondrá los razonamientos en que fundamenta su decisión, es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia.

Así también invocó el A.S. N° 256 de 26 de julio de 2006, que fue dictado por la Sala Penal Segunda de la entonces Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación en una causa seguida por el delito de Abigeato, donde constató que el auto de vista entonces recurrido declaró improcedente el recurso de apelación restringida sin realizar la fundamentación necesaria, omisión que constituyó una vulneración al debido proceso, aspecto por el que fue dejado sin efecto, estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable: "(...). Por tanto es obligación del tribunal de alzada, de la misma manera pronunciarse fundadamente, respecto a cada uno de los puntos de agravación argüidos por los recurrentes, en base a lo dispuesto por los arts. 124 y 398 ambos del Cód. Pdto. Pen. Tal el caso de autos en que el tribunal de sentencia unipersonal incurre en contradicción entre la parte considerativa y resolutive y el Tribunal de alzada omite pronunciarse fundadamente respecto a cada uno de los puntos de agravación".

Finalmente el A.S. N° 183 de 06 de febrero de 2007, fue dictado por la Sala Penal Primera de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación en una causa seguida por los delitos de peculado y uso indebido de influencias, donde constató que el tribunal de alzada no efectuó el control sobre la subsunción efectuada por el tribunal de juicio, puesto que habiendo estado los hechos demostrados y valorados en la sentencia, le correspondía al tribunal de alzada subsumir la conducta del entonces imputado a los delitos previstos por los arts. 142 y 146 del Cód. Pen., toda vez, que en su conducta habían concurrido los elementos esenciales de los delitos acusados, sin que ello signifique revalorización de la prueba, empero no lo hizo, aspecto por el que fue dejado sin efecto la Resolución entonces recurrida; no obstante, no será considerado en el análisis del presente punto; puesto que, aborda una problemática diferente a la cuestionada.

Ingresando al análisis del presente motivo, de la revisión de antecedentes, se tiene que el recurrente en la formulación de su recurso de apelación restringida, reclamó la violación del art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., arguyendo que el tribunal de primera instancia omitió la fundamentación probatoria tanto en sentido descriptivo e intelectual, que fue condenado por los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, secuestro, robo agravado y daño calificado por haber manipulado en el sindicato agrario para despojar de la posesión de Simón Pinto sobre la propiedad en el ex fundo de Yaurini, que la sentencia referiría en la fundamentación fáctica probatoria 1, que las autoridades campesinas disponen la intervención y expulsión de Simón Pinto, que en ningún momento refiere que su persona hubiere influido en las autoridades para su expulsión, peor aún no establece con qué prueba su persona hubiere influido en las autoridades; por otra parte, establecería la sentencia que su persona en base a la minuta de compra venta pretendió adquirir la posesión ante autoridades agrarias sin que le otorguen su pretensión, cuando demostró ser el legítimo propietario de dicho predio. En el núm. 2 la sentencia, establecería que el título de propiedad adquirida por compra venta no sería base para sustentar derechos, más al contrario es el trabajo fuente fundamental de adquisición de la propiedad y conservación de la propiedad agraria conforme lo dispone el art. 397-I de la C.P.E.; no obstante, la misma norma establece que la propiedad debe cumplir la función social aspecto que incumplió el acusador razón de la expulsión; finalmente alegó que en el punto 3 de la sentencia, su persona consideró como único medio para adquirir la posesión los sindicatos agrarios que las obtuvo sobre la base de título de compra venta a su favor que posterior ingresó a su posesión sobre la base de expulsión de Simón Pinto, fundamento que considera contradictorio, ya que, el acusador fue expulsado porque no cumplió con la función social y no era el legítimo propietario aspecto demostrado por las pruebas AP-1, AP2, AP3, AP4, AP5 y AP7; además, el tribunal de mérito no había señalado en qué prueba basó su valoración vulnerando el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. Que en el acápite fundamentación fáctica probatoria alegaría la sentencia que sus pruebas se referirían a su derecho propietario y que no desvirtuarían los hechos acusados, sin mencionar cuál el razonamiento lógico que llevó al tribunal a dicha afirmación resultándole totalmente confusa la sentencia. Por otra parte, añade, que en el acápite fundamentación jurídica de la sentencia en el párrafo tercero afirmaría que el acusador particular fue despojado por una turba de comunarios; entonces asevera, porque únicamente fue condenado su persona.

Con relación a esas observaciones el tribunal de alzada dejó establecido que el recurrente invocó de manera genérica dicho agravio, cuando el mismo núm. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., contempla tres supuestos a saber: i) que no exista fundamentación en la sentencia; ii) que la fundamentación sea insuficiente; y, iii) que la fundamentación sea contradictoria. Por lo tanto pese a esos mandatos a más de no especificar a cuál de los supuestos se invoca o a todos, el recurso se limita a acudir al contenido de la sentencia transcribiendo parte de ella sin especificar en qué apartados del fallo se advertiría ausencia de fundamentación, en su caso fundamentación insuficiente o contradictoria, cuáles son los extremos contradictorios y como debieron ser fundamentadas; limitándose a analizar el contenido de las pruebas cuando el tribunal de alzada no puede revalorizar dicha prueba. Aclaró el tribunal de alzada que en el único punto en el que afirma la existencia de contradicción era en el punto segundo, punto III sobre la fundamentación fáctica probatoria cuando afirmó que sus pruebas se refieren a su derecho propietario y no desvirtuarían los hechos acusados, de cuya transcripción advirtió, que no se trata de una fundamentación contradictoria, sino se refiere a la conclusión del tribunal de sentencia, conclusión a la que arribó previa valoración integral de la prueba como es de su competencia, en sentido que la prueba de descargo no desvirtuó la prueba de la acusación; además, explicándole, que el apartado transcrito por el apelante era incompleto porque en la conclusión segunda, detallaría toda la prueba de descargo, explicando que dichas pruebas hicieron al derecho propietario, a la posesión actual después de la expulsión de Simón Concha Pinto; queriendo decir, que era prueba que acreditó situaciones producidas después de los hechos y lo que se ha juzgado en los de la materia no son actos posteriores, sino los realizados el día de los hechos.

Continuando con los fundamentos del auto de vista recurrido, estableció que la sentencia cumplió con los arts. 124 y 359 del Cód. Pdto. Pen., que en el apartado III de la sentencia y bajo el rótulo de fundamentación fáctica probatoria establecía las conclusiones de lo

acontecido el 21 de octubre de 2007 a hrs. 11:00, consignando la prueba respaldatoria de dichas conclusiones como la retención ilegal del acusador particular con la finalidad de que bajo presión de amenazas, con armas punzo cortantes y contundentes, amenazas de quemarle vivo como en Ayo Ayo, otorgarle latigazos, golpes e irrupción en su propiedad, se le obligó a entregar la propiedad a firmar un documento de entrega, que constató que se valoró y demostró la quema de sus bienes y casa, tala de árboles frutales y eucaliptus, la sustracción de bienes muebles de valor, valorándose los móviles de todos esos hechos y la prueba que las demuestra señalando la documental y testifical. Entonces como Tribunal de alzada entiende que la fundamentación sobre los hechos y la participación del acusado era coherente con los arts. 124 y 359 del Cód. Pdto. Pen., resultando además dicha fundamentación coherente y congruente con los hechos acusados y juzgados.

Asimismo, alegó el tribunal de alzada, que en base a los hechos acusados y juzgados, el tribunal consignó un acápite bajo el rótulo de fundamentación intelectual seguida de la fundamentación jurídica, que se hallan acorde a las propias exigencias que señala el recurrente donde se demostró los hechos y su participación; posteriormente, se hizo la debida subsunción a los tipos penales previstos por los arts. 298, 334, 331, 332-2) y 358 del Cód. Pen.

Respecto a los delitos por los que fue condenado el acusado el tribunal de alzada, explicó que en cuanto al delito de secuestro, el tribunal de juicio concluyó en base a la valoración integral de la prueba que el acusado junto a otras personas retuvieron indebidamente al acusador particular, presionándole con armas punzo cortantes, lanzando amenazas de quemarlo vivo, como ocurrió en Ayo Ayo a lanzarle golpes y latigazos para obtener una indebida ventaja como la entrega de su bien inmueble poniendo esa condición para que obtenga su libertad, por lo que la conducta del acusado se adecuó al tipo penal de Secuestro, máxime si se obliga a dicho cometido a que el acusador particular firme un documento de manera forzada para entregar su propiedad. Agregando además, que las presiones ejercidas estuvieron tendientes a que el mismo acusador firma actas de garantías en favor de los dirigentes para no iniciar procesos penales u otros en contra estos, por lo tanto el habersele privado indebidamente de su libertad retenido bajo amenazas graves y por una multitud en el que se encontraba el acusado, se entiende que el acusador no estaba con sus facultades mentales íntegras para haber abandonado libre y voluntariamente su propiedad y firmado los documentos correspondientes.

Aclaró el tribunal de alzada, que producto de los hechos suscitados el 21 de octubre de 2007 y al haberse demostrado con la prueba testifical que se produjo la sustracción de sus bienes muebles y de valor, dicho hecho se configuraba en los alcances del art. 332-1) del Cód. Pen., por que el apoderamiento de los bienes muebles y de valor del acusador particular se produjo con el uso de armas punzo cortantes, contundentes y látigos la fuerza, con violencia e intimidación de la víctima, para ello se acude a los hechos acusados y juzgados como la retención indebida de la víctima, las amenazas de justicia comunitaria, amenazas de quemarle vivo, azotes y golpes, no así del art. 331 del citado código, tampoco del art. 332-2) del Cód. Pen., porque se había establecido la existencia de un solo autor, aclaración y modificación que la efectuó en base al art. 414 del Cód. Pdto. Pen., aclarando, que al ser un error de derecho, no requería de una revalorización de la prueba, sino solo el entendimiento plasmado en la sentencia.

Respecto al delito de daño calificado, señaló el tribunal de alzada que hace a la destrucción de pastos, mieses o cultivos, que en ello la sentencia afirmó, haberse demostrado la quema y destrucción de sembradíos, destrozos de árboles frutales en especial durazneros, por lo que adecuó la conducta del imputado a dicho ilícito porque entre los destrozos causados están los sembradíos que requieren la actividad de cultivarlos.

Finalmente señaló el tribunal de alzada, que el ilícito descrito en el art. 298 en criterio del fallo apelado también se produjo porque el acusado junto a otras personas ingresaron a predios que no le corresponden sino que eran ocupados por el acusador particular, que era domicilio ajeno al acusado, era un recinto habitado por el acusador particular y en el que éste desarrollaba sus actividades diarias como sembradíos y cultivos. En conclusión, advierte que la sentencia respecto a la adecuación de los hechos al derecho se halla debidamente fundamentada en relación a los hechos acusados.

De lo precedentemente expuesto, se tiene que el tribunal de alzada, no incurrió en falta de fundamentación al momento de emitir el auto de vista recurrido respecto a este motivo como alega el recurrente; sino, que de manera fundamentada, explicó que la sentencia no adolece de fundamentación probatoria, habiendo encontrado los tipos penales por los que fue condenado el imputado debidamente fundamentados, aclarando y complementando que si bien la sentencia emitió condena por el delito de Robo, éste no había concurrido, como tampoco al inc. 2) del art. 332 del Cód. Pen.; sino, que la conducta del imputado se había adecuado al delito previsto por el art. 332-1) del Cód. Pen., ello porque constató de la prueba testifical que el apoderamiento de los bienes muebles y de valor del acusador particular fueron efectuados con el uso de armas punzo cortantes, látigos, fuerza con violencia e intimidación, añadiendo que dicha aclaración y modificación la efectuó al amparo del art. 414 del Cód. Pdto. Pen.; argumentos que resultan suficientes; puesto que, se advierte la existencia de razones que llevaron al tribunal de alzada a desestimar el reclamo efectuado por el recurrente.

Respecto al delito de Daño Calificado, que a decir del recurrente no se habían precisado cuántos árboles, que el daño debía recaer sobre bosques, selvas, pastos mieses o cultivos, el tribunal de alzada constató conforme lo anotado anteriormente que para el tribunal de juicio se había demostrado la quema y destrucción de sembradíos, destrozo de árboles frutales en especial durazneros, aclarándole que la conducta del imputado se adecuó a dicho tipo penal porque entre los destrozos causados estaban los sembradíos que requerían la actividad de cultivarlos, agregando además el auto de vista recurrido a tiempo de responder ante la denuncia de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, que el art. 358 inc. 5) del Cód. Pen. se adecua plenamente a la conducta del imputado; toda vez, que dicha norma habla de la destrucción de pastos y cultivos, siendo los sembradíos y los árboles frutales productos de la labor humana y por lo tanto cultivados por el acusador particular; fundamentos que resultan suficientes, para concluir que el auto de vista recurrido no incurrió en contradicción con los precedentes invocados; toda vez, que cumplió con su deber de fundamentación; puesto que, de manera expresa, clara, completa, lógica y legítima, explicó por qué la conducta del imputado se adecuó al delito de daño calificado.

Ahora bien, respecto a que el delito de daño calificado protegería bienes del Estado que harían al interés de la sociedad, de la revisión del recurso de apelación restringida conforme se tiene de antecedentes, se advierte que el referido cuestionamiento no fue puesto a conocimiento del tribunal de alzada; entonces, resultaría ilógico, exigir pronunciamiento fundamentado alguno o consideración alguna, sobre una temática que dicho tribunal no tuvo oportunidad de conocer; aspecto que evidencia, que de ninguna manera el tribunal de alzada incurrió en contradicción con los precedentes invocados; por cuanto, el auto de vista recurrido resolvió los puntos expresamente recurridos en apelación restringida, no encontrándose en ellos el motivo que recién trae a casación; toda vez, que dicho reclamo debió efectuarlo en la interposición de su recurso de apelación restringida, lo que no ocurrió.

Sobre el delito previsto por el art. 298 del Cód. Pen., el recurrente puntualmente señala que el auto de vista recurrido no habría considerado que lo que ocurrió fue una actuación de una autoridad originaria que al evidenciar que el acusador avasalló su propiedad le conminó a restituirla y ante el desobedecimiento procedieron a ejecutar lo determinado por los arts. 190 al 192 de la C.P.E., en uso de sus facultades considerando el ámbito territorial, los usos y costumbres; este aspecto no resulta evidente; toda vez, que el tribunal de alzada constató que la conducta del acusado se adecuó a lo previsto por el art. 298 del Cód. Pen., porque junto a otras personas habrían ingresado a predios que no les corresponde, que eran ocupados por el acusador particular ya que en él realizaba sus sembradíos y cultivos; además, a tiempo de responder ante el defecto del art. 370-10) del Cód. Pdto. Pen., también cuestionado por el recurrente, el tribunal de alzada aclaró que la conducta del imputado era típica porque respecto al delito de allanamiento de domicilio o sus dependencias, ingresó violentamente a propiedad ajena, aclarando que su conducta era antijurídica porque su actuar era contrario al derecho en razón a que nadie podía hacer justicia por mano propia y pretender dejar sin propiedad al acusador particular, en su caso ocupar los predios, explicándole que el acusado debió acudir ante las autoridades legalmente constituidas reclamando cualquier derecho y no acudir a acciones de hecho, alegando finalmente el tribunal de alzada que la conducta del imputado era culpable porque su conducta era reprochable ante el Estado, el derecho y la sociedad por lo que debía ser sancionado; argumentos que evidencian que el tribunal de alzada no solo se limitó a señalar que se produjo el delito porque su persona junto a otras ingresaron a predios que no les corresponden; sino, que aclaró que nadie puede hacer justicia por mano propia, por lo que no se advierte contradicción con los precedentes invocados por el recurrente; toda vez, que el Tribunal de alzada cumplió con su deber de fundamentación, ya que explicó porqué la conducta del imputado se adecuó a los tipos penales por los que fue acusado.

Consecuentemente, del análisis del auto de vista impugnado se advierte que contiene una debida fundamentación respecto al reclamo cuestionado por el recurrente; puesto que, resulta expresa, ya que señaló los fundamentos que sustentan su decisión, clara; por cuanto, es comprensible, completa; toda vez, que del análisis que desarrolló a la sentencia, le permitió llegar al conocimiento de los hechos para emitir su decisión, legítima, porque evidenció que la sentencia se pronunció en base a los hechos demostrados y probados, que si bien advirtió que no hubo una correcta subsunción respecto al tipo penal de robo y al inc. 2) del art. 332 del Cód. Pen., el tribunal de alzada en base a lo dispuesto por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., complemento, modificó y aclaró que la conducta del imputado aparte de los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, secuestro, daño calificado se adecuó a lo previsto por el art. 332-1) del Cód. Pen., lógica, pues cumplió con la secuencia de los referidos requisitos; consecuentemente, este tribunal observa que la Resolución recurrida reúne los requisitos de validez necesarios.

Por los argumentos expuestos, se tiene que el tribunal de alzada respecto a este punto cumplió con su deber de fundamentación no advirtiéndose contradicción con los precedentes invocados como alega el recurrente; en consecuencia, el motivo analizado deviene infundado.

Respecto al segundo motivo de casación relativo a una supuesta agravación de la situación procesal efectuada por el tribunal de alzada, previamente corresponde señalar que, este motivo fue admitido ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización por cuanto el recurrente reclama que fue sentenciado por los delitos de allanamiento de domicilio, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado; empero, el auto de vista recurrido corrigió la parte resolutive de la sentencia alegando que cometió los delitos de allanamiento de domicilio, robo agravado, secuestro y daño calificado aclarando, que la pena era de privación de libertad de presidio y no de reclusión, aspecto que asevera, agrava su situación procesal; puesto que, desconoció lo dispuesto por los arts. 7, 38, 39, 40, 44 y 45 del Cód. Pen., además que no se hubiere pronunciado respecto al delito de robo, ya que no sabe, si fue declarado absuelto o inocente, incurriendo en actividad procesal defectuosa, que le impide ejercer su derecho a la defensa y a la impugnación en detrimento del debido proceso.

Conforme se tiene de la revisión de antecedentes, evidentemente el Tribunal de Sentencia N° 3 del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz emitió sentencia contra el imputado declarándole autor de la comisión de los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, robo, robo agravado, secuestro y daño calificado; sin embargo, ante la formulación de los recursos de apelación restringida, el tribunal de alzada concluyó que la conducta del imputado se adecuó a los delitos de allanamiento de domicilio o sus dependencias, robo agravado, secuestro y daño calificado; ello en virtud de que constató, que producto de los hechos suscitados el 21 de octubre de 2007 y al haberse demostrado con la prueba testifical que se produjo la sustracción de sus bienes muebles y de valor, dicho hecho se configuraba en los alcances del art. 332-1) del Cód. Pen., por que el apoderamiento de los bienes muebles y de valor del acusador particular fueron efectuados con el uso de armas punzo cortantes, contundentes y látigos la fuerza, con violencia e intimidación de la víctima, para ello se acude a los hechos acusados y juzgados como la retención indebida de la víctima, las amenazas de justicia comunitaria, amenazas de quemarle vivo, azotes y golpes, aclarando, que la conducta del imputado no se adecuaba a lo previsto por el art. 331 del citado código, como tampoco al art. 332-2) del Cód. Pen., porque se había establecido la existencia de un solo autor, aclaración y modificación que la efectuó en base al art. 414 del Cód. Pdto. Pen., fundamento que evidencia que el tribunal de alzada emitió pronunciamiento respecto al delito de Robo; toda vez, que constató que la conducta del imputado no se adecuó a dicho tipo penal, por lo que se tiene que quedó absuelto, aun cuando no lo haya establecido en su parte dispositiva; no obstante, lo expuso en su parte resolutive, en consecuencia no se advierte vulneración al debido proceso ni a su derecho a la defensa como alega el recurrente; toda vez, que el Tribunal de alzada emitió pronunciamiento respecto al delito de Robo, siendo pertinente señalar que el proceso penal tiene como objeto la existencia o no de determinados hechos y no de calificaciones jurídicas, entendimiento expresado en el A.S. N° 93 de 24 de marzo de 2011, que si bien declaró infundado el recurso de casación que fue presentado,

efectuó la siguiente precisión que se considera a efectos de la resolución del presente recurso: “Conforme a la previsión contenida en el art. 342 del Cód. Pdto. Pen., la base del juicio constituye la acusación pública o la del querellante y cuando estos sean irreconciliables el tribunal tiene la potestad de precisar los hechos sobre los cuales se abre el juicio, vale decir que lo que se juzgan son hechos, no así tipos penales o calificaciones abstractas; bajo esta precisión conceptual tanto la imputación formal como la acusación tanto pública como particular establecen una calificación provisional en relación a la conducta del imputado y que la congruencia que debe existir es entre el hecho (base fáctica) y la sentencia y no así respecto a la calificación jurídica que provisionalmente contiene la acusación, teniendo el Juez o tribunal, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, realizar la ‘subsunción’ del hecho al tipo o tipos penales que correspondan pudiendo ser diferente al de la calificación jurídica realizada por la acusación en aplicación del principio procesal del iura novit curia y será la sentencia la que en definitiva efectúe la calificación definitiva del hecho como regla, siendo innecesario bajo el nuevo sistema procesal penal emitir una sentencia mixta condenando por unos delitos y absolviendo respecto a otros que no fueron probados en juicio, pues como se tiene señalado la calificación definitiva de la conducta punible se la efectúa en sentencia”.

En tal sentido, no puede asumirse la existencia de actividad procesal defectuosa como sostiene el recurrente, cuando habiéndose establecido la responsabilidad del imputado en el hecho atribuido objeto de juzgamiento, en función a la adecuación penal identificada en la fundamentación jurídica de la sentencia, se dicta sentencia condenatoria, sin absolverse el o los otros delitos también atribuidos en las acusaciones, por cuanto como se explicó precedentemente, lo juzgado y de inexcusable pronunciamiento, es el hecho y no el delito.

Ahora bien, evidentemente el tribunal de alzada concluyó que la pena privativa de libertad de 6 años no era en reclusión, sino en presidio, entendiéndose aquello; toda vez, que de la descripción que efectuó a los tipos penales, el imputado había sido condenado con la pena del delito más grave, que sería el de secuestro cuya pena privativa de libertad es de presidio conforme se tiene en el art. 334 del Cód. Pen., resultando dicha distinción meramente formal; que si bien, el recurrente refiere que se hubiere desconocido los arts. 7, 38, 39, 40, 44 y 45 del Cód. Pen., lo que agravaría su situación procesal; no obstante, no explica de qué manera dicho cambio agravaría su situación procesal y cómo el tribunal de alzada hubiere desconocido los referidos artículos, cuando por el contrario se advierte que la Resolución recurrida plasmó el análisis de los mencionados artículos, resultando el reclamo efectuado por el recurrente un planteamiento genérico, carente de relevancia al no explicarse de manera fundada de qué modo se hubiere agravado su situación procesal; puesto que, el Tribunal de alzada mantuvo la pena impuesta (6 años); en consecuencia, bajo los principios de trascendencia y conservación que fueron explicados por este Tribunal Supremo en el A.S. N° 206/2014-RRC de 22 de mayo, que determinó: “...que el principio de convalidación y trascendencia se encuentra sumido a la norma descrita (art. 167 del Cód. Pdto. Pen.), deduciéndose de la misma que, el afectado, demuestre objetivamente que en la tramitación del proceso el acto o defecto alegado como nulo, pueda ser subsanado o convalidado y en su caso, haya ocasionado un perjuicio o agravio, claro está, que no sea fruto de la conducta o actuación pasiva o negligente del interesado o de quien invoca el defecto; además, en concordancia con estos principios se tiene al principio de conservación, de modo que la nulidad siempre será la excepción y la regla la eficacia del acto procesal; o sea, ante una duda razonable, debe optarse por la interpretación propensa a conservar el acto procesal y así evitar la nulidad” (resaltado propio); se tiene que el régimen de nulidades procesales está sujeto a determinados principios, que necesariamente debe ir acompañado de la demostración del perjuicio provocado a la parte impugnante, lo contrario significaría provocar una innecesaria repetición de actuaciones procesales que de todas formas tendría el mismo resultado; consecuentemente, al no haber explicado el recurrente la supuesta agravación de su situación procesal, el motivo en examen deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por Simón Pinto Concha y Ernesto Villegas Huayta.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



219

Ministerio Público c/ Dieter Víctor Trujillo Lienzon
Estelionato
Distrito: La Paz

AUTO VISTA

La Paz, 3 de noviembre de 2015.

VISTOS: En grado de apelación restringida se tiene la sentencia dictada mediante Resolución N° 11/2015 de 21 de mayo de 2015, cursante a fs. 314-318 de obrados, memorial de apelación restringida de fs. 337-348, memorial de respuesta de fs. 364-369, providencia de remisión de fs. 370, y demás antecedentes procesales.

CONSIDERANDO: I.- Que los Jueces del Tribunal de Sentencia N° 2 en lo Penal de la ciudad de La Paz, por Resolución N° 11/2015 emiten sentencia por la que fallan, declarando por unanimidad al imputado Dieter Víctor Trujillo Lienzon, de generales ya conocidas y descritas en la Sentencia, autor, de la comisión del delito de estelionato tipificado y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., por existir suficiente prueba que género en el tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, condenándolo a la pena privativa de libertad de 4 años, de reclusión a cumplir en el Penal de San Pedro de la ciudad de La Paz, pena privativa de libertad que se computara a partir de su detención más daños civiles y costas al Estado a calificarse en ejecución de sentencia.

Que notificadas las partes mediante diligencias de notificación de fs. 322-324 con la Sentencia dictada por Resolución N° 11/2015, de 21 de mayo de 2015, cursante a fs. 314-318, el acusado Dieter Víctor Trujillo Lienzon, interpone recurso de apelación- restringida por memorial de fs. 337-348 de obrados, bajo los siguientes fundamentos:

- Funda sus agravios en el defecto de la sentencia que habilitan la apelación restringida en el art. 370-3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen., es decir la falta de enunciación del hecho al no estar identificado la parte querellante, la cual está también como uno de los requisitos que debe contener la sentencia establecido en el art.360-1) del Cód. Pdto. Pen., y como defecto también se establece el núm.10) referida a la inobservancia en la redacción de la sentencia, piden que al no poderse enmendar al ser un vicio insubsanable de fondo, la nulidad de la Sentencia con Resolución N° 11/2015, conforme el art. 413 del Cód. Pdto. Pen.

- Asimismo señala como defecto de la sentencia que habilitan la apelación restringida contenido en el art.370-1 del Cód. Pdto. Pen., sobre la inobservancia o errónea aplicación sustantiva, ya que en el punto de exposición de motivos de derecho y doctrinales indicaría el verbo rector o la acción típica, antijurídica, del delito sería vender, gravar, o arrendar como bienes libres o como propios, toda vez que habrían sido probados en juicio, se habría dado en calidad de anticrético, peso además hace notar que no existe documento de arrendamiento por el contrario sería un contrato privado de anticrético, entonces esa figura no sería elemento del tipo penal. Cita como precedente contradictorio el A.S. N° 297 de 16 de septiembre de 2005, pronunciada por la Sala Penal Segunda, así como el A.S. N° 166 de 12 de mayo de 2005.

- Como otro agravio señala el defecto en la sentencia que habilitan la apelación contenida en el art.370-5) del Cód. Pdto. Pen., porque la fundamentación en la sentencia sería insuficiente, citándose además que la sentencia sería contradictoria porque se habría demostrado con prueba PD2, PD3 y PD4, que su persona ingreso en el inmueble ubicado en la calle Final Montenegro Segundo Crucero No.1623 de la zona Norte de la ciudad de La Paz en calidad de anticresista.

- Refiere el defecto de la sentencia que habilitan la apelación restringida, contenida en el art.370-6) del Cód. Pdto. Pen., porque existe defectos ya que la fundamentación de la sentencia está basado en hechos inexistentes, que no se ha subsumido al delito los hechos. Enuncia autos supremos como precedentes contradictorios sobre la falta de valoración de la prueba y fundamentación de la sentencia.

- También reclama el defecto de la sentencia contenida en el art.370-6) del Cód. Pdto. Pen., ya que la fundamentación de la sentencia está basado en una defectuosa valoración de la prueba, señalando las pruebas de cargo PC. 5, PC 10 y las pruebas de descargo consignadas como PD-5, PD-6, PD-7, PD-8 y PD-9, no fueron valorados porque no fueron útiles, ni pertinentes para el delito juzgado, la prueba testifical del Sr. Wilfredo Bernardo Muñecas no fueron valorados, el tribunal debe fundamentar de manera efectiva porque le dá valor a unas pruebas y deshecha otras pruebas, así el art.173 prevé que el juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones pro las cuales les otorga determinado valor, señala el A.S. N° 436/2007 sobre la defectuosa valoración de la prueba.

- Señala el defecto de la sentencia que habilita la apelación restringida contenida en el art.370-10) del Cód. Pdto. Pen., por inobservancia de las reglas previstas para la deliberación de la sentencia conforme el art.359-3) del Cód. Pdto. Pen., sobre la imposición de la pena aplicable, ya que no se habría considerado si tiene o no antecedentes penales, se aplica sin tomar en cuenta las atenuantes del art.37, 38 y 40 del Cód. Pen.

- Refiere la vulneración al principio de "iura novit curia" como defecto absoluto, en el presente caso se juzgaría el hecho y no el tipo.
- Por todo lo manifestado pide se dicte auto de vista declarando la nulidad total de la sentencia conforme la primera parte del art.413 del Cód. Pdto. Pen.

Que corrido en traslado el recurso de apelación restringida donde también se interpuso la apelación incidental, solo respondió la acusadora particular por memorial de fs. 364-369, solicitando se confirme la resolución apelada.

CONSIDERANDO: II.- Que de la revisión de actuados tanto la fundamentación de la parte apelante como la respuesta a la apelación, se llegan a las siguientes conclusiones de orden factico y legal:

1. Que funda sus agravios en el defecto de la sentencia que habilitan la apelación restringida en el art. 370-3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen., es decir la falta de enunciación del hecho al no estar identificada la parte querellante, la cual está también como uno de los requisitos que debe contener, los supuestos de errónea aplicación de la ley adjetiva son: 1) los defectos de procedimiento en general y 2) los expresamente establecidos en los arts. 169 y 370 Cód. Pdto. Pen. Conforme a esto, los supuestos previstos en los dos preceptos referidos -excepto el inc. 1) del art. 370, que alude a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva- están referidos a: 1) inobservancia de la ley adjetiva, 2) errónea aplicación de la ley adjetiva, cuando no se comprueban los hechos acusados conforme a los parámetros exigidos por ley (de modo integral, conforme a las reglas de la sana crítica). Esto significa que los hechos acusados deben ser probados y que sólo es válida la comprobación realizada conforme a ley. En este sentido, una acusación y/o querrela, no estará comprobada conforme a ley cuando: 1. El hecho no existió 2. El hecho no se ha probado en forma suficiente (inc. 3 al 11 del art. 370, art. 169 y demás defectos de procedimiento impugnados oportunamente) El hecho existió pero no se puede individualizar al agente (inc. 2 del art. 370), se refiere a que no esté individualizada la parte imputada, no refiriéndose a la parte querellante, en el presente caso se invoca el defecto en la sentencia contenido en el art.370-3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen., que falte la enunciación del hecho al no estar identificado la parte querellante, de la revisión de la sentencia se puede verificar que en la misma existe la enunciación del hecho y está claramente determinado el objeto del juicio, estando su determinación circunstanciada.

2. Que con relación al defecto contenido en el art.370-1 del Cód. Pdto. Pen., sobre la inobservancia o errónea aplicación sustantiva, ya que en el punto de exposición de motivos de derecho y doctrinales indicaría el verbo rector o la acción típica, antijurídica, del delito sería vender, gravar, o arrendar como bienes libres o como propios, toda vez que habrían sido probados en juicio, se habría dado en calidad de anticrético, pero además hace notar que no existe documento de arrendamiento por el contrario sería un contrato privado de anticrético, entonces esa figura no sería elemento, del tipo penal. Cita como precedente contradictorio el A.S. N° 297 de 16 de septiembre de 2005, pronunciada por la Sala Penal Segunda, así como el A.S. N° 166 de 12 de mayo de 2005, en el presente caso se tiene que, se ha condenado por el delito tipificado en el art.337 del Cód. Pen., (estelionato), al respecto se debe tener en cuenta que en la exposición de motivos de hecho y probatorios, en el punto "primero", "segundo", "tercero", "cuarto", ha adecuado el hecho al delito, tomando en cuenta que este tipo penal requiere en el sujeto activo el elemento subjetivo de conocer que el bien que vende grava o arrienda es ajeno, si por el contrario, no hay delito. En el presente caso lo que se reclama es que no sería una venta u otra figura sino que sería un contrato de anticrético, pues bien en la modalidad de ello se sabe que el contrato de anticrético trae consigo un gravamen y es justamente la garantía del inmueble como en el presente caso el mismo debe estar inscrito en el registro de DD.RR., es así que si bien se usa como agravio la no tipificación en los puntos mencionados se ha podido acomodar la figura al tipo penal por cuanto a sabiendas que no era suyo ha procedido a realizar un contrato de anticrético que lleva en sí y consigo la figura de gravamen, obrando con dolo.

3. Con referencia al agravio previsto y contenido en el art.370-5) del Cód. Pdto. Pen., porque la fundamentación en la sentencia sería insuficiente, citándose además que la sentencia sería contradictoria porque se habría demostrado con prueba PD2, PD3 y PD4, que su persona ingreso en el inmueble ubicado en la calle Final Montenegro Segundo Crucero N° 1623 de la zona Norte de la ciudad de La Paz en calidad de anticresista, en boca se ha probado que el acusado en su calidad de anticresista, realizó otro contrato de anticrético de un inmueble que no era suyo, la intención ha sido disponer del bien tal cual que refiere en forma fundamentada en el punto cuarto, entonces de toda la lectura se ha podido verificar que se encuentra debidamente fundamentada cumpliendo el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., tomando en cuenta que la relación no puede ser confundida con la fundamentación.

4. Que con relación al defecto de la sentencia da art.370-6) del Cód. Pdto. Pen. porque existe defectos ya que la fundamentación de la sentencia está basado en hechos inexistentes, que no se ha subsumido al delito los hechos. Enuncia autos supremos como precedentes contradictorios sobre la falta de valoración de la prueba y fundamentación de la sentencia, de toda la lectura de la misma resolución se ha adecuado el hecho al tipo penal, sin embargo se pretende forzar una tipicidad, en el punto primero de la contestación a la falta de fundamentación en la adecuación al tipo penal, se ha explicado que en toda la sentencia, se puede explicar el porqué habría sido señalado como estelionato, en forma clara, concisa, tomando inclusive las mismas pruebas de la sentencia, de la acusación particular, de las pruebas de descargo señaladas, entonces la valoración de la prueba ha sido explicada de forma coherente por las autoridades competentes.

5. Que el art.370-6) del Cód. Pdto. Pen., respecto a que la fundamentación de la sentencia está basado en una defectuosa valoración de la prueba, señalando las pruebas de cargo PC. 5, PC 10 y las pruebas de descargo consignadas como PD-5, PD-6, PD-7, PD-8 y PD-9, no fueron valorados porque no fueron útiles, ni pertinentes para el delito juzgado, de la revisión de la sentencia la misma se basa para su decisión en las pruebas testificales, el tribunal fundamenta de manera efectiva, porque valora como es su competencia las pruebas, así el art.173 prevé que el juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, señala el A.S. N° 436/2007 sobre la defectuosa valoración de la prueba, lo que ocurrió en el presente caso.

6. Que con relación al defecto de la sentencia que habilita la apelación restringida, contenida en el art.370-10) del Cód. Pdto. Pen., por inobservancia de las reglas previstas para la deliberación de la sentencia conforme el art.359-3) del Cód. Pdto. Pen., sobre la imposición de la pena aplicable, sin tomar en cuenta las atenuantes del art. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., se debe aclarar en primer lugar que en toda la

fundamentación de la resolución se ha adecuado la conducta del imputado al hecho consiguientemente, si bien solo se enuncia el art.37, 38 del Cód. Pen., pero el tribunal considera que la pena se encuentra dentro de los parámetros de la sanción, por último con relación a la vulneración del principio de "iura novit curia" como defecto absoluto, en el presente caso se juzgaría el hecho y no el tipo, en consecuencia el tribunal ha aplicado correctamente la fundamentación, el principio de congruencia, por lo que si bien es admisible la apelación planteada, no son procedentes las cuestiones planteadas.

POR TANTO: la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia del distrito de La Paz, admite la apelación interpuesta por haberse planteado dentro del término establecido por Ley, en el fondo declara la IMPROCEDENCIA de las cuestiones planteadas y en consecuencia se confirma la Resolución. N° 11/2015 de 21 de mayo de 2015, cursante a fs. 314-318 de obrados, sea con las formalidades de Ley.

Vocal Relator: Dra. Virginia Janeth Crespo Ibáñez

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Virginia Janeth Crespo Ibáñez – Elías Fernando Ganam Cortez

Ante mí: Abg. Leonor Ximena Quiroz Najar.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 23 de mayo de 2016, cursante de fs. 423 a 435, Dieter Víctor Trujillo Lienzon, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 68-A/2015 de 3 de noviembre, de fs. 395 a 398, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los vocales Virginia Janeth Crespo Ibáñez y Elías Fernando Ganam Cortez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 11/2015 de 21 de mayo (fs. 314 a 318), el Tribunal de Sentencia N° 2 de la Capital del Tribunal Departamental de La Paz, declaró a Dieter Víctor Trujillo Lienzon, autor de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cuatro años de reclusión, más el pago de daños civiles y costas al Estado.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Dieter Víctor Trujillo Lienzon (fs. 337 a 348), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 68-A/2015 de 03 de noviembre, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró improcedentes las cuestiones planteadas y confirmó la Sentencia apelada, complementando aquella resolución por Auto de 18 de enero de 2016 (fs. 402), lo que motivó la formulación de recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N°801/2016-RA de 17 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia actividad procesal defectuosa por defectos absolutos al haberse emitido de manera conjunta la apelación incidental y la apelación restringida señalando que: a) Los arts. 407 y 411 del Cód. Pdto. Pen., no establecen que se podrá resolver de manera conjunta la apelación restringida y la apelación incidental y en el presente caso se resolvieron de manera conjunta, mediante resoluciones 68/2015 y 68-A/2015; aspecto que, genera la nulidad de dichas resoluciones al vulnerarse los arts. 308, 169-3) y 167 del Cód. Pdto. Pen., y se encontrarse en contradicción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia; b) Señala que se llevó adelante la audiencia de fundamentación de su apelación restringida, antes de que se resuelva su apelación incidental lo cual es un vicio procesal absoluto insubsanable y la fundamentación realizada no consta en el A.V. N° 68-A/2015, teniendo en cuenta que esos fundamentos son parte de su derecho a la defensa en el cual expresa sus agravios; aspecto que, infringe el principio de igualdad, inmediación, el debido proceso, la seguridad jurídica y el derecho a la defensa lo cual es un defecto absoluto no susceptible de convalidación, previsto en los arts. 167 y 169-3) del Cód. Pdto. Pen.; y, c) El A.V. N° 68-A/2015 lleva de 30 de octubre; entonces, porque se les notifica el 13 de enero de 2016 - cuestiona el recurrente - el cual debió haber sido emitido dentro de los veinte días después de la audiencia de fundamentación; sin embargo, el auto de vista fue emitido más allá de los veinte días que prevé la ley, por lo que corresponde la nulidad del proceso hasta que se resuelva dicha apelación conforme los plazos establecidos por el art. 411 del Cód. Pdto. Pen. Con relación a la temática planteada invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 152/2012 de 20 de junio.

Refiere la existencia del defecto de la sentencia que habilita la apelación restringida [art. 370-3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen.]; este aspecto, según el recurrente no fue resuelto por el tribunal de alzada, es así que realizó la transcripción del considerando II de la resolución del tribunal de alzada; de lo que señaló, que no es evidente lo que se manifiesta en dicho considerando teniendo en cuenta que en la primera plana de la sentencia no consta el nombre de la parte querellante o acusadora particular vulnerado el art. 360-1) del Cód. Pdto. Pen.; en consecuencia, considera que su solicitud no fue respondida por el auto de vista; por tanto, esta omisión genera la vulneración del debido proceso y el principio de legalidad, siendo que el auto de vista le da una respuesta evasiva, por lo que corresponde su nulidad.

3) Defectos de la Sentencia que habilitan la apelación restringida, contenido en el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., porque la fundamentación de la sentencia está basada en una defectuosa valoración de la prueba o exclusión de la prueba sin fundamentar los motivos

de su exclusión debido a que existió falta de pronunciamiento, respecto del sexto motivo su recurso de apelación restringida, lo que significa denegación de justicia y vulneración de su derecho a recurrir, derecho a la defensa y el principio a la seguridad jurídica, derecho a la impugnación. Al respecto, invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 152 de 20 de junio de 2012.

4) Refiere que la vulneración del principio iura novit curia como defecto absoluto no fue respondido en el auto de vista recurrido, teniendo en cuenta que esta vulneración se señaló en su recurso de apelación restringida; empero, no fue respondida, en consecuencia se vulnera este principio ya que debería juzgarse el hecho y no el tipo, lo cual es un defecto absoluto establecido en el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., y vulnera los derechos y garantías, como ser: el debido proceso, la seguridad jurídica, la defensa, de impugnación, de certeza, de inmediación, de congruencia y de legalidad. En el otrosí de su recurso invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 172 de 20 de junio de 2012.

I.1.2. Petitorio.

Ante la vulneración de los derechos denunciados, pide se declare la nulidad del auto de vista impugnado de casación.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 801/2016-RA de 17 de octubre, cursante de fs. 447 a 452 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Dieter Víctor Trujillo Lienzon, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 11/2015 de 21 de mayo, el Tribunal de Sentencia N° de la Capital del Tribunal Departamental de La Paz, declaró a Dieter Víctor Trujillo Lienzon, autor de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 4 años de reclusión, en mérito a los siguientes hechos probados:

Se probó que la acusadora particular Martha Torrelío Rueda es legítima propietaria del inmueble que es objeto de la presente Litis; que el imputado Dieter Víctor Trujillo Lienzon ingresó a ocupar el indicado inmueble en calidad de anticresista y en esa calidad el acusado sin tener derecho legítimo, suscribió un documento privado de contrato de anticrético sobre el indicado inmueble con Luz Mariela Aguilar Herrera, entregándole dos habitaciones, cocina, baño, lavandería además de la terraza por la suma de \$us 5.000.- la cual no abandona el inmueble porque hasta la fecha no se le habría devuelto el dinero por el mencionado contrato de anticrético.

II.2. De la apelación restringida.

Notificado el acusado con la referida sentencia, interpuso recurso de apelación restringida arguyendo:

1) La sentencia no habría referido el nombre de la querellante o acusadora particular, con lo cual a su criterio se hubiere incumplido lo estatuido por el art. 360, incurriendo a la vez en el defecto establecido en el inc. 3) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

2) El tribunal de sentencia habría incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva, indicando que la figura del anticrético no es una característica (elemento constitutivo) del delito de Estelionato y que no se debe confundir con el arrendamiento que es otra figura diferente, con lo cual denuncia que se habría violado el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.

3) Fue condenado en base a una fundamentación genérica, sin especificar cuáles son las disposiciones legales y normas vigentes que se violaron, con ese argumento denuncia vulneración del inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

4) Existiría contradicción en la sentencia al afirmar por un lado que entró en calidad de anticresista; y por otro, en calidad de arrendatario y que la última afirmación no habría sido respaldada por prueba alguna.

5) La Sentencia se basaría en hechos falsos y no acreditados y que en el contrato de anticrético que suscribió su persona no indicaría que él es el propietario o que está suscribiendo el contrato a nombre de la propietaria, lo cual a su criterio estaría vulnerando lo establecido en el inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

6) Fue condenado sin que exista una debida fundamentación, además de excluir la prueba de descargo, incurriendo en el defecto establecido en el art. 370-3) del Cód. Pdto. Pen.

7) El quantum de la pena sería excesiva, porque no se hubiere considerado la inexistencia de antecedentes penales, lo que constituiría en el defecto establecido en el art. 370-10) del Cód. Pdto. Pen.

8) Se vulneró el principio de iura novit curia, señalando que en un proceso se juzgan los hechos y no los tipos, lo que se constituiría en el defecto establecido en el art. 370-3) del Cód. Pdto. Pen.

En la parte final de su recurso, formula recurso de apelación incidental, sobre la resolución que rechazó su excepción de extinción de la acción penal por prescripción, acusando que la misma habría sido rechazada sin una debida fundamentación.

II.3. Del auto de vista impugnado.

Inicialmente se advierte que a fs. 393 a 394 vta., la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, emitió el A.V. N° 68/2015 de 30 de octubre, por el cual declaró improcedentes las cuestiones planteadas en la apelación incidental y en consecuencia confirmó la Resolución N° 77/2015 de 24 de marzo, de fs. 286 y vta.

A continuación a fs. 395 a 398, La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, dictó el A.V. N° 68-A/2015 de 03 de noviembre, declarando la improcedencia de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación restringida y confirmó la Sentencia bajo los siguientes argumentos en relación a los motivos en análisis:

En relación a que en la sentencia no se habría identificado a la parte querellante, señaló que el inc. 2) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., hace referencia al caso que no estuviera individualizada la parte imputada, no se refiere a la parte querellante y que en el caso de autos de la revisión de la sentencia verificó que existe la enunciación del hecho y está claramente determinado el objeto del juicio. En relación a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, señala que el verbo rector del tipo penal de Estelionato es: vender, gravar o arrendar como bienes libres o como bienes propios un bien que no es propio, por lo que concluye que la subsunción de la conducta del acusado al tipo penal de Estelionato es correcta; teniendo en cuenta el hecho de dar en anticrético un inmueble y considerando que el anticrético trae consigo un gravamen que es justamente la garantía del inmueble, como ocurrió en el presente caso y que el referido contrato necesariamente tiene que estar inscrito en los registros de DD.RR. Respecto a la falta de fundamentación, concluyó que se ha probado que el acusado en su calidad de anticresista, realizó un contrato sobre un inmueble que no era suyo, siendo que la intención fue disponer tal bien, tal cual de forma fundamentada estableció la sentencia en su punto cuarto, cumpliendo en consecuencia a cabalidad con el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. En relación a que la sentencia estuviere basado en hechos inexistentes, concluyó que la prueba fue explicada de manera coherente por las autoridades competentes, que la prueba fue valorada asignado el valor correspondiente a cada prueba, aplicando las reglas de la sana crítica; finalmente, concluye que la conducta del acusado se adecuó al tipo penal acusado y que la pena impuesta se encuentra dentro de los parámetros de la sanción y que aplicando el principio iura novit curia concluyó que en el caso de autos se juzgó los hechos y no el tipo.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado y de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el presente recurso, el acusado denuncia actividad procesal defectuosa por haberse resuelto de manera conjunta la apelación incidental y la apelación restringida, se desarrolló la audiencia de fundamentación de la apelación restringida antes de la resolución de la apelación incidental y que se emitió el auto de vista impugnado más allá de los veinte días que prevé la ley; además, que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva, respecto a los motivos alegados en el recurso de apelación restringida con base a los arts. 370-1), 3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen., así como en la vulneración del principio iura novit curia; correspondiendo resolver las problemáticas planteadas.

III.1. En cuanto a la denuncia de actividad procesal defectuosa.

En este primer motivo el cuestionamiento principal que hace el recurrente es la resolución conjunta de las apelaciones incidental y restringida, a cuyo efecto invoca como precedente contradictorio, el A.S. N°152/2012 de 20 de junio, que fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de estafa y otros, en el cual este Máximo Tribunal de Justicia, constató esencialmente que, el tribunal de alzada emitió resolución de fondo, sin antes haber resuelto el recurso de apelación incidental, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido estableciendo previamente como doctrina legal la siguiente: "Conforme al precepto contenido en el art. 308 del Cód. Pdto. Pen., las excepciones son de previo y especial pronunciamiento al condicionar la emisión de una decisión sobre el fondo del asunto en el proceso. En ese marco, formulada la apelación incidental contra la resolución que resuelve una excepción, cuando el tribunal haya determinado diferirlo hasta que se dicte la sentencia de primer grado y deba resolverse junto a la apelación restringida, remitidas las actuaciones al tribunal de Alzada, el recurso de apelación incidental deberá ser resuelto con carácter previo. De acuerdo a la resolución el tribunal de alzada determinará luego si corresponde resolver el recurso de apelación restringida, o la devolución del proceso al Juez o Tribunal de origen".

Contrastando con el caso de autos, se observa que en el caso presente se denuncia actividad procesal defectuosa, porque en criterio del recurrente se hubiera emitido de manera conjunta la apelación incidental y la apelación restringida; en cambio, el precedente invocado fue emitido al constatarse que el tribunal de alzada resolvió la apelación restringida, sin antes haber resuelto la apelación incidental, resultando que en el caso de autos, la apelación incidental fue resuelta de manera previa a la apelación restringida, conforme se observa en el A.V. N° 68/2015 de 30 de octubre que corre de fs. 393 a 394 vta., y al haber sido declarada improcedente la referida apelación incidental, recién se ingresó a resolver la apelación restringida, emitiéndose en consecuencia el A.V. N° 68-A/2015 de 03 de noviembre, Resolución que cursa de fs. 395 a 398; por lo referido, puede advertirse que la doctrina legal aplicable contenida en el precedente invocado, fue generada en una problemática distinta a la analizada; es decir, no concurre una situación de hecho similar, de modo que no puede visualizarse la existencia de contradicción en los términos previstos por el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., siendo necesario destacar que en casos semejantes al presente, este Tribunal dejó sentado el siguiente criterio contenido en el A.S. N°396/2014-RRC de 18 de agosto de 2014, respecto a los requisitos que deben cumplir los precedentes contradictorios: "Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen., y 42-3) de la L.Ó.J., y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los

precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo". Por lo referido, el presente reclamo deviene en infundado.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el recurrente denuncia actividad procesal defectuosa, es menester señalar que conforme lo expuesto en el A.S. N°218/2015-RRC-L de 287 de mayo, emitido por esta sala, se estableció que: "En materia penal, las nulidades procesales se encuentran reguladas a partir del art. 167 al 170 del Cód. Pdto. Pen., bajo el nomen iuris 'actividad procesal defectuosa', tiene como fin asegurar la efectivización de la garantía constitucional de defensa no sólo en juicio; sino, desde el inicio de las investigaciones hasta la última etapa del proceso; pues, busca castigar con eficacia los actos jurídicos llevados a cabo sin la observancia de requisitos legales establecidos para su validez. Para que se haga aplicable la sanción, es requisito indispensable que las partes, que pretendan la nulidad o se deje sin efecto un acto o resolución, impugnen las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento con fundamento en el defecto que le causó agravio (art. 167 del Cód. Pdto. Pen.), de lo que se establece que únicamente se puede pretender la nulidad, cuando existe agravio cierto (ofrece certidumbre respecto al perjuicio efectivo que ocasionado) e irreparable (que tenga como único remedio la nulidad del acto o fallo). Respecto a la finalidad de las nulidades, Luis Maurino sostiene que 'las nulidades procesales tienen como misión esencial enmendar perjuicios efectivos que, surgidos de la desviación de las reglas del proceso, pueden generar indefensión' (Maurino, Luis: Nulidades Procesales, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, pág. 44)", identificando dicho fallo entre otros principios reguladores de la actividad procesal defectuosa: "El principio de trascendencia (pas nullite sans grief), que significa que 'no hay nulidad sin perjuicio'; es decir, que únicamente es posible declarar la nulidad, cuando los defectos procedimentales denunciados provoquen un daño de tal magnitud que dejen en indefensión material a las partes y sea determinante para la decisión adoptada en el proceso judicial, debiendo quedar claro que de no haberse producido dicho defecto, el resultado sería otro, o que el vicio impida al acto cumplir con las formalidades para el cual fue establecido. Para que opere la nulidad (art. 169 del Cód. Pdto. Pen.), quien la solicite debe: i) Alegar el perjuicio o daño, señalando de forma clara, cuál el acto que no pudo realizar o que se realizó incumpliendo las formas procesales, no resultando suficiente una invocación genérica de algún defecto, sin explicación clara y precisa de dichas circunstancias; ii) Debe acreditar de forma específica la existencia de perjuicio cierto, concreto y real en desmedro de sus derechos y/o garantías constitucionales, demostrando que la única forma de enmendar el error es por medio de la declaratoria de nulidad; iii) Debe existir interés jurídico en la subsanación, por lo que quien solicita nulidad, debe explicar por qué la solicita, toda vez que el argumento de impetrante es el que permite, al juzgador, establecer el ámbito de pronunciamiento"; constatándose en el caso de autos, que el recurrente se limita a denunciar a través del recurso de casación, que se llevó adelante la audiencia de fundamentación de su apelación restringida, antes de la resolución de su apelación incidental y que su intervención en dicho acto no se hicieron constar en la resolución recurrida, alegando la existencia de un vicio procesal absoluto, sin precisar fundadamente cuál el perjuicio cierto, concreto y real, en desmedro de sus derechos y/o garantías constitucionales con dicha actuaciones, por lo que siendo la denuncia genérica y carente de sustento deviene en infundada.

Po último, con relación al tema relativo a la fecha de emisión de la resolución recurrida, que motiva la pretensión de nulidad del proceso hasta que se resuelva la apelación conforme los plazos establecidos por el art. 411 del Cód. Pdto. Pen., el recurrente no toma en cuenta que a partir de la doctrina legal contenida en los AA.SS. Nos. 110 de 31 de marzo de 2005, 240 de 12 de marzo de 2009 y 259 de 06 de mayo de 2011, entre otros, sostenida de manera uniforme por este Tribunal, en materia penal, el incumplimiento de plazos no acarrea la pérdida de competencia, menos la nulidad de lo actuado, sino la retardación de justicia que amerita la responsabilidad administrativa o penal de los funcionarios negligentes; determinando que este reclamo resulte infundado.

III.2. Respecto a la denuncia de incongruencia omisiva.

Los siguientes motivos de casación identificados en los incs. 2), 3) y 4) del acápite I.1.1., del presente fallo, convergen en la denuncia del recurrente de que el tribunal de alzada no hubiese resuelto, emitido pronunciamiento y dado respuesta a los motivos de apelación fundados en los arts. 360-1) y 370-3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen., así como en la vulneración del principio iura novit curia, es decir que hubiese incurrido en una incongruencia omisiva.

Sobre el particular, el art. 115-I de la C.P.E., hace hincapié en la protección oportuna y efectiva de los derechos e intereses legítimos, cuando señala que: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Este derecho en su contenido evidencia distintas dimensiones como el derecho de libre acceso al proceso, a la defensa, al pronunciamiento judicial sobre las pretensiones planteadas, a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas y el derecho a los recursos previstos por ley.

En ese contexto, se incurre en el defecto de la incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) al no pronunciarse una autoridad jurisdiccional sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; temática que fue ampliamente desarrollada por este tribunal en el A.S. N°297/2012-RRC de 20 de noviembre, que refirió: "...sin embargo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la Resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la Resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada.

La incongruencia omisiva quebranta el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual, '...sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo' (Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416).

Igualmente, refiere el versado Couture, que: 'El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*' (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo - Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300).

Lo anterior significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., textualmente refiere: 'Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución', se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada'.

Efectuada esta precisión, el recurrente denuncia incongruencia omisiva, señalando que no se hubiere dado respuesta a los defectos de sentencia establecidos en los incs. 3), 6) y 10) del Cód. Pdto. Pen., puntualizando que en la primera página de la sentencia no se hubiera pronunciado el nombre de la querellante particular; al respecto, de la revisión del auto de vista impugnado, se observa que esta denuncia no es evidente; puesto que, la resolución recurrida, de manera implícita responde a la misma en el punto 1 del Considerando II, en sentido que de la revisión de la sentencia concluye que existe la enunciación del hecho, además de estar claramente determinado el objeto del juicio, señalado además que el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., hace referencia a la individualización de la parte imputada y no así a la individualización de la parte querellante; por otro lado, el recurrente debe considerar, que este Tribunal conforme se destacado precedentemente ha sentado línea jurisprudencial, en sentido que no cualquier defecto es necesariamente invocable para anular un proceso, sino que necesariamente tiene que haber un perjuicio o agravio a la parte interesada y que además esté demostrado el agravio para poder solicitar la anulación del acto defectuoso, por lo que no se puede decretar la nulidad solo por anular; puesto que, la nulidad no deriva solo del quebrantamiento de la forma, pues es necesario que exista una vulneración de tal manera que la única forma de dar solución sería anulando el proceso hasta el acto vulneratorio; en el caso de autos, el recurrente no precisa cuál el agravio o perjuicio causado por la falta de mención del nombre de la querellante en la primera parte de la sentencia, o de qué forma ello afectaría o vulneraría algún derecho, por lo que pretender la nulidad en los términos planteados por el recurrente resulta inviable, determinándose en consecuencia que este motivo deviene en infundado.

Por otra parte, se evidencia del Considerando II del auto de vista impugnado, que el Tribunal de alzada aborda cada uno de los motivos alegados en apelación restringida, pues en el inc. 2) efectúa un análisis sobre la denuncia sustentada en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., para destacar en base a los argumentos expuestos por el imputado en su apelación, que el tipo penal de Estelionato requiere en el sujeto activo el elemento subjetivo de conocer que el bien que vende, grava o arrienda es ajeno, resultando que en el caso -según sostiene el tribunal de alzada- el imputado suscribió un contrato de anticrético respecto a un bien que no era suyo; por otra parte, en el siguiente inciso, emitió pronunciamiento en cuanto al defecto previsto por el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., al sostener que la sentencia observó las previsiones del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., haciendo hincapié en haberse probado que el imputado en su calidad de anticresista realizó otro contrato de anticrético de un inmueble que no era suyo; siendo también desestimado el defecto fundado en el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., por cuanto en la posición del tribunal de alzada la sentencia explicó en forma clara y concisa, el por qué se condenó por el delito de estelionato, con base a las pruebas testificales, siendo valoradas de manera efectiva, teniendo en cuenta que conforme el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., el juez asignó valor a los elementos de prueba con aplicación de las reglas de la sana crítica; advirtiéndose también que en el ámbito de lo denunciado por el imputado, el Tribunal de alzada también emitió un pronunciamiento puntual respecto al defecto previsto por el art. 370-10) del Cód. Pdto. Pen., vinculado al art. 359.3) del Cód. Pdto. Pen., al sostener que en toda la fundamentación de la sentencia se adecuó la conducta del imputado al hecho y si bien sólo se enunció los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., la pena fue impuesta dentro de los parámetros de la sanción para finalmente concluir en base a todos estos aspectos, no haberse vulnerado el principio "iura novit curia"; lo que significa, que el tribunal de alzada de manera aún sucinta, resolvió cada uno de los motivos alegados en apelación restringida por el imputado, sin que resulte evidente la vulneración de sus derechos y garantías, al constatar que en el caso de autos, el auto de vista recurrido no incurrió en incongruencia omisiva o fallo corto.

Debe agregarse de manera puntual, asumiendo este tribunal que la respuesta sucinta del tribunal de alzada a los motivos alegados en apelación enerva el reclamo de casación sobre incongruencia omisiva, que la denuncia por defectuosa valoración de la prueba, defecto de sentencia descrito en el inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como norma habilitante, debe encontrarse vinculada a la infracción del art. 173 del mismo cuerpo legal; es decir, a la vulneración de las reglas de la sana crítica, que consisten en: a. La experiencia, que consiste en las reglas que conoce el hombre común (sentido común – conocimiento adquirido por cualquier persona de forma espontánea como verdad irrefutable); b. Las reglas de la ciencia, entre las cuales la más aplicada es la de la psicología, que en el caso del juzgador requiere conocimientos mínimos (se aplican cuando el juzgador observa comportamientos); c. Las reglas de la lógica, (la lógica de lo razonable); es decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente, para crear un razonamiento debidamente estructurado. Lo que implica, que quien alegue defectuosa valoración de la prueba, debe brindar información necesaria que posibilite identificar

cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los elementos analizados arbitrariamente; únicamente planteado en esos términos el recurso, es posible el control sobre la valoración de la prueba, control que debe ser ejercitado sobre la lógica de la sentencia, teniendo como circunscripción lo argumentado en el recurso; evidenciándose en el caso de autos, que el recurrente en apelación no brinda información necesaria, respecto de qué forma las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, cuáles los hechos o afirmaciones que son contrarias a la experiencia común, cuáles serían los hechos no ciertos en que se funda la sentencia, o de qué manera los medios de prueba hubieran sido valorados defectuosamente.

Por otra parte, sobre la congruencia externa; es decir, a la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia, es necesario referir que la doctrina moderna, concordante con el sistema acusatorio, hace la diferencia entre la congruencia jurídica y la congruencia fáctica; la primera (congruencia jurídica), que consiste en la exigencia de homogeneidad entre los delitos acusados con los delitos objeto de condena o sanción; en cambio la segunda (congruencia fáctica), exige de la sentencia que tenga como base el hecho o factum investigado y acusado, debiendo emitir pronunciamiento concordante con dicho hecho; es decir, el tribunal sentenciador puede otorgar al hecho denunciado una calificación jurídica diferente a la que conste en la acusación, cuidando de no dejar en estado de indefensión al imputado, por lo que se encuentra constreñido a no modificar sustancialmente dicha calificación, teniendo como margen, que la misma se haga dentro la "misma familia de delitos", por ello la acusación debe señalar la pretensión jurídica que servirá para orientar tanto al tribunal como al imputado para la efectivización de su derecho a la defensa.

En consecuencia, el juzgador tiene la facultad de modificar la calificación del tipo penal acusado, aplicando el principio *iura novit curia*, sin apartarse del principio de congruencia fáctica en resguardo del derecho a la defensa; lo que significa que, en el supuesto caso en que se pretenda cambiar la base fáctica -no la jurídica- como consecuencia del desarrollo del proceso, se justifica la suspensión temporal de la audiencia, con la finalidad de que el imputado pueda ejercer defensa sobre los nuevos hechos atribuidos, lo contrario, lesionaría su derecho a la defensa, lo que no sucede cuando se modifica la calificación realizada en la acusación, pues esa está sujeta a la comprobación de los hechos, lo que implica que es provisional, toda vez que es el juzgador quien realiza el juicio de tipicidad y la consecuente subsunción; pues bien, en el caso de autos, se evidencia que el recurrente en su apelación sin mayor fundamentación alegó la existencia de vulneración del principio "*iura novit curia*", sin señalar a su criterio por qué delito hubiera tenido que ser condenado, o los hechos a qué tipo penal se encuadrarían en caso de no adecuarse al tipo penal por el que fue condenado, por consiguiente, este motivo también deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Dieter Víctor Trujillo Lienzon.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Crísthian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



220

Cira Juana Murillo Beltrán c/ Patricia Ingrid Forcada Murillo y otra
Despojo y otro
Distrito: La Paz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 23 de junio de 2016, cursante de fs. 566 a 568 vta., Cira Juana Murillo Bertrán, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 11/2016 de 24 de febrero, de fs. 533 a 535 vta., y el Auto Complementario del 05 de mayo de 2016, de fs. 540 y vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los Vocales Willy Arias Aguilar y Virginia Jeaneth Crespo Ibáñez, dentro del proceso penal seguido por la recurrente contra Patricia Ingrid y Claudia Ineka ambas de apellido Forcada Murillo, por la presunta comisión de los delitos de despojo, apropiación indebida y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 351, 345 y 346 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 13/2015 de 29 de mayo (fs. 487 a 493 vta.), el Juez 1° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Patricia Ingrid y Claudia Ineka ambas de apellido Forcada Murillo, absueltas de pena y culpa de los delitos de despojo, apropiación indebida y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 351, 345 y 346 del Cód. Pen.

Contra la mencionada sentencia, la querellante Cira Juana Murillo Beltrán interpuso recurso de apelación restringida (fs. 499 a 508), resuelto por A.V. N° 11/2016 de 24 de febrero, dictada por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró inadmisibles las cuestiones planteadas y confirmó la sentencia apelada, notificada la querellante con dicha resolución solicitó enmienda, que fue rechazado por Auto de 05 de mayo de 2016, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del recurso de casación y del A.S. N°803/2016-RA de 17 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

La recurrente en el auto de vista en el considerando cuarto aclara, que la fecha correcta de notificación a su persona con la sentencia, es el 23 de junio del 2015 y que bajo el principio de celeridad el error en cuanto al año queda subsanado, más adelante dicha resolución indica que el recurso de apelación restringida debe presentarse dentro de los quince días, feneciendo el mismo el 14 de julio del 2015, por lo que al haberse presentado el recurso el 15 del referido mes y año, se tiene que fue interpuesto fuera del plazo establecido en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; y que por tanto, no se ingresa al fondo declarándolo inadmisibles; al respecto, presentó complementación y enmienda, ya que por D.S. N° 2435 del 01 de julio, el Gobierno Nacional declaró feriado nacional en el Departamento de La Paz el 8 del señalado mes y año por la visita del Papa Francisco; por cuanto, el recurso fue interpuesto dentro de plazo; sin embargo, el tribunal de alzada declara no ha lugar a la complementación suscitada, indicando que la constitución se encuentra por encima de un D.S., vulnerando así el art. 130 del Cód. Pdto. Pen., (computo de plazo-día hábiles), el debido proceso, el acceso efectivo a la justicia y el derecho a doble instancia, además de que existe incongruencia porque en el auto de vista se indica que el plazo fenecía el 14 de julio del 2015 y en el auto complementario señaló otra fecha.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido y devuelva obrados a la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, para que dicte Resolución en el fondo en consideración a que su recurso de apelación fue presentado dentro del plazo que establece la norma adjetiva penal.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N°803/2016-RA de 17 de octubre, cursante de fs. 577 a 579, este Tribunal admitió el recurso de casación, formulado por la recurrente Cira Juana Murillo Beltrán ante la concurrencia de presupuestos de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. Por Sentencia N° 13/2015 de 29 de mayo, el Juez 1° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a las imputadas Patricia Ingrid y Claudia Ineka ambas de apellidos Forcada Murillo, absueltas de pena y culpa de la comisión de los delitos de despojo, apropiación indebida y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 351, 345 y 346 del Cód. Pen.

II.2. El 23 de junio de "2013" la querellante Cira Juana Murillo Beltrán, fue notificada con la referida sentencia (fs. 496), interponiendo su recurso de apelación restringida el 15 de julio de 2015 (fs. 499 a 508).

II.3. Remitidos los antecedentes al tribunal de alzada, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por A.V. N° 11/2016 de 24 de febrero (fs. 533 a 535 vta.), sin ingresar al fondo declaró inadmisibles el recurso planteado; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada, bajo el fundamento de que: Se desprende del formulario de notificación con la sentencia a la apelante (fs. 496), la misma que por error atribuible al auxiliar II del juzgado a quo, es notificada el 23 de junio de 2013; empero, es menester señalar que la notificación no pudo realizarse en el año que se indica en el formulario de notificación, máxime si la sentencia recurrida es de 29 de mayo de 2015, por lo que el año atribuido por la oficial de diligencias corresponde a una confusión; asimismo, cabe precisar que la suscrita apelación fue remitida el 10 de septiembre de 2015 tal cual se evidencia del sello de cargo de auxiliatura de Salas Penales (fs. 530 vta.), por lo que a criterio del presente Tribunal de alzada se debe determinar que si bien existe errónea transcripción en cuanto al año de notificación, no es menos cierto que durante el transcurso del tiempo entre la sentencia y la remisión a auxiliatura de Salas Penales la única fecha atribuible de notificación es la de 23 de junio de 2015, entonces siendo evidente que el año de notificación corresponde al 2015 y no al 2013 como se señala en el formulario de notificación, es menester dar concreta aplicación al principio de celeridad.

Que luego de una revisión prolija y cuidadosa de los datos que informan el presente legajo de apelación, se desprende el pronunciamiento de la Sentencia N° 13/2015 de 29 de mayo, que fue debidamente notificado a Cira Juana Murillo Beltrán en 23 de junio de 2015, de forma personal en secretaria de juzgado para lo cual cursa firma de la querellante; asimismo, de la revisión del memorial de apelación restringida se establece que a fs. 508 vta., cursa informe del secretario del Juzgado donde se evidencia de la presentación del recurso de apelación en 15 de julio de 2015, en torno a ello es menester invocar la previsión del art. 408 del Cód. Pdto. Pen.: "El recurso de apelación restringida se interpondrá por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia"; por consiguiente, los sujetos procesales agraviados tenían el plazo de quince días para promover dicho recurso de apelación restringida y el mismo fenecía en 14 de julio de 2015; sin embargo, se tiene que el presente recurso de apelación restringida ha sido presentado en única instancia en 15 de julio de 2015, conforme se evidencia a fs. 508 vta., deduciendo con ello que el presente recurso ha sido presentado fuera del plazo que exige el precitado artículo; en consecuencia, este tribunal de alzada no tiene la obligación de ingresar al análisis de fondo de la misma, pues lo contrario sería violentar el principio de legalidad.

II.4. Notificada la querellante con dicha resolución solicitó enmienda (fs. 539), arguyendo, que conforme acompaña prueba consistente en D.S N° 2435 de 01 de julio de 2015, se tiene que el Gobierno Nacional declaró feriado nacional en el Departamento de La Paz, el 08 de julio de 2015 por la visita del Papa Francisco, por lo que ese día no se cuenta para el cómputo de plazos.

II.5. Por Auto de 05 de mayo de 2016, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz declaró no ha lugar a la enmienda solicitada, bajo el siguiente fundamento: a) Que bajo el principio de legalidad y la jerarquía normativa establecida en el art. 410-II de la C.P.E., la Ley se encuentra por encima de un Decreto Supremo y el razonamiento expresado en el auto de vista recurrido (punto 2do) y en el memorial que antecede, adjuntándose el D.S. N° 2435 en su art. Único señala que se suspende la actividades el 08 de julio de 2015, en La Paz y de la revisión de la notificación con la sentencia ha sido efectuada en 23 de junio de 2015 (fs. 496) y el plazo de 15 días para apelar vencía en 08 de julio de 2015; sin embargo, de ello y tomando en cuenta el decreto supremo de suspensión de actividades públicas y privadas, el plazo fenecería el 09 de julio de 2015; sin embargo, el memorial de apelación presentada por Cira Juana Murillo Beltrán data de 15 de julio de 2015 a hrs. 15:53 pm (fs. 508 vta.), por lo que la apelación se encuentra fuera del plazo señalado en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; y, b) La presentación del memorial de apelación en forma extemporánea, no es de responsabilidad de este Tribunal y los jueces y magistrados actuamos bajo el principio de imparcialidad, transparencia entre otros y fundamentalmente el de legalidad, conforme lo señala el art. 180 de la C.P.E., por lo que la responsabilidad penal que señala la denunciante, por un supuesto incumplimiento de deberes y prevaricato es intrascendente.

III. Verificación de la existencia de vulneración a los derechos al debido proceso, acceso efectivo a la justicia y doble instancia.

Previamente corresponde destacar que este tribunal, flexibilizando los requisitos exigidos por la norma procesal penal, admitió el recurso de casación abriendo su competencia de manera extraordinaria, a los fines de verificar la posible vulneración de los derechos al debido proceso, acceso efectivo a la justicia y doble instancia como alegó la recurrente, originado en el hecho de que el auto de vista recurrido declaró inadmisibles su recurso de apelación restringida, bajo el supuesto de que la fecha correcta de notificación a su persona con la sentencia fue el 23 de junio del 2015, por lo que el recurso de apelación restringida debe presentarse dentro de los quince días, feneciendo el mismo el 14 de julio del 2015; no obstante, se había presentado el 15 del referido mes y año; es decir, fuera del plazo establecido en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., por lo que no ingresó al fondo; a cuyo efecto, solicitó complementación y enmienda, ya que por D.S. N° 2435 de 01 de julio, el Gobierno Nacional declaró feriado en el Departamento de La Paz el 08 del señalado mes y año por la visita del Papa Francisco, estando su recurso dentro del plazo; sin embargo, el Tribunal de alzada declaró no ha lugar a la complementación, indicando que la Constitución se encuentra por encima de un decreto supremo, vulnerando así el art. 130 del Cód. Pdto. Pen.; además, de incurrir en incongruencia porque en el auto de vista indicó que el plazo fenecía el 14 de julio del 2015 y en el auto complementario señaló otra fecha; a cuyo efecto, resulta pertinente realizar algunas consideraciones de orden normativo, respecto a la temática que se denuncia, para luego ingresar al análisis del caso en concreto.

III.1. Sobre el plazo procesal para formular el recurso de apelación restringida.

El Código Procedimiento Penal, en su art. 408, textualmente señala: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia".

Ahora bien, de conformidad al art. 130 de la referida norma procesal penal: "Los plazos son improrrogables y perentorios, salvo disposición contraria a este código", a su vez los párrafos tercero y cuarto del citado artículo señalan: "Los plazos determinados por días comenzarán a correr al día siguiente de practicada la notificación y vencerán a las veinticuatro horas del último día hábil señalado. Al efecto, se computará sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos". Además, la última parte de la citada disposición legal establece que: "Los plazos sólo se suspenderán durante las vacaciones judiciales y podrán declararse en suspenso por circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que hagan imposible el desarrollo del proceso".

En ese contexto, esta temática fue desarrollada por este Tribunal Supremo de Justicia en el A.S. N°22/2014 de 17 de febrero, en cuyo texto estableció lo siguiente: "De lo dispuesto por los artículos 130 y 408 del Cód. Pdto. Pen., se infiere que el plazo procesal para formular el recurso de apelación restringida es de quince días hábiles, comenzará a correr al día siguiente de practicada la notificación y vencerá a las veinticuatro horas del último día señalado, teniendo presente para el cómputo solo los días hábiles y no así los inhábiles, constituidos por los días sábado, domingo, feriados, los que se hallen incluidos en el periodo de vacación judicial; y, los días que mediante resolución expresa de autoridad competente, dispongan la suspensión de actividades judiciales; un entendimiento contrario que provoque indebidamente la declaración de inadmisibilidad del recurso, implica desconocer el principio de impugnación reconocido por el art. 180-II de la C.P.E., lo que constituye defecto absoluto no susceptible de convalidación conforme dispone el artículo 169- 3) del Cód. Pdto. Pen."

Conforme lo señalado, queda establecido que el plazo para la interposición de un recurso de apelación restringida, es de 15 días a computarse desde el día siguiente de notificada la sentencia y siendo el plazo fijado en días, ese cómputo únicamente comprende los días hábiles; es decir, de lunes a viernes, descontando en consecuencia los sábados, domingos y también los días feriados, siempre y cuando el día feriado se presente o coincida con un día hábil.

III.2. Análisis del caso en concreto.

Sintetizada la denuncia traída a casación, la recurrente reclama que el tribunal de alzada al declarar inadmisibles su recurso de apelación restringida, con el argumento de que se habría presentado fuera del plazo establecido en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., ya que su plazo habría fenecido el 14 de julio de 2015, solicitó complementación y enmienda; puesto que, por D.S. N° 2435 de 1 de julio se declaró feriado en el Departamento de La Paz el 8 de julio de 2015 por la visita del Papa Francisco; no obstante, el tribunal de alzada declaró no ha lugar a su solicitud indicando que la Constitución se encuentra por encima de un Decreto Supremo, vulnerando así el art. 130 del Cód. Pdto. Pen., el debido proceso, el acceso efectivo a la justicia y a su doble instancia; por cuanto, su recurso estaría dentro del plazo, no considerando

que además la resolución recurrida incurrió en incongruencia, ya que alegó que el plazo fenecía el 14 de julio de 2015; empero, en el auto de rechazo a su solicitud de complementación señaló otra fecha.

Ingresando al análisis del presente recurso, conforme se ha detallado en los acápite II-1, II-2, II-3, II-4 y II-5 de esta Resolución, se evidencia que dictada la Sentencia N° 13/2015 de 29 de mayo, le fue notificado de forma personal a la querellante el 23 de junio de 2015, aspecto reconocido por el tribunal de alzada, de donde se tiene, que conforme prevé art. 408 del Cód. Pdto. Pen., tenía el plazo de quince días para interponer su recurso de apelación restringida, plazo que comenzó a correr desde el día siguiente hábil; es decir, el 24 de junio de 2015 y descontando a ello, los días sábados y domingos, a criterio del tribunal de alzada el plazo feneció el 14 de julio de ese mismo año, situación por el que, por A.V. N° 11/2016 de 24 de febrero, declaró la inadmisibilidad de su recurso de apelación restringida que fue interpuesto el 15 de julio de 2015, arguyendo que fue interpuesto fuera del plazo previsto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., por lo que no tenía la obligación de ingresar al análisis de fondo del recurso, pues lo contrario implicaría violar el principio de legalidad; a cuyo efecto, la recurrente solicitó enmienda (fs. 539), alegando que conforme acompañaba el D.S. N°2435 de 1 de julio de 2015, el Gobierno Nacional declaró feriado en el departamento de La Paz el miércoles 8 de julio de 2015 por la visita del Papa Francisco; sin embargo, el Tribunal de alzada emitió el Auto de 05 de mayo de 2016 por el que rechazó su solicitud arguyendo, que bajo el principio de legalidad y la jerarquía normativa establecida en el art. 410-II de la C.P.E., la Ley se encuentra por encima de un decreto supremo y que en el memorial que antecedió adjuntándose el D.S. N° 2435 en su art. Único señala: que se suspende la actividades el 08 de julio de 2015, en La Paz, que de la revisión de la notificación con la sentencia ha sido efectuada en 23 de junio de 2015 (fs. 496) y el plazo de 15 días para apelar, vencía en fecha 08 de julio de 2015; sin embargo, de ello y tomando en cuenta el decreto supremo de suspensión de actividades públicas y privadas, el plazo fenecía el 09 de julio de 2015; no obstante, el memorial de apelación presentado por Cira Juana Murillo Beltrán data de 15 de julio de 2015 (fs. 508 vta.), por lo que la apelación se encontraba fuera del plazo señalado en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.

De esa relación necesaria de antecedentes, se advierte que los argumentos asumidos por el auto de vista recurrido y el auto de complementación, evidentemente resultan incongruentes; toda vez, que el auto de vista recurrido señaló que el plazo para la formulación del recurso de apelación restringida feneció el 14 de julio de 2015; no obstante, el Auto de 05 de mayo de 2016 arguyó que el plazo para la presentación del recurso de apelación restringida feneció el 9 de julio de 2015, argumentos que no resultan lógicos ni coherentes; además, que pese a que la recurrente mediante su solicitud de enmienda a la Resolución recurrida le hizo conocer al Tribunal de alzada el D.S. N° 2435 de 1 de julio de 2015, emitido por el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia y su gabinete de Ministros de Estado, no consideró, que el 08 de julio de 2015 fue declarado feriado departamental por la visita del Papa Francisco, con suspensión de actividades laborales públicas y privadas; toda vez, que el referido Decreto Supremo -entre otros- resolvió: "Artículo Único.- I. Se declara feriado con suspensión de actividades laborales públicas y privadas, el 08 de julio de 2015 en el Departamento de La Paz y el 09 de julio de 2015 en el Departamento de Santa Cruz" (el resaltado es propio); de donde, se concluye, que el tribunal de alzada al momento de emitir el auto de vista recurrido, así como el auto de rechazo a la solicitud de enmienda, no cumplió con su labor de verificación del plazo; puesto que, no sólo deben descontarse los días inhábiles; sino también, los días declarados feriados, además de las vacaciones judiciales y los días en los que se produce suspensión de actividades cuando se presentan circunstancias de fuerza mayor, como efecto de determinaciones y comunicaciones expresas emanadas de autoridad competente como el caso de autos, que no puede desconocerse bajo el argumento de que la Constitución Política del Estado se encuentra por encima de un decreto supremo, lo que constituye vulneración al derecho al debido proceso, acceso efectivo a la justicia y a la doble instancia como alega la recurrente; por cuanto, implicaría desconocer lo previsto por el art. 130 del Cód. Pdto. Pen., que fue explicado en el acápite III-1 de este auto supremo.

De lo anterior, se observa que el tribunal de alzada además de incurrir en argumentos incongruentes ante la emisión del auto de vista recurrido y el Auto de 05 de mayo de 2016, no efectuó de manera correcta el cómputo de los plazos; por cuanto, habiendo sido notificada la recurrente con la sentencia el día martes 23 de junio de 2015, conforme prevé el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., tenía el plazo de quince días para interponer su recurso de apelación restringida, plazo que comenzó a correr desde el día siguiente hábil de la notificación con la sentencia; es decir, desde el 24 de junio de 2015, entonces, descontándose a ello los días sábados, domingos y feriados (08 de julio de 2015), se tiene que el plazo para la formulación de su recurso de apelación restringida feneció el 15 de julio de 2015, conforme prevé el art. 130 del Cód. Pdto. Pen., de donde resulta evidente que el recurso de apelación restringida interpuesto por la recurrente, fue presentado dentro del plazo; toda vez, que su plazo fenecía a las 24 hrs., del 15 de julio de 2015; por cuanto, mediante D.S. N° 2435, se acreditó expresamente la salvedad de suspensión de plazos, permitida por el legislador cuando surge como en el caso de autos un día feriado o una situación de fuerza mayor por causa debidamente fundamentada, que trae como efecto la suspensión excepcional, conforme lo dispuesto en la parte final del art. 130 del Cód. Pdto. Pen.; en tal situación, correspondía al Tribunal de Alzada admitir el recurso de apelación restringida, para así asumir competencia y pasar a considerar la procedencia o no respecto al fondo del mismo; aspecto que, no ocurrió, por lo que corresponde declarar fundado el presente recurso, a los fines de que el Tribunal de alzada, emita nueva Resolución de manera congruente en aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., y efectuando el correcto cómputo de los plazos.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 11/2016 de 24 de febrero, de fs. 533 a 535 vta. y su Auto Complementario de 05 de mayo de 2016, de fs. 540 y vta.; consecuentemente, determina que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus Presidentes hagan conocer la presente resolución, a los tribunales y Jueces en materia Penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de Sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Fdo. Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



221

Ministerio Público y otros c/ Ruth Argentina Elías Bustos
Ejercicio ilegal de la medicina y otro
Distrito: La Paz

AUTO VISTA

La Paz, 04 de enero de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la Resolución N° 688/2014 de 07 de octubre de 2014 de (fs.15 a 16), el recurso de apelación restringida interpuesta por la parte imputada mediante memorial de (fs.19 a 20 vta.), todos los antecedentes del proceso, y;

CONSIDERANDO: I.- Que el Juez 7° de Instrucción en lo Penal de La Paz, emite la Resolución N° 688/2014 por la que dicta sentencia condenatoria en contra de Ruth Argentina Elías Bustos, de generales conocidas descritas en la sentencia y dispone declarar autora de la comisión de los delitos de ejercicio ilegal de la medicina y ejercicio indebido de la profesión previstos y sancionados por los arts. 218 y 164 del Cód. Pen., sancionándola con la pena privativa de libertad de 2 años de reclusión que deberá cumplir en el Centro de Orientación de Obrajes.

Contra esta resolución, la parte acusada interpone el recurso de apelación restringida., al causarle agravios en sus derechos.

CONSIDERANDO: II.- Que la acusada Ruth Argentina Elías Bustos interpone el recurso de apelación bajo los siguientes argumentos:

- Refiere la falta de fundamentación de la pena ya que el juez a-quo no habría cumplido con el requisito habiéndose de la pena establecida en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., en cuanto a las atenuantes conforme, lo establece el art.39 del Cód. Pen.

- Señala que, la sentencia no habría analizado la personalidad, su grado de instrucción, su condición económica, ya que ni siquiera acredita la gravedad del hecho, porque su persona jamás habría causado daño a ninguna persona, no existiendo víctimas en el caso que le identifiquen como autora, por lo que pide se dicte un auto de cita en forma directa disponiendo la aplicación de la pena mínima.

Que a fs. 47 cursa la notificación con la Resolución N° 688/2014 de 07 de octubre de 2014 a Francisco Gabriel Munizaga, Ana Teresa Gutiérrez y Eduardo en cumplimiento al decreto de 03 de junio de 2015, asimismo a fs. 49 cursa la notificación con el memorial de 28 de octubre, decreto de fecha 29 de octubre al mismo, sin embargo de ello no responde.

CONSIDERANDO: III.- Que de la revisión de los antecedentes del proceso, así como los fundamentos de la alzada, este Tribunal dentro del límite de la competencia prevista por el art.398 del Cód. Pdto. Pen., admite el recurso estableciendo, concluyendo lo siguiente:

1. Que el derecho de impugnación o derecho al recurso se entiende en forma clara e inequívoca que es un medio procesal establecido por ley para lograr la modificación, revocación o invalidación de una resolución, siendo la impugnación el género y los recursos la especie, con el justificativo elemental de la posibilidad del error humano. Si bien hasta antes de la Nueva Constitución Política del Estado de febrero de 2009, en la legislación penal de nuestro país por entonces no existía disposición concreta expresa para viabilizar la impugnación, sin embargo se encontraba inmerso en el art.16 de la C.P.E., en sentido de que nadie podría ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso, ni la sufrirá sin haber sido impuesta por sentencia ejecutoriada, tomándose en cuenta además los instrumentos internacionales de los cuales el País es consignatario, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art. 8 prevé que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley", la Convención Americana de derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que en su apartado referido a las garantías judiciales (art.8-2) establece que "Durante el proceso toda persona tieneh) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Así en previsión del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se tiene:

2.- Que en la presente impugnación los apelantes reclaman la fijación de la pena, fundamentando en lo principal la falta de fundamentación de la pena ya que el Juez no habría cumplido con el requisito fijándose la pena establecida en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., y las atenuantes conforme lo establece el art.39 del Cód. Pen., que no se habría analizado la personalidad, grado de instrucción, su

condición económica, sin acreditar la gravedad del hecho, porque jamás habría causado daño a ninguna persona, no existiendo víctimas que la identifiquen como autora, pidiendo se dicte un auto de vista disponiendo la aplicación de la pena mínima.

3.- Que a consecuencia de la solicitud de procedimiento abreviado el Juez Séptimo de Instrucción en lo penal ha dispuesto sentencia condenatoria en contra de la ahora recurrente declarándola autora y culpable de la comisión de los delitos de ejercicio ilegal de la medicina y ejercicio indebido de la profesión .disponiendo aplicar la pena privativa de libertad de dos años, aspectos que se adecuan a la personalidad de la imputada.

4.- Que el procedimiento abreviado esta normado por los arts.373 y 374 del Cód. Pdto. Pen., disposiciones legales que si bien rigen el instituto del procedimiento abreviado, establecen los requisitos que deben ser observados por el Juez y de quienes intervienen como sujetos procesales a los efectos de la procedencia o improcedencia de esta salida alternativa, al respecto se tiene que el primer requisito se cumple como es el de acreditar la existencia del hecho y la participación de la persona imputada, en segundo lugar debe contarse con la renuncia al juicio oral público y contradictorio, en tercer lugar el sometimiento.- e la imputada a esta salida alternativa ratificando por el abogado defensor, en cuarto lugar debe contarse con el reconocimiento de culpabilidad y participación y en quinto lugar se debe contar con ausencia de oposición de la víctima de los hechos. En el presente caso y tal cual lo ha señalado en la sentencia el juez de grado en relación a estas disposiciones se ha cumplido en coherencia con los arts.164 y 218 ambos del Cód. Pen., y el art. 164 relativo al ejercicio indebido de la profesión señala una pena privativa de libertad de un mínimo de un año y de un máximo de dos años, el art. 218 del Cód. Pen., relativo al ejercicio ilegal de la medicina establece una sanción que en su mínimo es de tres meses y en su máximo es de dos años, consecuentemente estos son los antecedentes que demuestran la existencia del hecho así como de la participación de la persona imputada en el mismo por lo tanto este requisito esta cumplido.

5.- Asimismo, en cuanto a los requisitos de sometimiento voluntario a la salida alternativa, renuncia a el juicio y aceptación de responsabilidad y participación tomando en cuenta la acumulación de los procesos con IANUS 201415661 y IANUS 201441591 a el caso que nos ocupa, es decir al caso IANUS 201408922, acumulación de la cual se establece que aparecen en calidad de víctimas ya del caso acumulado el SEDES como institución pública, Francisco Mullisaga Meneses correspondiente al caso 201441591, Cristina Calle Inca y Ana Teresa Gutiérrez dentro el caso 201468922, personas todas ellas que han sido legalmente notificadas, de quienes en audiencia se hizo presente solo el SEDES se hace presente, en consecuencia en relación a la Cristina Calle Inca, Ana Teresa Gutiérrez y Francisco Mullisaga Meneses en calidad de víctimas de los hechos, tomanto en cuenta que legalmente notificados no solicitaron oposición escrita a. la salida del Ministerio Publico ese requisito se encuentra plenamente cumplido.

6.- Que el Ministerio Público solicita que se imponga una sanción no de 2 años sino de tres años, al respecto el juez inclusive aplica el art.374 párrafo segundo del Cód. Pdto. Pen., precitada norma legal que establece "Aceptado el procedimiento la sentencia se, fundara en el hecho admitido por el imputado pero la condena no podrá superar la pena requerida por el fiscal", en consecuencia el Juez inclusive redujo la sanción, bajo el principio de favorabilidad, en dicho mérito tomando en cuenta que la observación del SEDES únicamente se refiere a la pena y que en relación a la pena el juez no puede incrementar la. misma se tiene que no ha existido oposición debidamente fundamentada, ni de la acusada, en consecuencia la cuestión planteada en apelación es improcedente.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, ADMITE el recurso de apelación restringida de obrados por haberse presentado dentro del término establecido por ley, en consecuencia CONFIRMA la Resolución N° 688/2014 de 07 de octubre emitida por el Juez 7° de Instrucción en lo Penal de La Paz.

Tomándose en cuenta que se trata de un auto de vista el mismo es susceptible de impugnación una vez notificadas las partes.

Vocal Relator: Dra. Virginia Janeth Crespo Ibáñez

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Virginia Janeth Crespo Ibáñez.- Elías Fernando Ganam Cortez

Ante mí: Abg. Leonor Ximena Quiroz Najar.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memoriales presentados el 12 de mayo y 4 de julio ambos de 2016, cursantes de fs. 159 a 152 vta. y 185 a 190, Francisco Gabriel Munizaga Meneses y Cristina Calle Inca, interponen recurso de casación, impugnando el A.V. N° 1/2016 de 04 de enero, de fs. 142 a 144 y su auto de rechazo a la solicitud de Complementación y Enmienda de 03 de febrero de 2016, cursante de fs. 148, pronunciados por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los Vocales Willy Arias Aguilar y Virginia Janeth Crespo Ibáñez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y los recurrentes contra Ruth Argentina Elías Bustos, por la presunta comisión de los delitos de ejercicio indebido de la profesión y ejercicio ilegal de la medicina, previstos y sancionados por los arts. 164 y 218, ambos del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 688/2014 de 07 de octubre (fs. 15 a 16), el Juez 7° de Instrucción en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, en trámite de aplicación de procedimiento abreviado, declaró a la imputada Ruth Argentina Elías Bustos, autora de la comisión de los delitos de ejercicio indebido de la profesión y ejercicio ilegal de la Medicina, previstos y sancionados por los arts. 164 y 218 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, más el pago de Bs 200.- en calidad de costas a favor del Estado.

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada interpuso recurso de apelación restringida (fs. 19 a 20 vta.), resuelto por A.V. N° 1/2016 de 04 de enero, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 826/2016-RA de 21 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

Denuncia que el auto de vista recurrido carece de motivación y fundamentación por no ser expresa, clara, completa y lógica; toda vez, que en su considerando III, num. 1, 2, 3, 4 y 5, refirió el derecho de impugnación, fijación de la pena, solicitud de procedimiento abreviado como acumulación de procesos, sustentándose únicamente en los antecedentes que fueron considerados por la sentencia en lo que concierne a las reglas del trámite del procedimiento abreviado, previsto por el art. 373 y ss., del Cód. Pdto. Pen., faltando a la verdad en el num. 6), ya que señaló: "Que el Ministerio Público solicita que se imponga una sanción no de dos años, sino de tres años, al respecto el juez inclusive aplica el art. 374 párrafo segundo del Cód. Pdto. Pen., precitada norma legal que establece aceptado el procedimiento la sentencia se fundará en el hecho admitido por el imputado pero la condena no podrá superar la pena requerida por el fiscal' en consecuencia el juez inclusive redujo la sanción bajo el principio de favorabilidad", desaciertos que les resulta ilógico, absurdo e incoherente; toda vez, que la propia autoridad fiscal en trámite de procedimiento abreviado solicitó condena de 2 años para la imputada, incurriendo el auto de vista recurrido en carencia de fundamentación; a cuyo efecto, invocan el A.S. N° 342/2006 de 28 de agosto, que estaría referido a que las resoluciones judiciales para ser válidas, deben ser motivadas, la motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

I.1.2. Petitorio.

Los recurrentes solicitan que de conformidad al art. 418 del Cód. Pdto. Pen., y al evidenciar la contradicción existente entre el precedente y el auto de vista recurrido, se disponga dejar sin efecto el auto de vista recurrido y se emita nuevo fallo aplicando la doctrina legal del precedente invocado.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N°826/2016-RA de 21 de octubre, cursante de fs. 197 a 199 vta., éste Tribunal admitió el primer motivo de los recursos de casación interpuestos por Francisco Gabriel Munizaga Meneses y Cristina Calle Inca, unificados por presentar fundamentos similares e idénticos, para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 688/2014 de 07 de octubre, el Juez 7° de Instrucción en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, en trámite de aplicación de procedimiento abreviado, declaró a la imputada Ruth Argentina Elías Bustos, autora de la comisión de los delitos de ejercicio ilegal de la medicina y ejercicio indebido de la profesión, previstos y sancionados en los arts. 218 y 164 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, alegando que el Ministerio Público solicitó la aplicación de Procedimiento Abreviado en favor de la imputada y la aplicación de la sanción de dos años de privación de libertad por los delitos mencionados, que el Fiscal ha expresado que se ha acumulado suficientes elementos de convicción que demuestran la responsabilidad y participación de la imputada en el hecho que se le atribuye ratificándose en la prueba, que la representación del Sedes ha manifestado en audiencia su acuerdo con la aplicación de la medida, pero en cuanto al monto de la pena solicita que se imponga una pena de tres años de privación de libertad, ante la ausencia de las querellantes Cristina Calle Inca y Francisco Munizaga Meneses. Asimismo, la imputada fue advertida por el juzgador de las consecuencias de someterse a esa salida alternativa, habiendo afirmado la imputada su acuerdo de sometimiento, así como en reconocer su responsabilidad y participación en el hecho y renunciar al juicio oral ratificados por su abogado defensor.

Que entre los fundamentos que expresa la sentencia, se advierte que el juzgador ha referido que de la revisión del pliego acusatorio al haberse demostrado la existencia del hecho y la participación de la imputada en el mismo, al ofrecer un tratamiento para adictos mediante la inserción cutánea con DEPOT, formar parte de la fundación Abel Elías Mendizábal, habiendo la víctimas acudido a este programa cuyo tratamiento les produjo una serie de daños en su integridad física, que de acuerdo con la tarjeta de presentación la imputada es parte de la fundación que prestaba servicios en el ámbito de la Psicología, que de la documentación acumulada se demuestra que la fundación no cuenta con licencia de funcionamiento y que la misma había sido clausurada, que sin ser médico de profesión se dedicaba a realizar este tipo de tratamientos, utilizando fármacos de dudosa procedencia, presentándose los elementos constitutivos de los tipos penales acusados.

Tomando en cuenta el sometimiento voluntario de la imputada a esta salida alternativa, la ausencia de oposición de la víctimas que no obstante, su notificación no se hicieron presentes en la audiencia, así como la afirmación del Sedes respecto de la aplicación del procedimiento abreviado, pero que en la misma se aplique la sanción de tres años de reclusión, el juzgador en base al art. 374 del Cód. Pdto. Pen., aduciendo que no tiene facultades para modificar la pena requerida por el fiscal para incrementar la sanción, pero que en sentido inverso y bajo el principio de favorabilidad, puede reducir la sanción pero no incrementarla como solicita la representación del Sedes, determinó la aplicación del Procedimiento Abreviado.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Ruth Argentina Elías Bustos, interpuso recurso de apelación restringida, en el que denuncia falta de fundamentación de la pena, aludiendo los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., aduce que en la aplicación del procedimiento abreviado debía imponerse una pena atenuada general respecto de su participación, disponiéndose la pena de un año de reclusión y expresarse el motivo y razones para no dar cumplimiento

al art. 39 del Cód. Pen., que la sentencia no tomó en cuenta su personalidad, grado de instrucción, condición económica, la gravedad del hecho, no haber hecho daño a persona alguna, además de observar las atenuantes especiales, al haber demostrado una acción de ayudar a personas que sufrían del alcoholismo, por lo que se dicta auto de vista disponiendo la aplicación de pena mínima de un año, de acuerdo a los arts. 39 y 40 del Cód. Pen.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por auto de vista impugnado confirmó la sentencia apelada, fundamentando que de la revisión de los antecedentes del proceso y los fundamentos de la apelación, que en el presente caso y conforme ha señalado el Juzgador en la sentencia se ha cumplido con coherencia con los arts. 164 y 219 del Cód. Pen.; en cuanto, a la sanción que prevén en su mínimo y máximo, siendo que los antecedentes demuestran la existencia del hecho y la participación de la imputada en el mismo. En cuanto, al sometimiento voluntario a la salida alternativa, la imputada renuncia al juicio y acepta su responsabilidad y participación y que en los procesos acumulados aparecen en calidad de víctimas el Sedes, Francisco Munizaga Meneses, Cristina Calle Inca y Ana Teresa Gutiérrez, que ha sido legalmente notificadas, habiéndose hecho presente en audiencia únicamente el Sedes, no advirtiéndose haberse opuesto oposición a la aplicación de la salida alternativa.

Que el Ministerio Público, solicitó se imponga la sanción no de 2 años sino de 3, siendo que él Juez aplica el art. 374 párrafo segundo y redujo la sanción bajo el principio de favorabilidad y tomando en cuenta que la observación del Sedes únicamente refiere a la pena, tomando en cuenta que el juez no puede incrementar la misma, considera inexistente una oposición debidamente fundamentada incluso de parte de la acusada; en consecuencia, considera la cuestión planteada como improcedente.

III. Fundamentos jurídicos de la verificación de contradicción del auto de vista impugnado con el precedente invocado.

Esta Sala Penal admitió el presente recurso de acuerdo al A.S. N° 826/2016-RA de 21 de octubre, ante la denuncia de que el auto de vista impugnado carece de fundamentación, porque en el Considerando III num. 6 faltó a la verdad, al afirmar que el Ministerio Público solicitó que en procedimiento abreviado se imponga una sanción de 3 años a la acusada; pero, que él Juez redujo la sanción a dos años bajo el principio de favorabilidad, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3) de la L.O.J., y 419 del Cód. Pdto. Pen., las Salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un Auto de Vista dictado por uno de los Tribunales Departamentales de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por los otros Tribunales Departamentales de Justicia o por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., preceptúa: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido, no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 04 de diciembre, puntualizó: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios, será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores; y, sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen.

Por lo referido, el objetivo del recurso de casación es asegurar el exacto y uniforme cumplimiento de la Ley penal en los fallos judiciales en todo el territorio nacional, valiéndose para ello de la competencia atribuida al Supremo Tribunal (la unificación jurisprudencial y nomofilaxis), con la finalidad de garantizar el principio de igualdad ante la ley, en observancia de la tutela jurisdiccional efectiva; toda vez, que es un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, por lo que se ha dejado establecido que no todo auto de vista es recurrible en casación; sino, únicamente los que resulten ciertamente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; es decir, para que el planteamiento del recurso sea eficaz, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentar su recurso dentro del plazo establecido por ley y señalar la contradicción en la que incurrió el tribunal de alzada; sino, asegurarse que los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, debiendo concurrir elementos comunes que hagan posible su catalogación como similares en cuanto a su naturaleza, contenido y finalidad, lo contrario implica la imposibilidad del Tribunal Supremo de cumplir con su competencia unificadora y nomofiláctica.

III.2. Análisis del caso concreto.

Los recurrentes esencialmente denuncian que el auto de vista impugnado carece de motivación y fundamentación por no ser expresa, clara, completa y lógica, toda vez, que en su considerando III, numerales 1, 2, 3, 4 y 5, se sustentó únicamente en los antecedentes que fueron considerados por la sentencia concernientes a las reglas del trámite del procedimiento abreviado y en el numeral 6, faltó a la verdad al señalar

que el Ministerio Público solicitó que se imponga una sanción de tres años y que el Juez aplicó el párrafo segundo del art. 374 del Cód. Pdto. Pen., reduciendo la sanción bajo el principio de favorabilidad.

En este motivo, la parte recurrente invoca el A.S. N° 342/2006 de 28 de agosto, que emerge del proceso penal por la comisión de los delitos de despojo, perturbación de posesión, usurpación agravada y daño simple, que en recurso de casación los recurrentes acusan que la sentencia fue dictada en inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, valoración defectuosa, insuficiente y contradictoria de la prueba de acuerdo al art. 370-1), 5) y 6) del Cód. Pdto. Pen., así como errónea aplicación de la norma penal y violación al debido proceso, porque el juzgador realizó defectuosa adecuación del hecho concreto a la norma.

El auto supremo emitido por la extinta Corte Suprema de Justicia, puntualizó que la recurrente no señaló en el recurso de casación, donde radicaría la contradicción con el fallo que impugna; empero, son evidentes las omisiones vulneratorias al debido proceso y el derecho a la defensa y considerando que los tribunales se encuentran en la obligación de observar el art. 16 de la C.P.E., (abrogada), garantizando el proceso contra actos que violan los derechos fundamentales de las partes; toda vez, que los tribunales inferiores han estructurado sus fallos sin la debida motivación razonable y menos estimando la prueba presentada, no han cumplido con la obligación establecida en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., incurriendo en violación de normas legales, estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable: "Las resoluciones, para ser válidas, deben ser motivadas. Esta exigencia constituye una garantía constitucional, no sólo para el acusado sino también para el Estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia.

La exigencia de motivación constituye una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al juez el material necesario para ejercer su control, y sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

En virtud de estas razones, la ley procesal consagra la exigencia de motivación de las sentencias, amenazando la infracción a dicha regla, con la nulidad conforme reza el art. 370-5) Cód. Pdto. Pen.

La motivación, a la vez que un requisito formal, que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico (Claría Olmedo). Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consigna habitualmente en los "considerandos" de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución.

La motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

a) **Expresa:** Porque el juez, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan la condena o a la absolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) **Clara:** En la sentencia, el objeto del pensar jurídico debe estar notoriamente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la lean, aún sea por los legos.

c) **Completa:** La exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar y habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto esencial de la decisión.

Esto no implica que los hechos secundarios queden excluidos; la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprende el iter a través del cual el juez llega a la conclusión sobre el hecho principal. El error sobre el hecho secundario será relevante sólo en la medida en que repercuta o influya sobre el asunto principal.

La motivación, para ser completa, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y expresando las conclusiones a las que arribe el tribunal luego de un examen sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal y sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación.

d) **Legítima:** La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la validez intrínseca de las pruebas valoradas en la sentencia, como a que ellas provengan del debate. La prueba invocada debe ser válida. La sentencia que se funde en prueba ilegal es una sentencia ilegalmente motivada. Por lo tanto, la sentencia que se funda en una prueba procesalmente ilegítima, no está debidamente motivada. Si el defecto recae sobre un aspecto esencial de sentencia, procederá la anulación de ésta.

También, por supuesto, será ilegítima la motivación si se funda en prueba obtenida por un procedimiento ilegítimo y violatorio de las normas constitucionales que consagran las garantías del debido proceso.

Al respecto, señala Maier: "...que a la verdad solo se puede arribar por los medios y en la forma que la ley permite; que, de haberse incorporado al procedimiento un elemento de prueba mediante un acto irregular o mediante un acto regular, cuya posibilidad de realización provenga necesaria y directamente del conocimiento adquirido por un acto irregular, él es invalorable para fundar una decisión judicial en perjuicio del imputado".

e) **Lógica:** Finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las pruebas producidas durante el juicio de un modo integral conforme a las reglas de la sana crítica y expondrá los razonamientos en que fundamenta su decisión, es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia".

En ese ámbito, los recurrentes atribuyen al auto de vista impugnado de faltar a la verdad, al considerar que en la imposición de la sanción a la imputada, se hubiere obrado aplicando el principio de favorabilidad, reduciendo la pena solicitada por el Ministerio Público para imponer la sanción de tres años de privación de libertad; en ese entendido, el aludido punto 6 del Considerando III del auto de vista recurrido; efectivamente, presenta un fundamento que no representa una realidad coherente con la expresada en los datos del proceso en particular la Sentencia, pues sostiene que el Ministerio Público en la solicitud de aplicación de procedimiento abreviado en favor de la imputada Ruth Argentina Elías Bustos, hubiere solicitado la imposición de una penalidad de tres años de privación de libertad, que el juzgador en base al segundo párrafo del art. 374 del Cód. Pdto. Pen., habría reducido la sanción a dos años bajo el principio de favorabilidad tomando en cuenta que la observación del Sedes, únicamente se refirió a la pena, que el Juez no puede incrementar. Este planteamiento no es evidente, ya que de la revisión de los antecedentes relacionados al caso, consistentes en el requerimiento conclusivo y la solicitud de aplicación de procedimiento abreviado del Ministerio Público, de fs. 8 a 11 vta. y del acta de audiencia de consideración de procedimiento abreviado, de fs. 13 a 14, advierten objetivamente que el acusador público, ha mantenido una posición invariable respecto a la solicitud de imposición de la pena consistente en 2 años de privación de libertad; en ese mismo sentido, se manifiesta el fundamento de la Sentencia emitida por el juzgador a quo, por lo que corresponde desechar que del ente encargado de llevar adelante la pretensión acusatoria, en momento alguno haya emanado un pronunciamiento en sentido de imponer la pena de tres años en contra de la acusada, misma que fuera rebajada por el juzgador. Sin embargo, existe una postura discordante de parte del Sedes expresado en audiencia con relación a la imposición de la pena, que solicitó se imponga el quantum de tres años, aspecto que fue rescatado por la sentencia al consignar: "...se imponga una sanción no de dos años sino de tres años..." (sic), a lo que el juzgador fundamentó que en base al segundo párrafo del art. 374 del Cód. Pdto. Pen., que no tiene facultades para modificar la condena solicitada por el Ministerio Público respecto al incremento, pero en sentido inverso y bajo el principio de favorabilidad el Juez puede reducir la sanción; así establecido, no se ha aplicado ninguna situación favorable, menos reducido la solicitud Ministerio Público con relación a la penalidad aplicada; en consecuencia, este aspecto llamativo en la actuación del tribunal de alzada de efectuar afirmaciones alejadas de la realidad, implica una lectura errática de los antecedentes en su labor de control jurídico de la Sentencia.

Sin embargo, para considerar que a partir de este actuado, de ninguna manera aceptable, se presente una carencia de motivación y fundamentación que afecte a todo el auto de vista recurrido con las consecuencias legales que ello trae consigo, es necesario recapitular la línea demarcada por este tribunal en la emisión de resoluciones por el tribunal de alzada de las características denunciadas; así, toda resolución que emane de la autoridad jurisdiccional, debe ser necesaria y adecuadamente fundamentada y motivada; por lo que, los tribunales de alzada a momento de resolver los recursos de apelación restringida, deben pronunciarse de forma puntual y precisa a las cuestiones o agravios planteados, sin esgrimir fundamentos generales o evasivos que generen confusión y dejen en estado de indeterminación a las partes, brindando una explicación razonada del nexo entre la normativa legal y lo resuelto, emitiendo criterios lógico-jurídicos sobre la base de las conclusiones arribadas en cumplimiento a su obligación de ejercer el control de logicidad, reiterando que el tribunal de apelación, está obligado constitucionalmente, art. 115-II de la C.P.E., a circunscribir su actividad a los puntos apelados en cada recurso, dentro los límites señalados por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., en sujeción a los parámetros especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, respondiendo a cada recurso por separado o en conjunto cuando las denuncias estén vinculadas, dejando conocer claramente a cada recurrente la parte de la resolución que responde a cada pretensión, fundamentando y motivando sus conclusiones respecto a cada una de las alegaciones; siendo así, la resolución que incumpla estos mandatos incurrirá en defecto invalorable o insubsanable, de acuerdo a lo previsto por el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., por vulnerar derechos y garantías constitucionales a la parte afectada.

La situación particular que presenta el caso y una vez advertida la posible situación defectuosa que podría afectar al auto de vista impugnado, amerita analizar objetivamente respecto de la existencia de un efectivo y evidente agravio a los intereses de la parte que los reclama; en tal caso, resalta el hecho de que los recurrentes de casación, no interpusieron recurso de apelación restringida y lógicamente, no expresaron ningún agravio cuya respuesta puedan atribuir al tribunal de alzada de ser carente de motivación o fundamentación; asimismo, la falta de fundamentación que alegan de no ser clara, completa y lógica, expresada de manera general sin mayores precisiones, no proporcionan un fundamento claro que evidencie que de esta respuesta del tribunal de alzada les hubiere generado una situación de evidente agravio a sus intereses o vulnerado de manera efectiva algún derecho o garantía constitucional debidamente fundamentado, ya que al aludir falta de fundamentación en la que hubiese incurrido el tribunal de apelación, la parte recurrente de casación, debía haber precisado qué aspecto o aspectos de su recurso de apelación no mereció o merecieron debida fundamentación u omisión de respuesta, identificar punto por punto los errores, omisiones y demás deficiencias, atribuidas a la resolución recurrida, con la debida motivación y fundamentación y explicar la relevancia e incidencia de esa omisión, a los fines de que este Tribunal cuente con los elementos suficientes para verificar si efectivamente se produjo el agravio denunciado, que al haberse limitado a realizar una denuncia genérica sin cumplir los presupuestos mencionados, resultan legalmente insustentables, que conlleva a asumir que el supuesto acto omisivo del tribunal de alzada no les alcanza en sus efectos, por lo mismo no se encuentran en condiciones de impugnar en la forma impetrada una respuesta a una cuestionante o motivo que fue alegado con evidente, falta de legitimación activa para la activación del motivo denunciado, sin que ello importe desconocer sus derechos que como sujeto procesal, se encuentra garantizado por ley respecto de su participación en todas las etapas del procedimiento, en particular del uso de los recursos legalmente concedidos.

Debe además considerarse, que la parte acusada que interpuso el recurso de apelación restringida, no existe ninguna manifestación en sentido de haber sufrido agravio alguno con la emisión del auto de vista recurrido.

Finalmente, enfatizar que este tribunal ha dejado establecido, que frente a situaciones de errores o inobservancias del procedimiento como el presente, para ser considerados lesivos al debido proceso y anulables por defecto absoluto insubsanable, deben ser de la dimensión y estar revestidas de una efectiva lesión o vulneración de derechos y garantías constitucionales con incidencia marcada de indefensión material a la parte procesal que los denuncia; además, sea esta de la magnitud de ser determinante en la decisión final, de manera tal que de no haberse producido el defecto, el resultado sería diferente, no siendo coherente anular actos procesales a efectos de su subsanación, cuando de ello no

resulte ninguna incidencia en el resultado ya arribado; aspecto que, implicaría retrotraer el procedimiento con la consiguiente demora para llegar al mismo resultado, por lo que se debe tener presente que el régimen de las nulidades, debe ser interpretada de manera restrictiva a efectos de evitar su desvirtuación mediante una interpretación extensiva o analógica y finalmente tomar en cuenta el interés, pues no hay nulidad por la nulidad misma, en sentido de que la nulidad puede ser pronunciada cuando el incumplimiento de las formas se traduce en un efectivo menoscabo a los intereses de las partes.

En consecuencia y por los fundamentos expuestos, los argumentos expuestos por los recurrentes carecen de sustento legal, menos sufrido algún menoscabo a sus derechos y garantías fundamentales, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de casación.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., y lo previsto por el art. 42-I-1 de la L.O.J., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Francisco Gabriel Munizaga Meneses y Cristina Calle Inca, cursantes de fs. 159 a 162 vta., y 185 a 190.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Fdo. Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



222

Ministerio Público c/ Salome Quispe Ordoñez

Asesinato

Distrito: La Paz

AUTO VISTA

La Paz, 18 de diciembre de 2015.

VISTOS: En grade de apelación restringida se tiene la Sentencia N° 04 2014 de 24 de noviembre de 2014 cursante en fs. 219 a 225 vta., el recurso de apelación restringida presentado por Salome Quispe Ordoñez cursante a fs. 237 a 240, de la remisión efectuada por la autoridad judicial a quo: y la radicatoria a este tribunal de alzada previo sorteo de Sistema IANUS, más todos los antecedentes del proceso, se tuvo presente y se tiene lo que sigue:

CONSIDERANDO: I.- Que por Sentencia N° 04/2014 de 24 de noviembre de 2014 cursante en fs. 219 a 225 vta., El Tribunal de Sentencia de la localidad de Caranavi del departamento de La Paz, dicta sentencia condenatoria en contra de Salome Quispe Ordoñez de generales descritas en el proceso, con pena privativa de libertad de 30 años sin derecho a indulto por ser autora del delito de asesinato tipificado y sancionado en el art. 252 del Cód. Pen.

CONSIDERANDO: II.- Que notificados los sujetos procesales es que se cuenta con el recurso de apelación restringida presentado Salome Quispe Ordoñez cursante a fs. 237 a 240, pretensión que efectúa bajo los siguientes fundamentos:

Que dentro la merituada sentencia no se evidencia una certera y correcta individualización de los hechos, puesto que los jueces miembros del tribunal no habrían establecido cual fue la conducta demostrada con la prueba aportada, en consecuencia considera vulnerado el art. 115 de la C.P.E., arts. 124 y 365 del Cód. Pdto. Pen., además de vulnerarse lo contemplado en las 110 reglas de Brasilea referente al capítulo III celebración de actos judiciales, sección 1° información procesal o jurisdicción, la contenido de la información, que indica que será informada sobre los siguientes extremos: "la naturaleza de la actuación judicial en la que va a su papel dentro de dicha actuación"; adecuando dicha actuación a lo referido en el art. 370-2) del Cód. Pdto. Pen., asimismo refiere que no existe fundamentación en la sentencia conforme el art. 124 y 360-3) del Cód. Pdto. Pen., puesto que dentro el numeral V. la misma solo es una simple transcripción de lo referido por los testigos durante el juicio; que, por la simple aseveración de dos testigos refiere que la imputada es culpable de los hechos denunciados, considerando la apelante que es un fundamento insuficiente para condenarla a la pena de treinta años sin derecho a indulto.

Que la sentencia se basa en hechos inexistentes, no acreditados, incurriendo en valoración defectuosa de la prueba, 'puesto que los testigos del romano V (fundamentación y voto de los miembros del tribunal) referidos en los considerandos 2), 3), 4) y 5) de los cuales refieren que los restos encontrados serian humanos lo cual no estuviera debidamente comprobado en razón a la condición y experiencia de cada uno

de ellos dicha declaración sería insuficiente más aun de no tratarse de .médicos' forenses que evalúen la condición de dichos restos: que, asimismo refiere una falta de defensa técnica en audiencia de juicio oral de 20, de noviembre de 2014 puesto que el nuevo abogado proporcionado por el SEPDEP, solicito conforme al art. 104 del Cód. Pdto. Pen. El tiempo prudencial de 10 días a tiempo de poder realizar una defensa técnica prudente para no incurrir en lo contemplado en el art. 110 del Cód. Pdto. Pen., asimismo no se habría fundamentado en que norma procesal se impone dicho defensor de oficio y que el art. 9 del Cód. Pdto. Pen., prohíbe dicha imposición de abogado de oficio causando defecto absoluto al desarrollar una audiencia de juicio oral sin defensa técnica.

Por lo que en base a estos extremos, en amparo de lo establecido en el adjetivo penal en sus arts. 37-1), 2), 5) y 6), art. 407, 408 presenta recurso de apelación restringida y solicita se deje sin efecto la sentencia recurrida y ordene la reposición de juicio por otro tribunal o en su defecto se dicte sentencia absolutoria.

CONSIDERANDO: III.- Que la autoridad judicial a quo conforme los trámites que manda el art. 409 del Cód. Pdto. Pen., corre en traslado el presente recurso de apelación restringida a. las demás partes procesales, asimismo en aplicación a lo dispuesto en el art. 411 del Cód. Pdto. Pen., por providencia de fs. 264 de obrados se señaló audiencia de fundamentación ampliatoria cuya acta cursa a fs. 266 de obrados.

CONSIDERANDO: IV.- Que así puestos todos los elementos y antecedentes inherentes al presente caso, este tribunal de alzada llega a las siguientes determinaciones enteramente de orden legal y constitucional:

1° Que el derecho de impugnación o derecho recurso se entiende en forma clara e inequívoca como un medio procesal establecido por ley para lograr la modificación, revocación o invalidación de una resolución, siendo la impugnación el género y los recursos la especie con el justificativo elemental de la posibilidad del error humano. Si bien hasta antes de la Nueva Constitución Política del Estado de febrero de 2009 en la legislación penal de nuestro país por entonces no existía disposición concreta expresa para viabilizar la impugnación, sin embargo se encontraba inmerso en el art.16 de la C.P.E., en sentido de que nadie podría ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso ni la sufrirá sin haber sido impuesta por sentencia ejecutoriada tomándose en cuenta además los instrumentos internacionales de los cuales el País es consignatario. entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art.8 prevé que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley ", la Convención Americana de derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que en su apartado referido a las garantías judiciales (art.8-2) establece que -Durante el proceso toda persona tiene....h) derecho de recurrir al fallo ante juez o tribunal superior". Así en previsión del art.398 del Cód. Pdto. Pen., se tiene:

2° Que de la revisión exhaustiva del presente cuerpo procesal conforme manda el art. 17 de la L.Ó.J., se evidencia que dentro la merituada sentencia en el romano V (fundamentación y voto de los miembros del tribunal) dentro el punto "4" el tribunal a quo ha individualizado los hechos .acontecidos puesto que expresamente se ha señalado "por la atestación de estos dos testigos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos se llega a la convicción que efectivamente Salome Quispe Ordoñez, dio .muerte a sus dos hijos... que les da todo el valor probatorio que les asignan los arts. 171, 173 (Sana critica), 193 y 194 del Cód. Pdto. Pen." concluyendo que la presente sentencia no ha vulnerado el principio de certeza y las garantías constitucionales contenidas dentro el art. 115 de C.P.E. asimismo en cuanto a que no existe fundamentación en sentencia que esta sea insuficiente contradictoria, puesto que la apelante expresa que se basa en una .transcripción de lo referido por los testigos: se tiene que dentro el romano V de la sentencia el tribunal a quo no ha violado el art. 124 ni el 360-3) del Cód. Pdto. Pen., puesto que dentro el merituado considerando (V) expresamente cursante a fs. 220 vta., se señala: "... por unanimidad concluyen" que del análisis de la misma se evidencia el voto de todos los miembros del tribunal, asimismo cada una de las cuestiones planteadas guardan exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se fundan para dictar la sentencia de acuerdo a los arts. 171, 173, 193 y 194 del Cód. Pdto. Pen., (ver puntos 1, 2, 3, 4, 5, 5 repetido y 6. a, fs. 220 vta. 223); por lo que la merituada sentencia a cumplido con el art 124 del Cód. Pdto. Pen. y 360-3) de la misma ley, al haber fundamentado su decisión y estar contenida dentro la misma el respectivo voto de todos los miembros del tribunal con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho.

3° Que en lo referente a que la sentencia se base en hechos supuestamente inexistentes y no acreditados incurriendo en tal forma en valorización defectuosa de la prueba, se tiene que el medio idóneo para plantear dichos extremos debió ser una exclusión probatoria conforme el art. 172 nomen juris: exclusion probatoria puesto que de la revisión exhaustiva del presente cuaderno procesal se tiene que las pruebas consistentes en declaraciones de testigos en ninguna parte del proceso fueron objetados conforme al art. 172 del Cód. Pdto. Pen., asimismo con relación a que dichas declaraciones serían insuficientes por no tratarse de pruebas científicas, se tiene que dentro el presente caso cursa prueba codificada como MP-3 (levantamiento de cadáver) que según consta en obrados la misma fue emitida por profesionales en el área de la, salud puesto que al pie del documento se evidencia firma de médico forense y licenciada en enfermería (ver fs, 33) desvirtuando en tal forma lo afirmado en memorial de apelación; asimismo conviene recordar la valoración de la prueba es una tuición única y exclusiva del tribunal a quo conforme el art 173 del Cód. Pdto. Pen., por lo que es menester al presente caso invocar la previsión del A.S. N° 566/2004 de 01 de octubre de 2004 "El tribunal de alzada no debe revalorizar la prueba: El recurso de apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación indebida de las normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación la sustanciación del juicio en la emisión de sentencia, y no se debe por ello revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho analizadas por los Jueces o Tribunales pues tal recurso está destinado a garantizar los derechos constitucionales y velar por la aplicación de los principios del debido proceso, El tribunal de alzada está obligado a ajustar su actividad jurisdiccional o las normas contenidas en el art. 113 del Cód. Pdto. Pen., concordante con lo establecido por el A.S. N° 53/2012 de 22 de marzo de 2012 "El tribunal de apelación no está facultado para revisar la base fáctica de la sentencia, es decir, debe abocarse a controlar que el fundamento sobre la valoración de la prueba y de los hechos tenga la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiesten certidumbre." Por lo que el presente tribunal de alzada, no tiene ninguna competencia para revalorizar la prueba, caso contrario se estaría afectando el principio del juez natural.

4° Que al respecto de que los imputados no contaran con defensa técnica en audiencia de juicio oral de 20 de noviembre de 2014 se tiene que el art. 9 del Cód. Pdto. Pen., ha previsto la figura de la defensa técnica por lo cual expresamente ha señalado "...la designación de defensor se efectuara, sin dilación ni formalidad alguna..." Que de la revisión exhaustiva del presente cuaderno procesal se evidencia que a fs. 197 cursa memorial de solicitud de suspensión de audiencia, que según sello de cargo del tribunal a quo fue presentado a hrs. 08:20 del 20 de noviembre del 2014 faltando exactamente una hora con cuarenta minutos para el inicio de la audiencia de juicio oral, asimismo dicho memorial mereció proveído de la misma fecha en la que se presentara estableciendo que se considerará audiencia de juicio oral, asimismo de la revisión del acta de audiencia se tiene que el abogado defensor de oficio en ningún momento de la audiencia solicitó suspensión de audiencia en cumplimiento del proveído de 20 de noviembre del 2014 y que si bien se trataba de un abogado diferente al que firma en memorial de fs. 197, no es menos cierto que el art. 110 del Cód. Pdto. Pen., prevé la responsabilidad que debe guardar el abogado defensor estatal con relación a las actuaciones, dichas actuaciones deben también remitirse a la revisión de todos los actuados procesales para que este defensor estatal no cometa ningún tipo de negligencia.

5° Que en cuanto a las tantas sentencias constitucionales señaladas como precedentes contradictorios y doctrina legal aplicable se tiene que la recurrente hace una simple mención de los autos supremos (ver fs. 239-240) sin precisar cuál es la concreta aplicación que se pretende dar a los merituados Autos de Vista, en torno a ello es menester invocar al caso la previsión del art. 408 del Cód. Pdto. Pen., nomem juris interposición que en su literal expresa: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito... se citaran concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se explicará cual es la aplicación que se pretende, deberá indicarse separadamente cada violación con sus argumentos" asimismo la S.C. N° 1075/7003 -R de 24 de julio, expresa "estas exigencias tienen finalidad de que el tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar que ha querido decir el recurso, cual ha podido ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada pues una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso dada la recargada labor e intensa actividad judicial, podría determinar el colapso (la mora judicial) imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de celeridad profesional" concluyendo que los impetrantes no han ajustado su pretensión conforme a las reglas que exige el código procedimiento penal y ello imposibilita el análisis de fondo de la misma

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de La Paz, declara ADMISIBLE el recurso de apelación restringida por Salome Quispe Ordoñez cursante en fs. 237 a 240, IMPROCEDENTE las cuestiones planteadas en consecuencia en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., se CONFIRMA la Sentencia N° 04/2014 cursante a fs. 219-225 vta., de obrados dictada por el Tribunal de Sentencia Penal Caranavi- Bolivia. Se con formalidades de ley.

Vocal Relator: Dr. Willy Arias Aguilar.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Willy Arias Aguilar.- Virginia Janeth Crespo Ibañez

Ante mí: Abg. Leonor Ximena Quiroz Najar.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 23 de marzo de 2016, cursante de fs. 290 a 297 vta., Salomé Quispe Ordoñez, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N°85/2015 de 18 de diciembre, de fs. 269 a 272, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los Vocales Willy Arias Aguilar y Virginia Janeth Crespo, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra la recurrente, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 04/2014 de 24 de noviembre (fs. 219 a 225 vta.), el Tribunal de Sentencia de Caranavi del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Salomé Quispe Ordoñez, autora de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252 del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio sin derecho a indulto, más el pago de daños y perjuicios a calificarse en ejecución de Sentencia y costas al Estado, calificadas en Bs 500.

b) Contra la mencionada Sentencia, la imputada Salomé Quispe Ordoñez, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 237 a 240), resuelto por A.V. N° 85/2015 de 18 de diciembre, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró admisible e improcedente el citado recurso y confirmó la sentencia impugnada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos de los recursos de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 867/2016-RA de 04 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) Previa remembranza de los antecedentes del proceso, la imputada alegó que el tribunal de apelación no controló que en la valoración probatoria, el tribunal de sentencia haya actuado conforme a los principios de contradicción y razón suficiente, pues a tiempo de ratificar la sentencia, remitiéndose a lo argumentado por el tribunal de mérito en el romano V punto 4 de la resolución de mérito, habría señalado que se tiene convicción que dio muerte a sus hijos, concluyendo que no se vulneró el principio de certeza y garantías constitucionales, argumento del tribunal de alzada, que a decir de la impugnante es contrario a la doctrina legal sentada por el A.S. N° 537/2006 de 17 de

noviembre, al ser evidente la incoherencia, contradicción e imprecisión de la sentencia, pues en la misma no se habría determinado cómo ocurrieron los hechos al no existir testigos presenciales, razón por la que en su entender no se realizó una certera, correcta y objetiva individualización de su conducta y participación, vulnerando los principios de contradicción y razón suficiente, así como el derecho al debido proceso.

2) Denuncia que el tribunal de apelación no se pronunció sobre su denuncia referida a la errónea aplicación de la norma sustantiva, pues no existiría criterios jurídicos correspondientes al tipo penal, explicando de manera clara y expresa aspectos o circunstancias señalando razones objetivas, por el contrario se habría esgrimido argumentos incongruentes e imprecisos; falta de resolución del motivo de apelación restringida, que vulnera los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., así como el derecho al debido proceso.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita que revisados los antecedentes de fondo se revoque la resolución impugnada, casando el auto de vista refutado y se determine que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, sin espera de turno y previo sorteo dicte nuevo fallo anulando la Sentencia e imponiendo lo que corresponda por ley.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N°867/2016-RA de 4 de noviembre, cursante de fs. 307 a 309 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Salome Quispe Ordoñez, para el análisis de los dos motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 4/2014 de 24 de noviembre, el Tribunal de Sentencia de Caranavi del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Salomé Quispe Ordoñez, autora de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252 del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio sin derecho a indulto, conforme a los siguientes fundamentos:

Los hechos que generaron el proceso penal estarían referidos a que el 30 de mayo de 2011, Victoriano Apata Choque en compañía de dirigentes de la localidad de San Antonio se apersonaron ante la policía rural a fin de informar sobre la desaparición de su concubina Salome Quispe Ordoñez y de sus dos hijos menores. Con la ayuda de los vecinos efectuado el rastillaje se hubiese encontrado una fogata apagada percatándose de la existencia de órganos y restos óseos de seres humanos que podrían pertenecer a los menores desaparecidos.

Con los hechos descritos, realizado el juicio oral, público y contradictorio una vez introducida las pruebas de cargo, se tuvo como hechos acreditados, que: i) De acuerdo a lo señalado por el testigo Victoriano Apata Choque (concubino de la acusada), se estableció que el 29 de mayo de 2011 el referido testigo hubiese salido de su domicilio que era una procesadora de alimentos en la que vivía desde aproximadamente tres años atrás, a efectos de cumplir con un compromiso laboral de su grupo musical y que al retornar al mismo se sorprendió al no ver a su concubina ni a sus hijos, observando que a lado de la malla que circunda la propiedad donde habitaba, existían dos fogatas y que curiosamente se encontraba apoyada una escalera, por lo que temiendo lo peor fue a avisar a sus familiares, dirigentes y autoridades policiales. A su retorno, conjuntamente el policía Espejo y la médico del lugar, encontraron en las referidas fogatas restos humanos y que verificados estos correspondían a huesos de brazos y piernas, mandíbula y algunos órganos, cuando se abrió una parte se encontró un segmento que podría ser el estómago, que contenía restos de arroz y maíz, hecho que hubiese llevado a establecer que se trataría de los hijos del querellante, ya que ellos tenían la costumbre de meterse a la boca esos granos cuando se les daban a las gallinas; ii) Durante las dos semanas posteriores al hecho, no se conoció del paradero de la concubina (acusada), encontrándosele en Caranavi queriendo viajar a La Paz; iii) Por los testigos que participaron de la audiencia de juicio oral, se estableció que efectivamente la pareja tuvo dos hijos a los que se les veía sanos y que nunca se imaginaron que podrían estar muertos; iv) De acuerdo a la testificación del policía asignado al caso, se estableció que en la inspección ocular se observó que en el lugar existían dos tinas de lavado de frutas, donde posiblemente fueron primeramente ahogados los menores, para luego ser llevados a una mesa grande dentro de la procesadora donde hubiesen sido descuartizados (se mostró el juego de cuchillos), de igual manera en el interior se encontró huellas de arrastre llevados a la parte trasera, también se encontró una escalera y una linterna en el suelo y que los restos fueron quemados al lado donde existía un terreno comunitario, encontrándose dos fogatas en las que todavía se encontró restos humanos; v) Conforme a la testifical de Susana Quispe Alave, se tendría que previo a ser quemados los niños fueron ahogados, lo que llevó a la convicción de que efectivamente Salome Quispe Ordoñez dio muerte a sus hijos, ya que ella estaba al cuidado de los mismos, demostrándose que los menores fueron descuartizados, al encontrarse restos que fueron identificados como humanos, aunque se haya alegado por la defensa que no se haya establecido con prueba técnica o científica, si eran de los dos menores de edad desaparecidos. También se destacó que la acusada una vez cometido el hecho se dio a la fuga ocultándose dos semana, siendo sorprendida queriendo viajar de la localidad de Caranavi a La Paz; vi) Por pruebas testificales además se acreditó la ausencia del padre en los días del hecho; además, de que todas las testificaciones hubiesen sido ratificadas por la prueba documental correspondiente, lo que llevó al tribunal de sentencia a la convicción sobre la autoría y responsabilidad penal de la imputada en el hecho criminoso, motivo del proceso penal.

En el acápite IX correspondiente a la fundamentación jurídica de la sentencia, se efectuó la motivación en cuanto al tipo penal previsto en el art. 252 del Cód. Pen., destacándose que la acusada adecuó su conducta al tipo penal de Asesinato, al haber dado muerte a sus propios hijos, aprovechando que ella se encontraba sola a su cuidado, planificando el delito, aparentemente antes de ser descuartizados los menores fueron ahogados en unas tinas de agua, como se desprende de la declaración testifical del asignado al caso, al igual que por la inspección realizada por los miembros del Tribunal. Por testificación del policía investigador se estableció que se encontraron pisadas de pie y arrastre de bolsas y que en la mesa grande (sala de procesamiento), se procedió a descuartizar a las víctimas para posteriormente ser llevados a la parte trasera del enmallado para ser quemados.

Asimismo, se hubiese establecido la concurrencia de alevosía y ensañamiento, ya que para victimarlos se aprovechó de que estaba sola y para maltratarlos les causó sufrimiento y que no se trató de un solo niño, sino de dos menores de edad indefensos a los cuales su propia madre les hubiere truncado la vida, correspondiendo aplicar el art. 20 del Cód. Pen.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Ante la emisión de la sentencia condenatoria, la imputada mediante memorial cursante de fs. 237 a 239 vta., interpuso recurso de apelación restringida, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

1) Alegó que en la sentencia impugnada no existió una suficiente individualización sobre su presunta participación, ya que no se estableció cual fue su conducta demostrada en el hecho ilícito y que presuntamente fue demostrada con prueba idónea, lo que vulneraría el principio de certeza, además de las garantías constitucionales contenidas en el art. 115 de la C.P.E.

2) Denunció el defecto de sentencia relativo a que no exista fundamentación o que ésta sea insuficiente o contradictoria.

3) La sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados, incurriéndose en valoración defectuosa de la prueba, ya que se hubiese considerado la testificación de cuatro comunarios que no estuvieron en el lugar y día de los hechos, además de un policía y una enfermera que señalaron que los restos encontrados eran humanos, cuando dicha aseveración no fue ratificada por prueba idónea como ADN.

4) Denunció la falta de defensa técnica en la audiencia de juicio oral de 20 de noviembre de 2014, refiriendo que pese a su solicitud de suspensión de audiencia para que su nuevo defensor asuma conocimiento del proceso, el tribunal rechazó la misma demostrando su parcialidad en el proceso, impidiéndosele contar con una defensa técnica efectiva, estando dicha omisión contemplada en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por el auto de vista recurrido de casación, declaró admisible e improcedente la apelación planteada, señalando entre sus argumentos lo siguiente:

a) La sentencia en el romano V, con el voto de todos los miembros del tribunal, en el numeral 4to., individualizó los hechos acontecidos, expresando que por la atestación de dos testigos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos, se llegó a la convicción que efectivamente Salome Quispe Ordoñez dio muerte a sus dos hijos, no advirtiendo que la sentencia haya vulnerado el principio de certeza y las garantías constitucionales contenidas en el art. 115 de la C.P.E.

b) Respecto de que la sentencia se hubiese basado en hechos inexistentes o no acreditados incurriéndose en defectuosa valoración probatoria, se debe tener presente que el medio idóneo para plantear dichos extremos debió ser la exclusión probatoria conforme lo previsto en el art 172 del Cód. Pdto. Pen. Asimismo, con relación a que las declaraciones serían insuficientes por no tratarse de pruebas científicas, se tendría que en antecedentes cursa la prueba codificada como MP-3 (levantamiento de cadáver) que según consta en obrados, fue emitida por profesionales en el área de la salud puesto que al pie del documento se evidencia la firma de médico forense y licenciada en enfermería, desvirtuándose lo afirmado por la apelante, recordando en última instancia que la valoración de la prueba es tuición única y exclusiva del tribunal a quo conforme lo establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., así como la doctrina legal aplicable del A.S. N° 566/2004 de 01 de octubre.

c) Respecto a que la imputada no se encontraba con defensa técnica, se debe tener presente lo establecido en el art. 9 del Cód. Pdto. Pen., relativo a la figura de la defensa técnica, partiendo de dicho análisis se tendría de la revisión exhaustiva del cuaderno procesal que a fs. 197 cursa memorial de solicitud de suspensión de audiencia, que según sello de cargo del tribunal de sentencia fue presentado a las 8:20 del 20 de noviembre de 2014, faltando exactamente una hora con cuarenta minutos para el inicio de la audiencia de juicio oral, mereciendo como proveído en la misma fecha, que lo solicitado se consideraría en audiencia de juicio oral, también se tendría de la revisión del acta de audiencia que el abogado defensor de oficio en ningún momento de la audiencia solicitó la suspensión de audiencia en cumplimiento del proveído de 20 de noviembre de 2014 y que si bien se trataba de un abogado diferente al que firmó el memorial de fs. 197, no es menos cierto que el art. 110 del Cód. Pdto. Pen., prevé la responsabilidad que debe guardar el abogado defensor estatal con relación a sus actuaciones.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con el precedente invocado y de presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el caso presente, la parte imputada recurre de casación denunciando que el Tribunal de apelación no controló que el tribunal de apelación en la valoración probatoria haya actuado conforme los principios de contradicción y razón suficiente; además, de haber recurrido en incongruencia omisiva al pronunciarse respecto a uno de sus motivos de apelación, correspondiendo resolver las problemáticas planteadas.

III.1. En cuanto al motivo relativo a la valoración probatoria.

En el primer motivo de casación, el recurrente denuncia que el tribunal de apelación no hubiese controlado que en la valoración probatoria, el tribunal de sentencia haya actuado conforme a los principios de contradicción y razón suficiente, pues a tiempo de ratificar la sentencia, remitiéndose a lo argumentado por el tribunal de mérito en el romano V punto 4 de la resolución de mérito, habría señalado que se tiene convicción que dio muerte a sus hijos, concluyendo que no se vulneró el principio de certeza y garantías constitucionales, argumento que a decir de la impugnante sería contrario a la doctrina legal sentada por el A.S. N° 537/2006 de 17 de noviembre, al ser evidente la incoherencia, contradicción e imprecisión de la Sentencia, pues en la misma no se habría determinado cómo ocurrieron los hechos al no existir testigos presenciales, razón por la que en su entender no se realizó una certera, correcta y objetiva individualización de su conducta y participación, vulnerando los principios de contradicción y razón suficiente, así como el derecho al debido proceso.

En consecuencia a los fines de verificar la contradicción alegada por la recurrente, corresponde tener presente lo establecido por el precedente contradictorio contenido en el A.S. N° 537/2006 de 17 de noviembre, que fue emitido dentro de un proceso penal seguido por el

delito de Despojo, teniéndose como antecedente generador de doctrina legal que el Auto de Vista hubiese revalorizado prueba, cuando esta labor es competencia del Juez o Tribunal de Sentencia, que al percibir la producción de la prueba en forma contradictoria toma convicción del hecho objeto del proceso penal, para luego subsumir las características de la conducta del imputado a los elementos constitutivos del tipo penal acusado; emitiéndose la siguiente doctrina legal aplicable: "que el tribunal de casación mediante líneas jurisprudenciales a uniformado la jurisprudencia, conformando la línea jurisprudencial referido a la valoración de la prueba que es de exclusiva competencia del juez o tribunal de sentencia, porque dichas autoridades son los que perciben cómo se produce la prueba entre la contradicción de las partes; mientras que el nuevo sistema procesal penal no contempla la doble instancia o segunda instancia, razón por el que el tribunal de apelación no puede revalorizar la prueba, caso contrario atenta contra el derecho a la defensa, el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

Que al respecto, el A.S. N° 438, 15 de octubre de 2005 establece: la línea jurisprudencial sobre la valoración de la prueba y los hechos es de exclusiva facultad de jueces y tribunales de sentencia, son ellos los que reciben en forma directa la producción de la prueba y determinan los hechos poniendo en práctica los principios que rigen el juicio oral y público; el análisis e interpretación del significado de las pruebas y de los hechos son plasmados en el fundamento de la sentencia, ahí es donde se expresa la comprensión del juzgador con claridad, concreción, experiencia, conocimiento, legalidad y lógica; esa comprensión surge de una interacción contradictoria de las partes, de esa pugna de validación de objetos, medios e instrumentos de prueba que se da dentro del contexto del juicio oral y público; la objetividad que trasciende de la producción de la prueba no puede ser reemplazada por la subjetividad del tribunal de apelación; éste se debe abocar a controlar que el fundamento sobre la valoración de la prueba y de los hechos tenga la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiesten certidumbre".

Que asimismo el A.S. N° 384 de 26 de septiembre de 2005 determina: que, es una premisa ya consolidada que la línea jurisprudencial ha establecido en el sistema procesal penal boliviano que no existe segunda instancia, y que el juez o el tribunal de sentencia son los únicos que tienen facultad para valorar la prueba, al encontrarse en contacto directo con la producción de la misma, percibiendo y comprendiendo como se genera con la participación contradictoria de las partes; razón por la que el tribunal de apelación se encuentra impedido de revalorizar la prueba, cuando su facultad es controlar que la valoración de la prueba hecha por el inferior se encuentre conforme a las reglas de la sana crítica, vale decir, que en el fundamento de la sentencia debe encontrarse la experiencia, conocimiento, entendimiento, lógica y la ciencia del juzgador en la apreciación de las pruebas. La inconcurrencia de uno de los elementos mencionados, la incoherencia, la contradicción o la imprecisión del fundamento de la apreciación de las pruebas, conlleva la reposición del juicio, consiguientemente, la formulación de una nueva resolución; en suma el tribunal de apelación tiene la facultad de que se aplique correctamente las reglas de la sana crítica. Por lo expuesto, el tribunal de alzada debe disponer la reposición del juicio por otro tribunal de sentencia, quien dictará nueva resolución valorando la prueba con las reglas de la sana crítica".

Al respecto, corresponde establecer si el tribunal de alzada en la emisión del auto de vista recurrido contradujo lo establecido por el precedente invocado por la recurrente; para el efecto, se tiene que el tribunal de alzada a tiempo de pronunciarse sobre los motivos de apelación restringida, efectuó la precisión del acápite V numeral 4to. de la resolución impugnada en la que se encuentran los argumentos realizados por el Tribunal de Sentencia, en los que se hubiese individualizado los hechos acontecidos, expresando en lo esencial que por la atestación de dos testigos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos, se llegó a la convicción que efectivamente Salome Quispe Ordoñez dio muerte a sus dos hijos, señalando también que en cuanto a la denuncia de la recurrente respecto de que las declaraciones presentadas en juicio, fueron insuficientes por no tratarse de pruebas científicas, en el auto de vista impugnado se estableció que en antecedentes cursa la prueba codificada como MP-3 (levantamiento de cadáver), que fue emitida por profesionales en el área de la salud - médico forense y licenciada en enfermería-, no siendo evidente lo afirmado por la ahora recurrente, pero particularmente se tiene que de manera expresa, se aclaró que la valoración de la prueba es tuición única y exclusiva del tribunal a quo conforme lo establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., así como la doctrina legal aplicable del A.S. N° 566/2004 de 01 de octubre de 2004.

De lo señalado precedentemente, no se advierte la contradicción alegada por la recurrente, ya que el tribunal de alzada justamente cumpliendo la doctrina legal aplicable, citada en el auto de vista impugnado y en concurrencia con el propio precedente contradictorio invocado, aclaró que en alzada no se puede revalorizar prueba, tal como se pretendió en el recurso de apelación restringida, pues la parte recurrente debe tener presente que cuando se alega la defectuosa valoración probatoria, para que su recurso surta el efecto deseado debe expresar las reglas de la lógica, que hubieren sido inobservadas por el Tribunal juzgador, además de vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, debiendo considerarse que el recurso basado en errónea apreciación de la prueba tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano, resultando deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente tal cual sucedió en el caso presente, en el que la imputada se limitó a efectuar apreciaciones personales sobre las pruebas testificales producidas en juicio, cuando lo correcto, era que para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica se acredite que la motivación de la sentencia está fundada por un hecho no cierto, que se haya invocado afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, situación no acontecida en la apelación restringida resultando en consecuencia correcta la conclusión del tribunal de alzada respecto a su imposibilidad de revalorizar la prueba.

Consiguientemente, se concluye que no es evidente la contradicción alegada por la recurrente, ya que el tribunal de alzada dentro del ámbito de su competencia efectuó el control legal sobre la sentencia impugnada prueba de ello es el haber identificado los acápites de la resolución apelada en los que supuestamente se encontraban los defectos denunciados para luego previo el análisis correspondiente concluir que no eran evidentes los defectos alegados; pero, también de forma adecuada y acorde a la jurisprudencia existente -sobre la revalorización probatoria- fue claro al establecer que los tribunales de alzada están impedidos de dicha labor, por lo que debe tenerse presente que para exigir el cumplimiento de derechos, se debe previamente cumplir con la correcta formulación de su recurso en este caso el de apelación restringida, el

no hacerlo conlleva a que el tribunal de alzada de manera adecuada observe su imposibilidad de revalorizar prueba; en cuyo mérito, corresponde declarar infundado el presente motivo.

III.2. Respecto a la denuncia de incongruencia omisiva.

Este segundo motivo de casación, conforme el análisis del auto supremo de admisibilidad fue admitido por flexibilización, ante la presunta existencia de incongruencia omisiva, respecto de que el auto de vista impugnado no habría resuelto la denuncia planteada en apelación restringida de errónea aplicación de la norma sustantiva, constituyendo una vulneración en el planteamiento de la recurrente a los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.

En cuanto a la problemática planteada, debe tomarse en cuenta como base para tomar la decisión, lo que se entiende por la debida fundamentación de las resoluciones de alzada, señalando que el art. 180-I de la C.P.E., entre los principios rectores en los que se fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece al debido proceso como principio que garantiza a todo sujeto procesal, el acceso a un pronunciamiento motivado y fundamentado sobre todos los motivos alegados en un recurso. Por ello, es obligación de los tribunales de alzada, pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos apelados.

No existe fundamentación ni congruencia en el auto de vista impugnado, cuando se evidencia que el tribunal de alzada no se pronunció de manera expresa, clara, concreta y lógica sobre cada uno de los puntos cuestionados en el recurso de apelación restringida. El cumplimiento de estas exigencias exterioriza el fundamento de la decisión adoptada, explicando una determinada interpretación del derecho y permitiendo de ese modo el eventual control jurisdiccional de aquella; sin embargo, ello no implica imponer una especial estructura en el desarrollo de los razonamientos, pues una motivación escueta y concisa no deja, por ello de ser motivación, así como una fundamentación ampulosa tampoco garantiza que lo sea. Lo fundamental es que la resolución contenga una relación fáctica o de antecedentes y en el caso concreto de la apelación, del o los agravios denunciados y por otra, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de dichos agravios.

Ahora bien, la recurrente en la fundamentación de su agravio señala que no existiría pronunciamiento a su denuncia de errónea aplicación de la norma sustantiva, observando la ausencia de criterios jurídicos correspondientes al tipo penal; de lo señalado en el recurso de casación, se entiende que dicho planteamiento al defecto de sentencia establecido en el inc. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; en consecuencia, se verifica los motivos de apelación restringida, en el que se denunció que: i) En la sentencia impugnada no existió una suficiente individualización sobre su presunta participación; ii) El defecto de la sentencia relativo a que no exista fundamentación o que esta sea insuficiente o contradictoria; iii) La sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados; y, iv) La falta de defensa técnica en la audiencia de juicio oral de 20 de noviembre de 2014, refiriendo que pese a su solicitud de suspensión de audiencia para que su nuevo defensor asuma conocimiento del proceso, el Tribunal rechazó la misma demostrando su parcialidad en el proceso, impidiéndosele contar con una defensa técnica efectiva, estando dicha omisión contemplada en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.

De lo descrito precedentemente, se observa en primer término no ser evidente lo alegado por la recurrente en sentido de que se denunció la errónea aplicación de la norma sustantiva al no existir criterios jurídicos correspondientes al tipo penal, pues a momento de plantear su recurso de apelación de manera por demás equivocada hizo referencia a que la falta de defensa técnica en la audiencia de juicio oral ocasionó la vulneración del inc. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., cuando dicha previsión legal está referida a temas sustantivos (delitos) y no a temas procedimentales, por lo que resulta inentendible que se denuncie una presunta falta de pronunciamiento sobre una cuestión no demandada de manera expresa, pues como se dijo previamente, la causal invocada en apelación restringida no fue planteada como se pretende hacer ver en el recurso de casación, sujeta a análisis.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, el tribunal de alzada a tiempo de resolver la apelación restringida pese a la defectuosa formulación del agravio relativo a la falta de abogado defensor, se pronunció señalando que lo denunciado no era evidente, ya que la imputada estaba acompañada de un nuevo defensor de oficio y que en ningún momento de la audiencia se solicitó un plazo para que el abogado se interiore del proceso (así se acreditaría del acta de audiencia); pero también, a momento de considerar los demás motivos relativos a que en la sentencia impugnada no existió una suficiente individualización sobre su presunta participación, la falta de fundamentación y se basó en hechos inexistentes o no acreditados, el tribunal de alzada identificó de manera por demás clara y precisa los acápites de la sentencia (romano V numeral 4°), en los que se encontraban los argumentos del tribunal de sentencia que sustentaban la legalidad de la resolución impugnada, pues acudiendo a los mismos se tendría que de acuerdo a la testificación del policía asignado al caso, se estableció que de la inspección ocular se observó que en el lugar de los hechos existían dos tinas de lavado de frutas, donde presuntamente fueron ahogados los menores, para luego ser llevados a una mesa grande dentro de la procesadora donde hubiesen sido descuartizados; de igual manera, en el interior se hubiese encontrado huellas de arrastre, llevados a la parte trasera donde fueron quemados los menores; pero, además se sustentó la autoría de Salome Quispe Ordoñez en el ilícito de asesinato, con el fundamento de que la sindicada dio muerte a sus hijos, ya que ella estaba al cuidado de los mismos, demostrándose que los menores fueron descuartizados al encontrarse restos que fueron identificados como humanos; también, se destacó que la acusada una vez cometido el hecho se dio a la fuga ocultándose dos semanas, siendo sorprendida queriendo viajar de la localidad de Caranavi a La Paz. Estos fueron los argumentos que identificó el tribunal de alzada para sustentar que la sentencia impugnada no contenía los defectos establecidos por el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; consiguientemente, de lo señalado no se advierte la vulneración de derecho o garantía constitucional alguna que amerite la nulidad del auto de vista recurrido, pues menos se advierte la infracción de los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., al existir una adecuada fundamentación a los agravios denunciados en apelación y no ser evidente la incongruencia demanda; en consecuencia, el presente motivo deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la LOJ y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Salome Quispe Ordoñez cursante de fs. 290 a 297 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzman.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



223

Ministerio Público y otro c/ Liborio Alcocer Fernández y otro
Falsedad Material y otros
Distrito: Oruro

AUTO VISTA

Oruro, 12 de julio de 2016.

VISTOS: Los recursos de apelación restringida interpuestos por los acusados salientes a fs. 215-217; 219-225, los antecedentes del proceso y todo lo inherente.

CONSIDERANDO: I.- Antecedentes Procesales.

Celebrada la audiencia de juicio oral y público, en el marco de los principios de publicidad, contradicción e intermediación, concluye con la pronunciación de la Sentencia Condenatoria N° 18/2014 de 24 de octubre cursante a fs. 163-188, estableciendo en aplicación del precepto del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., la responsabilidad penal de: Liborio Alcócer Fernández; por la comisión de los delitos de uso de instrumento falsificado y estelionato tipificados en los arts. 203 y 337 del Cód. Pen., imponiéndole la pena privativa de libertad de tres años de reclusión y disponiendo en observancia de las previsiones de los arts. 23 y 24 del Cód. Pdto. Pen., la suspensión condicional de la pena con imposición de las condiciones y reglas descritas en los num. 1; 2 y 3 de la parte dispositiva de la sentencia.

La responsabilidad penal de Omar Marcelo Andrade Rocha, por la comisión de los delitos de falsedad material y uso de instrumento falsificado incursos en las sanciones de los arts. 198 y 203 del Cód. Pen., imponiéndole la pena privativa de libertad de cuatro años y cinco meses, de reclusión, en ambos casos; con costas en favor del Estado y el acusador particular.

Sentencia absolutoria, absolviendo de culpa y pena en favor de: Omar Marcelo Andrade Rocha, por la comisión del delito de Falsedad ideológica tipificado en el art. 199 del Cód. Pen. y Liborio Alcócer Fernández, por la comisión de los delitos de falsedad ideológica tipificados en los arts. 198 y 199 del Cód. Pen., en razón de no ser suficiente la prueba aportada.

Asimismo, declara improbadamente el incidente sobreviniente de falta de personería suscitado por los acusados, en razón de improcedencia.

En conocimiento de las partes la aludida sentencia, Liborio Alcocer Fernández y Omar Marcelo Rocha; mediante actuados de notificación de fechas 10 y 13 de noviembre de 2014, cuyas diligencias corren a fs. 192 y 194 respectivamente, la impugnan a través del recurso de apelación restringida interpuesto en tiempo oportuno y en conformidad con lo preceptuado por el art. 408 del compilado adjetive penal, dando lugar a la radicatoria del recurso y consiguiente admisión.

CONSIDERANDO: II.- Fundamentos del recurso de apelación.

Los acusados, enmarcando su impugnación en las previsiones de los arts. 407; 408; del Cód. Pdto. Pen., y fundando en lo sustancial denuncian que la sentencia contiene:

1. Según el recurso de apelación de Liborio Alcocer Fernández.

a) Errónea aplicación de ley sustantiva. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.:

En cuanto respecta a la fijación de la pena, acto en el que no se hubieran considerado las circunstancias de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., en la medida de lo que significa el parámetro del mínimo legal previsto para los delitos de uso de instrumento falsificado y estelionato, si bien se consideraron como circunstancias atenuante, pero erróneamente cuando se toma el parámetro de la mitad de la pena para el delito mayor que resulta el de uso de instrumento falsificado (3 años).

Asimismo, no se consideraron las atenuantes especiales previstas, en los arts. 39 y 40 del citado compilado penal, las que conducen a la imposición de la pena en virtud del mínimo legal.

Advierte que para la eventualidad de dictarse una sentencia condenatoria, debe considerarse el mínimo legal, toda vez que es juzgado por primera vez, no tiene antecedentes y existencia de varias circunstancias atenuantes, que permiten una pena no mayor a 1 año.

b) Omisión de la enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstanciada art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen.

Cuando respecto de este tópico (acápito 3), en ninguna de sus partes se menciona la conducta reprochable o reñida con la ley, faltando requisitos imprescindibles que restan validez a la sentencia, habiéndose condenado a ambos acusados sin cumplir con este requisito fundamental previsto en el art. 365 del compilado adjetivo penal, omisión que lleva a anular totalmente la sentencia.

c) Falta de fundamentación art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

El recurrente señala que son varios los tópicos y aspectos de suma importancia no fundamentados, omitiendo considerar la verdad material demostrada consistente en que Juan Terrazas Melean, no fue legítimo dueño del inmueble objeto de la Litis sino Pascual Gabriel Choque (fallecido) y al surgir esta causa por querrela de la Wilfredo Terrazas Calderón, quien negociaba la transferencia sin tener debidamente saneado el derecho propietario sobre el bien inmueble de Chiripujio, la sentencia condenatoria debió estar revestida de una fundamentación en torno a quien persigue la obtención de justicia, pero dotado de la suficiente personería que constituya soporte de la acción punitiva del Estado y del por qué se reconoce la personería de aquella supuesta víctima. Argumentos con los que solicita anular la Sentencia N° 18/2014 de 24 de octubre a objeto de la sustanciación de un nuevo juicio en el que se le absuelva de culpa y pena.

2.- En el recurso de apelación de Omar Marcelo Andrade Rocha.

a) Errónea aplicación de ley sustantiva art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

Cuando el tribunal, luego de dilucidarse en juicio un supuesto derecho de propiedad del acusador particular sin haberse demostrado con prueba alguna, concluye en haberse falsificado la Escritura Pública N° 186/2006, aun careciendo de prueba pericial que establezca si las firmas, rúbricas y sellos corresponden a la Notaría, motivo por lo que incurrir en errónea aplicación del art. 203 del Cód. Pdto. Pen., atribuyéndole la falsificación y haber utilizado dicho documento para efectuar la transferencia a sabiendas de su falsedad.

Que siendo clave para el delito atribuido el acto de utilizar, considera el recurrente; que la cosa es útil a quien le favorece, por lo que no tuvo ni tendría la necesidad de utilizar para sí, siendo el titular de ese documento falso o verdadero Liborio Alcocer por lo que el limitarse a redactar la minuta de transferencia no es hecho suficiente para subsumir en el tipo penal del art. 203 del Cód. Pen., incurriendo el tribunal en apreciación subjetiva y contradictoria plantea como una cosa la utilidad y la redacción de una minuta, siendo dos proposiciones contrarias entre sí.

Asimismo, confundió conceptos jurídicos básicos en relación a derecho propietario, título de propiedad, minuta de adjudicación y registrar, circunscribiéndose estrechamente al campo del derecho penal, sin distinguir entre el perfeccionamiento de un derecho propietario con el registro en la oficina de DD.RR., y una simple minuta de transferencia que jamás nació a la vida jurídica, más si la transferencia la realizó el legítimo propietario hasta entonces; acto en el que no concurrió la voluntad del recurrente, como elemento subjetivo principal que deriva en un interés directo, siendo en este punto que el tribunal incurre en errónea aplicación de la ley al no subsumir el hecho juzgado correctamente en el tipo penal.

Ante la evidente errónea aplicación del art. 203 del Cód. Pen., el recurrente pretende la aplicación del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., anulando la sentencia totalmente y disponer el reenvío.

b) Falta de fundamentación o esta sea insuficiente o contradictoria art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

Absoluta falta de claridad en la descripción de los hechos cuando en el tópico enunciación del hecho y circunstancias, se limita a repetir las descripciones, incongruentes y contradictorias de los acusadores sin alcanzar a una motivación fáctica para cada uno de los acusados, involucrando al recurrente en una serie de actos incluso desde 1998 como la suscripción de contrato anticrético, promesa de venta, recepción de dineros, contactos con el acusador, gestiones judiciales y otras actividades, sin determinar momentos de su acontecer y al actor en cada acción, es decir sin determinar el nexo de causalidad con los delitos atribuidos. En suma, no se atribuye a cada uno de los acusados los actos concretos que realizaron para derivar en responsabilidad, yerro que no permitió al Ministerio Público imprimir certeza a la acusación sujetando a dilucidación hechos de connotación administrativa relativos a la adjudicación de un lote o vivienda al padre del acusador, aún, sin tratarse del inmueble de la litis, llevando al tribunal a la conclusión de ser falsa la Escritura Pública N° 186/2006 sin explicación de razones y el valor asignado a los medios de prueba, enumerándola y describiéndola simplemente como se consignan en las literales MP.2 a MP.18 e incorporar prueba impertinente; menos del acto de cada acusado que diere lugar a su adecuación al tipo penal. Similar actitud se tiene con la prueba testifical y documental del acusador particular y la de los acusados.

En cuanto a insuficiencia y contradicción en la sentencia:

La confusión que sufre el tribunal a tiempo de suscitarse el incidente sobreviniente de falta de personería en el acusador particular que surge de haber considerado suficiente una declaratoria de herederos para acreditar derecho propietario, no obstante la observación a la partida relativa al bien inmueble objeto de la litis por los borrones que presenta y establecidos en la audiencia de inspección a oficinas del Registro de DD.RR., la certificación correspondiente y corresponder la Escritura Pública N° 179/76 de 6 de abril a Pascual Gabriel Choque, corroborado por las certificaciones expedidas por los Notarios de Fe Pública, les lleva a incurrir en contradicciones y defectuosa valoración de esta documental, sin embargo de considerar que este documento constituye el origen del conflicto jurídico penal y del que deriva -uno de los elementos constitutivos del tipo penal de falsedad material, de modo que al no ser legítimo propietario el padre del acusador particular, menos éste: no existe perjuicio causado.

Por otra parte, se omite motivar sobre el valor probatorio otorgado a la prueba MAD1, consistentes en los certificados expedidos por los Notarios de Fe Pública N° 10 (Gregorio Challapa López y Luis Segales Poma), por cuanto de ellos se determinaría la personería del acusador particular y por ende los supuestos perjuicios.

Asimismo, no se otorga valor real a la prueba de inspección ante la oficina del Registro del DD.RR., y la Notaría de Fe Pública N° 10; limitándose a enunciar el objeto de verificación de la Ptda. N° 149/2006 (error: 76) sin referir los aspectos recogidos relativos al hecho motivo de juzgamiento y lo que hubieran demostrado.

En la aplicación que pretende, considera que al haber demostrado las flagrantes contradicciones, la insuficiencia y falta de fundamentación en la sentencia que vulneran el debido proceso y la seguridad jurídica, impetra del tribunal de alzada revocar en forma total la sentencia y disponer el reenvío.

c) Que la sentencia tenga base en hechos inexistentes o no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

Entrando en contradicción al acreditar un hecho inexistente, cuando se concede por una parte la calidad de título de propiedad a una simple minuta de adjudicación sin haber nacido a la vida jurídica a través de su perfeccionamiento con la publicidad que le otorga el registro en derechos reales, y por otra; admitir el no estar registrado a nombre de Juan Terrazas Melean, en defectuosa valoración de la prueba o considerar la existencia del delito de estelionato, cuando quien vende es Liborio Alcocer, teniendo perfeccionado su derecho propietario, sin que el acusador particular demuestre derecho propietario y que el inmueble se vendió atentando ese derecho y causándole perjuicio a más de no detentar posesión, lo que viene en ser otro hecho inexistente, derivado de las certificaciones referidas y el acto de inspección en dependencias del registro de derechos reales, defectuosamente valoradas.

Asimismo, otro error del tribunal consiste en considerar el perjuicio causado, que resulta inexistente, toda vez que el acusador particular en momento alguno detentó derecho de propiedad, por consiguiente no existe daño de ninguna índole, más si el tribunal se limita a manifestar la existencia de daño sin establecer en qué consiste, este y en qué medida se atentó el derecho de propiedad de la supuesta víctima de modo que al no concurrir este elemento primordial no se configura el tipo penal de falsedad material

El recurrente en virtud de su argumentación, solicita se anule en forma total la sentencia recurrida y disponga la reposición del juicio.

CONSIDERANDO: III.- Fundamentos de la Resolución.

De la compulsión de los fundamentos del recurso en vinculación con los aspectos cuestionados de la sentencia recurrida, conforme a lo previsto por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se infieren las siguientes conclusiones:

Del sustento fáctico de la sentencia impugnada.

En la enunciación del hecho y circunstancias objeto del juicio, expresados en el Considerando I tópico 3, se establece que: El señor Juan Terrazas Melean, padre del querellante (Wilfredo Terrazas Calderón), trabajador minero de la Empresa Minera Catavi, se habría adjudicado una vivienda ubicada en la Urb. Villa Chiripujio, por transferencia efectuada por la Cooperativa de Casas "Tercer Plan". Inmueble que fue otorgado en contrato de anticresis al Liborio Alcocer Fernández, en 20 de noviembre de 1990, excepto una habitación; por la suma de \$us. 600.

Posteriormente, en la gestión 1998 se suscribió otro convenio de compromiso de venta del bien inmueble en documento privado, con la esposa del querellante y Liborio Alcocer Fernández, quien a completar el pago hasta la suma libremente convenida de \$us.12.000.- en 27 de agosto de 1998, sin haber cumplido. Luego, en 27 de agosto de 1998 se suscribe otro documento de recepción de dineros entre Wilfredo Terrazas Calderón, Liborio Alcocer Fernández y Melania Calle Viza, ésta esposa de Liborio Alcocer Fernández; acreditando el pago de \$us. 600.- y estableciendo el precio total de la venta en \$us. 12.000.- con un último plazo de la venta hasta 31 de diciembre de 1998, igualmente no cumplido por Liborio Alcocer Fernández.

Por razones de trabajo, el querellante fue a radicar a la ciudad de Santa Cruz; empero la señora Elena Ortuño Medrano, esposa del querellante, busca en la gestión 2000; los servicios profesionales de un Abogado con el propósito de iniciar un proceso contra Liborio Alcocer Fernández para cobrar la deuda, llegando a la Oficina del Abogado Omar Marcelo Andrade Rocha.

Recurso de apelación restringida de Liborio Alcocer Fernández.

1.- De la errónea aplicación de ley sustantiva. Art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.

1) El recurso de apelación restringida, previsto en el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., puede ser interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley (sustantiva o adjetiva) por defectos de procedimiento, cuya admisibilidad depende expresamente del reclamo oportuno de saneamiento por el recurrente, salvo los casos de nulidad absoluta o vicios de la sentencia conforme a lo previsto por los art. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen.

A su turno, el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., de manera taxativa determina que el recurso de apelación restringida debe ser interpuesto por escrito, citando concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, expresando cuál es la aplicación que se pretende.

El art. 370-1 del citado compilado penal, cataloga como uno de los defectos de la sentencia, "la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva". Debe tenerse presente que aquel defecto integra dos categorías de impugnación totalmente distintas y no pueden plantearse de manera simultánea. El primer supuesto; de "inobservancia" de la ley, se presenta cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o lo que es lo mismo, ha creado cause paralelos a los establecidos en la ley (S.C. N°. 1056/2003-R), en el segundo caso, "Errónea" aplicación de la

ley, por el que si bien se observa la norma, la autoridad judicial la aplica de forma errónea. La inobservancia de la ley o su aplicación errónea, pueden referirse tanto de la ley sustantiva como de la ley adjetiva.

2) En cuanto a este agravio, se encuentra contradictorio, cuando por una parte se señala que a tiempo de fijación de la pena, no se hubieran considerado las previsiones de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen. a objeto de su fijación atendiendo al parámetro determinado en el orden del mínimo legal previsto para los delitos de uso de instrumento falsificado y estelionato y, por otra; dice haberse considerado erróneamente las atenuantes tomando el parámetro de la mitad de la pena del delito mayor que resulta ser el de instrumento falsificado, luego, señalar no haberse considerado las atenuantes especiales de los arts. 39 y 40 del Cód. Pen., en cuya virtud la imposición de la pena alcanza al mínimo legal por tratarse de un primer juzgamiento, no tener antecedentes penales y concurrir circunstancias atenuantes que conducen a una pena no mayor a 1 año.

3) Es evidente que conforme al art. 37 del Cód. Pen., compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias de delito: 1. Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso y, 2. Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.

El art. 38 del citado compilado penal, expresa un catálogo de circunstancias a considerarse a objeto de apreciar la personalidad del autor, de las que ninguna es propuesta por el recurrente como erróneamente aplicada mediante fundamentación necesaria que permita establecer cuál de esas circunstancias se adecúa a su caso y cuáles los elementos concurrentes que conduzcan a una imposición de pena en el mínimo legal previsto para el delito de uso de instrumento falsificado. No obstante, en la sentencia se advierte haberse aplicado el art. 44 del Cód. Pen., referido a concurso real (aspecto no cuestionado), correspondiéndole la pena privativa de libertad del delito más grave, que comprende la prevista para el delito de uso de instrumento falsificado, cuyo máximo legal alcanza a seis años de privación de libertad, teniendo presente que además fue condenado por la comisión del delito de estelionato.

Aun, dadas esas circunstancias, el tribunal; consideró las previsiones de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., estableciendo las condiciones personales de Liborio Alcocer Fernández, de humildad, su ocupación, tercera edad, sin embargo; para el tribunal surgió la actitud de obtener documentación tendiente a establecer derecho de propiedad sobre el bien inmueble motivo del conflicto y otros actos como la transferencia del inmueble en favor de miembros de su familia, a sabiendas del problema que conllevaba por cuanto se constituyó en anticresista de Juan Terrazas Melean.

Se tuvo presente, que su condición humilde le situó en la circunstancia de desconocer aspectos legales y trámites judiciales, empero; siguió su propósito de documentar en su favor el citado bien inmueble, a su vez, se estimó que a su actuación contribuyó la confianza deferida al Abogado cuyos servicios contrató al efecto de su propósito, sometiéndose a su influjo.

4) Asimismo, los arts. 39 y 40 del Cód. Pen., erróneamente aplicados según este recurrente, contienen catálogos de condiciones a efecto de la aplicación de atenuantes especiales y generales, de los cuales, ninguno mereció de parte del recurrente fundamento objetivo que advierta su concurrencia a efecto de la imposición de la pena en 1 año de privación de libertad, lo que implica no existir agravio fundado, que sitúa al tribunal de alzada, en estado de no expedir pronunciamiento alguno por efecto de la previsión del art. 398 del compilado adjetivo penal.

En consecuencia, se tiene una imposición de pena en concepto de equilibrio acorde con los antecedentes del proceso establecidos en la celebración del juicio y el examen de las condiciones personales del recurrente, sin lugar a establecer errónea aplicación de ley sustantiva.

2.- Omisión de la enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstanciada art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen.

El recurrente con relación a este defecto de sentencia se limita al argumento de no constar en la sentencia mención alguna sobre una conducta reprochable o reñida con la ley en la que hubiera incurrido, habiéndose omitido requisitos imprescindibles que restan validez a la sentencia, llegando a condenar a ambos acusados sin cumplir con el requisito fundamental previsto art.35 del compilado adjetivo penal, omisión que lleva a anular totalmente la sentencia.

Conforme a la norma procesal citada, "Se dictará sentencia condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para generar en el juez o tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado". Teniendo presente los argumentos del recurso, se denuncia el defecto de sentencia descrito en el num. 3 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., sin referencia alguna respecto de los otros supuestos que prevé esta norma, por lo que; verificado el tópico 3. Enunciación del Hecho y circunstancias Motivo del Juicio y el contenido de la sentencia, se encuentra desarrollada la conducta del recurrente desde su vinculación con el Terrazas Melean, adjudicatario del bien inmueble motivo del conflicto, a través de un contrato de anticresis desde 20 de noviembre de 1990, ulteriores convenios relativos a promesa de venta del referido inmueble, su falta de pago del precio total convenido y la actividad desplegada ante órganos jurisdiccionales a propósito de establecer derecho de propiedad en su favor, tomando los servicios profesionales del mismo Abogado, quién conocía del caso por medio del que se constituye en víctima en el presente proceso que también requirió sus servicios, concluyendo esa actividad no solo en la obtención del título de propietario, argumentación que consta en el tópico de enunciación del hecho y circunstancias objeto de juicio y Considerando II relativo a voto de los Juzgadores, que se considera en cuanto la sentencia constituye un acto integral.

Consecuentemente, no es evidente que la sentencia carezca del requisito previsto en el art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen.

3.- Falta de fundamentación art. 370.5 del Cód. Pdto. Pen.

Según el recurso de apelación, son varios los tópicos y aspectos de suma importancia no fundamentados, omitiendo considerar la verdad material demostrada consistente en que Juan Terrazas Melean, no fue legítimo dueño del inmueble objeto de la Litis sino Pascual Gabriel Choque (fallecido) y al surgir esta causa por querrela de Wilfredo Terrazas Calderón, quien negociaba la transferencia sin tener debidamente saneado el derecho propietario sobre el bien inmueble objeto de la litis, la sentencia condenatoria debió estar revestida de una fundamentación en tomo a quien persigue la obtención de justicia, pero dotado de la suficiente personería que constituya soporte de la acción

punitiva del Estado y del por qué se reconoce la personería de aquélla supuesta víctima. Argumentos con los que solicita anular la Sentencia N° 18/2014 de 24 de octubre a objeto de la sustanciación de un nuevo juicio en el que se le absuelva de culpa y pena.

Entre los supuestos de defectos absolutos de la sentencia, configurados en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., consta el referido a: Inexistencia de fundamentación de la sentencia o esta sea insuficiente o contradictoria, opciones de las que toma el recurrente la de falta de fundamentación, empero, sin aludir fundada y específicamente los aspectos alcanzados por la omisión, cuando solo interroga del por qué no se fundamentó la verdad material, sin especificar presupuesto al que comprenda este principio y permita examinar al tribunal de alzada. Si bien, refiere que Juan Terrazas Melean no fue propietario del bien inmueble, el proceso penal en el caso; no tiene por objeto la averiguación del derecho de propiedad de determinado sujeto procesal, constituyendo una circunstancia más, sino la conducta que llevó a incurrir en el o los delitos atribuidos al recurrente, de haber obtenido la constitución de derecho propietario sobre el citado bien inmueble por medio de actos ejercitados ante diferentes órganos jurisdiccionales y notariales y, si fuere asistido de elementos lícitos, emergiendo en la celebración del juicio un derecho propietario confuso en tanto emergen datos sobre la Escritura Pública N° 149/76 por la que no se consigna ante la oficina de Registro de DD.RR., como propietario a Juan Terrazas Melean, padre del querellante Wilfredo Terrazas Calderón, advertido en la resolución del incidente de falta de personería en el querellante, suscitado en audiencia de 25 de abril de 2014 y diferida su resolución al estado de sentencia, o la Escritura Pública N° 186/2006, relativo a inmueble con características distintas, adjudicado a una entidad del Estado.

Por otra parte, cuestiona la razón por la que no se fundamenta el reconocimiento de personería de la supuesta víctima, sin embargo, este presupuesto de defensa se tiene resuelto con la debida fundamentación en sentencia, rechazando el incidente de falta de personería propuesto por los imputados, no siendo viable su fundamentación en sentencia ante una resolución de incidente no cuestionada en su oportunidad.

Recurso de apelación restringida de Omar Marcelo Andrade Rocha.

1.- Errónea aplicación de ley sustantiva art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

1) Que al haberse dilucidado en juicio un supuesto derecho de propiedad del acusador particular, no se demostró con prueba alguna, concluyendo haberse falsificado la Escritura Pública N° 186/2006, sin establecer mediante prueba pericial si las firmas, rúbricas y sellos corresponden a la Notaria, lo que indujo a una errónea aplicación del art. 203 del Cód. Pdto. Pen., atribuyéndole la falsificación y haber utilizado dicho documento para efectuar la transferencia a sabiendas de su falsedad, solo por apreciación subjetiva y contradictoria.

Que el acto de utilizar la cosa no fue de su necesidad, siendo el titular de ese documento falso o verdadero Liborio Alcocer Fernández, por lo que el limitarse a redactar la minuta de transferencia no es hecho suficiente para subsumir en el tipo penal del art. 203 del Cód. Pen., bajo el planteamiento de utilidad y redacción de una minuta, siendo dos proposiciones contrarias entre sí.

Se confundió conceptos jurídicos básicos en relación a derecho propietario, título de propiedad, minuta de adjudicación y registro, circunscribiéndose estrictamente al campo del derecho penal, sin diferencia entre el perfeccionamiento de un derecho propietario con el registro de DD.RR., y una simple minuta de transferencia que jamás nació a la vida jurídica, mas si la transferencia se debe al entonces legítimo propietario; acto en el que no concurrió su voluntad, como elemento subjetivo principal que deriva en un interés directo, siendo en este punto que el tribunal incurre en errónea aplicación de la ley al no subsumir el hecho juzgado correctamente en el tipo penal, encontrando el recurrente, defecto absoluto inmerso en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

2) De acuerdo a los fundamentos de la sentencia, la conducta de Omar Marcelo.

Andrade Rocha; se subsume en los tipos penales descritos en los arts. 198 y 203 del Cód. Pen. Conclusión a la que el tribunal arriba como emergencia de 14 valoración de los elementos de prueba aportados en el juicio y que reflejando su conducta establece que; como profesional Abogado desarrolló todas las gestiones tendientes a la obtención de la escritura Pública N° 186/2006 mediante la que el Fondo de Vivienda Social, hubiere transferido en favor de Liborio Alcocer Fernández, el bien inmueble motivo del litigio, sin embargo, resultó falsa.

Que dicha falsedad es establecida de los elementos de prueba documentales y fundamentalmente del expedido por el FONVIS y la prueba testimonial, la que dejó constancia de la actividad profesional desplegada en el caso, dirigiendo la conducta de Liborio Alcocer Fernández y miembros de su familia, para la obtención de insumos como carátulas y formularios en La Paz, a cargo de la hija de aquél, toda vez que en esta no se lograba obtenerlos, para al finalizar dichas gestiones entregar a su cliente la citada escritura pública con el respectivo registro en la oficina de Derechos Reales, de manera que la conducta descrita en sentencia, significa haber forjado la Escritura Pública N° 186/2006 dándole la apariencia de verdadero.

3) Si bien el recurso de apelación de Omar Marcelo Andrade Rocha, en cuanto a de este aspecto, se circunscribe a la errónea aplicación del precepto del art. 203 del Cód. Pen., se estimó necesario referirse a la conducta descrita precedentemente calificada por el tribunal como delito de falsedad material toda vez que constituye ilícito atribuido a aquél y comprendido en la sanción penal, en el entendido de que el uso de instrumento falsificado tiene vinculación a delitos que en su estructura llevan el elemento falsedad. Y, para establecer la comisión del delito de uso de instrumento falsificado, compulsó los hechos y los elementos de prueba inherentes concluyendo que:

Teniendo conocimiento de la falsedad del documento forjado desplegando actos ilegales, aconseja a Liborio Alcocer Fernández, "deshacerse del bien inmueble" para lo que utiliza dicho documento en la transferencia del indicado bien inmueble en favor de miembros de la familia de aquél (hija y yerno), labrando a su cargo la minuta de transferencia.

4) cuestionamiento en si, radica en la errónea aplicación de la norma sustantiva en la que se describe el tipo penal del delito de uso de instrumento falsificado, art. 203 del Cód. Pen., y por el que es sancionado con la pena privativa de libertad de 4 años y 5 meses- de reclusión, graduación de la pena que involucra la comisión del delito de falsedad material incurso en la sanción del art. 198 del Cód. Pen.

Al respecto conviene enunciar el A.S. N° 055/2014 de 24 de febrero, que entre sus precisiones respecto del delito incurrido en la sanción del art. 203 del Cód. Pen., dice: "Este precepto penal, incluido en las normas penales que protegen el bien jurídico de Fe Pública, tiene estrecha relación con los diferentes tipos penales de falsedad previstos en el capítulo relativo a la falsificación de documentos en general, del código penal, a saber: Falsedad material, falsedad ideológica, falsificación de documento privado y falsedad ideológica en Certificado Médico, pues el verbo rector del tipo penal es hacer uso de un instrumento falso, lo que remite necesariamente a los delitos señalados: Sin embargo, esta remisión no importa, como condición o elemento configurativo del tipo penal, que previamente se acredite la autoría del documento falso en cuestión y menos que el autor del delito de uso de instrumento falsificado sea condenado previamente o al mismo tiempo, como autor de la falsedad; es decir, del formado del documento falso o adulterado, pues el referido precepto normativo penal, esta dirigido a castigar precisamente la conducta de agentes que no han intervenido en la elaboración del documento falso, pero que hacen uso del el, de ahí que no puede existir por ejemplo concurso de los delitos de falsedad(sea material o ideológica) con el uso de dicho documento, porque a la conducta del agente que labró el documento, no le alcanza el tipo penal del uso. Esto es, porque la condición configurativa del tipo penal de los delitos de falsedad es el perjuicio, por tanto, el mismo tipo penal ya encierra o cubre la conducta de utilización del documento falso; al contrario, el tipo penal de uso de Instrumento Falsificado está dirigido exclusivamente a la conducta del tercero que no intervino en el forjado, pero que utilizó un documento falso, tendiendo conocimiento que no era autentico o verdadero...Este entendimiento tiene su base legal en el mismo tipo penal del art. 203 del Cód. Pen., la propia norma descarta que el sujeto activo de este tipo penal, sea la misma persona que forjó el documento, en conclusión, no se puede sancionar al mismo sujeto, como autor de un delito de falsedad y también de uso".

5) La inteligencia del auto supremo citado, exime de mayor argumentación para establecer que a tiempo de pronunciar la sentencia impugnada, se incurrió en errónea aplicación de la norma sustantiva contenida en el art. 203 del Cód. Pen., por cuanto según se colige de su texto; la falsificación de documentos lleva implícito su uso, correspondiendo absolver a Omar Marcelo Andrade Rocha de la comisión de este ilícito.

2.- Falta de fundamentación o esta sea insuficiente o contradictoria, art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

1) Según el recurrente, la sentencia carece de claridad en relación a la descripción de los hechos, limitándose a repetir las descripciones incongruentes y contradictorias de los acusadores, sin alcanzar a una motivación fáctica para cada uno de los acusados, involucrándole en actos; como la suscripción de contrato anticrético, promesa de venta, recepción de dineros, contactos con el acusador, gestiones judiciales y otras actividades, sin determinar momentos de su acontecer y al actor en cada acción para atribuir a cada uno de los acusados actos concretos realizados que deriven en responsabilidad, es decir sin determinar el nexo de causalidad con los delitos atribuidos, sujetando a dilucidación hechos de connotación administrativa relativos a la adjudicación de un lote o vivienda al padre del acusador, aún, sin tratarse del inmueble de la litis, llevando al tribunal a la conclusión de ser falsa la Escritura Pública N° 186/2006 sin explicación de razones y el valor asignado a los medios de prueba, enumerándola y describiéndola simplemente como se consignan en las literales MP.2 a MP.18 e incorporar prueba impertinente, en similar actitud con la prueba testifical y documental del acusador particular y la de los acusados.

2) Asimismo, no se otorga valor real a la prueba de inspección ante la oficina del Registro del DD.RR., y la Notaría de Fe Pública No. 10; limitándose a enunciar el objeto de verificación de la Ptda. N° 149/2006 (error: 76) sin referir los aspectos recogidos relativos al hecho motivo de juzgamiento y lo que hubieran demostrado.

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia, "son defectos absolutos cuando en la sentencia no existen razones ni criterios sólidos que fundamenten la valoración de las pruebas, omisión que se constituye en omisión insalvable porque genera incertidumbre en los imputados, defecto que se inscribe en la previsión del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen." (asumida por el recurrente).

Sobre este tópico, una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al juez de sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3) del Cód. Pdto. Pen. Lo que implica que la sentencia debe ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Solo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad, por lo que la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del juez, pero carentes de todo sustento probatorio. Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, los jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, por lo que la fundamentación y motivación de las resoluciones es fundamental toda vez que las autoridades judiciales establecen las razones jurídicas que las llevaron a decidir un caso concreto, ya que ésta se constituye en la razón de decidir de la autoridad jurisdiccional sobre un litigio en el que generalmente, las partes tienen posiciones encontradas, los cuales deben ser debidamente motivadas conforme a derecho.

Uno de los defectos de sentencia advertidos en el recurso impugnatorio, es la falta de fundamentación en la sentencia, por cuanto se limita a repetir las descripciones incongruentes y contradictorias de los acusadores, sin alcanzar una motivación fáctica para cada uno de los acusados.

3) No obstante que el recurrente no cumple con lo previsto en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., cuando esta norma expresamente previene que deben citarse las disposiciones legales consideradas violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál la aplicación que se

pretende, en el caso, relacionado al num.5) del art. 370 del citado compilado penal, no se atribuye qué disposición legal íntegra, careciendo en consecuencia de sustento, la verificación de la sentencia en su Considerando III, contiene las respuestas al recurrente; cuando en modo pormenorizado narra los acontecimientos que encierra el hecho desde su origen hasta el conocimiento de la verdad histórica en base a los elementos de prueba esenciales determinados y descritos por su contenido y valorados en sentido de ser demostrativos, adecuando a los tipos penales pertinentes transcritos a objeto de patentizar sus elementos constitutivos, la conducta de cada uno de los acusados en el orden del desarrollo de los acontecimientos, resultando clara, motivada y fundada con ejercicio pleno del derecho a la defensa.

El nexo causal entre el hecho y el acusado Omar Marcelo Andrade Rocha, se describe desde haber materializado un derecho propietario en favor de Liborio Alcocer Fernández, sobre el bien inmueble motivo del conflicto; desplegando actividad profesional exigiendo insumos (materiales) de dificultosa obtención en Oruro y la conclusión de la actividad con el entrega a su cliente de la Escritura Pública N° 186/2006 que resultó falsa, deducida de los elementos de prueba enunciados y valorados dándoles el carácter demostrativo del hecho que se le atribuyó, por consiguiente debidamente subsumido en el tipo penal del art. 198 del Cód. Pen.

4) En cuanto a insuficiencia y contradicción en la sentencia:

La confusión que sufre el tribunal a tiempo de suscitarse el incidente sobreviniente de falta de personería en el acusador particular que surge de haber considerado suficiente una declaratoria de herederos para acreditar derecho propietario, no obstante la observación a la partida relativa al bien inmueble objeto de la litis por los borrones que presenta y establecidos en la audiencia de inspección a oficinas del Registro de DD.RR., la certificación correspondiente y corresponder la Escritura Pública N° 179/76 de 6 de abril a Pascual Gabriel Choque, corroborado por las certificaciones expedidas por los Notarios de Fe Pública.

En relación a este aspecto de impugnación, se tiene dicho líneas arriba que al suscitarse incidente de falta de personería en el querellante con carácter sobreviniente, en audiencia de juicio de 25 de abril de 2014, diferirse su resolución al estado de sentencia y resolver dicho incidente a tiempo de pronunciar la sentencia, rechazando, sin haberse cuestionado ante el tribunal a quo por ninguno de los incidentistas y reservado derecho de impugnación para el momento procesal del recurso de apelación restringida, no corresponde su consideración en alzada, mas cuando no es motivo de fundamentación específica acorde con la naturaleza de los incidentes, regulado en las previsiones de los arts. 404 y ss., del Cód. Pdto Pen.

3.- Hechos inexistentes o no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba. Art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

Tópico de impugnación confuso y reiterativo de aspectos mencionados en sus precedentes, que desorientaron los propios argumentos del recurso, sin embargo atendidos en emergencia del derecho del justiciable de ser oído en el ámbito de impugnación por interpretación de la intención del recurso, no obstante carecer de sujeción del defecto denunciado a norma vulnerada.

1) Se considera hecho inexistente, la concesión de calidad de título de propiedad a una minuta de adjudicación que no nació a la vida jurídica, cuando en el decurso de la sentencia se establece la falsedad de la Escritura Pública N° 186/2006, forjada por el recurrente en favor de su cliente Liborio Alcocer Fernández, ejercitando la conducta descrita en detalle, precisamente a partir de una minuta que constituye base y parte de un protocolo notarial traducido en escritura pública y registrada en los registros de Derechos Reales, acto que viene en constituir un derecho propietario, de modo que la existencia del hecho se encuentra establecida a través de los fundamentos de la sentencia.

2) En cuanto a la defectuosa valoración de la prueba, el precepto del art. 173 del Cód. Pdto. Pen. prevé: "El Juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencia producida". Norma procesal que sitúa nuestro ordenamiento procesal penal, en cuanto a la valoración de la prueba; en el sistema de la sana crítica "que se define como el sistema que considera un conjunto de normas y de criterios de los jueces basados en las reglas de la lógica, de lo que dicta la experiencia, de principios de la sicología, aun del sentido común, que concentrados llevan al conocimiento humano".

Corno se colige del tenor de este tópico del recurso, el recurrente al consignar defecto de sentencia en virtud del art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., no contribuye con supuestos comprendidos en el sistema de sana crítica que rige la valoración de la prueba, es así que; no se tiene especificación sobre aquella o aquellas reglas de la sana crítica defectuosamente aplicadas en la valoración de la prueba aportada en juicio y derivaron de defectuosa valoración de la prueba.

Asimismo, incurre en omisión de determinar aquellos elementos probatorios afectados y a los que el tribunal no tiene acceso a objeto de verificar la defectuosa valoración denunciada, considerando en consecuencia que la impugnación carece de sustento legal.

POR TANTO.- La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, en virtud de los fundamentos expuestos y las normas enunciadas, declara:

1.-Improcedente el recurso de apelación restringida, deducido por Liborio Alcocer Fernández, en su mérito confirma la Sentencia N° 18/2014 de 24 de octubre.

2.- Procedente el recurso de apelación deducido por Omar Marcelo Andrade Rocha, respecto del defecto de sentencia de: Errónea aplicación de ley sustantiva, referida a la previsión del art. 203 del Cód. Pen., en su mérito absuelve de culpa y pena a este acusado recurrente por la comisión del delito de uso de instrumento falsificado, en observancia de la previsión del art. 363-4 del Cód. Pdto Pen. y en aplicación del A.S. N° 055/2014-RRC de 24 de febrero.

3.- Improcedente el recurso de apelación restringida, deducido por Omar Marcelo Andrade Rocha, respecto de los defectos de sentencia denunciados como: Falta de fundamentación, Insuficiencia y Contradicción y sentencia basada en hechos inexistentes o no acreditados en defectuosa valoración de la prueba, en su mérito confirma la Sentencia N° 18/2014 de 24 de octubre.

La presente resolución, es susceptible del recurso previsto en el art. 416 del Cód. Pdto Pen., dentro el plazo de cinco días computable a partir a notificación a las partes.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memoriales presentados el 02 y 09 de agosto de 2016, cursantes de fs. 286 a 289 y 297 a 302, Omar Marcelo Andrade Rocha y Liborio Alcocer Fernández, interponen recursos de casación, impugnando el A.V. N° 5/2016 del 12 de julio, de fs. 263 a 269, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, conformado por los vocales Beatriz Cortez Vásquez y Bernardo Bernal C., dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Wilfredo Terrazas Calderón contra los recurrentes, por la presunta comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 198, 199, 203 y 337 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 18/2014 de 24 de octubre (fs. 163 a 188), el Tribunal de Sentencia N° 1 del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a: Liborio Alcocer Fernández, autor de la comisión de los delitos de Uso de Instrumento Falsificado y Estelionato, previstos y sancionados por los arts. 203 y 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 3 años de reclusión, concediéndole al mismo tiempo el beneficio de la suspensión condicional de la pena; absolviéndole de los delitos de falsedad material y falsedad ideológica; Omar Marcelo Andrade Rocha, se lo declaró autor de los delitos de falsedad material y uso de instrumento falsificado, sancionados por los arts. 198 y 203 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cuatro años y cinco meses de reclusión y absuelto del delito de falsedad ideológica, ambos fueron sancionados con costas al Estado y a la acusación particular; por otra parte, declaró Improbado el incidente sobreviniente de falta de personería de los acusados.

b) Contra la mencionada Sentencia, los imputados Liborio Alcocer Fernández (fs. 215 a 217) y Omar Marcelo Andrade Rocha (fs. 219 a 225 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 5/2016 del 12 de julio, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró improcedente el recurso de Liborio Alcocer Fernández y procedente en parte el recurso de Omar Marcelo Andrade Rocha, declarando absuelto por el delito de uso de instrumento falsificado tipificado por el art. 203 del Cód. Pen., manteniendo firme y subsistente en lo demás la Sentencia apelada, dando lugar a la interposición de los recursos de casación en análisis.

I.1.1. Motivos de los recursos de casación.

De los recursos de casación interpuestos por los recurrentes y del A.S. N° 808/2016-RA de 17 de octubre, se extraen los motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

I.1.1.1. Del recurso de casación de Omar Marcelo Andrade Rocha.

El recurrente alega que en el punto 3-b) de su recurso de apelación restringida, denunció el hecho inexistente o no acreditado del perjuicio ocasionado a la supuesta víctima como elemento constitutivo del tipo penal previsto en el art. 198 del Cód. Pen., pero el tribunal de alzada se limita a decir en el considerando III (Fundamentos de la Resolución) que el propietario es el coacusado Liborio Alcocer Fernández quien tiene (dice) su derecho propietario registrado en Derechos Reales, pero sin hacerse la pregunta si el acusado demostró su personería a través de documento alguno o su derecho propietario, sobre el inmueble objeto de litigio y en cuanto a la defectuosa valoración de la prueba realiza una serie de razonamientos con relación al art. 173 del Cód. Pdto. Pen., pero sin establecer si el tribunal de sentencia procedió a cumplir o no con aquello, sino omite pronunciarse respecto a la existencia o no de perjuicio ocasionado a la víctima y qué medio probatorio demuestra aquello, violando la garantía de motivación, contradiciendo el A.S. N° 529/2006 de 17 de noviembre, ya que ante la denuncia de la inconcurrencia de un elemento constitutivo del tipo penal descrito por el art. 198 del Cód. Pen., y al no haberse pronunciado el tribunal de alzada sobre el mismo, contradice con los términos de dicho precedente.

I.1.1.2. Del recurso de casación de Liborio Alcocer Fernández.

El auto de vista no se encuentra fundamentado, en inobservancia a lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; es así, que el tribunal de alzada no ha dado respuesta de manera objetiva a cada uno de los agravios expresados, limitando en su accionar a manifestar razonamientos subjetivos sin mayor trascendencia con la finalidad de justificar la corrección del fallo apelado, limitándose a transcribir los recursos de apelación restringida y a extraer partes de la Sentencia, para luego concluir que el fallo se encontraba correctamente pronunciado; es así que de siete folios que comprende el auto de vista, dos folios y medio comprende un resumen de los fundamentos de la sentencia en lo vinculante a los resultados del juicio oral. Posterior a ello, en los dos siguientes folios consideran los fundamentos de su apelación que no fueron analizados objetivamente, sin considerar los alcances recursivos y la expresión de agravios que manifestó por separado, para concluir que los argumentos expresados no tiene sustento legal, pero sin explicar detalladamente todo el proceso de razonamiento jurídico para rechazar sus argumentos impugnatorios respecto a la errónea aplicación de la ley sustantiva y falta de fundamentación de la sentencia, incurriendo así en falta de motivación y defecto absoluto que vulnera el debido proceso, contradiciendo los AA.SS. Nos. 207/2007 del 28 de marzo y 144/2013 del 28 de mayo, que exigen que la resolución contenga una explicación y justificación racional sobre los puntos impugnados, pues el auto de vista únicamente se remitió a los antecedentes y a los argumentos recursivos.

I.1.2. Petitorios.

Con los antecedentes señalados, los recurrentes solicitan se declaren fundados sus recursos, se deje sin efecto el auto de vista recurrido y se emita nuevo auto de vista conforme a la doctrina legal establecida.

I.2. Admisión de los recursos.

Mediante A.S. N° 808/2016-RA de 17 de octubre, de fs. 310 a 312 vta., se determinó la admisión del recurso de Omar Marcelo Andrade Rocha únicamente para el análisis de fondo de su segundo motivo y el recurso de casación presentado por Liborio Alcocer Fernández.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

El Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, dictó Sentencia N° 18/2014 de 24 de octubre, declarando autores y culpables a: Liborio Alcocer Fernández, de los delitos de uso de instrumento falsificado y estelionato, imponiendo la pena de tres años de reclusión, concediéndole el beneficio de la Suspensión Condicional de la Pena; y, a Omar Marcelo Andrade de los delitos de falsedad material y uso de instrumento falsificado, imponiendo la pena de cuatro años y cinco meses de reclusión, ambos fueron sancionados con costas a favor del Estado y la parte acusadora; fallo que se basó en los siguientes fundamentos:

a) Se estableció que Juan Terrazas Melean, se adjudicó una vivienda en la urbanización Villa Chiripujyo de la ciudad de Catavi, cediendo en calidad de Anticresis el indicado inmueble al acusado Liborio Alcocer Fernández por la suma de \$us. 600.-; que Wilfredo Terrazas Calderón se declaró heredero ab intestato al fallecimiento de su padre Juan Terrazas Melean, posteriormente se habría suscrito un documento de compromiso de compra y venta del mencionado inmueble, entre el acusado Liborio Alcocer Fernández y Wilfredo Terrazas Calderón, conviniendo el precio en la suma de \$us. 12.000.- comprometiéndose el comprador (imputado) a cumplir con la totalidad del precio hasta el 30 de julio de 1998, compromiso que no fue cumplido.

b) El imputado Omar Marcelo Andrade Rocha, en su calidad de abogado realizó todas las gestiones necesarias para fabricar y falsificar el Testimonio 186/2006, por el que FONVIS transfiere una vivienda de interes social en favor de Liborio Alcocer Fernández, con lo que adecuó su conducta al tipo penal de falsedad material y uso de instrumento falsificado.

c) Liborio Alcocer Fernández, sabiendo que la casa donde vive actualmente era de propiedad de Juan Terrazas Melean, buscó perfeccionar su derecho propietario sobre dicho inmueble, contratando para el efecto al abogado Omar Marcelo Andrade Rocha, y sabiendo que el documento por el cual le transfiere FONVI era falso, utilizó ese documento para transferir dicho inmueble a favor de su hija y su yerno, adecuando su conducta al tipo penal de Uso de Instrumento falsificado y estelionato, por haber utilizado para fines ilícitos a sabiendas que era falsa, la Escritura Pública N° 186/2006.

d) Se causó daño y perjuicio a la víctima, al haber puesto en riesgo el derecho propietario del bien inmueble que ahora reclama.

e) En relación al quantum de la pena, precisó que la pena del delito más grave, es de 1 a 6 años en ambos casos; además observando los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., para el caso del acusado Liborio Alcocer Fernández, consideró que se trata de una persona de extracción humilde, del área rural que se dedica a la agricultura y ganadería, de la tercera edad; sin embargo, conocía perfectamente sobre el problema del bien inmueble donde vivía, y que si bien su intención era documentarse; empero, no midió sobre las consecuencias de sus actos, y que sabía que el indicado inmueble era de propiedad de Juan Terrazas Melean, porque inicialmente ingresó al mismo en calidad de anticresista, que además transfirió el indicado inmueble a favor de su hija y yerno, y que actuó confiando plenamente en su abogado, por lo que se le impone la pena de tres años; en relación a Omar Marcelo Andrade Rocha, consideró que es una persona relativamente joven, casado, con dos hijas, abogado, por lo tanto, consiente del trámite fraudulento, sabía que la Escritura N° 186/2006 por el que FOVIS en liquidación transfiere el bien inmueble a favor de Liborio Alcocer Fernández era falso, además de saber que el indicado inmueble era de propiedad de Juan Terrazas Melean, causando en consecuencia un perjuicio a los presuntos dueños del inmueble, por lo que, se le impone una pena de 4 años y 5 meses.

II.2. De las apelaciones restringidas.

II.2.1. De la apelación restringida de Liborio Alcocer Fernández.

El acusado formuló recurso de apelación restringida, planteando en síntesis entre sus agravios, lo siguiente:

1) Errónea aplicación de la ley sustantiva, señalando que no se hubieran considerado los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., para imponer el quantum de la pena, sin considerar que el mínimo de la pena es de 1 año, señalando que las atenuantes de los arts. 39 y 40, hubieran conducido a que se imponga el mínimo de la pena.

2) Falta de enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstanciada, expresando que en ninguna parte la Sentencia habría mencionado o enunciado alguna conducta reprochable o jurídicamente reñida con la ley que hubiese realizado su persona, por lo tanto, no se hubiera cumplido con lo establecido en el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., por lo que, a criterio suyo sería imperativo anular la Sentencia.

3) Finalmente denuncia que la Sentencia no fundamentó sobre varios tópicos, como la verdad material, señalando que Juan Terrazas Melean nunca fue propietario del inmueble objeto de la litis; en consecuencia, a decir del recurrente Wilfredo Terrazas no tenía personería para la presente acusación.

Concluye solicitando se anule la sentencia, para que se sustancie nuevo juicio y se pronuncie nueva sentencia declarándolo absuelto de culpa y pena por no haberse demostrado su participación en el hecho atribuido.

II.2.2. De la apelación restringida de Omar Marcelo Andrade Rocha.

Interpuso recurso de apelación restringida, denunciando lo siguiente:

1) Errónea aplicación de la ley sustantiva, por haberle sido declarado autor del delito de Uso de Instrumento falsificado, cuando en los hechos no se habría acreditado que la simple redacción de una minuta constituya un uso de instrumento falsificado.

2) Falta de fundamentación de la sentencia, señalando que no se atribuye a cada uno de los acusados los actos concretos que realizaron y del cual deriva su responsabilidad y que sólo se habría limitado a repetir la descripciones de las acusaciones, y que no se hubiere explicado el por qué considera que la Escritura Pública N° 186/2006 es falsa, qué medios les habría llevado a tal conclusión, qué valor probatorio se les asignó, además señala que el padre del acusador particular no sería propietario del inmueble objeto de la Litis, y por lo tanto no se habría causado perjuicio alguno al acusador particular.

3) Finalmente señala que la sentencia se basaría en un hecho inexistente, porque el acusador particular no tendría la calidad de propietario del inmueble objeto de la Litis, al no tener inscrito su derecho propietario en Derechos Reales, por lo tanto, reitera que no se le habría causado daño alguno al acusador particular.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, por A.V. N° 5/2016 de 12 de julio, declaró improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto por Liborio Alcocer Fernández; y procedente parcialmente el formulado por Omar Marcelo Andrade Rocha, en relación al defecto de sentencia de errónea aplicación de la ley sustantiva, referida a la previsión contenida en el art. 203 del Cód. Pen.; en su mérito, absolvió de culpa y pena al referido acusado por el delito de uso de instrumento falsificado, en observancia del art. 363-4) del Cód. Pdto. Pen., e improcedente en relación a las denuncia de falta de fundamentación, insuficiente y contradicción de la sentencia basada en hechos inexistentes o no acreditados, en defectuosa valoración de la prueba; por lo que se extrae a continuación los argumentos que tienen relación a los motivos que se analizarán en la presente resolución:

II.3.1. Sobre el recurso de apelación de Liborio Alcocer Fernández.

a) Respecto a la denuncia del quantum de la pena de Liborio Alcocer, concluyó que se impuso la pena dentro de un concepto de equilibrio y acorde con los antecedentes del proceso, establecidos en la celebración del juicio y las condiciones personales del referido acusado, consiguiendo determinar que no existe errónea aplicación de la ley sustantiva, señalando que el acusado no fundamentó cuál de las circunstancias del art. 38 serían aplicables al caso de autos; además, advirtió que en la sentencia se habría aplicado el concurso real establecido por el art. 44 del Cód. Pen., aspecto que no fue cuestionado por el recurrente, en consecuencia se aplicó la pena del delito más grave que en el caso de autos es el de estelionato, que tiene como pena máxima 6 años, y que el tribunal consideró la edad, la condición personal, su humildad, su ocupación, como atenuantes; sin embargo, también hubiere considerado como agravantes, el hecho de haber perfeccionado su derecho propietario sobre el inmueble, el hecho de haber vendido el mismo a favor de un tercero, a sabiendas que el inmueble era de propiedad de Juan Terrazas Melean, porque al mismo ingresó con su consentimiento, en calidad de anticresista.

b) Sobre la denuncia de falta de enunciación del hecho y su determinación circunstanciada, concluyó que la sentencia desarrolló la conducta del recurrente desde su vinculación con Juan Terrazas Melean, adjudicatario del bien inmueble motivo del conflicto, a través de un contrato de anticrético desde el 20 de noviembre de 1990, ulteriores convenios relativos a promesa de venta del referido inmueble, su falta de pago del precio total convenido, tomándose los servicios del mismo abogado, el cual conocía el caso.

c) Finalmente, respecto a la fundamentación de la sentencia, concluyó que esa situación tampoco era evidente, porque el apelante no aludió qué aspectos habrían sido omitidos, interrogando sólo el hecho de no haber fundamentado la verdad material y si bien refirió que Juan Terrazas Melean no fue propietario del bien inmueble, concluyó que el proceso penal no tenía por finalidad la averiguación del derecho propietario de determinado sujeto procesal, si no se debía determinarse la conducta que llevó a incurrir en el o los delitos atribuidos al apelante, al haber constituido el derecho propietario sobre el citado bien inmueble por medio de actos ejercitados ante diferentes órganos jurisdiccionales y notariales, conociendo que el propietario del referido inmueble era Juan Terrazas Melean. Además, señaló que el incidente de falta de personería estaba debidamente resuelto, sin ser cuestionada en su oportunidad.

II.3.2. Sobre el recurso de apelación de Omar Marcelo Andrade Rocha.

a) El auto de vista señaló, que el nexo causal entre el hecho y los actos del acusado Omar Marcelo Andrade Rocha, radicó en el hecho de haber materializado de manera fraudulenta el derecho propietario del inmueble a favor de Liborio Alcocer Fernández, desplegando al efecto actividad profesional, exigiendo insumos de dificultosa obtención en la ciudad de Oruro como los papeles sellados y las carátulas notariales, terminando esa actividad con la entrega al coacusado Liborio Alcocer (su cliente) de la escritura pública 186/2006 que resulta ser falsa, por lo tanto, advierte que el referido acusado perfectamente subsumió su conducta al tipo penal del art. 198 del Cód. Pen., por lo que, concluyó que la existencia de los hechos se encuentra establecida en los fundamentos de la sentencia.

b) Asimismo, respecto a la defectuosa valoración de la prueba, el tribunal de alzada señaló que el apelante no especificó los elementos de la sana crítica que hubieran sido aplicadas de manera defectuosa a tiempo de valorar la prueba que fue aportada a juicio, y tampoco habría señalado, qué elementos probatorios fueron afectados o no valorados de manera correcta, por lo que, concluyó que la impugnación al respecto no tenía sustento legal.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados.

En el presente proceso, los acusados denuncian por un lado incongruencia omisiva, porque a su criterio el tribunal de alzada no otorgó respuesta a la denuncia de no haberse señalado el daño que se hubiera causado a la víctima; y, por otro lado, falta de fundamentación del auto de vista al no haberse brindado una respuesta objetiva a cada uno de los agravios señalados en la apelación restringida, por lo que corresponde resolver ambas problemáticas a partir de la labor de contraste con los precedentes invocados por los recurrentes.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: "El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema", en

esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: "Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida".

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: "...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación", norma que es afín con el inc. 3) del art. 42 de la L.Ó.J., que instituye como atribución de las Salas especializadas del tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y, c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el Estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las Salas Penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 04 de diciembre, ha puntualizado: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el código de procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal.

III.2. Respecto al recurso de casación de Omar Marcelo Andrade Rocha.

El imputado denuncia que el tribunal de alzada, no habría respondido a la denuncia referente a que no se habría acreditado el perjuicio que se ocasionó a la víctima, señalando que esa situación sería un elemento constitutivo del tipo penal de falsedad material, dando a entender que al no haber concurrido el mismo no se hubiera configurado dicho delito; citando al efecto como precedente contradictorio el A.S. N° 529/2006 de 17 de noviembre.

El referido precedente, fue emitido dentro de una causa seguida por el delito de Difamación y otros, proceso en el cual la extinta Corte Suprema de Justicia estableció, que el Tribunal de alzada no advirtió que la adecuación del hecho ilícito fue incorrecta al tipo penal de Calumnia, al advertir que los elementos constitutivos del mismo no habrían concurrido en el caso; por lo que, dejó sin efecto el auto de vista impugnado, estableciendo previamente como doctrina legal aplicable la siguiente: "...La falta de precisión, en términos claros, sobre la adecuación del hecho acusado a los elementos constitutivos del tipo penal atribuido de difamación, incurso en la sanción del art. 283 del Cód. Pen. que estipula 'El que por cualquier medio imputare a otro falsamente la comisión de un delito, será sancionado con privación de libertad de seis meses a tres años y multa de cien a trescientos días', contraviene el principio de legalidad, al no cumplir con la explicación jurídica legal, que el acto imputado se subsume a la norma sustantiva penal, atribuyéndoles a los imputados los hechos, haciéndolos objetos de la concreta acusación del ilícito penal, cuyo objeto es el atacar el sentimiento de honradez moral del sujeto pasivo con relación al consenso de los demás.

Que la resolución cuestionada, no comprende la subsunción del hecho al tipo penal de calumnia, tampoco la argumentación para la imposición de las sanciones conforme lo estatuido en el art. 25 del Cód. Pen., que dice: 'Las sanción comprende las penas y medidas de seguridad', y para la fijación de las mismas, se debe tomar en cuenta la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, y en la especie tampoco se fundamentó la imposición de la pena, cuando ésta debe ser dada en el marco de los arts. 38, 39 y 40 del citado cuerpo penal.

Que el tribunal de alzada, al no haber advertido, que la adecuación del hecho ilícito fue incorrecta al tipo penal de calumnia, que prevé el art. 283 del Cód. Pen., ante la inexistencia de los elementos constitutivos del mismo y al no haberse demostrado 'el delito contra el honor sobre el ataque a la honra o crédito ajeno respecto a la conducta de los imputados.

Por lo señalado precedentemente y al haberse dictado resoluciones que infringen el debido proceso proclamado por la Carta Magna e interpretado en el sentido que 'comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a fin de que las

personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos'; los que lesionan el principio de legalidad formal y material, en consecuencia, corresponde regularizar el procedimiento, disponiendo se dicte un nuevo auto de vista conforme la Doctrina Legal establecida en el presente auto supremo".

En el caso de autos, si bien el recurrente denuncia que no se hubiera acreditado el perjuicio ocasionado a la víctima; sin embargo, de la revisión minuciosa y detallada del auto de vista recurrido, se observa con meridiana claridad, que el tribunal de alzada inicialmente determinó el nexo causal entre el hecho acusado y los actos del imputado Omar Marcelo Andrade Rocha, señalando que el mismo se encuentra en el hecho de haber materializado un derecho propietario a favor de Liborio Alcocer Fernández sobre el bien inmueble que es objeto de la Litis, desplegando al afecto su actividad profesional, al exigir materiales o papeles que son de dificultosa obtención como los papeles sellados y carátulas notariales, sobre los cuales confeccionó la Escritura Pública 186/2006, la cual por cierto fue declarada falsa, y que con ella se estaría transfiriendo de manera fraudulenta el derecho propietario a favor del coacusado Liborio Alcocer; con ese antecedente, determinó que es correcta la adecuación de su conducta al tipo penal de falsedad material, establecido y sancionado por el art. 198 del Cód. Pdto. Pen.

Ahora bien, si el recurrente señala que el auto de vista recurrido, no hubiera respondido de manera expresa a la denuncia de falta de perjuicio, esta Sala Penal advierte que al imputado al referirse a la inexistencia de un perjuicio vinculó su reclamo a una supuesta falta de personería del acusador particular, aspecto relevante a los fines de establecer supuestos perjuicios, pues acusó en lo medular que el acusador particular no demostró derecho propietario y que el inmueble se vendió atentando ese derecho causándole algún perjuicio, verificándose que el tribunal de alzada respondió de manera clara, precisa y expresa, al señalar que al suscitarse un incidente de falta de personería en el querellante con carácter sobreviniente, en audiencia de juicio de 25 de abril de 2014, se difirió su resolución al estado de sentencia siendo resuelto el incidente en dicho fallo, sin haberse cuestionado ante el tribunal de sentencia por ninguno de los incidentales ni reservado derecho de impugnación para el momento procesal del recurso de apelación restringida, por lo que la temática no correspondía su consideración en alzada; sin que además pueda soslayarse el hecho tenido como probado por el tribunal de sentencia, que al haberse fabricado un documento de compra venta de manera fraudulenta, haciendo aparecer un bien inmueble de propiedad de la víctima a favor del coacusado, devenga en un perjuicio, puesto que automáticamente afecta de manera negativa el patrimonio de la víctima, por lo que, no le permite usar, gozar, disfrutar y disponer del mismo, concluyéndose que en el caso de autos el Tribunal de alzada no omitió pronunciamiento respecto a la existencia o no de perjuicio como alega el recurrente, por el contrario en el ámbito de los cuestionamientos hechos por el propio imputado, otorgó una respuesta dada la vinculatoriedad del reclamo y la decisión relativa a la supuesta impersonería del acusador que finalmente fue desestimada, sin que la resolución respectiva haya sido impugnada; consiguientemente, se determina que no existe contradicción entre el precedente invocado y la resolución recurrida de casación, por lo tanto el recurso de casación deviene en infundado.

III.3. Con referencia al Recurso de casación de Liborio Alcocer Fernández.

Denuncia Falta de fundamentación del auto de vista, indicando que no habría dado respuesta objetiva respecto a cada uno de los agravios expresados, no hubiere dado respuesta razonada respecto a la errónea aplicación de la ley sustantiva y al efecto cita como precedentes contradictorios los A.S. N° 207/2007 de 28 de marzo y 144/2013 de 28 de mayo.

El primer precedente, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de estafa y otros, en el cual la extinta Corte Suprema de Justicia, constató que el tribunal de alzada se limitó a mencionar que los motivos de hecho y derecho están debidamente fundamentados con indicación expresa de las razones que motivan el fallo, por lo tanto, concluyó que no se absolvió de manera suficiente el fallo, al evidenciar falta de fundamentación y motivación en el mismo, dejando sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo previamente como doctrina legal aplicable la siguiente: "La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

Cuando a tiempo de emitir un decisorio, los Tribunales no observan los presupuestos señalados supra, incurren en vicios absolutos que atenta contra al derecho a la defensa y al debido proceso, debiendo la autoridad jurisdiccional dictar sus resoluciones debidamente motivadas, guardando coherencia entre la parte considerativa y la dispositiva, esto es sin incurrir en contradicciones, en desorden de ideas, yuxtaposición numerativa de folios o de afirmaciones formuladas mecánicamente, o en una frondosa, enrevesada y superficial acumulación de disgresiones sin mayor relación con el caso a resolver, una resolución resulta insuficientemente motivada cuando en el caso concreto resulta superficial y/o unilateral o cuando los argumentos esgrimidos resultan contradictorios antagónicamente, o cuando se detectan vicios de razonamiento o de demostración (falacias o paralogismos), en todo caso la redacción debe guardar claridad explicativa, no siendo una exigencia que los decisorios sean extensos o ampulosos".

El A.S. N° 144/2013 de 28 de mayo, fue emitido dentro de un proceso seguido por los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, en el cual este Máximo Tribunal de Justicia constató que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre un punto y resolver de manera vaga sobre los demás puntos, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo previamente la siguiente doctrina legal aplicable: "Es obligación del tribunal de apelación, realizar una adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie, debiendo todo auto de vista contener suficiente fundamentación, circunscribiéndose a los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, dentro lo límites señalados por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y parág. II del art. 17 de la L.O.J., los cuales serán absueltos uno a uno con la debida motivación y en base de argumentos jurídicos individualizados y sólidos, a fin de que se pueda inferir una respuesta con los criterios jurídicos correspondientes al caso, sin que la argumentación vertida sea evasiva o incongruente; cumpliendo con los

parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad, logicidad... dejando conocer al recurrente la respuesta a cada alegación, lo contrario constituye un vicio de incongruencia omisiva (citra petrita o ex silentio) que vulnera lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.”.

Contrastando la doctrina legal de los precedentes invocados como contradictorios, y el auto de vista impugnado, se advierte que los precedentes se fundan en el hecho de haber respondido los puntos cuestionados en las apelaciones restringidas de manera directa, sin explicar las razones de la determinación, e incluso se observa que no se responde a un motivo cuestionado en la apelación restringida, lo cual es considerado por este Tribunal como incongruencia omisiva; en cambio, el auto de vista que ahora es objeto del presente análisis, fue pronunciado cumpliendo con lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, otorga respuesta a todos los puntos impugnados, desarrollando ampliamente el tipo penal de uso de instrumento falsificado, para concluir que ese tipo penal fue aplicado de manera errónea, por lo que, corrige ese error, absolviendo al coacusado Omar Marcelo Andrade Rocha del mencionado delito, dejando presente que esa determinación fue asumida, en base a una interpretación enteramente de puro derecho, respaldando esa determinación con jurisprudencia emitida por este tribunal, como es el A.S. N° 055/2014 de 24 de febrero.

Asimismo se observa que respecto a la fundamentación y motivación de la sentencia, el auto de vista señala, que la sentencia cumple con narrar los acontecimientos que encierra el hecho desde su origen hasta el conocimiento de la verdad histórica en base a los elementos de prueba, que fueron valorados y subsumiendo la conducta de cada uno de los acusados, especificando que “el nexo causal entre el hecho y el acusado Omar Marcelo Andrade Rocha, fue descrito al haber materializado un derecho propietario en favor de Liborio Alcocer Fernández, sobre el bien inmueble motivo del conflicto” (sic). Ahora bien, teniendo en cuenta los tres motivos alegados por el imputado en su apelación restringida, se advierte que el tribunal de alzada analizó que, para imponer el quantum de la pena el tribunal de sentencia observó las atenuantes y agravantes establecidas en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., porque si bien tuvo como atenuantes el hecho de su condición social, su situación humilde, su edad; sin embargo, como agravante se observa que consideró el hecho de que el acusado Liborio Alcocer, perfectamente tenía conocimiento de que sus actos eran ilegales, e injustos, puesto que, sabía que el inmueble sobre el cual pretendía perfeccionar su derecho propietario, era de propiedad de Juan Terrazas, padre del acusador particular, a la cual además entró en virtud de un contrato de anticrético, determinando en consecuencia que el quantum de la pena estaría dentro de un concepto equilibrado, considerando los antecedentes del proceso y las condiciones personales de los acusados; por otra parte, en cuanto al defecto previsto por el art. 370-3) del Cód. Pdto. Pen., de manera clara y precisa el tribunal de alzada dejó sentado que el Tribunal de Sentencia desarrolló la conducta del imputado desde su vinculación con Juan Terrazas Meleán y los actos emergentes relativos al inmueble motivo del conflicto, así como la actividad desplazada en su favor, tomando los servicios profesionales del abogado que derivó no solo en la obtención del título de propietario; y, finalmente respecto al defecto denunciado previsto por el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., advirtió que el planteamiento no alude fundada y específicamente los aspectos alcanzados por la omisión al limitarse a preguntar por qué no se fundamentó la verdad material, sin especificar el presupuesto que comprende el citado principio que permita efectuar un análisis, enfatizando que el objeto del proceso es la conducta que llevó a incurrir en el o los delitos atribuidos al imputado, de haber obtenido la constitución de derecho propietario sobre el inmueble, a tiempo de hacer referente al incidente de falta de personería cuya resolución no fue cuestionada en su oportunidad; datos que permiten sostener que no hay contradicción entre los precedentes invocados como contradictorios, por cuanto, el auto de vista que es impugnado en el caso de autos, fue emitido debidamente fundamentado y motivado, precisando las razones para desestimar cada una de las denuncias formuladas por el imputado en su apelación en observancia de los arts. 398 y 124 del Cód. Pdto. Pen., además de no haber incurrido en incongruencia omisiva como se denuncia en casación, aspecto que es ajeno a los precedentes, deviniendo en consecuencia este recurso también en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la del L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por Omar Marcelo Andrade Rocha y Liborio Alcocer Fernández, de fs. 286 a 289 y 297 a 302 respectivamente.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Crísthian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



224

Ministerio Público y otro c/ Rosalía Cerezo Morales de Choque
Lesiones Graves y Leves y otro
Distrito: Oruro

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 09 de agosto de 2016, cursante de fs. 178 a 183, Nolberto Catari Coaquira, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 44/2016 de 18 de julio, de fs. 170 a 174 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los vocales Gregorio Orosco Itamari y José Romero Soliz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el recurrente contra Rosalía Cerezo Morales de Choque, por la presunta comisión del delito de lesiones graves y leves; y, hurto, previstos y sancionados por los arts. 271 y 326 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 41/2014 de 18 de septiembre (fs. 57 a 62 vta.), el Juez 2° de Sentencia de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a Rosalía Cerezo Morales de Choque, autora de la comisión del delito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 del Cód. Pen., imponiéndole la pena de dos años de reclusión, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y la víctima; asimismo, le absolvió de pena y culpa del delito de hurto, tipificado por el art. 326 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada Sentencia, la imputada Rosalía Cerezo Morales de Choque (fs. 86 a 94), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 17/2015 de 22 de octubre (fs. 120 a 124), que fue dejado sin efecto por A.S. N°326/2016-RRC de 21 de abril (fs. 156 a 163); en cuyo mérito, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, pronunció el A.V. N° 44/2016 de 18 de julio (fs. 170 a 174 vta.), que anuló totalmente la Sentencia y dispuso el reenvío de la causa al Juez siguiente en número, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N°827/2016-RA de 21 de octubre, se extraen los motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente señala que auto de vista impugnado incurre en incongruencia ultra petita, en vulneración del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., al resolver cuestiones que no fueron fundamento del recurso de apelación restringida interpuesto por la imputada; al respecto, hace alusión al entendimiento de los arts. 180-II de la C.P.E., 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8-2-h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; para establecer, que el tribunal de alzada al revisar la sentencia debe circunscribirse exclusivamente en lo establecido en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., relacionado con el art. 17-II de la L.O.J., así como el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., teniendo en cuenta que una resolución judicial debe estar debidamente fundamentada; en ese sentido, respecto del presente caso señala que el tribunal de alzada, resuelve la nulidad de la Sentencia y ordena el reenvío, simplemente porque la Sentencia incurrió en error al imponer una sanción fuera de la norma sustantiva penal vigente, modificada con posterioridad al hecho, pero favorable a la acusada; empero, de la revisión del recurso de apelación restringida, la apelante jamás alegó aquella circunstancia, limitando su argumento a cuestionar la falta de subsunción del hecho acusado con la normativa prevista en el segundo párrafo del art. 271 del Cód. Pen.; en ese contexto, señala que si se revisa con detenimiento el A.S. N° 326/2016-RRC de 21 de abril (emitido en la presente causa), se establece que el Auto de Vista incurrió en incongruencia ultra petita, al disponer como fundamento de la nulidad y reenvío de la causa, una temática que no es ámbito del recurso de apelación restringida interpuesta por la imputada, vulnerando lo previsto en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

2) La nulidad de la sentencia y su consiguiente reenvío de la causa, para que se realice un nuevo juicio, fue innecesaria porque contraviene el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., siendo que de la lectura del A.S. N° 326/2016-RRC de 21 de abril, emitido en el presente proceso, no se establece ningún cuestionamiento jurídico en torno a la responsabilidad penal de la acusada en el hecho juzgado y su participación como autora en el ilícito; es más, considerando el primer agravio expresado por la imputada en su recurso de apelación restringida no ameritó por parte del tribunal supremo en el auto supremo referido, algún fundamento que amerite realizar un nuevo juicio, porque la responsabilidad penal de la acusada se encuentra plenamente demostrada y fundamentada del auto supremo, para la nulidad del auto de vista tan solo se limitó a la inobservancia del deber de fundamentación de la resolución recurrida en casación, porque la redacción era incoherente y confusa que expresó en la redacción, enunciando un defecto de sentencia por insuficiente fundamentación y término señalado que constituye valoración defectuosa de la prueba, por lo que no puede suponer ni corregir que es lo que quiso decir; además, no hubiere precisado en qué parte de la sentencia se tiene la insuficiente fundamentación; sin embargo, de ese argumento del tribunal de alzada, el auto de vista concluyó contradictoriamente señalando que se cumple con el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; en ese entendido, el auto supremo constató que el auto de vista realizó un argumento en que justificaría que no se puede ingresar al fondo; empero, por otra parte argumentaba que la Sentencia si estaba fundamentada,

sin explicar las razones técnicas, lógicas y jurídicas del porque consideró que la resolución de primera instancia se encontraba efectivamente fundamentada; pues si bien, no ingresó al fondo, debió hacerlo de manera motivada justificando legalmente la conclusión a que arribó al decir que la sentencia cumple con lo dispuesto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. De esos aspectos, se advierte que el auto de vista ahora impugnado no señaló ni explicó el por qué los errores en la imposición de la pena ameritan un nuevo juicio, además se debe considerar que dichos errores pueden ser subsanados en instancias de alzada, con la debida fundamentación, no siendo necesario realizar un nuevo juicio, porque el argumento no requiere mayor revisión y/o valoración de prueba judicializada; en consecuencia, afirma que en la presente causa el anular la Sentencia es innecesario y atentatorio al principio de celeridad en materia penal porque se incurre en una dilación indebida. Asimismo, refiere que lo realizado por el tribunal de alzada es contradictorio a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, debido a que la doctrina señala que cuando no exista cuestionamiento alguno a la existencia de un hecho y responsabilidad penal del acusado y tan solo exista errores de forma en la aplicación de la sanción o en el quantum, el tribunal de apelación en caso de considerar inobservados los preceptos legales que rigen a la materia puede corregirlos directamente conforme a lo previsto en los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen., sin anular el proceso; en consecuencia, los tribunales de apelación tienen la facultad de corregir directamente el error referido a la imposición de la sanción como al quantum de la pena, en resguardo del principio de celeridad; empero, con una debida fundamentación complementaria especificando puntualmente las atenuaciones y/o agravantes que prevé la ley porque la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales, constituye un defecto absoluto que vulnera el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y al debido proceso.

Respecto de la temática planteada, invocó como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 450/2004 de 19 de agosto y 104/2004 de 20 de febrero.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se le conceda el recurso de casación a objeto de que el Tribunal Supremo, pronuncie resolución declarando procedente el recurso y alternativamente deje sin efecto el auto de vista recurrido, disponiendo que los Vocales pronuncien otra resolución en el marco de la doctrina legal aplicable y con las exigencias legales previstas por ley.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 827/2016-RA de 21 de octubre, cursante de fs. 192 a 194 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por el acusado Nolberto Catari Coaquira, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 41/2014 de 18 de septiembre, el Juez 2° de Sentencia de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a Rosalía Cerezo Morales de Choque, autora de la comisión del delito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y la víctima; asimismo, le absolvió de pena y culpa del delito de Hurto, tipificado por el art. 326 del Cód. Pen., en base a los siguientes fundamentos:

i) Rosalía Cerezo Morales, utilizando la mano ocasionó lesiones en la nariz y daño en la salud de Nolberto Catari Coaquira, situación que tuvo lugar al promediar las 11:00 del 13 de agosto de 2011, en inmediaciones de un lote ubicado en la urbanización "Villa Florida 2", zona este de la ciudad de Oruro, provocando de inmediato un sangrado de la nariz, siendo los móviles de la presencia de la acusada en el lugar, debido a que sus cosas se encontraban en el lote baldío, a lado de su vivienda, del que se pretendía el desapoderamiento y que como su propio cónyuge estableció no les pertenece, en el que incluso hicieron una construcción.

En el hecho se configuró la existencia de dolo eventual determinado por el resultado, al propinar un golpe con la mano, como lo dijo el Médico Forense, sopapo o puñete, agravando esta agresión en consideración al sujeto pasivo sobre el que recayó, una persona anciana, que como lo expresó el testigo de cargo, inmediatamente sangró la nariz, habiendo explicado el referido profesional en juicio, que las personas mayores tienen mayor fragilidad capilar, tendiendo con mayor facilidad a la hemorragia, bastando para ello en el caso un golpe con la mano de una mujer, mucho más joven que la víctima, existiendo en el hecho punible la intención de dañar, quizá no plenamente querido; pero, tampoco dejado de querer; en consecuencia, la acción desplegada por la procesada, es contraria al Derecho y se encuentra claramente adecuada al tipo penal de "lesiones graves y leves", en grado de autora, conforme al art. 20 del Cód. Pen., quedando suficientemente establecida su culpabilidad y el consiguiente reproche.

Respecto al delito de hurto, si bien se estableció en juicio la existencia de dinero, no la cantidad por los testigos de cargo Juvenal Condori y Toribio Ramos, quienes vieron sacar dinero para pagar el taxi de un maletín, cartera, que tenía Nolberto Catari Coaquira, que además logró convicción también en el tribunal la expresión del mismo, declarando como testigo en juicio sobre la existencia de dinero para según él pagar a los funcionarios, mas no se estableció la concurrencia de la acusada como el sujeto activo que hubiere tomado este maletín o cartera que contenía el dinero, lo que determina que no existe esa vinculación o nexo causal entre el hecho y la participación de la acusada como sujeto activo del delito de Hurto, impidiendo el reproche.

ii) De acuerdo al segundo párrafo del art. 271 del Cód. Pen., hasta antes de la modificación de la norma, los límites legales de la pena para el delito de lesiones graves y leves fluctúan entre seis meses y dos años de reclusión. El daño ocasionado, el contexto en el que se desarrolló este, pretender evitar o mantener la ocupación de un lote que no le pertenece a la acusada, además considerando el acto innoble de agredir a una persona disminuida físicamente por la edad, de otro lado la conducta asumida por ella como agresiva en el momento descrito así por los testigos presentes, quienes señalaron que quería golpear a todos por eso huyeron, también se consideró su situación familiar y la carencia de antecedente penal de sentencia ejecutoriada, por lo que entendiendo la pena como una oportunidad para la resocialización de los

seres humanos, determinó imponerle a la acusada la pena privativa de libertad de dos años de reclusión por la comisión del delito de lesiones graves y leves.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Rosalía Cerezo Morales de Choque, interpuso recurso de apelación restringida contra la Resolución de mérito, cuestionando lo siguiente:

a) Errónea aplicación de la ley sustantiva [art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.], debido a que la Sentencia impugnada estableció que la autoridad judicial inobservó la configuración de los elementos constitutivos del tipo penal, descrito en la segunda parte del art. 271 del Cód. Pen. y erróneamente con una notoria imprecisión señaló como probados hechos que jamás fueron corroborados y relatados por los testigos que consideran esenciales para la determinación asumida, habiéndose emitido esta sentencia condenatoria sin haberse realizado un verdadero proceso de subsunción. Agrega que, de los antecedentes que detalla y de la revisión de la propia estructura de la sentencia apelada, permite inferir de manera inequívoca que no existe prueba testifical pertinente que haya permitido colegir que ella haya participado en el hecho ilícito, por cuanto ninguno de los testigos de cargo vieron si ella fue la agresora de la víctima. Tampoco, existe la mínima referencia en la Resolución de mérito de la totalidad de los elementos constitutivos del tipo penal referido.

b) Defecto incurso en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.; por cuanto, su fundamentación es insuficiente para imponerle una condena de reclusión de 2 años de presidio por una supuesta incapacidad de tres días que supuestamente tuviera la víctima, habiéndose reemplazado la fundamentación de la sentencia simple y llanamente con la argumentación tanto de la acusación pública como de la particular, las que alegaron la realidad de los hechos, donde los testigos de cargo ni siquiera vieron si realmente ella habría agredido a la víctima. La sentencia no realizó una fundamentación jurídica coherente, afectando al debido proceso y a la seguridad jurídica.

II.3. Del A.S. N°326/2016-RRC de 21 de abril.

Esta Sala Penal, a través del A.S. N°326/2016-RRC, ante el recurso de casación formulado por la imputada, determinó dejar sin efecto el A.V. N° 17/2015 de 22 de octubre, esencialmente porque constató que dicha resolución no explicó las razones técnicas, lógicas y jurídicas del porque consideró que la resolución de primera instancia se encontraba efectivamente fundamentada. Asimismo, detectó que de manera contradictoria el tribunal de apelación concluyó que la sentencia cumplió con el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; empero, que el recurso de apelación restringida no cumplió con el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.

Por otro lado, declaró infundado el motivo de casación referente a que tribunal de apelación no habría aplicado el principio de favorabilidad, en el que la recurrente argumentó que el art. 271 del Cód. Pen., fue modificado por determinación del art. 18 de la L. N° 369 de 01 de mayo de 2013, en el siguiente sentido: "...Si la incapacidad fuera hasta 14 días, se impondrá al autor sanción de trabajos comunitarios de uno a tres años y cumplimiento de instrucción que la juez o el juez determine..." (sic), respecto a lo cual este tribunal emitió el siguiente razonamiento: "Al respecto, de la revisión de antecedentes, se tiene que esta temática no fue denunciada de manera oportuna en el recurso de apelación restringida; en consecuencia este tribunal no puede ingresar a su análisis tomando en cuenta que el auto de vista ahora impugnado no se pronunció sobre la misma, habida cuenta que el sistema procesal penal boliviano no está reconocida la posibilidad de aplicación del principio 'per saltum' (referida al derecho de recurrir de casación aunque no se hubiera apelado de la Sentencia); de lo contrario, se estaría quebrantando los principios de constitucionalidad y de legalidad que rigen el orden establecido, generando un desorden jurídico".

II.3. Del auto de vista recurrido.

Con los referidos antecedentes, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la acusada, a través del auto de vista impugnado, con los siguientes fundamentos:

1) En cuanto al defecto de sentencia alegado por la recurrente, previsto por el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., concluye que la conducta de la acusada a tiempo de cometerse el ilícito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 segunda parte del Cód. Pen., establecía: "Si la incapacidad fuera hasta veintinueve días se impondrá al autor reclusión de seis meses a dos años o prestación de trabajo hasta el máximo"; es decir, la sanción para dicho delito era de dos años de privación de libertad, por lo que la conducta de la procesada era reprochable con privación de libertad. Posteriormente, el artículo aludido, sufrió modificaciones por el art. 83 de la L. N° 348 de 9 de marzo de 2013, con el siguiente texto: "Se sancionará con privación de libertad de 3 a 6 años, a quien de cualquier modo ocasione a otra persona un daño físico o psicológico, no comprendido en los casos del artículo anterior, del cual derive incapacidad para el trabajo de 15 hasta 90 días. Si la incapacidad fuere hasta de 14 días, se impondrá al autor sanción de trabajos comunitarios de 1 a 3 años y cumplimiento de instrucciones que la juez o el juez determine. Cuando la víctima sea una niña, niño o adolescente la pena será agravada en dos tercios tanto en el mínimo como en el máximo" (sic). Asimismo, habiéndose promulgado después la L. N° 369 de 01 de mayo de 2013, que modificó, entre otros, el art. 271, el texto del tipo penal de lesiones graves y leves, quedó del siguiente modo: "Se sancionará con privación de libertad de 3 a 6 años, a quien de cualquier modo ocasione a otra persona un daño físico o psicológico, no comprendido en los casos del artículo anterior, del cual derive incapacidad para el trabajo de 15 hasta 90 días. Si la incapacidad fuere hasta 14 días, se impondrá al autor sanción de trabajos comunitarios de 1 a 3 años y cumplimiento de instrucciones que la juez o el juez determine. Cuando la víctima sea una niña, niño, adolescente o persona adulta mayor la pena será agravada en dos tercios tanto en el mínimo como en el máximo" (sic); es decir, en la última modificación se agrega persona adulta mayor, en lo demás el contenido de la Ley 348 se mantiene.

En ese contexto, en la sentencia el juez de mérito expuso su razonamiento del art. 271 segunda parte de la L. N° 1768 de 10 de marzo de 1997, estableciendo que: "En el caso de autos la acción desplegada por la procesada, es contraria al Derecho y se encuentra claramente adecuada al tipo penal de lesiones graves y leves en grado de autoría, conforme al art. 20 del Cód. Pen., quedando suficientemente establecida su culpabilidad y el consiguiente reproche". Si bien, la Jueza inferior esgrime razonamiento penal previsto en la norma referida; empero, no esgrime ningún fundamento de las razones por las que considera su aplicabilidad, cuando el referido artículo sufrió una modificación por la L.

N° 348 y después, por la L. N° 369. En ese contexto normativo, tiene que la parte recurrente cuando refiere que la Sentencia carece de una apreciación concreta de los hechos y cómo estos se subsumen en el tipo penal previsto en la segunda parte del art. 271 del Cód. Pdto. Pen., cuenta con sustento legal; por cuanto, no sería aplicable la L. N° 1768, sino por ser más favorable la L. N° 369, porque no establece pena privativa de libertad, siendo lo correcta que sea juzgada y condenada bajo dichos parámetros y no con la L. N° 1768 que no tiene vida ni efectos jurídicos; en consecuencia, la conducta de la acusada, no sería condenable a la pena privativa de libertad sino a trabajos comunitarios, siempre y cuando se haya demostrado el hecho ilícito y la participación de la acusada en el ilícito.

Agrega, previa referencia a los principios de legalidad y de irretroactividad de las leyes penales desfavorables, previstos en los arts. 123, 116 de la C.P.E., y 4 del Cód. Pen., que al haber sido modificado el art. 271 segunda parte del Código sustantivo de la materia por L. N° 369 de 01 de mayo de 2013, que elimina la pena privativa de libertad, estableciendo en su lugar trabajos comunitarios, ésta sería aplicable, por cuanto beneficia al procesado. Si bien la conducta de la recurrente no resulta atípica, pero por la levedad de la conducta hace que sea sancionado con trabajos comunitarios, por lo que es previsible aplicar la ley más favorable por el principio de favorabilidad; en consecuencia, la Jueza de Sentencia obró incorrectamente aplicando la ley sustantiva, que no le corresponde en un marco de una *sindéresis* jurídica, menos explicó por qué aplicó la ley penal con sanción desfavorable; es decir, la ultractividad de la ley penal desfavorable.

2) En cuanto al defecto de insuficiente fundamentación de la sentencia, resulta cierto, conforme razonó en el primer tópico, debido a que el fundamento va vinculado a la imposición de pena privativa de libertad y como emergencia de ello se aplicó erróneamente la norma sustantiva penal prevista en el art. 271, segunda parte de la L. N° 1768, lo que demuestra carencia de fundamentación del fallo impugnado; por cuanto, ante la errónea aplicación de la norma, hace de por sí que el fallo padezca de una “debida fundamentación”.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados.

El recurrente cuestiona que el tribunal de apelación, contradijo la doctrina legal invocada, al haber actuado *ultra petita* en cuanto a que la sentencia incurrió en error al imponer una sanción prevista en una norma sustantiva penal no vigente, modificada con posterioridad a los hechos y actuó equivocadamente al no haber explicado por qué el error detectado no podía ser subsanado directamente por el de alzada, con la debida fundamentación; en consecuencia, atañe verificar si la contradicción denunciada es evidente a fin de asumir la decisión adecuada.

III.1. De los precedentes invocados y la similitud de supuestos fácticos que debe existir entre éstos y la Resolución recurrida.

Antes de analizar los precedentes invocados por el recurrente, es preciso acudir al razonamiento establecido en el A.S. N°322/2012-RRC de 04 de diciembre, sobre la exigencia procesal de la situación similar a efectos de realizar la labor de contraste entre el auto de vista recurrido y el precedente invocado. Así, estableció que el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., se refiere a una situación de hecho similar, en materia sustantiva, exigiendo que el hecho analizado sea similar y en materia procesal, se refiere a una problemática procesal similar, con lo resuelto en el auto de vista recurrido, correspondiéndole al impugnante demostrar la aplicabilidad del razonamiento que invoca, a efectos de posibilitar la labor de contraste: “... es decir, para que el planteamiento del recurso sea eficaz, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentar su recurso dentro del plazo establecido por ley y señalar la contradicción en la que incurrió el tribunal de alzada, sino, asegurarse que los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, debiendo concurrir elementos comunes que hagan posible su catalogación como similares en cuanto a su naturaleza, contenido y finalidad, lo contrario implica la imposibilidad del Tribunal Supremo de cumplir con su competencia unificadora y nomofiláctica” (A.S. N°56 de 05 de marzo de 2013).

En cuanto al precedente invocado en el primer motivo de casación, en el que el recurrente aduce la inobservancia del razonamiento establecido en el A.S. N°326/2016-RRC de 21 de abril, el mismo será analizado en el fondo por cuanto se trata de una resolución pronunciada dentro de la presente causa y que, a juicio del impugnante, no habría sido observada por el Tribunal de alzada a tiempo de resolver el defecto de sentencia relativo a la errónea interpretación de la norma sustantiva y haber emitido un pronunciamiento *ultra petita*.

Con relación a los precedentes invocados en el segundo motivo del recurso sujeto a análisis, se tiene al A.S. N°450/2004 de 19 de agosto, pronunciado en un proceso penal seguido por los delitos de extorsión y estelionato, en el que la entonces Corte Suprema de Justicia, estableció que el auto de vista impugnado era incongruente y contradictorio entre la parte considerativa y la resolutive, debido a que consideró que la apelación restringida interpuesta por el acusador particular no cumplía con los requisitos formales exigidos por el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., señalando que por ello no correspondía ningún análisis; sin embargo de lo cual, en la parte dispositiva, anuló la Resolución de mérito precisamente por las causas que fueron motivo de la fundamentación de la apelación restringida; esto es, porque el Juez inferior en grado incurrió en defectuosa valoración de la prueba, habiendo formado convicción el tribunal de apelación que la conducta del imputado se adecuó al tipo del delito de Estelionato, previsto por el art. 337 del Cód. Pen., procediendo erradamente en disponer se proceda a un nuevo juicio; a cuyo efecto, se dictó el siguiente entendimiento jurisprudencial:

“Que conforme a la normativa legal vigente, la apelación restringida, por su naturaleza y finalidad legal, es esencialmente de puro derecho, motivo por el cual, en su análisis, el Tribunal no puede retrotraer su actividad jurisdiccional a circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidos al control oral, público y contradictorio por el órgano judicial de sentencia. Consecuentemente, no existe la doble instancia y, por ello, el tribunal de Alzada se encuentra obligado a alguna de las siguientes decisiones: a) Anular total o parcialmente la sentencia ordenando la reposición del juicio por otro juez o tribunal cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; b) Cuando la nulidad sea parcial, indicar el objeto concreto del nuevo juicio; c) Cuando sea evidente que, para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, resolver directamente el caso.

Consecuentemente; ‘En aquellos supuestos en que el tribunal de alzada comprueba la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, por cuyo motivo tenga la convicción plena de la culpabilidad del imputado, no es pertinente anular totalmente la sentencia y disponer que se abra nuevo juicio sino dar cumplimiento a lo establecido por la última parte del artículo 413 del Cód. Pdto. Pen., dictando directamente una nueva sentencia que defina la situación jurídica del imputado’.

El control del debido proceso y la actividad jurisdiccional en casos extremos como el presente, amerita que el Supremo Tribunal abra su competencia de oficio, con objeto de enmendar omisiones o errores procesales que afecten las garantías y derechos constitucionales y pongan en riesgo el sistema procesal penal”.

El A.S. N° 104/2004 de 20 de febrero, fue pronunciado en una causa penal sustanciada por la comisión del delito de desobediencia a resoluciones en proceso de Amparo Constitucional, habiendo detectado la Corte Suprema de Justicia que la Sala Penal mediante el auto de vista impugnado, se arrogó de manera errónea la calidad de "tribunal de segunda instancia" e ingresó a valorizar nuevamente la prueba testifical y documental producida durante la etapa del juicio, en absoluta vulneración del principio de intermediación que informa el desarrollo de la etapa del juicio, resultando que el criterio del tribunal de apelación sobre la errónea valoración de la prueba por parte del juez o tribunal de sentencia, debió haber sido por anular la sentencia y ordenar la reposición del juicio por otro juez o tribunal; puesto que, no le está permitido revisar las cuestiones de hecho ya valoradas por los tribunales inferiores; sino, garantizar el debido proceso y la correcta aplicación de la ley, entendiéndose dicha limitación, en el marco establecido por la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., para aquellos casos en los que puede resolver directamente; esto es, en los casos que resulta evidente la no realización del juicio de reenvío, cuando por ejemplo, el error en la aplicación del derecho es tan evidente que no requiere prueba de ninguna clase para asumir la decisión en contrario, premisa sobre la cual pronunció el siguiente entendimiento:

“Que de acuerdo con la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la substanciación del juicio o la sentencia; no siendo la resolución que resuelve la apelación restringida el medio impugnativo idóneo para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho a cargo de los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los Tratados Internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello, no existiendo doble instancia en el actual sistema procesal penal, el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional ya sea a anular total o parcialmente la sentencia y ordenar la reposición del juicio por otro juez o tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación y cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no sea necesaria la realización de un nuevo juicio, se entiende por no requerir la práctica de prueba de ninguna naturaleza, podrá resolver directamente”.

Del desglose expuesto, se advierte que ambos precedentes invocados cuya problemática procesal está relacionada con la facultad que tiene el tribunal de apelación, en los casos en que no sea necesaria la nueva ponderación de elementos de prueba, de reparar directamente los defectos encontrados en la sentencia, sin necesidad de enviar a reenvío la causa penal para la sustanciación de un nuevo juicio; guardan similitud procesal a la cuestionada en casación por el recurrente, en el que aduce que en el caso de autos el Tribunal de alzada, no justificó su decisión de ordenar la realización de un nuevo juicio en mérito de errores en la imposición de la pena que podían ser reparados directamente en apelación, por lo que corresponde ingresar al fondo de la problemática expuesta.

III.2. Sobre los principios de legalidad, seguridad jurídica y de favorabilidad.

En cuanto al principio de legalidad, reconocido en el art. 180-I de la C.P.E., como uno de los principios sobre los que se rige la justicia ordinaria, que esencialmente en materia penal se refiere a la imposibilidad de sanción sin previsión legal anterior a la comisión del hecho, este tribunal, a través del A.S. N°051/2013-RRC de 01 de marzo, estableció: “El Estado boliviano, a través de los operadores de justicia tiene como una de sus finalidades conforme señala el art. 9-4) de la C.P.E., garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos en la Constitución; a cuyo efecto el art. 116-II de la Norma Fundamental, reconoce el principio de legalidad que debe imperar en todo proceso, conforme el siguiente texto: ‘Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible’. Asimismo, la normativa sustantiva penal contempla el citado principio en el art. 70, que a la letra dice: ‘Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella’, concordante con el art. 1 del Cód. Pdto. Pen.; además, en materia tributaria, el art. 6-I-1) del CTB, al establecer el principio de legalidad o reserva legal, dispone que sola la ley puede: ‘Crear, modificar y suprimir tributos, definir el hecho generador de la obligación tributaria; fijar la base imponible y alícuota o el límite máximo y mínimo de la misma; y designar al sujeto pasivo’; y el inc. 6) refiere ‘...Tipificar los ilícitos tributarios y establecer las respectivas sanciones’.

Así, el principio de la legalidad emerge de la máxima *nullum crimen nulla poena sine previa lege*; referido a que el delito y la pena deben estar determinados por una ley previa, que es el fundamento para limitar el poder punitivo del Estado mediante la configuración de los hechos punibles y establecer las consecuencias jurídicas de los mismos; es decir, que la configuración del delito tiene que preceder al hecho delictivo.

El respeto de este principio (en sus dimensiones de irretroactividad, retroactividad y ultractividad) resulta de vital importancia por la magnitud de su alcance y su consecuencia que deriva en la sanción penal. Por lo que, de denunciarse su violación, la autoridad jurisdiccional sea el tribunal de juicio o tribunal de apelación, tiene la inexcusable obligación de responder de manera fundamentada y motivada a todos los motivos cuestionados; lo contrario significaría la omisión de proveer una respuesta legal y efectiva, que se encuentra vinculado al derecho de acceso a la justicia por incongruencia omisiva”.

El principio de legalidad, está estrechamente ligado al principio de seguridad jurídica, por el que todo ciudadano debe tener certeza de lo que espera del Estado, certidumbre de lo que está prohibido y de lo que está permitido; sin embargo, los referidos principios encuentran la excepcionalidad en su observancia en cuanto se refiere a la aplicación del principio de favorabilidad, constitucionalmente reconocido en el art. 123 de la Norma Fundamental, en el que se establece la irretroactividad de la ley (sólo dispone para lo venidero) “...excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al

imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

III.3. Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de analizar el primer motivo de casación, referido esencialmente a que el Tribunal de alzada se habría pronunciado sobre aspectos no reclamados por la recurrente de apelación restringida, es preciso acudir a lo determinado por el A.S. N°326/2016-RRC de 21 de abril, pronunciado en la presente causa e invocado por el impugnante. Al respecto y conforme se detalló en el apartado II-3 del presente auto supremo, la entonces recurrente de casación (actual acusada) denunció que el tribunal de apelación (en el primer auto de vista emitido en la presente causa), no efectuó pronunciamiento alguno sobre el principio de favorabilidad debido a la modificación que sufrió al segunda parte del art. 271 del Cód. Pen., lo que no habría sido aplicado por el juez de mérito, a lo cual este tribunal determinó declarar infundado el referido cuestionamiento con el argumento de que al no haber efectuado la recurrente dicho reclamo en el momento procesal oportuno (apelación restringida), el tribunal de apelación no emitió pronunciamiento alguno; en consecuencia, este ente colegiado no podía analizar el fondo de una temática no conocida por el Tribunal inferior, en atención a la aplicación del principio non per saltum.

En ese contexto, es evidente como se hizo notar en el auto supremo detallado, que la impugnante de apelación restringida no efectuó reclamo alguno con referencia a la observancia del principio de favorabilidad por la modificación, a través de la L. N° 369 de 01 de mayo de 2013, del tipo penal de lesiones graves y leves en cuanto al quantum de la pena, habiendo limitado su impugnación a denunciar la errónea aplicación de la ley sustantiva del referido tipo penal, específicamente por la falta de probanza de los hechos acusados (en base a los testigos de cargo) y la fundamentación insuficiente de la sentencia, al haberle impuesto la condena de dos años de presidio por una supuesta incapacidad de tres días (provocada a la víctima) cuya autoría no habría sido probada a través de los testigos de cargo.

Sin embargo de lo señalado, la Sala Penal Segunda actuando como Tribunal de apelación, a través del auto de vista hoy impugnado, realizó una revisión de antecedentes y de la normativa legal sustantiva, relativa a las modificaciones introducidas a la segunda parte del 271 del Cód. Pen., que tipifica la comisión de lesiones leves, que detalló del siguiente modo: La conducta de la acusada a tiempo de cometerse el ilícito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 segunda parte del Cód. Pen., establecía: “Si la incapacidad fuera hasta veintinueve días se impondrá al autor reclusión de 6 meses a 2 años o prestación de trabajo hasta el máximo”; es decir, la sanción para dicho delito era de dos años de privación de libertad, por lo que la conducta de la procesada era reprochable con privación de libertad. Posteriormente, el artículo aludido, sufrió modificaciones por el art. 83 de la L. N° 348 de 09 de marzo de 2013, con el siguiente texto: “Se sancionará con privación de libertad de 3 a 6 años, a quien de cualquier modo ocasione a otra persona un daño físico o psicológico, no comprendido en los casos del artículo anterior, del cual derive incapacidad para el trabajo de 15 hasta 90 días. Si la incapacidad fuere hasta 14 días, se impondrá al autor sanción de trabajos comunitarios de 1 a 3 años y cumplimiento de instrucciones que la juez o el juez determine. Cuando la víctima sea una niña, niño o adolescente la pena será agravada en dos tercios tanto en el mínimo como en el máximo” (sic). Habiéndose promulgado después la L. N° 369 de 01 de mayo de 2013, que modificó, entre otros, el art. 271, el texto del tipo penal de lesiones graves y leves, quedó del siguiente modo: “Se sancionará con privación de libertad de 3 a 6 años, a quien de cualquier modo ocasione a otra persona un daño físico o psicológico, no comprendido en los casos del artículo anterior, del cual derive incapacidad para el trabajo de 15 hasta 90 días. Si la incapacidad fuere hasta 14 días, se impondrá al autor sanción de trabajos comunitarios de 1 a 3 años y cumplimiento de instrucciones que la juez o el juez determine. Cuando la víctima sea una niña, niño, adolescente o persona adulta mayor la pena será agravada en dos tercios tanto en el mínimo como en el máximo” (resaltado propio); es decir, en la última modificación se agrega persona adulta mayor, en lo demás el contenido de la L. N° 348 se mantiene.

Respecto a lo cual, dicho tribunal concluyó que la juez de mérito, habiendo sostenido su razonamiento condenatorio en la aplicación de la segunda parte del art. 271 de la L. N° 1768 de 10 de marzo de 1997 (vigente antes de las modificaciones descritas), omitió explicar las razones por las que consideró su aplicabilidad, soslayando que el referido artículo sufrió una modificación por la L. N° 348 y después, por la L. N° 369; en cuyo contexto, determinó que la impugnación con relación a la carencia de apreciación concreta de los hechos y cómo estos se subsumieron en el tipo penal del art. 271 del Cód. Pen., contaba con sustento legal, dado que no sería aplicable la L. N° 1768, sino por ser más favorable la L. N° 369, porque no establece pena privativa de libertad, siendo correcto que la acusada sea juzgada y condenada bajo dichos parámetros, no siendo condenable a pena privativa de libertad sino a trabajos comunitarios, “...siempre y cuando se haya demostrado el hecho ilícito y la participación de la acusada en el ilícito para ser sancionada con trabajos comunitarios” (sic), habiendo sostenido dicha postura en los principios de legalidad y de irretroactividad de la leyes penales desfavorables, reconocidos en la norma fundamental y el código penal, que reconocen la retroactividad de las leyes cuando son favorables al imputado, aclarando que si bien la conducta de la recurrente no resulta atípica, pero por la levedad de la conducta hace que sea sancionado con trabajos comunitarios, por lo que es previsible aplicar la ley más favorable por el principio de favorabilidad; en consecuencia, la Jueza de Sentencia, obró incorrectamente aplicando la ley sustantiva que no le corresponde en un marco de una sindéresis jurídica, menos explicó por qué aplicó la ley penal con sanción desfavorable; es decir, la ultractividad de la ley penal desfavorable.

El razonamiento expuesto por el tribunal de apelación, está debidamente enmarcado en la aplicación directa de la Constitución Política del Estado que expresamente reconoce en el art. 123 que la ley dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, obedeciendo a los principios de legalidad y seguridad jurídica; empero, dispone en materia penal, entre otras, la excepción a la regla de irretroactividad cuando prevé la aplicación de la ley más favorable a la imputada o imputado, en coherencia con lo establecido en el art. 116-II de la misma Norma Fundamental que establece que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible, lo que es acogido y consolidado con la interpretación efectuada en la S.C. Plurinacional N° 770/2012 de 13 de agosto, al establecer: “Se aplica la norma penal sustantiva vigente al momento de cometer el acto presuntamente delictivo. Por el principio de seguridad jurídica se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa de forma retroactiva en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente a momento de cometer el ilícito de forma ultractiva.

Es posible la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva más favorable.

Se aplica norma adjetiva vigente (retrospectividad)".

De lo expuesto, es posible establecer que ante la corroboración de parte del Tribunal de apelación de la vigencia de una norma sustantiva más favorable aplicable a la acusada, por las modificaciones introducidas al art. 271 del Cód. Pen.; primero, mediante la L. N° 348 y luego por la L. N° 369, tiene la obligación constitucional de aplicarla en el marco de los principios de favorabilidad y de proporcionalidad; por cuanto, la retroactividad de la ley más favorable a la imputada o imputada está plenamente establecida en la Norma Fundamental y en las normas infraconstitucionales descritas y porque el legislador ha previsto una sanción más benigna (no restrictiva de libertad); en concordancia, a la magnitud de la acción, constitutiva de una lesión menor a catorce días (en el caso concreto la lesión produjo tres días de incapacidad legal), aún se haya producido en la humanidad de una persona adulta mayor, circunstancia en la que la nueva norma relativa al tipo penal de lesiones graves y leves, ha previsto una agravación que tampoco implica una sanción restrictiva de libertad, limitándose únicamente a sancionar el accionar delictivo con la sanción de trabajos comunitarios, lo que no puede entenderse como un pronunciamiento ultra petita, que afecte la garantía del debido proceso, en su elemento de una correcta fundamentación enmarcada en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; por cuanto, no obstante la parte apelante no alegó la aplicación retroactiva de la norma sustantiva penal más favorable a ella, en el momento procesal oportuno, la observancia de los principios antes señalados impelen a las autoridades jurisdiccionales a ponderar la materialización del ejercicio del derecho al debido proceso en su elemento derecho a la defensa estrechamente vinculado al derecho a la libertad (de la imputada), en confrontación con el derecho a una debida fundamentación y motivación de una resolución judicial (del acusador particular); en cuyo efecto, debe considerarse la ponderación del ejercicio de un derecho fundamental frente a otro, con la fórmula establecida por Robert Alexy a través de la ley de la ponderación, en sentido de que "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro", lo que el mismo autor ha llegado a visualizar a través de tres etapas: 1. Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios. 2. Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio que juega en un sentido contrario; y, 3. Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

En ese contexto, es posible concluir que la lesión o restricción al derecho a una debida fundamentación, en sentido de la obligación que tienen los jueces de regirse a los puntos impugnados por el recurrente de apelación, tratándose de un derecho componente del debido proceso de orden procesal, sufre de una mínima afectación en cuanto a su ejercicio, cuando el Tribunal de apelación decide pronunciarse sobre una temática no expuesta en el recurso de apelación restringida (etapa 1), con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho a la libertad personal de la acusada como efecto de las modificaciones insertas en el tipo penal de lesiones graves y leves (en cuanto al tipo de sanción) (etapa 2), el que tratándose de un derecho fundamental del cual dependen los demás derechos, después del derecho a la vida y la integridad física, justifica la afectación del derecho a una debida fundamentación del acusador (etapa 3), por lo que el razonamiento de la Sala Penal Segunda, a tiempo de detectar la falta de aplicación injustificada de una norma sustantiva penal más favorable a la imputada por parte del Juez de Sentencia, tiene pleno sustento jurídico y constitucional.

Específicamente en lo que se refiere a la denuncia de contradicción del auto de vista recurrido, a lo determinado en el A.S. N°326/2016-RRC de 21 de abril, conforme se estableció en el apartado II-3 de esta resolución, este tribunal no estableció la imposibilidad de emitirse pronunciamiento más allá de lo pedido por el tribunal de apelación, sino que se determinó que el principio del per saltum no está reconocido en el sistema penal acusatorio, razón por la cual no dio lugar a la impugnación de la entonces recurrente de casación, actual acusada, con el fundamento de que no podía exigirse pronunciamiento alguno al órgano colegiado de alzada, de una temática no puesta a su conocimiento en el recurso de apelación restringida; sin embargo, bajo las circunstancias detalladas en los párrafos precedentes, el pronunciamiento contenido en el auto de vista recurrido, está plenamente justificado en los principios de favorabilidad y proporcionalidad, por lo que el primer motivo del recurso de casación resulta infundado.

Ahora bien, en relación al segundo motivo, en el que el recurrente establece que el auto de vista recurrido no justificó su decisión de enviar a reenvío el juicio debido a la falta de aplicación de la norma sustantiva más favorable a la acusada ante el juez de sentencia, se advierte que resulta evidente tal impugnación, por cuanto, conforme estableció la doctrina legal invocada por el recurrente, que está plenamente respaldada en el art. 413 del Código adjetivo penal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, debido a la potestad limitada del tribunal de apelación en cuanto al análisis de circunstancias, hechos y pruebas fácticas, debe anular total o parcialmente la sentencia, ordenando el reenvío de la causa a nuevo juicio; a contrario sensu, cuando sea evidente que, para dictar nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio; es decir, que no se necesite descender a determinar circunstancias, hechos y pruebas fácticas, el tribunal de alzada puede resolver directamente el caso, último presupuesto que, de acuerdo al contenido del auto de vista recurrido, es plenamente aplicable a la presente causa; por cuanto, a tiempo de establecer que el Juez de mérito no justificó razonadamente las causas de la aplicación de una norma sustantiva más gravosa a la situación jurídica de la acusada (que fue modificada de forma más beneficiosa para la acusada incluso a tiempo de haberse emitido la sentencia condenatoria), tildando de errónea aplicación de la norma sustantiva (art. 271 segunda parte de la L. N° 1768), carente de fundamento respecto a la pena privativa de libertad impuesta a la imputada, no expresó fundamento alguno en relación a la determinación de los hechos y la responsabilidad penal de la imputada en ellos, por una posible defectuosa valoración probatoria, habiéndose limitado incluso a manifestar de forma genérica y vaga que la conducta de la acusada no sería condenable a la pena privativa de libertad sino a trabajos comunitarios, siempre y cuando se haya demostrado el hecho ilícito y su participación en el ilícito; cuando, luego de haber efectuado el detalle pormenorizado de las modificaciones sufridas por el art. 271 del Cód. Pen., y de establecer la aplicación de la norma sustantiva vigente más favorable a la imputada, en la que únicamente se estableció que se modificó el tipo de sanción de reclusión por la de prestación de trabajos comunitarios, correspondía que aplique directamente dicha norma penal, sin necesidad de disponer el reenvío de la causa penal, al no haberlo hecho, constituye contradicción de la doctrina legal invocada; y por ende, amerita declarar fundado el motivo.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación formulado por Nolberto Catari Coaquira, cursante de fs. 178 a 183; en consecuencia, DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 44/2016 de 18 de julio, de fs. 170 a 174 vta., y determina que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de Sala comuníquese el presente Auto Supremo al Consejo de la Judicatura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



225

Ministerio Público c/ Lilian Herrera Arequipa y otro
Tráfico de sustancias controladas y otros
Distrito: Oruro

AUTO VISTA

Oruro, 12 de mayo de 2015.

VISTOS: Recurso de apelación restringida de fs. 95 á 97, formulado por Rubén Arcienega Llave contra la Sentencia Condenatoria N° 1/2011, de fs. 76 á 91, la contestación de fs. 99 a 101 por Lilian Herrera Arequipa, los antecedentes del proceso, todo lo inherente; y.

CONSIDERANDO: Que habiéndose dejado sin efecto el A.V. N° 10/2011 de fs. 111 á 113 vta., de 13 de abril de 2011, conforme se tiene relatado en el auto supremo de fs. 151 á 154 del presente proceso penal, corresponde pronunciar un nuevo auto de vista, cumpliendo la doctrina legal establecida al efecto, toda vez que este mismo tribunal, hubo pronunciado el A.V. N° 10/2011 de 13 de abril de 2011, declarando improcedente el recurso deducido y confirmando la sentencia apelada. Una vez puesto en conocimiento el auto de vista a los sujetos procesales, el representante del Ministerio Público, mediante memorial de fs. 129 a 131 vta., interpone recurso de casación, lo que dio lugar a que se pronuncie A.S. N° 712/2014 de 17 de noviembre de 2014, que declara su admisibilidad, lo que dio a su vez, se emitiera el A.S. N° 712/2014 de 17 de noviembre de 2014, por el cual la Sala Penal Segunda de aquél Supremo Tribunal, dejara sin efecto, el A.V. N° 10/2011 de 13 de abril de 2011, y determina que esta misma Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, sin espera de turno y previa sorteo, dicte nuevo fallo, conforme a la doctrina legal establecida. Así relatados los antecedentes del presente proceso penal, corresponde pronunciar un nuevo auto de vista, cumpliendo la doctrina legal establecida al efecto, para cuyo cometido se examinan los antecedentes del proceso y tornado en cuenta los fundamentos del recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que sobre la base de la acusación Fiscal, se sustancia la causa en contra de Lilian Herrera Arequipa y Otro, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m), ambos de la L.R.C.S.C. L. N° 1008, en las modalidades transporte, posesión dolosa entrega o depósito y almacenamiento; concluye con la dictación del Sentencia Condenatoria, pronunciada en fecha 25 de enero de 2011, que cursan a fs. 76 á 91 del cuaderno de apelaciones, determinando por voto unánime la Absuelven de culpa y pena para Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, dado que la prueba aportada por la acusación pública no fue suficiente para generar en el tribunal! la convicción sobre la responsabilidad penal de los acusados en los delitos de: para la primera acusada Lilian Herrera Arequipa, tráfico de sustancias controladas tipificado y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m) ambos de la L. N° 1008 en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito almacenamiento, como por el delito de alteración y sustitución del objeto del delito, tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008 en ;as modalidades de alteración y sustitución, con la agravante dispuesto en el art. 65 de la misma L. N° 1 008. Para el segundo acusado René Campbell, por el delito de Complicidad, tipificado en

el art. 76 de la L. N° 1008. con relación a los delitos de tráfico de sustancias controladas, tipificado y sancionado por el art. 48, con relación al art. 33-m) ambos de la L. N° 1.008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, como por el delito de alteración y sustitución del objeto del delito tipificado en el art. 70 de las L. N° 1008, sin costas disponiendo en consecuencia la cesación de todas las medidas cautelares personales, dispuestas en contra de los acusados en el presente caso, con noticia del Sr. Juez de Instrucción en lo penal cautelar que conoció la causa.

Que notificados en derecho a los sujetos procesales, con el aludido fallo a fs. 93, Rubén Arciénega Llano Fiscal de sustancias controladas, interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia N° 01/2011 de 25 de enero de 2011, con la contestación por la parte acusada Lilian Herrera Arequipa por memorial de fs. 99 a 101, el tribunal inferior determina la remisión del cuaderno apelación a conocimiento del tribunal Departamental de Justicia, por la providencia de fs. 102, remitida que fuere, posteriormente es radicada en la Sala Segunda, que adquiere competencia. Se dispone que pasen obrados a despacho para emitir el auto de vista, ante la inexistencia de solicitud de audiencia de fundamentación oral del recurso.

CONSIDERANDO: Que del análisis y examen de los aspectos cuestionados por los apelantes en la fundamentación del recurso, en vinculación al fallo impugnado lo exigido por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se infieren conclusión siguiente:

I. De las cuestiones de hecho que dieron lugar al juicio:

Que en relación a los antecedentes fácticos que dieron origen al juicio de acuerdo al relato contenido en la sentencia, se ilustra que en 16 de mayo de 2006 en hrs. de la mañana, la fiscalía y los miembros de la F.E.L.C.N., se encontraban en complejo Litoral, para la incineración de "Cocaína" del caso P.302/06, consistente en 33 paquetes forrados con cinta masquín de color beige, en esas circunstancias el Sste. Rommel Valdez Cotrino una vez que la Pol. Lilian Herrera Arequipa sacó y ordena los paquetes del bolsón grande que contenía 20 paquetes, se percató que faltaba uno y le indicó a la policía que faltaba un paquete, es donde la imputada demostró nerviosismo tratando de ocultar esa situación además de notar temblor en sus manos, de igual forma el resto del personal policial notó la alteración de la numeración de cada uno de los paquetes, en ese ínterin la fiscalía mencionó que se va a abrir la investigación correspondiente, a lo que la Lilian Herrera Arequipa reaccionó violentamente manifestando que no se podía acusar a los miembros de la F.E.L.C.N y que debían ver todas las posibilidades e incluso las personas que habían ido anticipo de prueba realizado en 15 de mayo de 2006 donde un abogado que tenía bigotes se había acercado. Motivo por el cual se dispuso la suspensión de la incineración ordenándose el retorno a las dependencias de la F.E.L.C.N. con los 32 paquetes de "Cocaína" y a la apertura de la investigación. Luego a hrs. 12:30 aproximadamente se dispuso el arresto del total personal del operativo, donde colocaron sus celulares sobre las mesas, sonaron algunos, empero, la que más llamó la atención fue el celular de Lilian Herrera Arequipa (Nokia 8260 de color rojo con el N° 71854628) el mismo que sonaba insistentemente con llamadas de un celular N° 72476711 registrado como "Miserable" manifestando que se trataba de René Bernal Campbell que él había "invitado a almorzar" y de la conversación con Lilian Herrera manifestó que a hrs. 06:00 aproximadamente había llamado al N° 104 de COTEOR, para recabar el N° telefónico de la empresa Radio taxi y que la operadora le habría facilitado el número de la empresa "San José" esto a objeto de enviar ropa lavada a su domicilio. Sin embargo el 104 informó que la atención de servicio es a partir de 07:00 de la mañana. Paralelamente se ordenó la entrega de las armas de todo el personal y en horas de la tarde el Mayor Javier Cáceres Aiza en compañía de la asistente fiscal Claudia Ugarte se constituyeron a las oficinas de la empresa Radio taxi "San José" donde establecieron que no existió ninguna llamada telefónica a la hora manifestada por; a Policía a la dirección F.E.L.C.N.

La acusación fiscal también refiere que., a hrs. 18:00 se constituyeron al domicilio de René Bernal Campbell, ubicado en la calle Rodríguez N° 82 entre Sargento Tejerina y con la autorización del propietario de nombre Gerardo Bernal Flores ingresaron dicho domicilio y en la requisa del bien inmueble con presencia de los testigos, en el dormitorio del ahora acusado, se encontró .lo siguiente: 1. Una bolsa de color blanco transparente con Cocaína. 2. Un bañador de color guindo con residuos de Cocaína. 3. 19 envoltorios vacíos forrados con cinta masquín de color beige con residuos de cocaína (de características correspondientes a los 33 paquetes ya que los mismos llevaban como una especie de sello un 1 retazo de Stiker o tarjeta. Dentro del aparador se encontraron: 4.- Dos frascos color ámbar tipo gotero una de ellas con una etiqueta con el nombre de Reactivo de Scout con contenido de otra parte se encontró en el velador y mueble de la cama: 5. Un cachorro de dinamita marca DINABOLI. 6. Nueve cartuchos de arma de fuego calibre 22 mm. 7. Un estilete pequeño verde y. 8.- Un rollo de cinta masquín color beige. Posteriormente en el lugar, realizaron la prueba de campo dando positivo para "Cocaína" con Urea haciendo un total de 6.020 gramos luego realizaron una cuantificación y cotejo fotográfico de los 33 paquetes correspondientes al caso P 302/06; los envoltorios vacíos encontrados en el presente caso, llegando a determinar la presencia de 19 envoltorios vacíos (encontrados en el domicilio de René Bernal) entre los cuales se encontraba el paquete que faltaba de igual manera se verificó posible adulteración y/o cambio de 16 paquetes dada la consistencia, volumen, peso, reacción diferente de la prueba de campo de narco test y de la calidad de la sustancia que contenían. También se hizo la prueba de campo en el bañador dando resultado positivo para "Cocaína". En la requisa personal de Lilian Herrera Arequipa, encontraron un llavero con logotipo móvil Entel con 5 llaves de diferentes tamaños, un celular marca Nokia color rojo ESN 0941164693 N° 7185628, se hace notar que una de las llaves abrió el candado que asegura la gavetas de las evidencias que estaban almacenadas los 33 paquetes de cocaína relacionado al caso P-302/06 en la oficina de jefe de operativos y en la requisa de sus gavetas encontraron una mochila de negra Bs. 1500.- 12 hojas en blanco, cédula de identidad y licencia de conducir una tarjeta de PRODEM credencial y pase profesional diferentes llaves, capsulas para su uso y una bolsa granulada de azúcar los cuales fueron secuestrados. Entre otros aspectos precisa, que en esta oportunidad se hubiera procedido a la aprehensión de Lilian Herrera Arequipa, previa advertencia de sus derechos y garantías constitucionales, también se indica nuevamente la prueba de campo de narco test e oficinas de la sustancia encontrada en el inmueble de la calle Rodríguez N° 82 casi Tejerina, dando resultado positivo, que de la misma manera se habría procedido al pesaje de la sustancia secuestrada en el domicilio, dando un peso total de 6.020 gramos de cocaína luego se realizó una cuantificación y cotejo fotográfico de los 33 paquetes correspondientes al caso P-302/06, los envoltorios vacíos encontrados en el presente caso de las mismas características que los anteriores y los paquetes con sustancia sospechosa llegando a determinar la presencia de 19 envoltorios vacíos (encontrados en el domicilio de René Bernal Campbell) entre los

cuales se encontraba el paquete que faltaba, de igual forma verifican que a la vista existe posible adulteración de la prueba de campo narco test y la calidad de la sustancia que contenían. La acusación Fiscal califica los hechos como delito de tráfico de sustancias controladas tipificado y sancionados en el art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento contemplados en el art. 33-m) del mismo cuerpo legal, alteración sustitución del Objeto del delito, tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008 en las modalidades de alteración y sustitución, con la agravante dispuesta el art. 65 del mismo cuerpo legal, atribuyendo todo a Lilian Herrera Arequipa.

Por otro lado, en cuanto al otro co-acusado la acusación fiscal califica los hechos como delito de Complicidad tipificado en el art. 76 de la L. N° 1008 con relación al delito de tráfico de sustancias controladas tipificado en el art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa entrega o depósito almacenamiento contemplados en el art. 33-m) del mismo cuerpo legal, alteración o sustitución del objeto del delito tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008 en las modalidades de alteración y sustitución, atribuyéndolo a René Bernal.

II Motivo del recurso:

Que por memorial de fs. 95 a 97, Rubén Arciénega Llano Fiscal de Materia de Sustancias Controladas esgrime fundamentos del recurso de apelación restringida: I. Inobservancia y Errónea Aplicación de la Ley Sustantiva: Defecto de sentencia previsto en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., señala en la sentencia absolutoria impugnada, el Tribunal Sentencia vulnera lo dispuesto por el art. 48 de la L.R.C.S.C., este art. comprende toda conducta contemplada en la definición del tráfico dada en el inciso m) del art. 33 de la L. N° 1008, en sentencia absolutoria se vulneraron ambos artículos. El tribunal en el Considerando IV De los motivos de Derecho que Fundamentan la Sentencia, en el num. 3) manifiesta que en contra de la acusada Lilian Herrera Arequipa no existe prueba suficiente que amerite efectuar mayores consideraciones de orden legal, el tribunal claramente nos hace entrever que no ha valorado claramente la prueba aportada, en juicio oral los funcionarios de forma clara y precisa señalaron que la acusada Lilian Herrera Arequipa en 13 de mayo de 2003, después de la incineración de las sustancias controladas, fue quien más llamadas telefónicas recibió, desde un número registrado como miserable el mismo que a René Bernal Campbell, en esa emergencia se realizó el registro del domicilio del segundo acusado con la autorización del dueño de casa en la habitación del segundo acusado se encontraron objetos relacionados narcotráfico ante esta prueba fehaciente se llega a establecer que los fundamentos establecidos por el tribunal de alzada de la revisión del registro del mismo se ha probado que los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell son autores de los delitos atribuidos, lamentablemente los jueces no consideraron los aspectos objetivos, desconociendo que en los delitos de narcotráfico, más aun en el tráfico de sustancias controladas, siendo además totalmente objetivo la actividad de tráfico de sustancias controladas en que incurrieron los acusados, consiguientemente se ha vulnerado el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008. Por lo que se puede establecer que en la conducta de los acusados Lilian Herrera Arequipa y Rene Bernal Campbell es reprochable y que debió dictarse sentencia condenatoria y no absolutoria los jueces han realizado una inadecuada subsunción de la conducta de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell con respecto al hecho acusado subsumido en el tipo penal de tráfico de sustancias controladas, incurso en el art. 48 de la L. N° 1008, con relación al art. 33-m) de la misma ley en las modalidades de poseer y fabricar sustancia controladas, toda vez que correspondía pronunciar sentencia condenatoria declarando, Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell autores del delito de tráfico de sustancias controladas. Al haber el Tribunal de 1ra. Instancia aplicado erróneamente la ley sustantiva que se traduce en la errónea concreción del marco penal conformados con el análisis imparcial de toda la prueba producida durante la realización del juicio oral, ha vulnerado la norma sustantiva antes citada con relación a los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell aspecto que agravia y causa perjuicio a la víctima (difusa) en este caso el Estado y toda sociedad. En este antecedente lo que pretende el Ministerio Público (es que se respete la jurisprudencia, la doctrina legal aplicable) es la anulación de la sentencia absolutoria y el reenvío de la presente causa con relación a los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, toda vez que la sentencia absolutoria es insubsanable que al no ser pasible de reparación directa merecen ser anulados y en consecuencia disponer el reenvío por el tribunal que sigue en número y dicte nueva sentencia condenatoria en contra de Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell.

II. Fundamentación insuficiente y contradictoria con relación al valor otorgado a los elementos de convicción en los que se basa la absolución:

Defecto de Sentencia previsto en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., señala tomando en cuenta el precepto señalado en el art. 225 y ss., de la C.P.E. el Ministerio Público tiene como finalidad promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad, norma Constitucional que en su estructura y funcionamiento nos remite a la Ley Orgánica del Ministerio Público, que entre sus principios ha recogido la obligatoriedad, pues tiene la responsabilidad de proveer de oficio la acción, penal pública, toda vez que tenga conocimiento de un hecho punible y existan elementos tácticos para verificar su comisión, así como ejercer la dirección funcional, debiendo actuar bajo el principio de objetividad., observando no solo las circunstancias que permiten probar la acusación, sino las que sirvan para disminuir o eximir de responsabilidad al imputado, normas estas que también se encuentran plasmadas en el código de procedimiento penal, es así que, a la conclusión de la etapa preparatoria se presentó el respectivo requerimiento conclusivo, en este caso la acusación contra Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell por la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, incurso en el art. 48 de la L. N° 1008, por cuanto los mismos participaron en el hecho penal acusado, adecuando su conducta la primera de autora y el segundo de cómplice. En definitiva, pide al tribunal de alzada admitida el recurso planteado y en aplicación al art., 413 del Cód. Pdto. Pen., considerando no es posible reparar directamente la inobservancia de la ley, así como su errónea aplicación. La pretensión del Ministerio Público es que se anule la sentencia Absolutoria N° 01/2011 de primera instancia dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2 expresamente lo referido a la absolución de culpa y pena de los imputados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell debiendo disponerse la reposición del juicio ante otro tribunal, indicándose el objeto concreto del nuevo juicio, toda vez que se ha inobservado el art. 48 y 33-m) de la L. N° 1008, se ha aplicado en forma errónea los arts. 124, 173, 363 y 365 del Cód. Pdto. Pen., no ha cumplido con las disposiciones del art. 370-1-5 del mismo cuerpo legal puesto que todos los elementos probatorios responden a una consecuencia lógica por la que es indudable, que el delito acusado ha sido cometido y ejecutado por los imputados, lo que lleva a establecer que la sentencia apelada está alejada de la prueba objetiva aportada en proceso.

Que por memorial de contestación de fs. 99 a 101 Lilian Herrera Arequipa, contesta al recurso de apelación restringida en forma negativa, señala en los de la materia resulta por demás indudable que el recurso de apelación restringida interpuesto por el representante del Ministerio Público en contra la sentencia absolutoria pronunciada por vuestras autoridades, carece de una adecuada fundamentación corresponderá a vuestras autoridades disponer la improcedencia del medio de impugnación, mencionando lo solicitado declarar improcedencia el recurso de apelación restringida interpuesto por el Fiscal de Materia, alternativamente confirma la Sentencia N° 01/2011, con costas. Asimismo, el co-acusado Rene Bernal Campbell, por memorial de fs. 103 y vta., contesta al recurso de apelación en forma negativa, para dictar una sentencia absolutoria a su favor no se han inobservado el art. 48 de la L. N° 1008, ni se ha aplicado en forma errónea en relación la falta de fundamentación y las contradicciones son inexistentes, pide se declare inadmisibile el recurso de apelación, en caso de admitirse se confirme la sentencia N° 01/2011.

III. Fundamentos de la Resolución:

Que con respecto al motivo principal, defecto de sentencia previsto por el numeral 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., resulta evidente, ya que el tribunal inferior no ha tomado en cuenta la adecuación de las conductas antijurídicas de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, en la medida y los alcances que establece los art. 48, 33-m), 70, 65 para la primera, y el último por el art. 76 con relación al art. 48, 33-m) de L. N° 1.08, por el que fueron acusados formalmente, de acuerdo a las circunstancias en que ocurrieron los hechos el día en 16 de mayo de 2006 en horas de la mañana, la fiscalía y los miembros de la F.E.L.C.N., se encontraban en el complejo Litoral, para la incineración de "Cocaína" del caso P.302/06, consiste en 33 paquetes forrados con cinta masquin de color beige, en esas circunstancias el Stte. Rommel Valdez Cotrino una vez que la Pol. Lilian Herrera Arequipa saco y ordena los paquetes del bolsón grande que contenía 20 paquetes se percató que faltaba uno y le indicó a la policía que faltaba un paquete es donde la imputada demostró nerviosismo tratando de ocultar esa situación además de notar temblor en sus manos, de igual forma el resto del personal policial notó la alteración de la numeración de cada uno de los paquetes, en ese ínterin la fiscalía menciono que se va abrir la investigación correspondiente a lo que la Lilian Herrera Arequipa reaccionó violentamente manifestando que no se podía acusar a los miembros de la F.E.L.N y que debían ver todas las posibilidades e incluso las personas que habían ido al anticipo de prueba realizado en 15 de mayo de 2006 donde un abogado que tenía donde un abogado tenía bigotes se había acercado. Motivo por el cual se dispuso la suspensión de la incineración ordenándose el retorno a las dependencias de la F.E.L.C.N. con los 32 paquetes de "cocaína" y a la apertura de la investigación luego de hrs. 12:30 aproximadamente se dispuso el arresto del total del personal del operativo donde colocaron sus celulares sobre las mesas, sonaron algunos, empero, la que más llamó la atención fue el celular de Lilian Herrera Arequipa (Nokia 8260 de color rojo con el N° 71854628) el mismo que sonaba insistentemente con llamadas de un celular N° 72476711 registrado como "Miserable" manifestando que se trataba de René Bernal Campbell que él había "invitado a almorzar" y de la conversación con Lilian Herrera manifestó que a hrs. 06:00 aproximadamente había llamado al N° 104 de COTEOR, para recabar el N° telefónico de la empresa Radio taxi y que la operadora le habría facilitado el número de la empresa "San José" esto a objeto de enviar ropa lavada a su domicilio. Sin embargo el 104 informó que la atención de servicio es a partir de 07:00 de la mañana. Paralelamente se ordenó la entrega de las armas de todo el personal y en horas de la tarde el Mayor Javier Cáceres Aiza en compañía de la asistente fiscal Claudia Ugarte se constituyeron a las oficinas de la empresa Radio taxi "San José" donde establecieron que no existió ninguna llamada telefónica a la hora manifestada por; a Policía a la dirección F.E.L.C.N. A hrs. 18:00 se constituyeron al domicilio de René Bernal Campbell, ubicado en la calle Rodríguez N° 82 entre Sargento Tejerina y con la autorización del propietario de nombre Gerardo Bernal Flores ingresaron dicho domicilio y en la requisa del bien inmueble con presencia de los testigos, en el dormitorio del ahora acusado, se encontró lo siguiente: 1. Una bolsa de color blanco transparente con Cocaína. 2. Un bañador de color guindo con residuos de Cocaína. 3. 19 envoltorios vacíos forrados con cinta masquin de color beige con residuos de cocaína (de características correspondientes a los 33 paquetes ya que los mismos llevaban como una especie de sello un 1 retazo de Stiker o tarjeta. Dentro del aparador se encontraron: 4.- Dos frascos color ámbar tipo gotero una de ellas con una etiqueta con el nombre de Reactivo de Scout con contenido de otra parte se encontró en el velador y mueble de la cama: 5. Un cachorro de dinamita marca DINABOI. 6. Nueve cartuchos de arma de fuego calibre 22 mm. 7. Un estilete pequeño verde y 8.- Un rollo de cinta masquin color beige. Posteriormente en el lugar, realizaron la prueba de campo dando positivo para "Cocaína" con Urea haciendo un total de 6.020 gramos luego realizaron una cuantificación y cotejo fotográfico de los 33 paquetes correspondientes al caso P 302/06; los envoltorios vacíos encontrados en el presente caso, llegando a determinar la presencia de 19 envoltorios vacíos (encontrados en el domicilio de René Bernal) entre los cuales se encontraba el paquete que faltaba de igual manera se verificó posible adulteración y/o cambio de 16 paquetes dada la consistencia, volumen, peso, reacción diferente de la prueba de campo de narco test y de la calidad de la sustancia que contenían. También se hizo la prueba de campo en el bañador dando resultado positivo para "Cocaína". En la requisa personal de Lilian Herrera Arequipa, encontraron un llavero con logotipo móvil Entel con 5 llaves de diferentes tamaños, un celular marca Nokia color rojo ESN 0941164693 N° 7185628, se hace notar que una de las llaves abrió el candado que asegura la gavetas de las evidencias que estaban almacenadas los 33 paquetes de cocaína relacionado al caso P-302/06 en la oficina de jefe de operativos y en la requisa de sus gavetas encontraron una mochila de negra Bs 1500.- 12 hojas en blanco, cédula de identidad y licencia de conducir una tarjeta de PRODEM credencial y pase profesional diferentes llaves, capsulas y pastillas para su uso y una bolsa granulada de azúcar los cuales fueron secuestrados. Entre otros aspectos precisa, que en esta oportunidad se hubiera procedido a la aprehensión de Lilian Herrera Arequipa, previa advertencia de sus derechos y garantías constitucionales, también se indica nuevamente la prueba de campo de narco test e oficinas de la sustancia encontrada en el inmueble de la calle Rodríguez N° 82 casi Tejerina, dando resultado positivo, que de la misma manera se habría procedido al pesaje de la sustancia secuestrada en el domicilio, dando un peso total de 6.020 gramos de Cocaína luego se realizó una cuantificación y cotejo fotográfico de los 33 paquetes correspondientes al caso P-302/06, los envoltorios vacíos encontrados en el presente caso de las mismas características que los anteriores y los paquetes con sustancia sospechosa llegando a determinar la presencia de 19 envoltorios vacíos (encontrados en el domicilio de René Bernal Campbell) entre los cuales se encontraba el paquete que faltaba, de igual forma verifican que a la vista existe posible adulteración de la prueba de campo narco test y la calidad de la sustancia que contenían. La acusación Fiscal califica los hechos como delito de tráfico de sustancias controladas tipificado y sancionados en el art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento

contemplados en el art. 33-m) del mismo cuerpo legal, alteración sustitución del Objeto del delito, tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008 en las modalidades de alteración y sustitución, con la agravante dispuesta el art. 65 del mismo cuerpo legal, atribuyendo todo a Lilian Herrera Arequipa.

Por otro lado, en cuanto al otro co-acusado la acusación fiscal califica los hechos como delito de Complicidad tipificado en el art. 76 de la L. N° 1008 con relación al delito de Tráfico de Sustancias Controladas tipificado en el art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa. Entrega o Depósito almacenamiento contemplados en el art. 33-m) del mismo cuerpo legal, alteración o sustitución del Objeto del Delito tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008 en las modalidades de alteración y sustitución, atribuyéndolo a René Bernal.

Que asimismo, podemos apreciar que la sentencia se basa en pruebas que no han sido debidamente valoradas. De la lectura del fallo impugnado, en el Considerando V en el punto V:A.1.2., existencia, momento, lugar y participación en el Hecho, se tiene relación de prueba codificados desde MP-D-1 á MP-D-36; así como las pruebas físicas o materiales codificadas como MP-F-1 á MP-F- 10; prueba testifical de Pedro Avelino Limachi Torrez; José Miguel Villafuerte Lupa; Javier Cáceres Aiza y Rommel Flavio Valdez Cotrino, todos en calidad de prueba de cargo. En el punto V.B apreciación conjunta de la prueba esencial producida el tribunal no asigna ni establece la calidad de prueba nuclear, esencial, secundaria, corroborativa o son impertinentes; no asigna el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, en el marco de las reglas de la sana crítica el tribunal, se limita en analizar el contenido de las declaraciones testificales pruebas que no son nucleares, tomando en cuenta que el delito no se comete en prestancia de testigos; empero, el tribunal sobre las pruebas testificales, llega a una determinada conclusión subjetiva. Si bien, se menciona prueba esencial producida, empero, no identifica, cuáles son esas pruebas considerados como esenciales. En el numeral 5) señala: "...en cuanto concierne al co acusado René Bernal Campbell,, se establece que de toda la prueba de cargo presentado en juicio oral, no se encuentra prueba que sustente y amerite considerar sobre su participación en los hechos suscitados..." empero, las pruebas pertinente al caso, codificados como MP-D-2; MP-D-3, MP-D-5, no han merecido su valoración correspondiente ni valor otorgado a las pruebas obtenidos en el domicilio del acusado, el tribunal ha procedido en forma incorrecta y sin tomar en cuenta art. 359-29-3) relativo a que los jueces fundamentarán separadamente sus votos o lo harán en forma conjunta, con relación a la comisión del hecho punible y la absolución o condena, ya que el tribunal no tomó en cuenta que existen pruebas físicas, documentales, testificales, que demuestran la realidad de los acontecimientos ocurridos el día 16 de mayo de 2006, en el domicilio ubicado en la calle Rodríguez N° 32 de la zona Este, en la habitación de René Bernal Campbell donde encontraron cocaína, reactivo de Scott entre otros, según consta en el acta de registro, lo que deja entrever, las pruebas que no han sido debidamente valoradas, ni otorgadas su valor correspondiente, menos se tiene una debida explicación, el por qué se desecha estas pruebas, el tribunal simplemente se limita en señalar, no se encuentra prueba que sustente y amerite considerar su participación en los hechos, no se explica el por qué se llega a esta conclusión, y no se menciona la relación a sustancias controladas (de 6.020 gramos de cocaína) encontrados en la habitación del acusado René Bernal Campbell, los 33 paquetes correspondientes al caso P 302/06, los envoltorios vacíos encontrados la presencia de 19 envoltorios vacíos (encontrados en el domicilio de René Bernal) entre los cuales se encontraba el paquete que faltaba, de igual manera se verificó posible adulteración y/o cambio de 16 paquetes dada la consistencia, volumen, peso, reacción diferente de la prueba de campo de narco test y de la calidad de la sustancia que contenían, extremos estas que no merecieron una explicación, el por qué se desecha esta prueba.

Que en relación a la co-acusada Lilian Herrera Arequipa, en el num. 6), apreciación conjunta de la prueba esencial producida, señala: "...no se demostró antecedente policial por hechos similares, tampoco una sentencia condenatoria(...) solo se tiene referencia al respecto, por cuanto de la prueba de cargo no se tiene objetivamente datos precisos al respecto". El tribunal nuevamente, incurre en argumento subjetivo, las pruebas codificados como MP-D-14, MP-D-15, MP-D-18: MP-D- 20 a MP-D-24, pruebas que no han sido debidamente valoradas, ni otorgadas su valor correspondiente, pruebas que no tiene el valor asignado, simplemente, el tribunal se limita en señalar no se demostró antecedente policial por hechos similares, como esto fuera un requisito, para considerar las pruebas, por supuesto esto constituye argumento sin base jurídica ni fundamento, inobservando el art.124, y 173 del Cód. Pdto. Pen. El tipo penal de tráfico de sustancias controladas se halla previsto en el art. 48 relacionado con 33-m) de la L. N° 1008 que señala: "Se entiende por tráfico ilícito de sustancias controladas, todo acto dirigido o emergente de las acciones de producir, entregar, poseer dolosamente, tener en depósito o almacenamiento, transportar. Entregar, suministrar, comparar, vender donar, introducir al país, o realizar transacciones a cualquier título" previendo que la conducta del tráfico sustancias controladas se halla relacionado con el art. 33 in-m) de la L. N° 1008, integrada de diversas actividades ilícitas. Al respecto, la doctrina legal establecida por el Supremo Tribunal de la Nación en el A.S. N° 11 de 31 de marzo de 2005 expresa: "Se debe tomar en cuenta que doctrinalmente, los delitos emergentes de la Ley de Régimen de la Coca y Sustancias Controladas son de carácter formal y no resultados, de ahí que en delitos de narcotráfico la parte sustantiva de la L. N° 1008, tiene como vertiente la teoría finalista del delito, en la que los medios empleados no son tan, importantes, sino el fin que persigue el delito propiamente dicho", en ese contexto, se advierte la carencia de una debida fundamentación del fallo, por lo mismo, las alegaciones del recurso de apelación, tiene razón de ser, suficientemente explicadas, en suma, la Sentencia N° 01/2011 de fs. 76 á 91 de 25 de enero de 2011, no cumple con las exigencias del art. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen. Las pruebas presentadas por el Ministerio Público tienen suficiente eficacia probatoria que han sido debidamente judicializadas de manera armónica y vinculada con la prueba físicas y testifical, las cuales cumplen con el voto de la ley art. 333-2),y 3); los art. 194, 200, 350 y 351 del Cód. Pdto. Pen., situación que el tribunal no tomó en cuenta a tiempo de dictar la sentencia absolutoria, contraviniendo lo establecido por los arts. 71, 171 y 172 del Cód. Pdto. Pen., la valoración de la prueba efectuada por el tribunal, es incorrecta y no refleja la realidad de los hechos, violando de ésta manera el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., la sentencia absolutoria impugnado no cumple con el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., puesto que el fallo judicial no los motivos de hecho y de derecho en que se basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito no contiene con una relación completa de apreciación de la prueba esencial del hecho histórico, es decir, no se ha fijado de manera clara, precisa, que estima desacreditada y sobre el cual se ha emitido el juicio, que es lo que se conoce como fundamentación fáctica, no se explica adecuadamente cuál fue la prueba generada en el tribunal que determinó que las conductas de los acusados Lilian Herrera Arequipa y Rene Bernal Campbell no se habrían adecuado al tipo penal acusado de Tráfico de Sustancias Controladas y Complicidad, y cuales habrían sido las pruebas para no generar plena convicción en el tribunal la culpabilidad de los acusados, extremos que no debidamente explicados.

Que en relación a la acusada Lilian Herrera Arequipa, la tipificación de los art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de Transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento contemplados en el art. 33-m), alteración o sustitución del objeto del delito, tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008 en las modalidades de Alteración y Sustitución, con el agravante previsto por el art. 65 del mismo cuerpo legal. El acusado René Bernal Campbell, por el delito de Complicidad tipificado en el art. 76 de la L. N° 1008 con relación al delito tráfico de sustancias controladas tipificado por el art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades transporte posesión dolosa entrega o depósito y almacenamiento, contemplados en el art. 33-m) de la L. N° 1008, alteración o sustitución del objeto del Delito, tipificado por el art. 70 de la L. N° 1008, a cuya tipificación se adecuan las conductas precedentemente anotados, las mismas han sido demostrados plenamente con las pruebas de cargo producidas por; fiscal de sustancias controladas que fueron incorporados y judicializadas en el juicio oral. Público y contradictorio, cumpliéndose con todos los aspecto legales desde la recolección, conservación, ofrecimiento y producción y admisión de los elementos de prueba que no merecieron su valoración por el tribunal inferior elementos de prueba que hoy son analizados por este Tribunal Superior y que fue omitida por el tribunal inferior a tiempo de pronunciar sentencia absolutoria hoy impugnada. El tribunal inferior no ha valorado correctamente la prueba producción en el juicio, bajo los principios establecidos en los arts. 329, 330, 333, 334, 350 y 355 todos del Cód. Pdto. Pen., más cuando no se ha fundamentado ni motivado el fallo, incurriendo en lo establecido por el art. 124, 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

Que en lo que corresponde al segundo tópico, para parte recurrente señala fundamentación insuficiente y contradictoria con relación al valor otorgado a los elementos de convicción en los que basa la absolución: Defecto de Sentencia previsto en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., la parte recurrente, refiere que, a la conclusión de la etapa preparatoria se presentó el respectivo requerimiento conclusivo, en este caso la acusación contra Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell por la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, incurso en el art. 48 de la L. N° 1008, por cuanto los mismos participaron en el hecho penal acusado, adecuado su conducta la primera de autora y el segundo de cómplice. Al respecto, corresponde señalar, en el anterior punto se ha dado la razón a la parte recurrente, ya que se ha advertido que, la Sentencia a N° 01/2011 fs. 76 á 91 de 25 de enero de 2011, no cumple con lo previsto por el art. 124 173 del Cód. Pdto. Pen., habiéndose dado la razón en el primer punto, el otro motivo, necesariamente tiene que subsumirse al punto anterior, en efecto, por razones prácticas no convendría expresar una fundamentación innecesaria, toda vez que, habiéndose dado la razón en el primer tópico principal, la consecuencia lógica es dictar nueva sentencia, en virtud de no ser necesaria la realización del nuevo juicio.

CONSIDERANDO: Que es necesario dejar claramente establecido que el art. 413 del Cód. Pdto. Pen. no establece una doble instancia: el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: a) Directamente podrá repararla inobservancia o errónea aplicación de la ley, b) Cuando no fuera posible reparar directamente, entonces recién podrá anular total parcialmente la sentencia disponiendo la reposición del juicio por otro juez o tribunal quien dictara nueva denuncia, c) cuando compruebe que no es necesario la realización de un nuevo juicio dictará nueva sentencia directamente el tribunal de alzada, aspecto que es permitido por la jurisprudencia establecida en el A.S. N° 358 de 26 de junio de 2009 y el A.S. N° 219 de 16 de agosto de 2008, porque si bien corresponde al tribunal inferior la valoración de las pruebas o la asignación del valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba en aplicación estricta de las reglas de la sana crítica que concluyen con el estado de certeza que cobra respecto a la responsabilidad penal de los acusados, no es menos cierto que tal situación es dable a condición de que no se efectuó inobservancia o errónea aplicación de la Ley o se incurra en valoración defectuosa de la prueba por lo expuesto se llega a la conclusión que el fallo apelado no se ajusta a las normas procesales vigentes ya que se ha inobservado a la Ley adjetiva con relación a la errónea aplicación de la ley sustantiva, como consecuencia de la falta de fundamentación y motivación de la sentencia de la valoración defectuosa de la prueba consiguientemente, existen infracciones acusadas por el fiscal de sustancias controladas; por lo que se concluye que en el caso de autos, no es necesario la realización de un nuevo juicio, corresponde a este tribunal dictar directamente una nueva sentencia conforme a la doctrina legal aplicable establecido en el A.S. N° 87 de 10 de marzo de 2006, sostiene que "Los tribunales de alzada aplicando debidamente el principio de economía procesal y sobre todo el de legalidad, deben observar estrictamente lo dispuesto por el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., en el párrafo último que señala: cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no sea necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolver directamente. Los casos que posibilitan esta disposición están traducidos en la función que actualmente cumplen los tribunales de apelación que se traducen sobre todo en la identificación de error in judicando, o los establecidos en el art. 414 del mismo cuerpo adjetivo procesal penal, disponer lo contrario significaría que por una indebida aplicación de una norma sustantiva o indebida interpretación de la ley tenga que realizarse un nuevo juicio oral, aspecto que llevaría que los juicios orales tengan duraciones demasiado largas por los cuales se restringiría el derecho que tienen los sujetos procesales a un juicio sin dilaciones". Por consiguientemente, siendo cierto, los argumentos expuestos por la parte recurrente, corresponde a este Tribunal Superior declarar procedente la procedente la apelación restringida.

Que en observancia de lo preceptuado por los arts. 37 y 39 del Cód. Pen., a continuación se efectúan los argumentos pertinentes con lo cual se justifica debidamente la determinación judicial de la pena a imponerse en contra de los acusados Lilian Herrera Arequipa y Rene Bernal Campbell, el art. 48 de la L. N° 1008, establece pena máxima y mínima de diez a veinticinco años y de diez mil a veinte mil días multa, en los casos de la conducta contemplada en el inc. m) del art. 33 de la L. N° 1008. El art. 70 (alteración sustitución del objeto del delito de la L. N° 1008 establece pena mínima de diez a quince años de presidio y mil a dos mil días, siendo que la pena e general, es un medio útil y necesario para prevenir la reincidencia y criminalidad, en procura de la pacífica convivencia humana, si bien los acusados carece de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, como antecedentes, no es menos cierto que el delito fue probado plenamente, en ese marco, lo que corresponde es actuar conforme a la ley. Asimismo se toma en cuenta que los acusados con su accionar ponen en peligro a la dignidad del ser humano, atentando contra la salud pública y la seguridad. Por otra parte se toma en cuenta la calidad del funcionario público de Lilian Herrera Arequipa, aprovechando su condición de Policía, se ha dedicado a la actividad ilícita planificada lo que hace la concurrencia del art. 64 de la L. N° 1008, por consiguiente, bajo esos parámetros corresponde determinar la pena. El tribunal ve por conveniente para Lilian Herrera Arequipa aplicar pena mínima establecido por el art. 70, 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, en las modalidades de posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, alteración o sustitución del objeto del delito, con el agravante establecido en el art. 65 de la misma L. N° 1008. Asimismo, para el acusado René Bernal Campbell, una pena mínima por el art. 48 con relación art. 33-m) de la L. N° 1008, como autor por el

delito tráfico de sustancias controladas en las modalidades posesión dolosa entrega o depósito y almacenamiento, por sustancias controladas encontrados en su habitación, y por el art. 76 con relación a los art. 70, 48 art. 33-m) en relación a la conducta ilícita de Lilian Herrera Arequipa.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro por las consideraciones expuestas precedentemente, declara PROCEDENTE el recurso de apelación restringida planteado por Rubén Arcienega Llano Fiscal de Materia de sustancias controladas por memorial de Sentencia N° 01/2011 de fecha 25 de enero de 2011, deliberando en el fondo, declara a la acusada Lilian Herrera Arequipa autor y culpable de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto en el art. 48-m) de la L. N° 1008, en la modalidad posesión dolosa, deposito o almacenamiento, y el art. 70 de la L. N° 1008 en la modalidad alteración o sustitución del objeto del delito, con la agravante previsto en el art. 65 de la L. N° 1008 y se condena a cumplir pena de trece años y cuatro meses de presidio a cumplirse en el Centro Penitenciario de "San Pedro" de la ciudad de Oruro. Asimismo, para el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, como autor por el delito de sustancias controladas en las modalidades posesión dolosa entregada o depositado y almacenamiento, sustancias controladas encontrados en su habitación, y por el art. 76 con relación a los art. 70, 48 art. 33-m) en relación a la conducta ilícita de Lilian Herrera Arequipa, en consecuencia se condena a cumplir la pena de 10 años de presidio a cumplirse en el Centro Penitenciario de "San Pedro" de la ciudad de Oruro. Y se le impone a cada uno una multa de 300 días a razón de Bs 2 por día, con costas, que serán reguladas en ejecución de sentencia.

Accesoriamente se dispone la confiscación definitiva a favor del Estado Plurinacional de Bolivia, arma de fuego marca Jorico serie N° 9001631, industria china, de propiedad de Lilian Herrera Arequipa: Teléfono celular marca SIEMENS 530880-57840-1953-1, N° 72476711; Teléfono celular marca Motorola IMEI 010104690818184, dinero Bs 1500.-, objetos que fueron secuestrados a los imputados Lilian Herrera Arequipa, Rene Bernal Campbell. En consecuencia se mantiene las medidas cautelares personales, dispuestas en contra de los acusados en el presente caso, con noticia del Juez de Instrucción en lo Penal Cautelar que conoció la causa.

Vocal Relator: Dr. Gregorio Orozco Itamari.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dres.: Gregorio Orozco Itamari – José Romero Solíz

Ante mí: Abg. Verónica F. Echalar Barrientos- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 10 de junio de 2015, cursante de fs. 189 a 197 vta., Lilian Herrera Arequipa, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 2/2015 de 12 de mayo, de fs. 174 a 180, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los vocales Gregorio Orozco Itamari y José Romero Solíz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra René Bernal Campbell y la recurrente, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, alteración o sustitución del objeto del delito y complicidad, previstos y sancionados por los arts. 48 con relación al 33-m), 70 con la agravante dispuesta en el 65; y, 76 de la L.R.C.S.C. (L. N° 1008), respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 1/2011 de 25 de enero (fs. 76 a 91), el Tribunal de Sentencia N° 2 de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, determinó absolver de pena y culpa a Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, a la primera de los citados, de los delitos de tráfico de sustancias controladas, alteración o sustitución del objeto del delito, previstos y sancionados por los arts. 48 con relación al 33-m), 70 con la agravante dispuesta en el 65, de la L. N° 1008; y al segundo, por el delito de complicidad, tipificado en el art. 76 del mismo cuerpo normativo, en relación con los demás delitos endilgados a la acusada, sin costas.

b) Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida (fs. 95 a 97), resuelto por A.V. N° 10/2011 de 13 de abril (fs. 111 a 113 vta.), dejado sin efecto por la Sala Penal Liquidadora del Tribunal Supremo de Justicia, mediante A.S. N° 787/2014 de 26 de noviembre (fs. 159 a 162); a cuyo efecto, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, dictó el A.V. N° 2/2015 de 12 de mayo (fs. 174 a 180), que declaró procedente el recurso de apelación restringida, revocando totalmente la Sentencia y deliberando en el fondo, declaró a la acusada Lilian Herrera Arequipa autora, de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 y 33-m) de la L. N° 1008; y, 70 con la agravante prevista en el 65 de la misma norma penal, imponiendo la pena de trece años y cuatro meses de presidio. Asimismo, respecto al acusado René Bernal Campbell, declaró su autoría en el delito tráfico de sustancias controladas, tipificado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008 y el art. 76 con relación a los arts. 70, 48, 33-m), respecto a la conducta ilícita de Lilian Herrera Arequipa, incurriendo la pena de 10 años de reclusión, además para ambos imponiendo la multa de trescientos días a razón de Bs 2.- por día, con costas a ser reguladas en ejecución de Sentencia. Accesoriamente, dispuso la confiscación definitiva a favor del Estado Plurinacional de Bolivia, del arma de fuego, marca Jorinco, serie 9001631, industria china, de propiedad de Lilian Herrera Arequipa, teléfono celular marca Siemens 530880-57840-19531-1, N° 72476711, teléfono celular marco Motorola, IMEI 010104690818184 y Bs 1500.- (mil quinientos bolivianos), objetos que fueron secuestrados a los imputados, manteniendo las medidas cautelares personales dispuestas en su contra.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 904/2016-RA de 18 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) La recurrente denuncia en el epígrafe de defecto absoluto inconvalecible, que el auto de vista recurrido, al resolver el recurso de apelación restringida de manera ilegal e injusta, procedió a revocar directamente una sentencia absolutoria, para sin mayor fundamento, menos cumplir con las exigencias legales de fundamentación y valoración legal de todo el conjunto de la prueba aportada en juicio oral y peor aún sin intermediación con aquéllos medios probatorios, disponer directamente su condena, vulnerando la prohibición de cambiar de situación jurídica del imputado de absuelto a condenado o viceversa.

Precisa que se declaró su absolución por los delitos vinculados a la L. N° 1008, con el fundamento de que no era posible llegar a la convicción cierta sobre su responsabilidad penal, al resultar la prueba incorporada y valorada insuficiente, por lo que se aplicó el principio in dubio pro reo; sin embargo, el tribunal de alzada, emitió la resolución que cuestiona ahora, con el fundamento de que la sentencia indebidamente restó valor y no ponderó positivamente la atestación de los testigos de cargo, como de las documentales incorporadas a juicio, no expuso debidamente “que los de la materia”, existía prueba suficiente para determinar la existencia del hecho y la responsabilidad penal de los acusados, para colegir en definitiva que el Tribunal de Sentencia no realizó una correcta valoración de la prueba, no aplicó adecuadamente las reglas de la sana crítica y que todos los elementos de prueba no merecieron valoración por el Tribunal inferior, en mérito a lo cual declaró la procedencia del recurso de apelación restringida interpuesto por el Ministerio Público, revocando la sentencia para declararla autora y culpable por los delitos endilgados, excediendo la labor de controlar la valoración de la prueba analizada por el inferior, emitiendo una nueva sentencia cuando inicialmente fue absuelta, cuando lo que correspondía era anular total o parcialmente la Resolución recurrida, ordenando la reposición del juicio por otro Tribunal y no así dictar una nueva Sentencia, que en los hechos constituye una revalorización de la prueba y peor aun cuando la condena no deriva de una valoración de todos los elementos de prueba incorporados a juicio oral, actuación que tilda de defecto absoluto no susceptible de convalidación, como emergencia de la vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso.

Al efecto, cita los AA.SS. Nos. 436 de 15 de octubre de 2005, 25 de 04 de febrero de 2010, 53 de 19 de marzo de 2012, 91 de 28 de marzo de 2006, 53/2012 de 22 de marzo de 2012, 167 de 04 de julio de 2012, 277 de 13 de agosto de 2008, 89/2012 de 25 de abril, 200/2012-RRC de 24 de agosto y 249/2012-RRC de 10 de octubre.

2) A título de defecto absoluto inconvalecible, la recurrente denuncia que al resolverse el recurso de apelación restringida se pronunció un auto de vista revalorizando medios de prueba, concretando que en el folio 8 de la parte inferior de la resolución impugnada, referente al tópico de Fundamentos de la resolución, los vocales reconocen explícitamente que consignan una nueva valoración de los medios de prueba, pues no puede entenderse pronunciar una nueva sentencia condenatoria, sin realizar una revalorización de los medios de prueba, siendo innegable que realiza una nueva valoración de los mismos, lo cual constituye también defecto absoluto y un apartamiento franco a la doctrina legal aplicable.

Cita los AA.SS. Nos. 223/2012-RRC de 18 de septiembre, 277 de 13 de agosto de 2008, 187/2013-RRC de 11 de julio, 317 de 13 de junio de 2003, 409 de 20 de octubre de 2006 y 223/2012-RRC de 18 de septiembre.

3) Igualmente, como defecto absoluto la recurrente expresa que al resolverse el recurso de alzada, el auto de vista sin la debida fundamentación en torno a los medios de prueba que lo justificarían, determinó su condena, vulnerando los principios de igualdad de las partes, defensa y al debido proceso, en su vertiente al derecho a una resolución fundamentada; por cuanto, no explicó cuáles son los medios de prueba, individualizándolos por su codificación, no estableció con precisión debida cómo se habría inobservado el principio de la sana crítica por el inferior; de otro lado, no mencionó menos fundamentó legalmente la facultad de condena directa modificando la Sentencia inicial de absolución y peor aún, ante la eventual condena decididamente no cuenta con ningún fundamento de valoración probatoria que justifique la condena y en este ámbito no describió a través de la valoración de todos los medios probatorios, la acreditación de la existencia del hecho, menos cómo se habría demostrado su responsabilidad penal menos participación en el hecho atribuido, extremo que demuestra con plenitud que el auto de vista recurrido es carente de fundamentación, lo que genera un defecto absoluto.

Cita como precedente contradictorio el A.S. N° 26/2013 de 08 de febrero de 2013.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita que se conceda el recurso de casación, a objeto de que el Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala Penal y previa valoración de los antecedentes del presente proceso penal y administrando justicia mediante Resolución, declare su procedencia y alternativamente deje sin efecto el auto de vista impugnado y disponga que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, dicte un nuevo fallo, conforme a la doctrina legal aplicable al caso de autos.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 904/2016-RA de 18 de noviembre, cursante de fs. 231 a 234, este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por la recurrente Lilian Herrera Arequipa, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 1/2011 de 25 de enero, el Tribunal de Sentencia N° de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, determinó absolver de pena y culpa a Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, a la primera de los citados, de los delitos de tráfico de sustancias controladas, alteración o sustitución del objeto del delito, previstos y sancionados por los arts. 48 con relación al 33-m), 70 con la agravante dispuesta en el 65, de la L. N° 1008; y al segundo, por el delito de Complicidad, tipificado en el art. 76 del mismo cuerpo normativo, en relación con los demás delitos endilgados a la acusada, sin costas, bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho relativos a los motivos alegados en casación:

a) Conforme a la hipótesis planteada por el pliego acusatorio, el 16 de mayo de 2006 en horas de la mañana, la Fiscalía y los miembros de la F.E.L.C.N., se encontraban en el Complejo Litoral, para incinerar Cocaína del caso P-302/06, consistente en 33 paquetes forrados con cinta masquin de color beige, circunstancias donde la Stte. Rommel Valdez Cotrino, una vez que la Policía Lilian Herrera Arequipa sacó y ordenó los paquetes del bolsón grande que contenía veinte paquetes, se percató que faltaba uno y le indicó a la precitada que faltaba un paquete, cuando la acusada demostró nerviosismo, tratando de ocultar la situación, además de notar temblor en sus manos, al igual que el resto del personal policial, notó la alteración en la numeración de cada uno de los paquetes, motivo por el cual se suspendió la incineración, para luego a las 12:30 aproximadamente, disponerse el arresto de todo el personal a cargo del operativo, oportunidad en la cual, se colocaron los celulares sobre las mesas, sonaron algunos; empero, el que más llamó la atención fue el celular de Lilian Herrera Arequipa, que sonaba insistentemente con llamadas de un celular registrado como "Miserable", manifestando que se trataba de René Bernal Campbell, que le habría invitado a almorzar y de la conversación con Lilian Herrera, manifestó que a las 6:00 aproximadamente, habría llamado al 104 de la Cooperativa de Teléfonos Oruro (COTEOR), para recabar el número de teléfono de la empresa

Radio Taxi y que la operadora le habría facilitado el número de la empresa "San José" a objeto de enviar ropa lavada a su domicilio.

b) Por otro lado, también se indica en la acusación fiscal que a las 18:00 del mismo día, se constituyeron en el domicilio de René Bernal Campbell, donde ingresaron con autorización del propietario y en la requisita encontraron varios objetos referidos a sustancias controladas, entre ellos, 6.020 gramos de cocaína, 33 paquetes correspondientes al caso P 302/06, 19 envoltorios vacíos, entre los cuales, estaba el paquete que faltaba. De igual manera, se verificó una posible adulteración y/o cambio de 16 paquetes, dada la consistencia, volumen, peso, reacción diferente a la prueba de campo de narco test y de la calidad de la sustancia que contenían.

c) Con esos antecedentes, la Sentencia establece que en lo concierne a las declaraciones efectuadas por los testigos de cargo Pedro Avelino Limachi Torrez, José Miguel Villafuerte Lupa, Javier Cáceres Aiza y Rommel Flavio Valdez Cotrino, así como de las pruebas incorporadas y producidas en el juicio oral y básicamente de las declaraciones de los testigos comparecientes, no se pudo determinar del contenido de sus testimonios, de modo suficiente que Lilian Herrera Arequipa sea partícipe directa o responsable en grado de autora de los hechos que se le acusan, porque tales testigos, a su turno y de forma nada coincidente manifestaron aspectos contradictorios, sobre la forma y cómo se suscitaron los hechos en esa oportunidad, al extremo de que se actuó de forma sesgada, porque en primer término, los responsables de la custodia y cuidados de los paquetes de sustancias como son el asignado al caso y el investigador especial, no fueron investigados; por cuanto, ellos sabían y conocían donde fueron guardadas las sustancias controladas luego de efectuarse las actuaciones pertinentes.

d) Si bien se inició la investigación preliminar en la esfera penal; empero, sólo se lo hizo contra una funcionaria policial, sin tomar en cuenta que el grupo de funcionarios policiales que cumplían la labor de guardia de la FELCN de Oruro, el 15 de mayo de 2006, eran Paulino L. López Apaza, Lilian Herrera Arequipa, Franz O. Villegas Vargas y Homar Chambi Cotana; por tanto, si se toma en cuenta que la responsabilidad de custodia y vigilancia de los ambientes era responsabilidad de todos los funcionarios policiales que se encontraban en función de guardia y comprendía desde las 8:00 del lunes 15 de mayo, al día siguiente martes 16 de mayo de 2006 a horas también 8:00. De lo advertido, ninguno de los testigos precisó esos extremos referentes al inicio del proceso de esa forma y del por qué, sólo en contra de la ahora acusada y no de los otros funcionarios.

e) Respecto de la participación de la acusada Lilian Herrera Arequipa, para el Tribunal en pleno, no se configuraron los elementos propios del tipo penal de Tráfico, en el que hubiera participado la misma, como en el delito de alteración y sustitución de objeto del delito, más la concurrencia de la agravante; por cuanto, los tipos penales referidos tienen un sustento básicamente en la configuración de lo que es delito de tráfico, cuál sería el elemento base y del cual nacen y apoyan los otros tipos penales, que como se valoró anteriormente la prueba y existiendo duda razonable al respecto, es en consecuencia que no corresponde efectuar consideraciones sustentadoras y menos ingresar a establecer los posteriores componentes que se hubieran suscitado y cuál a criterio del Ministerio Público fuese la base para iniciar la acción penal, aspectos que no fueron sustentados y menos demostrados en el juicio oral, al contrario, se ingresó en una serie de imprecisiones, concluyéndose que contra la acusada, no existe suficiente prueba que amerite efectuar mayores consideraciones de orden legal.

f) Con relación al coacusado René Bernal Campbell, se establece que de todos los elementos probatorios de cargo, presentados en el juicio oral, no se encuentra prueba que sustente y amerite considerar su participación en los hechos suscitados, máxime si de toda la prueba, como se pretende sustentar la acusación, no existen elementos suficientes que ameriten considerar la participación del acusado, sólo se refieren a aspectos relacionados a comunicaciones que se hubieran suscitado al respecto; empero, sólo resultan ser referenciales y de ninguna manera objetivas y precisas, por esa razón se establece que no existen suficientes elementos que vinculen al acusado con los hechos e incluso la propia acusación en su descripción sobre los hechos, no refiere ningún antecedente al respecto, lo cual conduce definitivamente a una duda razonable.

g) Por tanto en lo relativo al acusado René Bernal Campbell, para el Tribunal en pleno, tampoco se configuraron los elementos propios del tipo penal de Complicidad con relación al delito de tráfico de sustancias controladas, como en el delito de alteración o sustitución del objeto del delito; por cuanto, los tipos penales referidos tienen su sustento básicamente en la configuración de lo que es el delito de tráfico de forma conjunta con la otra coacusada, cual resultaría un elemento base y en el que se apoyan los otros tipos penales, cual se valoró anteriormente y en consecuencia existe duda razonable, por tal razón, no corresponde referirse sobre los posteriores aspectos que a criterio del Ministerio Público fuese la supuesta hipótesis para iniciar y proseguir la acción penal, elementos que tampoco fueron sustentados y menos acreditados en la dimensión que se expone en la acusación fiscal; al contrario, se ingresó en una serie de imprecisiones que conforme se describió ampliamente en el punto pertinente, en lo que respeta al acusado nombrado, sólo se lo hizo mención de forma vaga e imprecisa, concluyéndose en consecuencia que contra éste, tampoco existe prueba que amerite considerar y razonar en sentido contrario desde el punto de vista legal.

II.2. Del recurso de apelación restringida.

El Ministerio Público planteó recurso de apelación restringida contra la sentencia, bajo los siguientes argumentos:

1) Errónea concreción del marco penal por parte de los Jueces ciudadanos del Tribunal; por cuanto, realizaron un inadecuado proceso de subsunción de la conducta de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, respecto al hecho acusado subsumido en el tipo penal de tráfico de sustancias controladas, incurso en el art. 48 de la L. N° 1008 con relación al art. 363 del Cód. Pdto. Pen.

2) Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, defecto de sentencia previsto en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., bajo el argumento que en la Sentencia absolutoria impugnada, el Tribunal de Sentencia vulneró lo dispuesto por el art. 48 de la L.R.C.S.C., dado que manifiesta que en contra de la acusada Lilian Herrera Arequipa, no existe prueba suficiente que amerite efectuar mayores consideraciones de orden legal, de donde se evidencia que el Tribunal no valoró correctamente la prueba aportada en el juicio oral, dado que los funcionarios de forma clara y precisa, señalaron que la acusada Lilian Herrera Arequipa, el 13 de mayo de 2006, después de cancelar la incineración de las sustancias controladas, fue quien más llamadas telefónicas recibió, desde un número registrado como "miserable", el mismo que pertenece a René Bernal Campbell; en esa emergencia, se realizó el registro del domicilio del segundo acusado, con la autorización del dueño de la casa y en la habitación del segundo acusado, se encontraron objetos relacionados al narcotráfico, prueba fehaciente sobre la cual, se llegó a establecer que los fundamentos establecidos por el Tribunal, resultan insuficientes y contradictorios, pese a que, a lo largo del desarrollo del juicio oral se probó que los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, son autores de los delitos atribuidos; lamentablemente, los jueces no consideraron los aspectos objetivos aportados.

3) Los jueces ciudadanos aplicaron erróneamente la ley sustantiva; por cuanto, realizaron un inadecuado proceso de subsunción de la conducta de los acusados al tipo penal de Tráfico de Sustancias Controladas incurso en el art. 48 de la L. N° 1008, con relación al art. 33-m) de la misma ley, en las modalidades de poseer y fabricar sustancias controladas; toda vez, que correspondía pronunciar sentencia condenatoria, lo que implica errónea concreción del marco penal.

4) Arguye fundamentación insuficiente y contradictoria con relación al valor otorgado a los elementos de convicción en los que basa la absolución, defecto de sentencia previsto en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del primer A.V. N° 10/2011 de 13 de abril.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, mediante el A.V. N° 10/2011 de 13 de abril, declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto y confirmó la Sentencia impugnada, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

i) En el caso analizado, se está frente a una sentencia absolutoria, que no impuso pena alguna, por lo que no se capta ni entiende a qué se refiere la apelación restringida, cuando denuncia errónea concreción del marco penal.

ii) Se acusó a los imputados por los delitos de Tráfico, Alteración y Sustitución de Objeto del Delito, previstos y sancionados por los arts. 48 con relación al 33-m) y 70 de la L. N° 1008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento; y el segundo, en las modalidades de alteración y sustitución. Ahora bien, de la lectura del recurso de apelación restringida en el primer inciso, no se evidencia que se hubiera hecho mención a las modalidades por las que se acusó, sino que se señala otro delito no atribuido, tal como el de poseer y fabricar sustancias controladas, de ello se tiene que, el recurso interpuesto no es claro.

iii) Los cuestionamientos resultan ser generales y hasta confusos, se mencionan normas y elementos probatorios sin especificar qué elemento no fue debidamente valorado o de qué forma se aplicó erróneamente la ley sustantiva, situación lamentable que impide que el Tribunal pueda ingresar al fondo de la causa y pronunciarse sobre aspectos que no han sido reclamados en la oportunidad del recurso. Circunstancias que son de lamentar, por la importancia y responsabilidad con la que debe asumirse en estos procesos.

iv) En cuanto a la denuncia de insuficiente y contradictoria fundamentación con relación al valor otorgado a los elementos de convicción en los que se basa su absolución, no se indica y menos fundamenta en qué consistió la misma, no se mencionan los elementos de prueba que fueron objeto de defectuosa valoración o en que consistió el defectuoso razonamiento, tampoco se explica debidamente en qué consiste la contradicción; simplemente, se limita a mencionar lo pretendido en un subtítulo en el recurso de apelación, olvidándose de las exigencias mínimas para que el Tribunal Superior pueda ingresar al análisis del recurso, circunstancias que impiden el análisis de fondo.

II.4. Del primer recurso de casación formulado por el Ministerio Público.

El Ministerio Público, planteó recurso de casación (fs. 129 a 131 vta.) contra el A.V. N° 10/2011 de 13 de abril, bajo los siguientes argumentos:

a) Tanto el tribunal de sentencia como el de alzada, basaron sus afirmaciones y decisiones en simples presunciones y evidencias circunstanciales, creando ficciones subjetivas que atentan al debido proceso; toda vez, que como ya se expuso reiteradamente, no existe una fundamentación fáctica, probatoria y jurídica que explique cuáles son las circunstancias de la existencia de duda razonable que desencadenó en una Sentencia absolutoria de los acusados.

b) Los fundamentos del auto de vista también son subjetivos y no cumplen con el principio de motivación de las resoluciones, conforme prevé el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que en el primer punto cuestionado en apelación, referente a la inobservancia y errónea aplicación referente a la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, que por cierto, fue denunciada en forma fundamentada, se tiene que el auto de vista considera la no existencia de tal defecto de la sentencia, con el argumento de que no se encontraría demostrado y especificado el agravio, sin tener presente que la resolución impugnada no es consecuencia de una respuesta y/o solución a su apelación restringida.

II.5. Del A.S. N° 787/2014 de 26 de noviembre.

Una vez admitida la causa ante la entonces Sala Penal Liquidadora del Tribunal Supremo de Justicia, se resolvió el fondo del recurso de casación formulado por el Ministerio Público, mediante el A.S. N° 787/2014 de 26 de noviembre, por el que se determinó dejar sin efecto el A.V. N° 10 de 13 de abril, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Distrito Judicial de Oruro, disponiendo que el mismo tribunal de alzada, dicte un nuevo fallo, observando la doctrina legal señalada en el mismo, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1) Respecto a la denuncia, en sentido que tanto el tribunal de sentencia como el de alzada, hubieran basado sus afirmaciones y decisiones en simples presunciones y evidencias circunstanciales, en efecto, se evidencia que no existe una fundamentación fáctica que explique cuáles son las circunstancias de la existencia de la duda razonable que determinó la absolución de los acusados. De lo observado, se puede advertir que la sentencia, en el Considerando VI referido a los motivos de derecho que la fundamentan, en los puntos 1 y 2, realizó un análisis respecto de los hechos acusados por el Ministerio Público, los mismos que llegan a tener coherencia con las pruebas incorporadas a juicio, consistentes desde la MP-D-1 a la MP-D36 y las MP-F-1 a la MP-F-10.

2) Con relación a las pruebas de descargo desde la IH-D-1 a la IH-D-10 y con las pruebas IBB-D-1 hasta la IB-D-7, no se advierte que hubieran sido consideradas y se habría realizado el análisis correspondiente, respecto del valor que se les hubiera asignado.

3) De los puntos 3 al 5 del Considerando VI (Motivos de derecho que fundamentan la Sentencia-Subsunción) se puede establecer que no existe un análisis de cada delito acusado, sólo se hizo una fundamentación general respecto de que los imputados sin adecuar su conducta a los hechos acusados.

4) Los aspectos señalados no fueron analizados en su magnitud por el Tribunal de alzada, teniendo en cuenta que en toda su argumentación no advirtió lo señalado por el Ministerio Público, omitiendo dar una respuesta concreta a dicho cuestionamiento. De donde se tiene que la Sentencia como el auto de vista, carecen de una adecuada fundamentación con relación a la comisión del hecho delictuoso acusado, sin tener en cuenta los requisitos mínimos que hacen a la motivación respecto de la participación individual de los recurrentes en los delitos acusados.

5) En el caso, la motivación fue genérica respecto de los imputados, justamente considerando que cada imputado o procesado, responde a situaciones jurídicas y circunstancias distintas con los delitos y con los otros sujetos procesales, sin que ello quiera decir que no existan situaciones similares; aspecto que, no fue corregido por el Tribunal de alzada.

6) Otro aspecto a tener en cuenta, es el referido a que la valoración de los hechos, como de la prueba, es una atribución exclusiva del Juez o Tribunal de Sentencia; en ese contexto, el tribunal de alzada debe limitarse a identificar alguna falla, impericia o arbitrariedad del Juez o tribunal de instancia en la valoración de los hechos y de las pruebas, observando las reglas de la sana crítica que estén explicadas en el fundamento de la valoración de las pruebas, de manera clara, concreta y directa, que tenga la posibilidad de lograr la convicción en las partes, más allá de la duda razonable; en ese sentido, el Tribunal de alzada debe controlar que la sentencia apelada tenga el sustento fáctico con una argumentación con base jurídica coherente, respetando la normativa procesal y constitucional.

7) El tribunal de alzada debió obrar de acuerdo a la prueba ya valorada por el Juez, que cursa en obrados, sin que ello signifique revalorización de la prueba, sino una rectificación y readecuación del entendimiento de las mismas al caso concreto, en cumplimiento al principio de celeridad previsto en la Constitución Política del Estado, tomando en cuenta que la Sentencia fue dictada por el Juez que tuvo contacto directo con las pruebas aportadas, por lo que cualquier omisión a ella es subsanable en el recurso de apelación, sin necesidad de realizar un nuevo juicio.

8) En ese orden, el auto de vista recurrido, al haber confirmado la Sentencia, con el argumento de que la Sentencia no incurrió en los defectos comprendidos en el art. 370-1) y 5) del Cód. Pdto. Pen., se apartó de lo previsto por el art. 413 parte final, que faculta a dicha instancia a dictar una nueva sentencia, cuando no sea necesaria la realización de un nuevo juicio, resolviendo directamente sin anular el fallo de mérito; lo contrario, implica retardación de justicia.

II.6. Del A.V. N° 2/2015 de 12 de mayo.

Una vez devuelta la causa ante la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, ésta pasó a pronunciar el A.V. N° 2/2015 de 12 de mayo, que declaró procedente el recurso de apelación restringida planteado por el Ministerio Público y revocó totalmente la sentencia impugnada y deliberando en el fondo, declaró a la acusada Lilian Herrera Arequipa, autora de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 y 33-m) de la L. N° 1008, en la modalidad de posesión dolosa, depósito o almacenamiento y el art. 70 de la misma ley, en la modalidad de alteración o sustitución del objeto del delito, con la agravante prevista en el art. 65 de la L. N° 1008 y se le condena a la pena de 13 años y 4 meses de presidio. Asimismo, para el acusado René Bernal Campbell, se impone la pena de diez años de presidio en aplicación de lo previsto por el art. 48 con relación al 33-m) de la misma ley, como autor por el delito de tráfico de sustancias controladas en las modalidades de posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, sustancias controladas encontradas en su habitación y por el art. 76 con relación a los arts. 70, 48 y 33-m) de la L. N° 1008, en relación a la conducta ilícita de Lilian Herrera Arequipa. Por otra parte, impuso a cada uno, una multa de trescientos días, a razón de Bs 2.- por día, con costas, así como la confiscación definitiva a favor del Estado Plurinacional de Bolivia de los bienes detallados en el punto I.1.b), del presente fallo con los siguientes argumentos:

i) Con relación al defecto de sentencia previsto por el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., resulta evidente que el tribunal inferior no tomó en cuenta, la adecuación de las conductas antijurídicas de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, en la medida y los alcances que establecen los arts. 48, 33-m), 70, 65 para la primera y el último por el art. 76 con relación a los arts. 48, 33-m) de la L. N° 1008, por el que fueron acusados formalmente, de acuerdo a las circunstancias en que ocurrieron los hechos el 16 de mayo de 2006, en horas de la mañana.

ii) En cuanto al coacusado René Bernal Campbell, la acusación fiscal calificó los hechos como Complicidad, tipificado en el art. 76 de la L. N° 1008 con relación al delito de Tráfico de Sustancias Controladas, previsto por el art. 48 de la L. N° 1008 en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento o sustitución de objeto del Delito, tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008, en las modalidades de alteración y sustitución.

iii) Se puede apreciar que la sentencia se basa en prueba que no fue debidamente valorada, pues de la lectura del fallo en el Considerando V, en el punto V.A.1.2 Existencia, Momento, Lugar y Participación en el Hecho, se tiene relación de pruebas codificadas desde MP-D-1 a MP-D-36, así como las pruebas físicas o materiales codificadas como MP-F-1 a MP-F-10, prueba testifical de Pedro Avelino Limachi Torrez; José Miguel Villafuerte Lupa; Javier Cáceres Aiza y Rommel Flavio Valdez Cotrino, todos en calidad de pruebas de cargo. En el punto V.B. Apreciación Conjunta de la Prueba Esencial Producida, el Tribunal no asignó, ni estableció la calidad de prueba nuclear, esencial, secundaria, corroborativa o son impertinentes, no asignó el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, en el marco de las reglas de la sana crítica, al contrario el tribunal se limitó a analizar el contenido de las declaraciones testimoniales, pruebas que no son nucleares, tomando en cuenta que el delito no se comete en presencia de testigos; empero, el tribunal sobre las pruebas, testimoniales, arribó a una determinación subjetiva, si bien hace mención a la prueba esencial producida, no identifica cuáles son esas pruebas consideradas esenciales.

iv) En el num. 5) señala que: "...en cuanto concierne al co-acusado René Bernal Campbell, se establece que de toda la prueba de cargo presentada en juicio oral, no se encuentra prueba que sustente y amerite considerar sobre su participación en los hechos suscitados..."; empero, las pruebas pertinentes al caso, codificadas como MP-F-2, MP-D-3, MP-D-5, no han merecido su valoración alguna, como son las recabadas en el domicilio del acusado; por tanto, se tiene que el tribunal procedió en forma incorrecta y sin tomar en cuenta lo prescrito por el "art. 359-29 y 3)" (sic), relativo a que los jueces fundamentaran separadamente sus votos o lo harán en forma conjunta, con relación a la comisión del hecho punible y la absolución o condena y en el caso no tomó en cuenta que existen pruebas físicas, documentales y testimoniales que demuestran la realidad de los acontecimientos ocurridos el 16 de mayo de 2006, en el domicilio ubicado en la calle Rodríguez 82 de la zona Este, en la habitación de René Bernal Campbell, donde encontraron cocaína, reactivo de Scott y otros, según consta en el acta de registro, lo que deja entrever que las pruebas no fueron debidamente valoradas, menos se tiene una debida explicación, del por qué se desecharon las mismas, el tribunal simplemente se limitó a señalar que no encontró prueba que sustenten y ameriten considerar su participación en los hechos, no se explica el por qué se arribó a esa conclusión y tampoco se mencionan los 6.020 gramos de cocaína, encontrados en la habitación del coacusado, los 33 paquetes correspondientes al caso P 302/06, los envoltorios vacíos encontrados, la presencia de 19 envoltorios vacíos encontrados en el mismo domicilio, entre los cuales, se encontraba el paquete que faltaba. De igual manera, se verificó una posible adulteración y/o cambio de 16 paquetes, dada la consistencia, volumen, peso, reacción diferente a la prueba de campo de narco test y de la calidad de la sustancia que contenían, extremos que no merecieron explicación de las razones por las que, se desecha la misma.

v) En relación a la coacusada Lilian Herrera Arequipa, en el num. 6) Apreciación conjunta de la prueba esencial producida, señala que: "... no se demostró antecedentes policial por hechos similares, tampoco una sentencia condenatoria (...) sólo se tiene referencia al respecto, por cuanto de la prueba de cargo, no se tienen objetivamente datos precisos al respecto". El Tribunal nuevamente incurrió en un argumento subjetivo, las pruebas codificadas como MP-D-14, MP-D-15, MP-D-18, MP-D-20 a MP-D-24, no han sido debidamente valoradas, ni otorgadas su valor correspondiente, pruebas que no tienen el valor asignado, simplemente, el Tribunal de limita en señalar que no se demostró antecedente policial por hechos similares, como si ello fuera un requisito para considerar las pruebas; pues al contrario, constituye argumento sin base jurídica ni fundamento, inobservando lo previsto por los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen.

vi) La Sentencia de mérito no cumplió con las exigencias de los arts. 124 y 173 del CPP, dado que las pruebas presentadas por el Ministerio Público tienen suficiente eficacia probatoria, además de haber sido judicializadas de manera armónica y estar vinculadas con las pruebas físicas y testimoniales, las cuáles cumplen con el voto de los arts. 333-2) y 3), 194, 200, 350 y 351 del Cód. Pdto. Pen., situación que el Tribunal no tomó en cuenta a tiempo de dictar la Sentencia absolutoria, contraviniendo lo establecido por los arts. 71, 171 y 172 del CPP, la valoración de la prueba fue incorrecta y no refleja la realidad de los hechos, violando el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., infringiendo lo preceptuado por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, no contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, tampoco contiene una relación completa de apreciación de la prueba esencial del hecho histórico; es decir, no se fijó de manera clara y precisa, cual estimó desacreditada y sobre cuál emitió el juicio, que es lo que se conoce como fundamentación fáctica. No se explica adecuadamente cuál fue la prueba generada en el Tribunal que determinó que las conductas de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell no se habrían adecuado al tipo penal acusado de tráfico de sustancias controladas y complicidad y cuáles habrían sido las pruebas para no generar plena convicción en el tribunal, la culpabilidad de los acusados, extremos que no fueron debidamente explicados.

vii) En relación a la acusada Lilian Herrera, la tipificación de los arts. 48 de la L. N° 1008 en las modalidades de Transporte, Posesión Dolosa, Entrega o Depósito y Almacenamiento, contemplados en el art. 33-m) alteración o sustitución del objeto del delito, tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008, en las modalidades de Alteración y Sustitución, con el agravante previsto por el art. 65 del mismo cuerpo legal. El acusado René Bernal Campbell, por el delito de Complicidad, tipificado en el art. 76 de la L. N° 1008, con relación al delito de Tráfico de Sustancias Controladas, tipificadas por el art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de Transporte Posesión Dolosa, Entrega o Depósito y Almacenamiento, contempladas en el art. 33-m) de la L. N° 1008, alteración o sustitución del objeto del delito, tipificado por el art. 70 de la L. N° 1008, a cuya tipificación se adecuan las condiciones precedentemente anotadas, las mismas que fueron demostradas plenamente con las pruebas de cargo producidas por el Fiscal de sustancias controladas, que fueron incorporadas y judicializadas en el juicio oral, público y contradictorio, cumpliéndose con todos los aspectos legales desde la recolección, conservación, ofrecimiento y producción y admisión de todos los elementos de prueba que no merecieron su valoración por el tribunal inferior.

viii) En lo que respecta al segundo tópico, relativo a la fundamentación insuficiente y contradictoria con relación al valor otorgado a los elementos de convicción en los que se basa la absolución, se pudo advertir que la sentencia no cumplió con lo previsto por los arts. 124 y 173

del Cód. Pdto. Pen., habiéndose dado la razón en el primer punto, entonces el otro motivo necesariamente tiene que subsumirse en ese punto anterior, en efecto, por razones prácticas no convendría expresar una fundamentación innecesaria, la consecuencia lógica es dictar una nueva sentencia, en virtud de no ser necesaria la realización de un nuevo juicio.

ix) En observancia de lo preceptuado por los arts. 37 y 39 del Cód. Pen., a continuación se efectúan los argumentos pertinentes, con lo cuales se justifica la determinación judicial de la pena a imponerse en contra de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell. El art. 48 de la L. N° 1008, establece como pena máxima y mínima, de diez a veinticinco años y de diez mil a veinte mil días multa, en los casos de la conducta contemplada en el inc. m) del art. 33 de la L. N° 1008, que establece como pena mínima de diez a quince años de presidio y mil a dos mil días multa. Siendo que la pena es general, es un medio útil y necesario para prevenir la reincidencia y la criminalidad, en procura de la pacífica convivencia humana, si bien, los acusados carecen de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, como antecedentes, no es menos cierto que el delito fue probado plenamente en ese marco, lo que corresponde es actuar conforme a la ley. Asimismo, se toma en cuenta que los acusados con su accionar ponen en peligro a la dignidad del ser humano, atentando contra la salud pública y la seguridad del Estado. Por otra parte, se toma en cuenta, la calidad de funcionario público de Lilian Herrera Arequipa, que aprovechando su condición de Policía se dedicó a una actividad ilícita planificada, parámetros bajo los cuáles corresponde determinar la pena.

x) El tribunal ve por conveniente para Lilian Herrera Arequipa, aplicar la pena mínima establecida por los arts. 70 y 48, con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, en las modalidades de posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, alteración y sustitución del objeto del delito, con la agravante establecida en el art. 65 de la misma L. N° 1008. Asimismo, para el acusado René Bernal Campbell, una pena mínima por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, como autor por el delito de tráfico de sustancias controladas en las modalidades de posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, por sustancias controladas, encontrados en su habitación y por el art. 76 respecto a los arts. 70, 48 y 33-m), en relación a la conducta ilícita de Lilian Herrera Arequipa.

III. Fundamentos jurídicos de la verificación de la existencia de contradicción.

En el presente caso la imputada denuncia que: 1) El tribunal de alzada procedió a revocar la sentencia absolutoria para disponer directamente su condena, vulnerando la prohibición de cambiar su situación jurídica; 2) El auto de vista procedió a revalorizar los medios de prueba; y, 3) No fundamentó sobre su participación en el hecho ni en lo concerniente a su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponde dilucidar si los extremos denunciados son evidentes y si constituyen contradicciones con los precedentes contradictorios invocados, a fin de dejar sin efecto el fallo impugnado o declarar infundado el recurso intentado.

III.1. Con relación a las denuncias relativas a la emisión directa de nueva sentencia y de valoración probatoria.

III.1.1. Precedentes contradictorios invocados en el primer motivo.

En el primer motivo, relativo al control de logicidad sobre la labor de valoración probatoria realizada por el juez o tribunal de sentencia, se invocaron los siguientes autos supremos:

A.S. N° 436 de 15 de octubre de 2005, cuya doctrina aplicable establece lo siguiente: "Que de acuerdo a la nueva concepción doctrinaria la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los Jueces o tribunales inferiores, sino para resguardar los derechos y garantías constitucionales, los Tratados Internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe la doble instancia y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: anular total o parcialmente la sentencia y ordenar la reposición del juicio por otro Juez o Tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; cuando la nulidad sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio; y cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, resolverá directamente.

Que el fallo impugnado al anular la sentencia totalmente y disponer la reposición del juicio por otro tribunal porque en su ratio decidendi y parte resolutive concluyó con la sentencia absolutoria del imputado Carlos Eduardo Frías Velasco por los delitos de asesinato de Ángel Rivera Aldazosa y homicidio en grado de tentativa y complicidad de Nicolás Acosta Arce, no se enmarca en la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., que dice: 'para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente'.

Que el tribunal ad- quem al haber dispuesto el reenvío también incurre en retardación de justicia, privando al imputado de conocer su situación jurídica en un plazo razonable, y sin calificar el hecho conforme al tipo penal que subsume la conducta del encausado.

Que por otra parte el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., dispone que el tribunal de apelación está facultado para conocer el recurso de apelación restringida, interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de las leyes sustantivas y adjetivas.

Que en la especie el tribunal ad-quem ha interpretado erróneamente la última parte del art. 413-6) del art. 370 con referencia al art. 173 del Cód. Pdto. Pen., que comprende un defecto, lo que convierte en una indebida resolución de reposición de juicio a más de que realiza una ilegal revalorización probatoria que ameritaba la confirmación del fallo respetando la valoración probatoria del tribunal de sentencia". Similar razonamiento fue el desarrollado, entre otros, en el A.S. N° 53/2012 de 22 de marzo.

En ese mismo orden determinó el A.S. N° 91 de 28 de marzo de 2006, en sentido: "...que, la valoración de los hechos y de la prueba es atribución privativa del Juez o Tribunal de Sentencia por cuanto ellos son los que se encuentran directamente involucrados en todo el proceso de la producción de la prueba con la intervención contradictoria de las partes procesales; ahora en caso de que dicha valoración sea confusa, contradictoria o insuficiente porque no tiene el sustento de la experiencia, conocimiento, o no son utilizadas adecuadamente la lógica y las técnicas de argumentación; en definitiva no se encuentran explicadas apropiadamente y que ponga en duda la razón del tribunal de sentencia, el tribunal de apelación debe identificar la falla o la impericia del juez o tribunal de sentencia en la valoración de los hechos y las

pruebas, además debe observar que las reglas de la sana crítica estén explicitadas en el fundamento de la valoración de la prueba de manera clara, concreta y directa, que tenga la consistencia de lograr convicción en las partes, sobre todo en la autoridad que controla la sentencia apelada, que las impugnaciones hechas por las partes sean verídicas y tengan fundamento jurídico”.

Criterios complementados por la doctrina legal desarrollada en el A.S. N° 167 de 4 de julio de 2012, en el que se señaló lo siguiente: “Si bien de acuerdo a la doctrina legal aplicable contenida en los AA.SS. Nos. 219 de 28 de junio de 2006, 91 de 28 de marzo de 2006 y otros posteriores entre los que se encuentra el A.S. N° 53/2012 de 19 de marzo, es básico que la apelación restringida no es un medio legítimo para la revalorización de la prueba puesto que en el sistema procesal vigente no existe la doble instancia y los hechos probados en juicio se hallan sujetos al principio de intangibilidad, debe precisarse que esta limitación no significa que no sea procedente el control del iter lógico que ha seguido el juzgador o que el tribunal de apelación, no obstante la denuncia expresa contenida en el recurso de apelación restringida, se encuentre impedido y/o carezca de competencia para examinar la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia y con ello la de la aplicación de la sana crítica y sus componentes, en la eventualidad de que en ese procedimiento el juzgador haya podido caer en errores de logicidad.

En efecto, denunciada la violación de ley sustantiva, insuficiente fundamentación y defectuosa valoración de la prueba por vulneración de las reglas de la sana crítica; el Tribunal de Alzada, en aplicación de los arts. 407, 413, 414 y 398 del Cód. Pdto. Pen., tiene competencia, para pronunciarse no solo sobre la aplicación o no de la ley sustantiva, sino sobre el cumplimiento de los requisitos de validez contenidos en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., y, en ese marco, determinará si el tribunal o juez de sentencia explicó por qué aplicó una norma o por qué no lo hizo y si rigió el acto procesal de la valoración armónica y conjunta de la prueba a sus reglas fundamentales: la lógica, la psicología y la experiencia, dentro del marco de razonabilidad y equidad previsibles para decidir de forma congruente, consignando por escrito, es decir fundamentando, las razones que lo condujeron a la decisión. En todo caso, el resultado de un razonamiento que quebrante cualquiera de esos principios tiene el efecto de falta de fundamentación exigida en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.”.

En el mismo motivo, en lo concerniente a la prohibición de modificación de la situación jurídica del imputado de absuelto condenado, se citaron los glosados a continuación:

A.S. N° 277 de 13 de agosto de 2008: “Que en el sistema procesal penal boliviano no existe segunda instancia y que los jueces o tribunales de sentencia son los únicos que tiene la facultad para valorar la prueba, al encontrarse en contacto directo con la producción de la misma.

La función principal del tribunal de alzada es pronunciarse respecto de la existencia de errores ‘injudicando’ o errores ‘improcedendo’ en que hubiera incurrido el tribunal a quo (juez o tribunal de sentencia) de acuerdo a la previsión del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., consecuentemente el tribunal de alzada sin necesidad de reenvío puede subsanar errores de derecho existentes en el proceso pero sin revalorizar la prueba, ya que lo contrario significaría desconocer el principio de inmediación que se constituye en el único eje central en la producción probatoria reservada exclusivamente para los Tribunales de Sentencia sean estos colegiados o unipersonales.

El tribunal de sentencia, sea unipersonal o colegiado llega a la certeza de culpabilidad o absolución examinando todas las pruebas introducidas y valorando las mismas bajo el sistema de la sana crítica, en consecuencia el tribunal de apelación no se encuentra en condiciones de cambiar la situación jurídica de absuelto a culpable o a la inversa, por no tener facultades de revalorización de la prueba y por la imposibilidad material de aplicación del principio de inmediación, lo contrario significaría volver a la posibilidad de revocar los fallos valorando pruebas que nunca se presenciaron ni fueron parte de estos actos procesales y en consecuencia incurrir en violación a la garantía constitucional del debido proceso.

Que si el tribunal de apelación advierte error injudicando en la sentencia, en la fundamentación de la resolución que no haya influido en la parte resolutive, en aplicación a lo previsto por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., podrá corregir sin necesidad de reenvío del proceso, empero, si el error en la fundamentación es determinante para el cambio en la situación jurídica del imputado, observando lo dispuesto por el art. 413 del mismo Código Adjetivo Penal, debe anular la sentencia total o parcialmente, dado el caso específico y ordenar la reposición del juicio por otro juez o tribunal, precisando en forma concreta el objeto del nuevo juicio”. Razonamiento reiterado por el A.S. N° 89/2012 de 25 de abril.

Por su parte, el A.S. N° 200/2012-RRC de 24 de agosto, estimó que: “Es necesario precisar, que el recurso de apelación restringida, constituye un medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la sentencia, no siendo el medio idóneo que faculte al tribunal de alzada, para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho que es de potestad exclusiva de los jueces o tribunales de sentencia; por ello, si el ad quem, advierte que la sentencia no se ajusta a las normas procesales, con relación a la valoración de la prueba y la falta de fundamentación y motivación, que haya tenido incidencia en la parte resolutive, le corresponde anular total o parcialmente la sentencia, y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal.

Se vulnera los derechos a la defensa y al debido proceso, reconocidos por el art. 115-II de la C.P.E., y existe una inadecuada aplicación de los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen., cuando el tribunal de alzada, revalorizando la prueba rectifica la sentencia, cambiando la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa; decisión que al desconocer los principios de inmediación y contradicción, incurre en defecto absoluto no susceptible de convalidación”.

Finalmente, el A.S. N° 249/2012-RRC de 10 de octubre, también invocado por la recurrente, señala: “El tribunal de alzada al resolver el recurso de apelación restringida, tiene el deber de ejercer el control de la valoración de la prueba realizada por el Juez o Tribunal de Sentencia, a efecto de constatar si se ajusta a las reglas de la sana crítica y que se halle debidamente fundamentada; sin embargo, esto no supone un reconocimiento a la posibilidad de que aquel tribunal pueda ingresar a una nueva revalorización y en consecuencia a cambiar la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa; porque de hacerlo desconocería los principios rectores de inmediación y

contradicción que rigen la sustanciación del juicio penal, incurriendo en un defecto absoluto no susceptible de convalidación emergente de la vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso; debiendo reiterarse que si bien el art. 413 in fine del Cód. Pdto. Pen., establece que: 'Cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente', el alcance de la referida disposición legal, no otorga facultad al tribunal de apelación de hacerlo respecto a temas relativos a la relación de los hechos o a la valoración de la prueba, que al estar sujetos a los principios citados de inmediación y contradicción, propios del sistema procesal acusatorio vigente en el Estado boliviano, resultan intangibles”.

III.1.2. Precedentes contradictorios invocados en el segundo motivo.

Los precedentes contradictorios invocados por la recurrente a tiempo de plantear los argumentos contenidos en el segundo motivo de la presente resolución, relativos a la prohibición de revalorización probatoria en alzada, son los glosados a continuación.

A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003: “Que de acuerdo a la nueva concepción doctrinaria la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los Jueces o Tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los Tratados Internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe la doble instancia y el Tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: anular total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro Juez o Tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; cuando la nulidad sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio; y cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, resolverá directamente.

Conclusivamente, ‘En aquellos supuestos en que el tribunal de alzada se incline por anular parcialmente la sentencia del Juez o Tribunal de Sentencia, sea por la imposibilidad de reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; por mandato del primer y segundo periodo del art. 413 de la Ley Procesal Penal, deberá indefectiblemente indicar el objeto concreto de nuevo juicio y remitir obrados a otro Juez o tribunal para la reposición del mismo, en el marco de las garantías procesales, constitucionales y supranacionales que establecen los instrumentos internacionales’. Cumplimiento que importa tener que salvar los vicios procedimentales y los fundamentos del hecho del proceso contenidos en la ratio decidendi de la presente decisión”.

Dicho criterio se encuentra complementado por el A.S. N° 409 de 20 de octubre de 2006, cuya doctrina legal señala lo siguiente: “El tribunal de alzada en el conocimiento de impugnaciones respecto a apelaciones restringidas debe tomar el ámbito de acción de su competencia que le otorga la L. N° 1970 que difiere sustancialmente del antiguo sistema de enjuiciamiento que corresponde a 1972.

La Función principal del tribunal de alzada en pronunciarse respecto de la existencia de errores ‘injudicando’ o errores ‘improcedendo’ en que hubiera incurrido el tribunal a quo, de acuerdo a la previsión del art. 414 del Código Procesal Penal, consecuentemente el tribunal de alzada sin necesidad de reenvío puede subsanar errores de derecho existentes en el proceso pero sin revalorizar la prueba, ya que lo contrario significaría desconocer el principio de inmediación que se constituye en el único eje central en la producción probatoria reservada exclusivamente para los Tribunales de sentencia sean estos colegiados o unipersonales en el proceso penal bajo el sistema acusatorio.

Se debe tener presente que el tribunal de sentencia sea unipersonal o colegiado llega a la certeza de culpabilidad o absolución examinando todas las pruebas introducidas y valorando las mismas bajo el sistema de la ‘sana crítica’, en consecuencia el Tribunal de apelación no se encuentra en condiciones de cambiar la situación jurídica de ‘absuelto’ a ‘culpable’ o a la inversa, por no tener facultades de revalorización de la prueba e imposibilidad material de aplicación del ‘principio de inmediación’, lo contrario significaría volver a la posibilidad de revocar los fallos valorando pruebas que nunca se presenciaron ni fueron parte de estos actos procesales y en consecuencia incurrir en violación a la garantía constitucional del debido proceso”. Similar razonamiento quedó plasmado en el A.S. N° 277 de 13 de agosto de 2008, también invocado por la recurrente.

En ese mismo orden normativo, el A.S. N° 223/2012-RRC de 18 de septiembre determinó: “La posibilidad de llevar a cabo en segunda instancia, una nueva valoración de las pruebas con resultados diferentes a la realizada por el Juez o tribunal ante el que se practicó la misma, encuentra su restricción en la aplicación del principio de inmediación, en el entendido de que fue el juez o tribunal de sentencia el ‘que vio y oyó’. Cuando la apelación se plantea contra una sentencia y el motivo de la apelación verse sobre cuestiones de hechos suscitados por la valoración o ponderación de las pruebas de las que dependa la condena o la absolución del imputado, es necesario el reenvío, para que el Juez o tribunal pueda resolver tomando conocimiento directo o inmediato de las pruebas”.

Así en el A.S. N° 187/2013-RRC de 11 de julio se estableció que: “Con base a estos criterios que inviabilizan una nueva valoración de la prueba producida en juicio por el tribunal de alzada, debe asumirse que si bien éste en ejercicio de su competencia puede disponer la reposición del juicio por otro juez o tribunal, como consecuencia de la anulación de la sentencia cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, esa determinación no puede de modo alguno sustentarse en una labor de revalorización de la prueba que incluso derive en conclusiones sobre la responsabilidad o no de los imputados en los hechos juzgados a partir del examen de la prueba, sino en la constatación debidamente fundada de algún defecto previsto en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y en el caso particular de una eventual valoración defectuosa de la prueba, en la comprobación de que el tribunal inferior al emitir la sentencia apelada, no aplicó correctamente las reglas de la sana crítica”.

III.1.3. La labor de subsunción penal y su control por el tribunal de alzada.

Una vez glosada la doctrina legal invocada por la recurrente, previo a ingresar al análisis de fondo de lo denunciado, resulta útil y necesario, analizar lo que la doctrina señaló con relación a la obligación de subsunción que debe realizar toda autoridad jurisdiccional a tiempo de emitir un fallo, de los hechos probados con la norma legal aplicable.

En ese orden se tiene que, una vez desarrollada la audiencia de juicio oral, en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al juez o tribunal de sentencia, resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3) del Cód. Pdto. Pen.

En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una tarea lógica del aplicador para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se conforma de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera, operación se concentra en determinar el hecho probado; y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la Sentencia se justifique objetivamente, además de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del Juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Sólo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad; por lo tanto, la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del Juez, pero carentes de todo sustento probatorio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el juez o tribunal de sentencia, permite su control al tribunal de apelación; por ello, la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada, y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y al mismo tiempo un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, que los Jueces o Tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, de controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el Juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.1.4. Labor de control de logicidad por parte del tribunal de alzada ante la denuncia de errónea valoración de la prueba.

Aunque la apreciación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas (intangibilidad de la prueba y de los hechos) de la sentencia son inatacables en apelación restringida; empero, están sujetas al control de logicidad a cargo del tribunal de apelación, que verificará a tiempo de resolver el recurso de apelación restringida, el proceso lógico seguido por el juzgador en su razonamiento a través del examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, cotejando si en su fundamentación se observaron las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

Pues bien, el juzgador debe observar los principios lógicos supremos o leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y otorgan base cierta para determinar cuáles son; necesariamente, verdaderos o falsos. A decir del profesor De la Rúa, las leyes del pensamiento son leyes a priori que están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. (De la Rúa, Fernando. Teoría General del Proceso. Editorial Depalma, Buenos Aires 1991. Pág. 154-158).

Asimismo, en relación a las leyes de la psicología, el tribunal o Juez tiene el deber de aplicarlas en la valoración de las pruebas, no siendo necesario que indique cuál sea el procedimiento psicológico empleado; además, de aplicar las normas de la experiencia, que son los juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (Arroyo, Gutiérrez José Manuel y Rodríguez, Campos Alexander. Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal. Editorial Jurídica Continental. San José-Costa Rica 2003. 2da. Edición. Pág. 91).

En el ordenamiento jurídico boliviano, el sistema de valoración de la sana crítica, se encuentra establecido en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., que refiere: "El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la

sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida"; lo que implica, que el juzgador debe observar las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia en la emisión de la sentencia, que podrá ser impugnada, cuando la parte considere que no fueron aplicadas correctamente.

Consiguientemente, ante la denuncia de errónea valoración de la prueba por la incorrecta aplicación de las leyes del pensamiento humano respecto a la sana crítica, que además deberá contener necesariamente la identificación de cuáles los elementos de prueba incorrectamente valorados, así como la solución pretendida, el tribunal de alzada verificará si los argumentos y conclusiones de la sentencia, reúnen los requisitos para ser considerados lógicos y de evidenciar el reclamo, determinará la nulidad de la sentencia y la reposición del juicio, ante la prohibición de corregir directamente el defecto, conforme dispone el art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; en cambio, de resultar incorrecta la denuncia dispondrá su rechazo y confirmará lo resuelto en sentencia por el a quo.

Este entendimiento, ha sido ampliamente desarrollado en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, que señala: "El tribunal de sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuales son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia y no referirse a actuaciones procesales sin incidencia directa en la resolución de mérito, la inobservancia de estas reglas emergentes de lo expresamente determinado en la ley adjetiva penal deberán ser observadas por los tribunales que conocen el recurso de apelación restringida previamente a admitirse los recursos por estos motivos y en caso de no ser debidamente subsanada la observación referida, los tribunales deberán declarar inadmisibles los recursos por este motivo, en cuyo caso no podrán reiterarse estos argumentos en el recurso de casación.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural.

Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez".

De lo señalado precedentemente, es posible concluir que el tribunal de alzada tiene la obligación de efectuar la labor de control de logicidad ante la denuncia de errónea valoración de la prueba; pues si bien, no le corresponde realizar la valoración de las pruebas desfiladas en el proceso, por carecer del principio de intermediación; sin embargo, tiene la obligación de verificar que el juzgador hubiere realizado dicha tarea, aplicando las reglas de la sana crítica, la lógica, psicología y experiencia, materializadas en la fundamentación del fallo de mérito, como también resulta inexcusable para el recurrente señalar e identificar qué elementos de prueba fueron incorrectamente valorados y cuál la solución que pretende; es decir, precisar qué partes de la decisión incurrieron en errores lógico-jurídicos en el que se aplicaron de manera inadecuada las reglas de la sana crítica, con el correspondiente análisis lógico buscado y no referirse a aspectos procesales que no vayan a tener incidencia en el fondo del litigio; de ser así, el tribunal de apelación determinará por declarar inadmisibles, si pese a haber otorgado el plazo de tres días para la subsanación del recurso persistió el incumplimiento de lo observado.

Finalmente, por ser de utilidad para el análisis del caso concreto, resulta necesario glosar la doctrina legal contenida en el A.S. N° 450 de 19 de agosto de 2004, que establece lo siguiente: "Que conforme a la normativa legal vigente, la apelación restringida, por su naturaleza y finalidad legal, es esencialmente de puro derecho, motivo por el cual, en su análisis, el tribunal no puede retrotraer su actividad jurisdiccional a circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidos al control oral, público y contradictorio por el órgano judicial de sentencia. Consecuentemente, no existe la doble instancia y, por ello, el tribunal de alzada se encuentra obligado a alguna de las siguientes decisiones: a) Anular total o parcialmente la sentencia ordenando la reposición del juicio por otro juez o tribunal cuando no sea posible reparar directamente la

inobservancia de la ley o su errónea aplicación; b) Cuando la nulidad sea parcial, indicar el objeto concreto del nuevo juicio; c) Cuando sea evidente que, para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, resolver directamente el caso.

Consecuentemente; En aquellos supuestos en que el tribunal de alzada comprueba la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, por cuyo motivo tenga la convicción plena de la culpabilidad del imputado, no es pertinente anular totalmente la sentencia y disponer que se abra nuevo juicio sino dar cumplimiento a lo establecido por la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., dictando directamente una nueva sentencia que defina la situación jurídica del imputado".

Los criterios doctrinales legales glosados precedentemente fueron complementados por el A.S. N° 660/2014 de 20 de noviembre, en el cual se creó una sub regla en sentido que: "El tribunal de alzada en observancia del art. 413 última parte del Cód. Pdto. Pen., puede emitir nueva sentencia incluso modificando la situación del imputado de absuelto a condenado o de condenado a absuelto, siempre y cuando no proceda a una revalorización de la prueba, menos a la modificación de los hechos probados en juicio al resultar temas intangibles, dado el principio de inmediación que rige el proceso penal boliviano; supuestos en los cuales, no está eximido de dar estricta aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., esto es, fundamentar suficientemente su determinación, ya sea para la absolución o condena del imputado y respectiva imposición de la pena".

Consiguientemente, el Tribunal de alzada en observancia del art. 413 última parte del Cód. Pdto. Pen., puede emitir nueva sentencia incluso modificando la situación del imputado de absuelto a condenado o de condenado a absuelto, siempre y cuando no proceda a una revalorización de la prueba, menos a la modificación de los hechos probados en juicio al resultar temas intangibles, dado el principio de inmediación que rige el proceso penal boliviano; supuestos en los cuales, no está eximido de dar estricta aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; esto es, fundamentar suficientemente su determinación, ya sea para la absolución o condena del imputado y respectiva imposición de la pena.

III.1.5. Análisis de los motivos primero y segundo.

Para resolver la problemática planteada en el presente recurso, resulta necesario revisar los antecedentes de la presente causa, que en su primera fase concluyó con la emisión de la Sentencia N° 1/2011 de 25 de enero, que determinó absolver de pena y culpa a los coimputados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell; a la primera, de la comisión de los delitos de tráfico de sustancias controladas, alteración o sustitución del objeto del delito; y al segundo, por Complicidad en relación con los demás delitos endilgados a la acusada.

Contra la precitada sentencia, el Ministerio Público planteó recurso de apelación restringida, dando lugar a la emisión del A.V. N° 10/2011 de 13 de abril, que declaró improcedente el recurso interpuesto y confirmó el fallo de mérito. Auto de vista que fue objeto de impugnación mediante la interposición de un primer recurso de casación, que concluyó con el pronunciamiento del A.S. N° 787/2014 de 26 de noviembre, el cual, una vez analizada la problemática planteada, resolvió dejar sin efecto la Resolución impugnada, disponiendo que la Sala Penal Segunda emita nuevo fallo, conforme a la doctrina establecida en el precitado Auto Supremo.

De la lectura de los argumentos del A.S. N° 787/2014, es posible determinar que en el mismo, se estableció que el auto de vista recurrido, omitió dar una respuesta concreta a lo pretendido por el apelante, como es el Ministerio Público, señaló también que dicho fallo, carece de una adecuada fundamentación con relación a la comisión de los hechos delictuosos acusados, la que resulta genérica respecto de los imputados porque no se consideró que cada procesado responde a situaciones jurídicas y circunstancias distintas con relación a cada delito y con los otros sujetos procesales, sin que ello quiera decir, que no existan situaciones similares; aspecto que, no fue corregido por el tribunal de alzada.

Asimismo aclaró al tribunal de apelación, que a tiempo de emitir el nuevo auto de vista, debe tener en cuenta que la valoración de los hechos, como de la prueba, constituyen una atribución privativa del juez o tribunal de sentencia; en ese contexto, lo que le correspondía era controlar que la sentencia apelada tenga el sustento fáctico con una argumentación con base jurídica coherente, respetando la normativa procesal y constitucional, debiendo obrar de acuerdo a la prueba ya valorada por el Juez que cursa en obrados, sin que ello signifique revalorización de la prueba, sino una rectificación y readecuación del entendimiento de la misma al caso concreto, en cumplimiento al principio de celeridad previsto por la Constitución Política del Estado, tomando en cuenta que la sentencia fue dictada por el Juez que tuvo contacto directo con las pruebas aportadas, por lo que cualquier omisión a ella es subsanable en el recurso de apelación, sin necesidad de realizar un nuevo juicio.

Es así que, en cumplimiento a lo estimado en el precitado auto supremo, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, emitió un nuevo auto de vista, que resulta ser el cuestionado en el presente recurso de casación y en el que se verifica que, acatando la doctrina legal aplicable contenida en el fallo superior, expuso en su primera parte, las cuestiones fácticas de hecho que dieron lugar al juicio, exponiéndolas tal como fueron descritas en el relato contenido en la sentencia, ilustrando detalladamente los hechos y la forma de participación de los imputados, así como las contenidas en la acusación fiscal.

Posteriormente, en el segundo punto de Fundamentación se estableció que el Tribunal de juicio no tomó en cuenta la adecuación de las conductas antijurídicas de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, en la medida de los alcances que establecen los arts. 48, 33-m), 70 y 65 para la primera de los citados; y el último, por el art. 76 con relación a los arts. 48, 33-m) de la L. N° 1008, por los que fueron acusados formalmente.

A continuación, luego de realizar la descripción de las pruebas desfiladas en el juicio oral y el control de logicidad sobre la labor valorativa desplegada por el Tribunal de juicio, pasó a sostener que el tipo penal de Tráfico de Sustancias Controladas se halla previsto en el art. 48 relacionado con el 33-m) de la L. N° 1008 que señala: "Se entiende por Tráfico de Sustancias Controladas, todo acto dirigido o emergente de las acciones de producir, entregar, poseer dolosamente, tener en depósito o almacenamiento, transportar, entregar, suministrar, comparar, vender, donar, introducir al país, sacar del país, o realizar transacciones a cualquier título", previendo que la conducta de tráfico de

sustancias controladas se halla relacionada con el art. 33-m) de la L. N° 1008, integrada de diversas actividades ilícitas. Al respecto, la doctrina legal establecida por el Supremo Tribunal de la Nación, en el A.S. N° 11 de 31 de marzo de 2005 expresa que: "Se debe tomar en cuenta que doctrinalmente, los delitos emergentes de la Ley de Régimen de la Coca y Sustancias Controladas son de carácter formal y no de resultados, de ahí que en delitos de narcotráfico la parte sustantiva de L. N° 1008, tienen como vertiente, la teoría finalista del delito, en la que, los medios empleados no son tan importantes, sino el fin que persigue el delito propiamente dicho", en el contexto, se advierte la carencia de una debida fundamentación del fallo.

Así más adelante, el precitado auto de vista concluyó que la Sentencia N° 1/2011 no cumplió con las exigencias de los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., dado que las pruebas presentadas por el Ministerio Público tienen suficiente eficacia probatoria y fueron debidamente judicializadas de manera armónica y vinculada con la prueba física y testifical, las cuales cumplieron con el voto de los arts. 333-2) y 3), 194, 200, 350 y 351 del Cód. Pdto. Pen., situación que el tribunal no tomó en cuenta a tiempo de dictar el fallo de mérito, contraviniendo lo establecido por los arts. 71, 171 y 172 del Cód. Pdto. Pen., el que no contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba y tampoco explica adecuadamente cuál es la prueba generada que determinó que las conductas de los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell no se habría adecuado al tipo penal acusado de tráfico de sustancias controladas y complicidad y cuáles habrían sido las pruebas para no generar plena convicción en el tribunal la culpabilidad de los acusados, extremos que no fueron debidamente explicados.

Ahora bien, con relación a la acusada Lilian Herrera Arequipa, sostiene que la tipificación del art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, contemplados en el art. 33-m) alteración o sustitución del objeto del delito, tipificado en el art. 70 de la L. N° 1008, en las modalidades de Alteración y Sustitución, con el agravante previsto por el art. 65 del mismo cuerpo legal. El acusado René Bernal Campbell, por el delito de complicidad, tipificado en el art. 76 de la L. N° 1008 con relación al delito de Sustancias Controladas, tipificado por el art. 48 de la L. N° 1008, en las modalidades de transporte, posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, contemplados en el art. 33-m) de la L. N° 1008, Alteración o sustitución del Objeto del Delito, tipificado por el art. 70 de la L. N° 1008, a cuya tipificación se adecuan las conductas precedentemente anotadas, las mismas han sido demostradas plenamente con las pruebas de cargo producidas por el Fiscal de sustancias controladas que fueron incorporadas y judicializadas en el juicio oral, público y contradictorio, cumpliéndose con todos los aspectos legales, desde la recolección, conservación, ofrecimiento y producción y admisión de todos los elementos de prueba que no merecieron su valoración por el tribunal inferior.

Por lo señalado, concluye que en el caso de autos no es necesaria la realización de un nuevo juicio y corresponde al tribunal de alzada, dictar directamente una nueva Sentencia, finalizando en observancia de lo preceptuado por los arts. 37 y 39 del Cód. Pen., que justifica la determinación judicial de la pena a imponerse contra los acusados Lilian Herrera Arequipa y René Bernal Campbell, el art. 48 de la L. N° 1008 establece como pena máxima y mínima, de diez a veinticinco años y de diez mil a veinte mil días multa, en los casos de la conducta contemplada en el inc. m) del art. 33 de la L. N° 1008. El art. 70 (alteración sustitución del objeto del delito) de la L. N° 1008, prevé una pena mínima de diez a quince años de presidio y mil a dos mil días multa. Siendo que la pena es general, es un medio útil y necesario para prevenir la reincidencia y la criminalidad, en procura de la pacífica convivencia humana, si bien, los acusados carecen de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, como antecedente, no es menos cierto que el delito fue probado plenamente, en ese marco, lo que corresponde es actuar conforme a la ley. Asimismo, se toma en cuenta que los acusados con su accionar, ponen en peligro la dignidad del ser humano, atentando contra la salud pública y la seguridad del Estado. Por otra parte, se toma en cuenta, la calidad de funcionario público de Lilian Herrera Arequipa, aprovechando su condición de Policía, se ha dedicado a la actividad ilícita planificada, lo que hace la concurrencia del art. 65 de la L. N° 1008; por consiguiente, bajo esos parámetros corresponde determinar la pena. El tribunal ve por conveniente para Lilian Herrera Arequipa, aplicar la pena mínima establecida por los arts. 70 y 48 con relación al 33 inc. m) de la L. N° 1008, en las modalidades de posesión dolosa, entrega o depósito y almacenamiento, alteración o sustitución del objeto del delito, con la agravante establecida en el art. 65 de la misma Ley.

Así, con los argumentos precedentemente glosados, el tribunal de alzada determinó revocar totalmente la Sentencia N° 1/2011 de 25 de enero y deliberando en el fondo, con relación a la ahora recurrente, decidió declarar su autoría y culpabilidad de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas en las modalidades de posesión dolosa, depósito o almacenamiento y alteración o sustitución del objeto del delito, con la agravante prevista por el art. 65 de la L. N° 1008, condenándola a cumplir la pena de trece años y cuatro meses de presidio.

Precisadas así las cosas, corresponde a continuación ingresar al análisis del Auto de Vista recurrido. Así se tiene que, en el primer argumento del recurso de casación planteado por la recurrente y contemplado en el primer motivo de la resolución de alzada, se denuncia que el tribunal de alzada procedió a revocar directamente la sentencia absolutoria para sin mayor fundamentación ni valoración legal de todo el conjunto de la prueba aportada en juicio oral y sin intermediación con tales medios probatorios, disponer directamente su condena, vulnerando la prohibición de cambiar de situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa.

Para resolver la denuncia planteada, de inicio, corresponde señalar a la parte recurrente que, conforme a la doctrina legal establecida y desarrollada por este tribunal Supremo, el recurso de apelación restringida es un medio legal de impugnación para reclamar errores procesales o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido a tiempo de emitir la sentencia de mérito; empero, por ninguna razón es un mecanismo competente para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho, dado que ambas cuestiones, es decir, tanto los hechos como la valoración probatoria, son intangibles; por lo tanto, ante el descubrimiento de violaciones de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, en cualquiera de estos dos casos; corresponderá al tribunal de alzada, anular el fallo de mérito y disponer la reposición del juicio por otro tribunal; ello en razón a que la valoración de los hechos y de la prueba es una atribución exclusiva y privativa del Juez o Tribunal de Sentencia, dado que estas autoridades, según sea el caso, gozan de los principios de intermediación y contradicción; empero, ante la denuncia de errónea, deficiente o falta de valoración probatoria por parte del Juez o Tribunal de Sentencia; le corresponderá al tribunal de alzada, realizar el control de logicidad de dicha labor, verificando el proceso lógico seguido por el juzgador en su razonamiento a través del examen sobre la

aplicación de las reglas de la sana crítica en la argumentación de la sentencia, cotejando si en su fundamentación se observaron las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia.

Concordante con dicho criterio, en el precitado A.S. N° 450 de 19 de agosto de 2004, se estableció que, el tribunal de alzada, a tiempo de cumplir con su obligación de revisión de la Sentencia de mérito, según sea el caso, puede asumir la determinación de anular total o parcialmente la sentencia, ordenando la reposición del juicio por otro Juez o Tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, indicando el objeto concreto del nuevo juicio, en caso de haber dispuesto una nulidad parcial; o bien, podrá resolver el caso directamente cuando no sea necesaria la realización de un nuevo juicio.

En este último supuesto, es decir, si el tribunal de alzada comprueba la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; pero sin embargo, tiene la convicción plena de la culpabilidad del imputado, no resulta pertinente anular totalmente la sentencia y disponer un nuevo juicio, sino que debe dictar directamente una nueva sentencia, modificando la situación jurídica del imputado, tal como corroboró el A.S. N° 660/2014, que en su sub regla estableció que, en aplicación de lo preceptuado por la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., puede inclusive pronunciar un fallo, cambiando la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa; empero, dicha atribución, sólo será factible, cuando no resulte necesario realizar una nueva valoración probatoria ni modificar los hechos probados en juicio; puesto que, tal como se señaló precedentemente, ambos aspectos son inmodificables.

En ese orden, la denuncia de la recurrente en sentido de que el Tribunal de alzada no tuviera competencia para revocar directamente una sentencia absolutoria para convertirla en condenatoria; no resulta evidente, puesto que tal como se demostró precedentemente; por imperio de la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., de acuerdo a los criterios desarrollados en los precitados autos supremos, dicha instancia cuenta con la atribución legal de fallar directamente en caso necesario; empero, cuidando que la nueva determinación asumida, no sea el resultado de la modificación de los hechos y menos de una revalorización probatoria, ello en caso de haber obtenido la convicción necesaria sobre la culpabilidad o inocencia del procesado.

Por lo tanto, no se encuentra que el tribunal de alzada hubiera aplicado contradictoriamente los precedentes invocados por la parte recurrente; al contrario, obró de acuerdo a la doctrina legal desarrollada en ellos, y especialmente conforme a lo dispuesto en el A.S. N° 787/2014, emitido en la presente causa en el que se estableció concretamente, la emisión de un nuevo auto de vista, de manera directa, dictando nueva Sentencia sin necesidad de anular obrados. Así, en caso, se determinó revocar totalmente la Sentencia y deliberando en el fondo, se modificó la situación jurídica de la imputada de absuelta a imputada, declarándola autora de la comisión del delito de Tráfico de Sustancias Controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 y 33-m) y 70 de la L. N° 1008, disponiendo la aplicación de una condena de trece años y cuatro meses de presidio. Determinación que de ningún modo implica vulneración de derecho fundamental ni garantía constitucional alguno.

Cabe destacar que la última determinación asumida derivó sin duda alguna, de la disposición contenida en el anterior auto supremo dictado dentro de la misma causa, la cual contiene los fundamentos mínimos necesarios para su validez; empero, sobre la motivación de la valoración probatoria en su conjunto, es un extremo que no puede ser exigido por la parte recurrente; puesto que, el tribunal de alzada, encuentra limitada su competencia con relación a la revalorización de los elementos probatorios; sobre los cuales, de inicio le corresponde realizar el control de logicidad en la labor desplegada por el tribunal de juicio, tal como se evidencia que se hizo en el auto de vista impugnado, en el cual arribó a la conclusión de que la sentencia no tomó en cuenta todas las pruebas judicializadas, realizando una descripción detalladas de las mismas.

Dicho extremo, no puede ser considerando como una revalorización probatoria, puesto que si bien, con relación a las mismas, el tribunal de alzada, procedió a realizar su control correspondiente sobre el proceso lógico seguido por el a quo a través del examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, cotejando si en su fundamentación se observaron las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

Una vez realizado dicho contraste, y pese a haberse referido expresamente a cada una de ellas, extremo necesario; puesto que, no existe forma de realizar el control de logicidad en abstracto, los vocales cuidaron de no atribuir ningún nuevo valor específico a cada elemento probatorio que demuestre en concreto, una conducta en particular de parte de la imputada, al contrario cuidaron de no incurrir en una nueva valoración.

Cabe destacar que en etapa de alzada, corresponde, según sea el caso, aplicar la teoría de la sustracción hipotética mental; es decir, si al realizar el control sobre la valoración probatoria realizada por el Juez o tribunal de alzada, se concluye que existe errónea o carente valoración de algunas pruebas, empero, en lo integral, de los demás elementos, se concluye que resultan suficientes para fundar la Sentencia; entonces, habrá de tomar en cuenta los restantes a efectos de dictar un nuevo fallo de mérito, esta vez en instancia impugnativa, tal como ocurrió en el caso que ahora se analiza; en el cual, el tribunal alzada concluyó en la irrefutable determinación de culpabilidad de la procesada en base al valor otorgado en sentencia a los elementos probatorios, no encontrándose en ningún lugar del auto de vista, un juicio de valor que desemboque en la probanza de una conducta determinada.

Por lo tanto, no resulta evidente lo denunciado por la recurrente en sentido que se hubieran revalorizado medios de prueba; puesto que, si bien se cumplió con la labor de control de logicidad; empero, por los motivos explicados precedentemente, ello no implicó en el caso concreto, revalorización alguna; tan solo se verifica la descripción de los elementos de prueba que fueron judicializados, no encontrándose un valor específico que se hubiera dado en alzada y que prueba conducta alguna.

III.2. En cuanto a la denuncia de falta de fundamentación.

El tercer motivo planteado en casación se circunscribe al hecho de que el tribunal de alzada hubiera incurrido en falta de fundamentación en torno a los medios probatorios para determinar su condena, lo que vulneraría el principio de igualdad de las partes, así

como el derecho a la defensa y al debido proceso, en su vertiente al derecho a una resolución fundamentada; por cuanto, no explicaría cuáles son los medios de prueba, individualizándolos por su codificación.

Con relación a ello, tal como se explicó precedentemente, no le compete al tribunal de alzada, proceder a una nueva revalorización probatoria; por tanto, mal se puede pretender, como lo hace la recurrente, que el auto de vista otorgue fundamentación en torno a los medios de prueba que los justificarían. Sin embargo de ello, la prueba valorada en etapa de juicio oral, sí mereció una distinción expresa, habiéndosela individualizado de manera correcta, la cual derivó en la disposición de una condena, de forma directa en alzada, no siendo exigible fundamento alguno de valoración probatoria que justifique la condena, tal como sostiene la recurrente en su denuncia.

En su función de control de subsunción penal en alzada, el fallo de apelación arribó a la conclusión a partir del hecho acusado, y de las pruebas valoradas en juicio, en la culpabilidad de la acusada, detallando la norma legal a la que se subsumió, a su criterio la conducta antijurídica, sosteniendo finalmente que en observancia de los preceptuado por los arts. 37 y 39 del Cód. Pen., se justifica debidamente la determinación judicial de la pena a imponerse en contra de los acusados, entre ellos, Lilian Herrera Arequipa, subsumiendo a continuación su conducta a lo preceptuado por el art. 48 de la L. N° 1008, dosificando a continuación la imposición de la pena, en base al delito probado y la personalidad y calidad de la condenada.

Por los argumentos expuestos, corresponde declarar infundados los tres motivos denunciados en el presente recurso de casación, al no haberse encontrado contradicción alguna con los precedentes legales invocados.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Lilian Herrera Arequipa.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



226

Ministerio Público y otros c/ Mario Mollo Sayadi y otro
Homicidio y Lesiones Graves y Gravísimas en Accidente de Tránsito
Distrito: Oruro

AUTO VISTA

Oruro, 11 de julio de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesto por el procesado Mario Mollo Sayabi, mediante memorial de fs. 138 a 143 del legajo de apelación, contra la Sentencia N° 03/2015 de 21 de julio de 2015 pronunciada por el Juez de Partido Mixto Liquidador y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de la localidad de Huanuni, cursante a fs. 124 a 133 del legajo, contestación por parte del acusador particular a fs. 146 a 148, Auto de admisión de recurso de 10 de noviembre de 2015, todo lo inherente y;

CONSIDERANDO: I.- Que a la culminación del juicio oral llevado a cabo por el Juez de Partido Mixto Liquidador y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de la localidad de Huanuni en primera instancia pronuncia el fallo, motivo del presente recurso, con convicción objetiva, plena y precisa, la existencia del hecho y la participación del acusado Mario Mollo Sayabi en el delito de homicidio, lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito y en cuanto al co-acusado Waldo Albino Velásquez no se tiene establecido de manera fehaciente prueba que pueda generar en el suscrito juzgador convicción objetiva sobre su participación y responsabilidad penal en el hecho procesado.

En esa emergencia, existiendo suficientes y vehementes elementos de culpabilidad en el hecho juzgado, de conformidad al art. 365 del Cód. Pdto. Pen., dictó sentencia condenatoria en contra de Mario Mollo Sayabi declarándosele autor de la comisión del delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito, previsto y sancionado por el art. 261-I del Cód. Pen., modificado por la L. N° 264 del sistema nacional de seguridad ciudadana, de 31 de julio de 2012.

En consecuencia, atendiendo a la personalidad del autor, la gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, se condena a Mario Mollo Sayabi, a la pena de reclusión de 3 años, a cumplirse en el penal de San Pedro de Oruro, debiendo computarse como parte de la pena cumplida la detención preventiva cumplida, si hubiese existido, inclusive en sede policial, debiendo concluir la mencionada sanción, con relación al acusado en 21 de julio de 2018.

Constatándose de las pruebas de descargo aportadas que el mismo estuviese en el marco de los presupuesto contenidos en el art. 366 del Cód. Pdto. Pen., dispuso en su favor la suspensión condicional de la pena, estableciéndose un período de prueba de 2 años, plazo en el cual deberá observar las siguientes reglas de conducta:

1. No podrá cambiar de domicilio sin autorización de este despacho.
2. Deberá abstenerse del consumo de bebidas alcohólicas y de estupefacientes.
3. Deberá acreditar un trabajo o empleo ante este despacho, el que deberá ser mantenido durante la vigencia del período de prueba y,
4. Estará prohibido de conducir vehículos de servicio público.

Asimismo se le condena al pago de costas y el pago de responsabilidad civil a favor de las víctimas como del Estado, en cumplimiento del art. 369 del Cód. Pdto. Pen.

Que en conocimiento de esta sentencia y notificado legalmente el acusado Mario Mollo Sayabi, al amparo de lo que establece el art. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., interpone recurso de apelación restringida, en contra de la Sentencia N° 03/2015 de 21 de julio de 2015, refiere antecedentes y del derecho a recurrir, expone Motivos y Fundamentación del presente recurso de apelación restringida; por las consideraciones expresas precedentemente, por incurrir en falta de fundamentación que afecta al derecho al debido proceso, en su vertiente de una sentencia debidamente fundamentada, mismo que se encuentra previsto como defecto absoluto en el num. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., con relación al ordenamiento constitucional en vigencia. En consecuencia, mencionando dar cumplimiento al art. 408 del Cód. Pdto. Pen., expresando agravios, cita las disposiciones legales que hubieran sido violadas, explicando cuál es la aplicación que pretende e identificando separadamente cada violación con sus fundamentos; y demás argumentos esgrimidos.

Concluye pidiendo, por los fundamentos expuestos, impugna, habida cuenta que se establecería como motivo del recurso interpuesto la existencia de defectos absolutos previstos en el inc. 3) del art. 169 del Cód. Pdto. Pen., por falta de fundamentación de la decisión final, aspecto que deviene en violación de derechos y garantías constitucionales, y por otro lado, al existir defectos de sentencia previsto en los arts. 370-5), 124 del Cód. Pdto. Pen., porque estaría habilitado el presente recurso de apelación restringida; y en su mérito, impetra se remita las actuaciones por ante el Tribunal Departamental de Justicia para que a través de la Sala Penal de Turno en lo Penal, analizando detalladamente los defectos y vulneraciones descritas, deliberando en el fondo se dignen, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., mediante auto de vista, se declare la procedencia del recurso interpuesto, y por la naturaleza del defecto anotado y demostrado se sirvan en corregir la sentencia apelada, dando estricta aplicabilidad a los art. 37 y ss., del Cód. Pen., sea previas las formalidades de ley.

Corrido en traslado y notificados legalmente los querellantes Raúl Ramiro Baltazar Flores y Angélica Wilma Valda Vda. de Pérez por memorial de fs. 146 a 148 y con los fundamentos contenidos en los mencionados memorial entre otros, señala que al no existir defecto absoluto en la Sentencia N° 3/2015, o errónea aplicación de la ley adjetiva, menos vulneración de derechos y garantías y analizado en el fondo, pide se mantenga en Ratificación de la sentencia, sea con costas.

Que en los de la materia la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia, mediante Auto de 10 de noviembre de 2015 (fs. 168) admite el recurso interpuesto y no existiendo solicitud expresa del apelante para el señalamiento de audiencia pública de fundamentación oral complementaria de su recurso, se dispone que obrados pasen a Despacho para dictarse la correspondiente resolución.

CONSIDERANDO: II.- Que radicado los antecedentes en éste despacho se ingresa en el análisis y consideración de los antecedentes del caso, en vinculación con los aspectos cuestionados y los agravios sufridos expuestos en el memorial de recurso de apelación restringida contra la sentencia impugnada y que analizado con detenimiento el legajo, se infiere las siguientes conclusiones:

1.- Que la sentencia, en cuanto a los hechos fácticos acusados tanto por el Ministerio Público en la acusación pública: "El Representante del Ministerio Público Dr. Max Fernando Copa Rojas Fiscal de Materia asignado a esta localidad, formuló acusación en contra de Mario Mollo Sayabi y Waldo Albino Velásquez por el delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito, previsto y sancionado en el art. 261-I (primera parte) del Cód. Pen., calificación que fue secundada por los acusadores particulares, con el siguiente fundamento fáctico: En 08 de febrero de 2013, a hrs. 16:30 aproximadamente, se registró un hecho de tránsito descrito como choque a vehículo detenido, atropello posterior, colisión con personas fallecidas y lesionadas; suscitado en la carreta Oruro-Challapata por intermediaciones de la localidad de Poopó, distante a 58 kilómetros de la ciudad de Oruro, siendo protagonistas de este hecho de tránsito la Unidad "A" camioneta con acople marca Toyota Tacoma, color azul, con placa de control Nro. 2558-UUN, conducido por Lucyna Halabis de 33 años de edad, con licencia de conducir Nro. 0029767 expedido en Santa Cruz, categoría "P" el que se desplazaba de la ciudad de Oruro con destino a Sucre con tres acompañantes y a quien realizada la prueba de alcohol test reportó contaba 0,00 grados.

La unidad "B", ómnibus "Trans 23 de Marzo", marca Mercedes Benz, color Blanco combinado, con placa de control Nro. 539-EHU, de servicio público, conducido por el propietario señor Mario Mollo Sayabi, de 44 años de edad, con licencia de conducir N° 3700352 expedido en Oruro, con categoría "C" vehículo que se desplazaba de la ciudad de Oruro, con destino a la localidad de Challapata con 48 pasajeros, a quien se realizada la prueba de alcohol test reportó 0,00 grados. La unidad "C" ómnibus "Trans Santiago", marca Mercedes Benz, color azul combinado, con Placa de Control Nro. 505-ECD de propiedad de la señora Romuladina García, conducido por Waldo Albino Velásquez de 60 años de edad, con Brevet Nro. 24042, se desplazaba de la ciudad de Oruro con destino a la localidad de Huari con 52 pasajeros, a quien realizada la prueba de alcohol test reportó 0,00 grados.

De este hecho de tránsito se tiene daños personales (fallecidos) Alejandro Pérez Valda, Josimar Baltazar Alarcón, Ruddy Carlos Villca, Betto Max Mamani Pérez, Mike Absalón Ávila Rivera y Mariusz Grasz. Asimismo, se tiene heridos a Raúl Cordero Garnica, Juan José Salomón Mendoza, Iván Condori Delgado Roger, Julio Ríos Salgada, Sergio Ticona Choque y Lucyna Halabis. El accidente se habría producido porque la camioneta se habría detenido a un costado de la vía por el desprendimiento de su acople, los miembros del Regimiento Ranger 24 de Infantería, que se trasladaban de la localidad de Challapata con destino a la ciudad de Oruro, al ver a los religiosos se habrían detenido para prestarle auxilio, enganchando el acople a la camioneta y en esas circunstancias se hubiese suscitado el choque y atropello posterior colisión ocasionado por la flota 23 de marzo, encontrándose también manchas de sangre en la llanta trasera del bus Santiago de Huari, elementos que harían subsumible la conducta de los acusados al tipo penal de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito, tipificado y sancionado por la primera parte del Parágrafo 1 del art. 261 del Cód. Pen.

2.- Que la apelación formulada por el acusado Mario Mollo Sayabi, se funda en defectos de sentencia, previsto por el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., con el objeto de analizar los fundamentos esgrimidos en el recurso, se tiene lo siguiente:

3.1. Insuficiente fundamentación jurídica de la sentencia en lo atinente a la imposición de la pena, que provoca la inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen. Defecto de Sentencia que se encuentra previsto en el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y constituye defecto absoluto previsto en el art. 169-3) de la L. N° 1970. En este punto menciona el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., relativo a fundamentación, por otra parte, refiere el art. 360 de la referida ley, finalmente el art. 370-5) de la L. N° 1970 determina como defecto de sentencia que no exista fundamentación de la misma o que esta sea insuficiente o contradictoria, aclarando que la obligación de fundamentación no solo tiene que ver con el hecho y la responsabilidad penal, sino que también en cuanto se refiere al quantum de la pena a imponerse.

Asimismo cita el art. 59 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal debe valorar las pruebas producidas..., es un requisito importante es fundamentar el porqué de la pena a imponerse con la expresión de los motivos de hecho y derecho en que se fundan el art. 360-3, en relación al art. 359, ambos del Cód. Pdto. Pen.

Menciona, la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, hoy Tribunal Supremo de Justicia, que A.S. N° 99 de 24 de marzo de 2005 relativo a la, individualización de la responsabilidad penal de cada uno de los imputados...". En los de la materia, vuestra Autoridad en el acápite "11-3. Fijación de la Pena (...) 11-3-1. Con relación al acusado Mario Mollo Sayabi", inserta antes de la parte dispositiva de la sentencia que ahora recurre de apelación restringida, tan solo se habría limitado a establecer aspectos absolutamente confusos, sin ninguna vinculación a lo expresamente determinado por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., olvidando el juzgador realizar una fundamentación en torno a los aspectos que son necesarios considerarlos a los fines de imponer una sanción legal, no se hace referencia alguna a su personalidad, asumida en la forma que establece el art. 38-1-a) y b) del Cód. Pen., menos de hace alusión a todas aquellas atenuantes generales que existen a su favor en la presente causa, entre ellos, la inexistencia de antecedentes policiales y judiciales y haber tenido una meritoria conducta anterior y posterior al hecho punible que se me acusó. El Juez de Partido de Huanuni sólo se habría limitado única y exclusivamente, a los fines de justificar una sanción penal agravada a su máximo, a establecer en el acápite fijación de la pena:

Luego refiere y transcribe los fundamentos expuestos por el juez a quo en el primer párrafo, donde hubiera hecho alusión a la penalidad que conlleva el art. 261-1 (primera parte) del Cód. Pen., sin mayor fundamentación jurídica a la determinación de la pena; igualmente el párrafo segundo, tercero y cuarto.

Aspectos estos que no demostrarían, la inexistencia de mayor fundamentación acerca de una posible agravación y en qué hechos o circunstancias fácticas demostradas en juicio se justificaría la condena agravada a su máximo impuesta en su contra; empero, a los fines de atenuar la misma no existe mayor fundamentación sobre aspectos previstos en los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., que pese a haberlos demostrado en juicio a través de la prueba de descargo documental como testifical, no ha sido debidamente fundamentada por el Tribunal de Sentencia Penal, como ya se ha expuesto ampliamente a través del presente recurso de apelación restringida.

Asevera que a momento de fijar la pena, el juez no habría hecho referencia completa a su personalidad, es una cosa es asumir fundamentos vinculados a la personalidad del imputado y otra distinta es, referir en la sentencia, las generales de ley. Referirse a la personalidad, implica describir los rasgos psicológicos, de actitudes y comportamientos que el Juez o Tribunal asumió del imputado a lo largo del juicio oral.

Asimismo, señala la línea establecida por el art. 38 del Cód. Pen., sobre las apreciaciones en los incs. a) y b), la ausencia de fundamentación en la sentencia impugnada, no existe ninguna fundamentación y menos referencia a las condiciones especiales en que su persona se habría encontrado en el momento de la ejecución del delito por el cual fue condenado, así como de los demás antecedentes y condiciones personales, menos fundamentación con relación a la calidad de la persona ofendida.

Por los fundamentos señalados precedentemente, recaería en un defecto absoluto e insubsanable al tenor de lo previsto en los arts. 169-3) y 370-5), ambos del Cód. Pdto. Pen.

Como precedente contradictorio, en relación a la obligatoriedad de fundamentar adecuadamente una sentencia expresando invariablemente y de manera obligatoria los fundamentos en que basan su determinación, cuya omisión constituye defecto absoluto y por tanto insubsanable, como lo previene el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., así como vulneración a los derechos y garantías reconocidas en la Constitución, tratados y convenios internacionales, como lo determina el inciso 3) del art. 169 del Cód. Pdto. Pen., por vulneración al derecho que tiene todo justiciable a una resolución debidamente motivada, se considere la Doctrina Legal Aplicable contenida en los siguientes Autos Supremos: A.S. N° 14 de 26 de enero de 2007. A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004. A.S. N° 90 de 20 de febrero de 2008.

Refiere, contradicción entre el precedente y la sentencia impugnada. El Juez a quo, lamentablemente, no habría fundamentado debidamente las atenuantes en la fundamentación de la fijación de la pena, menos dio cabal y estricto cumplimiento a los arts. 37, 38 y 40 del

Cód. Pen., se olvidó por completo de asegurar la fundamentación razonada en la fijación de la pena, incluso haciendo uso ilegalmente de agravantes establecidas subjetivamente...

Los tribunales están obligados a motivar y fundamentar sus resoluciones para determinar el quantum de la pena asignados a los autores del delito, a cuyo efecto deberán considerar las circunstancias agravantes y atenuantes que prevén los art. 37 al 40 del Cód. Pen.; lo que explica que la sola omisión legal flagrante a las normativas precedentes y la ausencia de proporcionalidad entre la culpabilidad y la punición. Constituyen violaciones a los derechos y garantías del debido proceso y subsecuentemente conducen a la nulidad absoluta del acto procesal...".

En la sentencia impugnada, más allá de que, no se especificaría si en su caso se aplicaron los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., en función a sus exigencias, permite establecer que el razonamiento ejercitado, en el orden de la omisión de normas legales específicas, permite inferir el defecto absoluto anotado, además, la vulneración al derecho que tiene todo imputado a una resolución debidamente fundamentada, máxime, en lo vinculante a la pena, al poner en juego la dignidad de una persona, lo que constituye defecto absoluto al tenor del art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., por insuficiente fundamentación de la sentencia apelada en lo que se refiere al quantum de la pena impuesta.

Que formulado así el presunto agravio se expone, fundamentos de la resolución; e ingresando al análisis de los argumentos de la apelación; es menester referir sobre la forma de apelación planteada por el recurrente, conviene hacer algunas puntualizaciones. De inicio resaltar una observación a la parte petitoria que en parte relevante pide:... "la Sala Penal de Turno en lo Penal, analizando detalladamente los defectos y vulneraciones descritas, deliberando en el fondo se dignen, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., mediante auto de vista, se declare la procedencia del recurso interpuesto, y por la naturaleza del defecto anotado y demostrado se sirvan en corregir la sentencia apelada, dando estricta aplicabilidad a los arts. 37 y ss., del Cód. Pen., sea previas las formalidades de Ley"... Primera observación: que, consisten en un petitorio anómalo, por lo siguiente, el apelante pide se aplique el art. 413 (resolución del recurso) del Cód. Pdto. Pen., reza: "Cuando no sea posible reparar, directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de alzada anulará total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal". O sea, la normativa está relacionado a la inobservancia o su errónea aplicación, y no como solicitó Que no existe fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria, en lo atinente a la imposición de la pena inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; así solicitado resulta impertinente e incompleto, habida cuenta, que el apelante denuncia como defecto, en forma directa sin vincular con la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, toda vez que, así relacionado funciona este defecto de sentencia y no de manera aislada y cercenada, que posteriormente ahondaremos al respecto. Segunda observación: el apelante, pide a este tribunal, "se sirvan en corregir la sentencia apelada, dando estricta aplicabilidad a los arts. 37 y ss., del Cód. Pen., sea previas las formalidades de Ley". Petitorio que no se entiende por no ser claro y preciso, surge la interrogante, corregir la sentencia apelada, dando estricta aplicabilidad a los arts. 37 y siguientes del Cód. Pen., es decir, corregimos la aplicabilidad de los arts. 37 y ss., del Cód. Pen., petición sin sustento normativo, pero se entendería una vez corregida la sentencia apelada, la sentencia queda incólume y no se anula y nada, no existe otro petitorio, lo que querría decir, que este tribunal corrige y la sentencia; y la misma queda incólume y Confirmada, porque no existe otro petitorio, la contradicción con el petitorio que se aplique el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., que determina la anulación total o parcialmente. Y la corrección impetrada está expresamente prevista en el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., disposición que no fue invocado por el recurrente, por ello la observación por ser el petitorio deficiente anómala e incorrecta, la sui generis petición. Ante esa falta de especificidad en el recurso, carece de asidero jurídico, que hace inatendible e improcedente la apelación. Toda vez que este tribunal no puede subsanar, suplir omisiones, ingresando en presunciones qué es lo que quiso.

Por lo relacionado anteriormente; la apelación, adolece en la deficiente argumentación, no cumple con los requisitos que exigen las normativas, se hace constar que el apelante incurrió en la fundamentación insuficiente y contradictoria en su recurso de apelación traduciéndose en una confusa e incoherente argumentación de defectos de sentencia sin mayor precisión; en esa tesitura es menester en las apelaciones cumplir normativas como el núm. 3) del art. 396 del Cód. Pdto. Pen., que prevé: "Los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determine en este código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución"; por otra parte el art. 407 de la misma norma legal adjetiva, señala expresamente que "el recurso de apelación restringida será interpuesta por inobservancia o errónea aplicación de la ley". De donde se infiere en forma clara y concreta que Primero, la apelación carece de fundamentación en la regla del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., toda vez cuando menos la recurrente no fundamentó relativo a la errónea aplicación de la ley, y Segundo, se encuentra inmersa en lo expresamente previsto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., que precisa: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito en el plazo de 15 días de notificada la sentencia. Se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál la aplicación que se pretende. Deberá indicarse por lo separadamente cada violación con sus fundamentos. Posteriormente no podrá indicarse otra violación".

Se hace necesario referir, sobre la determinación de los requisitos de forma para la apelación restringida, la ley señala ciertas exigencias en la interposición de los recursos, a requisitos de forma o de fondo. Son requisitos de forma todos aquellos medios a través de los cuales se comunica una inobservancia o errónea aplicación de la ley. A su vez, el fondo del recurso está constituido por el objeto de comunicación, es decir, el hecho o motivo por el cual se impugna la sentencia (Ej: defectuosa valoración de la prueba). La impugnación a una resolución judicial no ejecutoriada (apelación restringida en nuestro sistema) es, ante todo, un planteamiento ante el mismo Juez pero está dirigida al tribunal superior, invocando (haciendo saber) que en el procedimiento de aplicación de la sanción penal se ha inobservado o se ha aplicado en forma errónea la ley.

Remarcándose, por imperativo del referido art. 408 Cód. Pdto. Pen., la apelación restringida debe efectuarse de la siguiente forma: 1) por escrito, 2) citando, por separado y en forma fundamentada las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y 3) expresando la aplicación que se pretende. Estas exigencias tienen la finalidad de que el tribunal de que conozca el recurso no tenga que indagar qué ha querido decir el pero se recurrente, cuál ha podido ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada. Pues, una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso, dada la recargada é intensa actividad judicial, podría determinar el

colapso (la mora judicial), imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de celeridad procesal. Extremos estos que impiden ingresar a mayor análisis en la consideración de los supuestos agravios sufridos por el recurrente, lo que la harían a prima facie o per se la improcedencia de la apelación.

Que fundamentalmente la apelación deficiente, refiere en la parte petitoria, que es parte importante de la apelación con niveles uno de ellos la consecuencia jurídica, omisión que no puede ser suplida por este tribunal, en el caso de autos, el apelante pide en forma expresa, "...el R. Tribunal Departamental de Justicia para que a través de la Sala Penal de turno en lo Penal, analizando detalladamente los defectos y vulneraciones descritas, deliberando en el fondo se dignen, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., mediante Auto de Vista, se declare la procedencia del recurso interpuesto, y por la naturaleza del defecto anotado y demostrado se sirvan en corregir la sentencia apelada, dando estricta aplicabilidad a los arts. 37 y ss., del Cód. Pen." (sic). Primero: Con esta forma de petición, en indudablemente generó confusión en este tribunal, qué es lo que quiso decir, resulta incoherente porque pide en aplicación del art. 413 (resolución del recurso) del Cód. Pdto. Pen., que determina: "Cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de alzada anulará total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal". De donde se colige que la normativa transcrita está directamente vinculada con el defecto previsto en el num. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, y sobre este aspecto el apelante omitió en forma absoluta referirse, no esgrimió fundamentos, sin embargo, invoca sobre la inexistencia de la fundamentación en la sentencia, o esta sea insuficiente o contradictoria en la fijación de la pena, y este supuesto o hipótesis se encuentra inserto, en la errónea aplicación de la ley sustantiva que se da en tres supuestos: Remarcándose, la norma sustantiva puede ser erróneamente aplicada por: 1) errónea calificación de los hechos (tipicidad), 2) errónea concreción del marco penal o, 3) errónea fijación judicial de la pena. Pues era absolutamente necesario que el recurrente formule fundamentos a este respecto, vinculado en su caso al defecto de Sentencia que denuncia el núm. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., Es más entiéndase que en forma independiente, autónoma y aislada no procede la fundamentación dirigida tan sólo a la fijación de la pena, como erradamente se entiende, en la comprensión que el defecto de Sentencia previsto en el núm. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que prevé: "Que no exista fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria"; Hace referencia a toda la fundamentación de la sentencia y no sólo a la parte en cuanto a la fijación de la Pena, en forma cercenada, aislada. Por ello la deficiente fundamentación de la apelación por la naturaleza y límites de la apelación restringida, como se fundamentó en líneas superiores. Para mayor comprensión y quede absolutamente claro; Conviene aclarar, de acuerdo a los fundamentos que se esgrime el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., defecto de sentencia previsto en el inc. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., está referido a dos supuestos: a) la inobservancia de la Ley sustantiva y b) la errónea aplicación de la ley. El primer supuesto se presenta cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o, lo que es lo mismo, ha creado cauces paralelos a los establecidos en la ley. En el segundo caso, si bien se observa la norma, la autoridad judicial la aplica en forma errónea. En este punto, corresponde puntualizar que la inobservancia de la ley o su aplicación errónea, puede ser tanto de la ley sustantiva como de la ley adjetiva. Así, la errónea aplicación de una norma sustantiva se da en tres circunstancias que son: una errónea calificación de los hechos (tipicidad), una errónea concreción del marco penal, o en una errónea fijación judicial de la pena. En cambio los supuestos de errónea aplicación de la ley adjetiva son: 1) los defectos de procedimiento en general y 2) los expresamente establecidos en los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen. Conforme a esto, los supuestos previstos en los dos preceptos referidos excepto el inciso 1) del art. 370, que alude a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva- están referidos a: 1) inobservancia de la ley adjetiva, 2) errónea aplicación de la ley adjetiva, cuando no se comprueban los hechos acusados conforme a los parámetros exigidos por ley (de modo integral, conforme a las reglas de la sana crítica). De la lectura del agravio referido por la apelante, se tiene que no acusa de manera precisa la inobservancia o la errónea aplicación de la ley, relacionado a la inexistencia de fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria, no esgrime sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva en su componente a la fijación judicial de la pena, por lo que no se entiende de manera clara y precisa el fundamento de su agravio en relación al postulado de insuficiente fundamentación jurídica de la sentencia en lo atinente a la imposición de la pena. Debíó haber fundado errónea aplicación de la ley sustantiva art. 261 del Cód. Pen., en el supuesto c) errónea fijación de la pena, que resulta en forma completa y no incompleta como se pretendió sustentar. En definitiva en los de la materia se reclama por el recurrente insuficiente fundamentación de la sentencia o contradictoria en relación a la fijación judicial de la pena. Si bien, reclama insuficiente fundamentación, porque no se hubiera desarrollado una debida motivación en relación a los arts. 37, 38 y 40 todos del Cód. Pdto. Pen., empero, no cuestiona la errónea fijación judicial de la pena, sólo reclama insuficiente fundamentación jurídica de la sentencia en lo atinente a la imposición de la pena, que provoca la inobservancia del artículo 124 del Cód. Pdto. Pen., tal inobservancia del citado art. 124 del Cód. Pdto. Pen., no resulta ser tal, limitándose argumentos a tópicos que no encuentra consistencia, porque no se cuestiona errónea fijación judicial de la pena, lo que hace de por sí inconsistente el tópico planteado.

Se hace constar la deficiencia de la apelación porque invoca insuficiente fundamentación de la sentencia en lo atinente a la imposición de la pena, sin la debida propiedad, pueda que tenga el mismo significado, se presume por esa forma de denunciar agravio, no vinculó con la errónea aplicación de la ley sustantiva en su supuesto c) errónea fijación judicial de la pena, por ello se estima incurre en error, con una mención extraña a los taxativamente descritos en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Segundo: El recurrente en la parte petitoria también pide se corrija la sentencia apelada, dando estricta aplicabilidad a los art. 37 y ss., del Cód. Pen., empero, sin sustento jurídico, nuevamente se genera confusión e incertidumbre, sin embargo, respondemos corrigiendo: Para ello es necesario transcribir el art. 37 (fijación de la pena) del Cód. Pen.; precisa: "Compete al juez atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito: 1) Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso. 2) Determinar la pena aplicada a cada delito, dentro de los límites legales". De acuerdo a la doctrina, la aplicación de las penas constituye la forma en que toda sanción se adapta al sujeto que debe sufrirla. Por esto es que las penas son de distinta clase a fin de permitir, guardando ciertos márgenes, la educación. La pena además de estar adecuada a la valoración jurídica del hecho puede adaptarse a las diversas características de los sujetos y hechos. En los de la materia el Juez de Partido de la localidad de Huanuni, dio cumplimiento con los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., en los fundamentos expuestos en romanos II-3 Subsunción, sobre su personalidad, la conducta que demostró, "cuyo objeto por cierto, es el de establecer la culpabilidad o no del imputado

conforme a los extremos de la acusación, aspecto que se ha observado correctamente pues, como se ha dicho, el tribunal de apelación cumplió con este cometido a través de una deducción lógica del razonamiento desarrollado por él a quo, teniendo en cuenta además que la imposición de la pena es una consecuencia del resultado del juicio, asumiéndose en definitiva que la denuncia sobre este punto, deviene en infundada". A.S. N° 90 de 20 de febrero de 2008. Y posteriormente en el romanos Fijación de la Pena, esgrimió lo necesario y suficiente sobre el contenido y consideración de los arts. 38 y 40 orientado al num. 1) incs. a) y b), por lo que resulta suficiente y no ampulosa y exhaustiva. El juzgador estableció, en un proceso intelectual cuando menos, la personalidad, su situación psicológica, actitudes y comportamientos en el desarrollo del juicio oral, esencialmente consideró, la naturaleza la gravedad del hecho real, objetivo y material, las personas fallecidas o el homicidio cometido y las lesiones gravísimas y pérdida de vidas humanas, algo objetivo, por ello hizo justicia, incluso probablemente no consideró necesario por la gravedad y naturaleza del hecho atenuante alguno. Cuando en rigor no existieron atenuantes verdaderos como las causas de justificación exculpantes.

La parte petitoria incoherente y extraña, pide se aplique el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., así como pide se corrija la sentencia, dado estricta aplicabilidad a los arts. 37 y ss., cita el art. 37, sin sustento jurídico no mencionó el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., aspecto que no puede suplir este tribunal, esta incoherencia, imprecisa hace a la improcedencia de la apelación, máxime por falta de fundamentación y especificidad en la apelación. En definitiva la apelación carece de fundamentación en la regla del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., toda vez, cuando menos el recurrente no fundamentó relativo a la errónea aplicación de la ley, a prima facie la improcedencia del recurso.

- Que relativo al defecto que no existe fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria.- Igualmente, en este aspecto como argumenta que no existe fundamentación de sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria, pretende referir que provocaría la inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; defecto de sentencia, previsto en el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., Sobre el particular, conviene recordar, no se ha fundamentado conforme exige la norma procesal penal en su art. 408 del Cód. Pdto. Pen., simplemente se ha incluido en el recurso de apelación restringida sin mayor explicación ni una debida motivación el por qué se constituye en otro defecto. Cabe mencionar, que el núm. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., establece como vicio de sentencia el mismo que lleva implícitas tres hipótesis a) que no exista fundamentación de la sentencia; b) o que la motivación sea insuficiente o que la fundamentación sea contradictoria, concretándose el apelante en su memorial de recurso, a los tres supuestos, que no puede darse en la praxis jurídica. La falta de fundamentación en la sentencia, consiste en que dicha resolución no cuenta en absoluto con la debida motivación de las razones o los motivos de hecho y de derecho por las que se resuelve de una u otra manera; asimismo debemos indicar que una resolución es insuficiente cuando por lo menos no cuenta con la debida motivación de las razones por las que se resuelve en una de las formas, especificando de manera lógica lo que se probó con los medios de prueba y estos a su vez con los elementos constitutivos del tipo penal por el que se acusó en vinculación con el hecho acusado; ahora bien, una resolución es contradictoria cuando no existe coherencia lógica en los fundamentos o razonamientos con la parte resolutoria del fallo y aquello atenta con las reglas de la sana crítica cuyo insumo es la lógica, la experiencia y la psicología, debiendo además ser congruente la parte considerativa con la resolutoria, de manera que deben los fundamentos de la resolución estar acordes con la parte dispositiva del mismo fallo, realizar una debida subsunción del hecho con el tipo penal descrito, o lo que es lo mismo indicar que es lo que se probó con cada uno de los elementos de prueba; de ello se tiene que una resolución puede ser insuficiente o contradictoria, empero de ninguna manera puede tener los tres supuestos, y en ningún caso puede existir las tres alternativas, debiendo el apelante en su momento especificar a cuál de las tres alternativas se refiere.

- Que con respecto a la fundamentación debemos de manifestar que doctrinalmente se considera que uno de los presupuestos esenciales de la sentencias es la fundamentación, que responde a la valoración objetiva de las pruebas que imponen una motivación racional y crítica de la misma y no una simple relación de los hechos conforme dispone el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., cuya ausencia es considerada como defecto absoluto que vulnera la garantía del debido proceso, la misma que debe responder a la correlación lógica que debe de existir entre los hechos descritos en la acusación, las pruebas esenciales y la sentencia, esta fundamentación debe ser: a) fáctica, probatoria, y descriptiva que consiste en la relación circunstanciada real, objetiva del o los hechos ilícitos sometidos a juzgamiento constituyendo la base de la acusación, la judicialización de los elementos probatorios acumulados y descriptiva de los medios probatorios en base a la prueba o evidencias producidas y analizadas en su conjunto, debiendo esa descripción comprender la prueba de cargo y descargo legalmente producida, o que garantiza la correcta valoración de las probanzas en sentencia, y b) jurídica, que no es otra cosa que la descripción lógica, objetiva y subjetiva de los elementos constitutivos del delito y la adecuación de su conducta al tipo penal, resulta ser un proceso de subsunción de los presupuestos fácticos o de hecho a la norma jurídica, para establecer con justicia y equidad la culpabilidad, el grado de participación criminal y la pena fijada, cuya importancia constituye la esencia estructural de la sentencia y razonabilidad de los hechos que se juzgan en base a las pruebas esenciales producidas.

En el caso presente hace referencia el apelante de manera sesgada, cercenada aislada e incompleta, como se explicó supra, que resulta ser erróneo, lo que a su vez la hace sin sustento legal, ni jurídico.

- Que en esencia el acusado apelante al señalar falta de fundamentación, no expone, no fundamenta, si en ésta presunta falta de fundamentación, insuficiente o contradictoria de la Sentencia, de la fijación judicial de la pena relativo a los arts. 370 37,38 y 40 del Cód. Pen., el Juez de Partido de Huanuni, hubiera vulnerado, en lo que se llama la fundamentación probatoria que se divide en dos, fundamentación descriptiva y fundamentación intelectual; no funda sobre la fundamentación probatoria descriptiva que obliga al juez a señalar en la sentencia; no mencionó uno a uno, cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate, no hace alusión si falta la fundamentación probatoria, o existe ausencia de esta fundamentación probatoria (descriptiva e intelectual) y de la fundamentación jurídica en la parte que refiere o en el contexto general de la sentencia. Al no haber fundamentado ni referido al mismo, toda vez que, remarcándose al denunciar, la inexistencia de fundamentación de la sentencia o fundamentación insuficiente o contradictoria, reiterándose si se reclama ausencia o falta de fundamentación, insuficiente o contradictoria en la sentencia, debe emitirse fundamentos como se explicó supra, ésta falta de fundamentación resulta lapidario, entratándose del cumplimiento de los requisitos de la apelación restringida, cuando se trata a la fundamentación en la sentencia, que está

referida la insuficiente fundamentación o contradictoria este último supuesto referida a la incongruencia entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia, lo que no acontece en el caso presente una absoluta ausencia de la debida fundamentación de la apelación, siempre relativo al tópico en cuestión, en el reclamo del defecto mencionado una ausencia en la manera de exponer agravios, el recurrente no lo hizo; de donde se colige que la apelación carece de sustento legal, lo que hace a la improcedencia del recurso.

- Que se hace absolutamente necesaria tener presente, a la vigencia de la Nueva Constitución Política del Estado, establece nuevos paradigmas así a partir del art. 180-1 de la C.P.E., debe aplicarse justicia material, o la averiguación de la verdad material, esto lógicamente en desmedro de la exigencia formal de la ley y el debido proceso, no sólo es el cumplimiento mecánico de reglas formales, sino que se vela por un orden más justo, por la justicia material, es lo que también acontece en la presente resolución, el acusado habiendo cometido el delito de homicidio, lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito (con fallecimiento de personas), hecho ilícito que comenzó con la investigación la etapa preparatoria, la acusación y el juicio oral, que fue de conocimiento, por el Juez de Partido de la localidad de Huanuni, así se desprende de los elementos probatorios que no merecieron exclusión probatoria, estando demostrados suficientemente el hecho ilícito, injusto reprochable.

Remarcar que la verdad material constituye un avance contenido en la redacción del art. 180-1 constitucional, que reconoce como un principio rector en la administración de justicia, el Principio de la verdad material, como una concreción específica que tienen los operadores de justicia de buscar la verdad de los hechos, remarcándose, los nuevos paradigmas que emergen de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional, como la referida a principios procesales en la justicia ordinaria, entre ellas la Verdad Material, prevista precisamente en el Parágrafo I del art. 180 de la mencionada norma constitucional, que reivindica, en una nueva visión, taxativamente la Verdad Material entendida como aquella que enseña las leyes y doctrina, "obliga a las autoridades jurisdiccionales a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron en estricto cumplimiento de las garantías procesales", o como aquella que "la autoridad judicial deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley"...y S.C. N° 1414/2013-R de 15 de agosto de 2013. Es importante señalar que Conforme a la norma constitucional debe tomarse en cuenta que la jurisdicción ordinaria encuentra como fundamento a la verdad material, principio procesal que además se encuentra estipulado en el art. 30-11 de la L.Ó.J., por el cual se obliga a las autoridades a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, de la forma cómo ocurrieron y en estricto cumplimiento de las garantías procesales, es decir, que se debe dar prevalencia a la verdad, a la realidad de los hechos, la búsqueda de la realidad de los hechos, a la verdad pura, antes de subsumir el accionar jurisdiccional en ritualismos procesales que no conducen a la correcta aplicación de la justicia, doctrina y principios desnaturalizados por el recurrente, incurriendo en reclamos que resultan excesivas exigencias de ritualismos, altamente formalistas y rigoristas, toda vez, que como en el caso presente, no obstante que el Juez de Partido de la localidad de Huanuni, en una valoración integral de las pruebas documentales, periciales, testificales de cargo y descargo, en base a la libertad probatoria y sana crítica, valorando prueba documental, pericia y testifical y que consideró prueba esencial, que se desprende del contexto de la resolución, como la prueba testifical de descargo, incluso la acusado no pudo desvirtuar, el delito mencionado, con prueba fehaciente, remarcándose que desvirtúe la investigación y la comisión del hecho, la acusación y luego de cometer el delito de orden público pretende con presuntas argumentaciones, que hubo falta de fundamentación en la sentencia, relativo a la fijación de la pena en forma aislada; e inexistencia de fundamentación de la sentencia, o que esta sea insuficiente o contradictoria; empero, que en juicio no demostró, o más bien no desvirtuó con prueba suficiente todas sus aseveraciones, así se desprende de la sentencia impugnada. El Juez de Partido de la localidad de Huanuni, llegó a la convicción, asumiendo prueba suficiente, condena al acusado imponiendo una sanción, conforme descrito en la parte resolutive de la sentencia, en el caso concreto, expedida la acusación pública, se celebró el juicio oral con respeto de sus derechos y el debido proceso, producida la prueba documental, pericial, testifical de cargo y descargo, documental, encontrado culpable e impuesta la Condena que debe cumplir, todo está claro y conforme a ley, un vez realizado el juicio oral y dictado la sentencia, ya no se puede ingresar en buscar formalismos. Aspecto que se debe tomar en cuenta. No puede ingresarse en dilaciones, en su parte petitoria contradictoria e incoherente, incluso no existe una petición clara, concreto y preciso, sólo una corrección que corresponde al art. 414 del Cód. Pdto. Pen., que no fue invocado por el acusado apelante.

- Que a mayor fundamentación, en la resolución debe remitirse lo que prescribe el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., taxativamente determina en relación a la competencia que "Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución", por otra parte el art. 396-3) del Cód. Pdto. Pen., prevé: "los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determine en este código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución", en relación a la competencia, y el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., precisa: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto de procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia, de conformidad a lo previsto por los art. 169 y 370 de este Código. Este recurso sólo podrá ser planteado contra las sentencias y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes". Se entiende, al proceder contra sentencias, siendo un recurso de puro derecho se debe observar y fundamentar específicamente todos aquellos requisitos que regulan su interposición; cuando se habla de una errónea aplicación de la ley penal material, así la S.C. N° 1146/03 señala: "Sobre la determinación de los requisitos de forma para la apelación restringida, la ley señala ciertas exigencias en la interposición de los recursos, referidas a los requisitos de forma y fondo. Son requisitos de forma todos aquellos medios a través de los cuales se comunica una inobservancia o errónea aplicación de la ley, a su vez el fondo del recurso está constituido por el objeto de comunicación, es decir, el hecho o motivo por el cual se impugna la sentencia", estas exigencias tienen la finalidad de que el tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar qué ha querido decir el recurrente, (como acontece en el caso) cuál la falta de fundamentación de la sentencia, - insuficiente o contradictoria, si se vulneró las reglas de la sana crítica y cómo la errónea aplicación del art. 365 del Cód. Pdto. Pen.; o la sentencia carente de fundamentación, deficiente explicación. En ese sentido en la interposición del recurso debe indicarse las leyes que se consideren violadas tratándose de un agravio que aborda la errónea aplicación de la ley sustantiva y las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, resultando necesario

que el recurrente exprese cuál es la aplicación que se pretende, es decir, a partir de los motivos que alega, deberá indicar de manera separada, es decir; una por una, si son varias cada violación con sus respectivos fundamentos en cada caso, explicando en qué consistió el vicio separadamente, cuál la errónea aplicación, qué es lo que se busca y cómo debió hacerse o aplicarse, con el fin de que el medio de defensa, puntualice claramente los errores absolutos que se hubieran cometido en la emisión de la sentencia, para que aquellos deban ser corregidos, lo que en el presente recurso no se menciona específicamente en qué consistió ese error judicial, ni de qué manera debió aplicarse y lo que se pretende, menos indicar en forma específica, las normas aplicadas erróneamente.

- Que Remarcándose definitivamente, a costa de ser reiterativos, este tribunal observa el incumplimiento de los requisitos esenciales y específicos previstos en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., subrayándose, toda vez, que el recurrente no indicó, (en forma precisa y específica) separadamente cada violación con sus fundamentos y no expresó cuál la aplicación que cada una de ellas pretende; sino en forma confusa y contradictoria, así se desprende de lo analizado el memorial del recurso.

Los precedentes contradictorios, o doctrina legal aplicable, imprecisamente citados, sin un orden y especificar a qué tópico corresponden, a más de algunos impertinentes no vinculados al caso concreto, son los que observó el tribunal, a lo largo de la sentencia, reiterando aunque no todos son análogos y vinculantes, de acuerdo al presunto defecto de sentencia aludido, por lo mismo dicho recurso carente de sustento legal; menos la sentencia vulneró derechos fundamentales y garantías constitucionales, invoca el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., empero, no la fundamenta, no puede anularse la sentencia menos lo pidió así en la parte petitoria, pues no se generó la circunstancia de la indefensión, tampoco se le forjó algún impedimento para asumir su defensa, o presentar prueba, menos fundamentó las nulidades procesales como la trascendencia, motivos por los cuales corresponde declarar su improcedencia.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia, en virtud de las consideraciones de orden legal precedentemente expresadas declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida interpuesta por Mario Mollo Sayabi en el memorial cursantes a fs. 138 a 143, contra la Sentencia N° 03/2015, de 21 de julio de 2015, pronunciada por Juez de Partido Mixto Liquidador y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de la localidad de Huanuni; y deliberando en el fondo CONFIRMA la sentencia cursante de fs. 123 a 133, del legajo, sea con costas en contra del apelante conforme previene el art. 269 del Cód. Pdto. Pen.

En estricta aplicación de la previsión contenida en el art. 123 del Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer recurso de casación, computables a partir de su notificación conforme dispone el art. 417 de la citada norma adjetiva penal.

Vocal Relator: Dr. José Romero Solíz.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: José Romero Solíz – Gregorio Orosco Itamari

Ante mí: Abg. Verónica F. Echalar Barrientos- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 13 de septiembre de 2016, cursante de fs. 228 a 233 vta. Mario Mollo Sayabi, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 43/2016 de 11 de julio, de fs. 174 a 180 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los Vocales José Romero Solíz y Gregorio Orosco Itamari, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, Carlos Martín Salinas y Fidel Alavia Arteaga en representación del Comando de la Segunda División Andina del Ejército contra el recurrente y Waldo Albino Velásquez, por la presunta comisión del delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidentes de tránsito, previsto y sancionado por el art. 261 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 3/2015 de 21 de julio (fs. 123 a 133 vta.), el Juez de Partido Mixto Liquidador de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de Huanuni del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró al imputado Mario Mollo Sayabi, autor del delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito, previsto y sancionado por el art. 261 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la Suspensión Condicional del Proceso, más el pago de costas y responsabilidad civil a favor de las víctimas; por otro lado, declaró a Waldo Albino Velásquez, absuelto de responsabilidad y pena de la comisión del mismo delito.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Mario Mollo Sayabi interpuso recurso de apelación restringida (fs. 138 a 143), resuelto por A.V. N° 43/2016 de 11 de julio, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró improcedente el recurso y confirmó la Sentencia pronunciada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 871/2016-RA de 07 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el Tribunal de alzada convalidó la Sentencia, que estaba insuficientemente fundamentada en el ámbito jurídico sobre la imposición de la pena, siendo un defecto previsto por el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., denotando inobservancia de los arts.

124 y 169-3) del mismo cuerpo legal, vulnerando el debido proceso en su elemento de la motivación de las resoluciones, ya que la respuesta del tribunal ad quem a su apelación restringida, se basó en dos aspectos que hubo una incorrecta postulación apelatoria y que la Sentencia se encontraría con la suficiente fundamentación sobre la pena impuesta.

Sobre el primer aspecto, el tribunal de alzada advierte que se debió mencionar los arts. 414 y 370-1) del Cód. Pdto. Pen., pero el denunciante no reclamó errónea aplicación de la norma sustantiva; sino, la ausencia de fundamentación de la aplicación de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen.; además, el tribunal de apelación no consideró el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., que otorga la facultad de corregir la Sentencia sin necesidad del juicio de reenvío; y en relación al segundo aspecto, en el auto de vista impugnado no existe fundamento que contenga racional y jurídicamente por qué se le impone la pena máxima del tipo penal previsto en el art. 261 del Cód. Pen., sin realizar una adecuada fundamentación de los tópicos establecidos en los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., relativos a su personalidad o atenuantes generales; a cuyo efecto, invoca como precedentes contradictorios los AA.SS. N° 99 de 24 de marzo de 2005, 14 de 26 de enero de 2007 y 724 de 26 de noviembre de 2004, que establecerían la obligación de fundamentar en derecho el quantum de la pena.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita que se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se emita nuevo fallo, conforme la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 871/2016-RA de 07 de noviembre, cursante de fs. 243 a 245, este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por el recurrente Mario Mollo Sayabi, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 3/2015 de 21 de julio, el Juez de Partido Mixto Liquidador de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de Huanuni del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró al imputado Mario Mollo Sayabi, autor del delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidentes de tránsito, previsto y sancionado por el art. 261 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 3 años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la Suspensión Condicional del Proceso, más el pago de costas y pago de responsabilidad civil a favor de las víctimas; por otro lado, declaró a Waldo Albino Velásquez absuelto de responsabilidad y pena de la comisión del mismo, bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho; con relación a la fijación de la pena:

a) El tipo penal establecido como subsumido a la conducta del recurrente, tiene un mínimo legal de 1 año y un máximo de 3. En el tipo, no existen modificaciones o atenuantes especiales ni remisiones, por lo que los límites son los señalados.

b) Siendo que la investigación y el juicio se han sustanciado únicamente por el delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito, no se aprecia la existencia de concurso de delitos alguno, habiéndose establecido que la participación del acusado se dio en calidad de autor, con la consumación efectiva del ilícito, en los términos establecidos por el art. 20 del Cód. Pen.

c) En la valoración de las circunstancias previstas por los arts. 38 y 40 del Cód. Pen., se tiene que el autor hubo acreditado en juicio que no cuenta con antecedentes penales ni policiales de ninguna índole antes del presente proceso, que se encuentra vinculado al matrimonio con Basilia Victorio Huaylla, con quien procreó cinco hijos que oscilan entre las edades de veinte tres y diez años, realizó su actividad laboral de chofer, por espacio de más de veinte años sin que en dicho tiempo, hubiera tenido algún conflicto o percance anterior similar al ocurrido.

d) En contraste, se tiene que las consecuencias del hecho que se le atribuye como demostrado, generó la muerte de seis personas y varios heridos, personas que por su edad relativamente jóvenes, tenían un futuro encomiable como miembros de la institución armada del Estado, así como los religiosos que igualmente perdieron la vida, sin que dicha pérdida pueda ser repuesta, hechos a los que hay que sumar que no se demostró un arrepentimiento ni una actitud tendiente a la reparación del daño causado.

e) Atendiendo la personalidad del autor, la gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, se condena a Mario Mollo Sayaba, a la pena de reclusión de tres años en el penal de San Pedro de Oruro, debiendo computarse como parte de la pena cumplida, la detención preventiva si hubiese existido, inclusive en sede policial, debiendo concluir la mencionada sanción con relación al acusado el 21 de julio de 2018.

f) Constatándose de las pruebas de cargo aportadas que el caso estuviese en el marco de los presupuestos contenidos en el art. 366 del Cód. Pdto. Pen., se dispone a su favor la suspensión condicional de la pena, estableciéndose un periodo de prueba de dos años, plazo en el cual, deberá observar las siguientes reglas de conducta: 1) No podrá cambiar de domicilio sin autorización del despacho; 2) Deberá abstenerse del consumo de bebidas alcohólicas y de estupefacientes; 3) Deberá acreditar un trabajo o empleo ante el Despacho, que deberá ser mantenido durante la vigencia del período de prueba; y, 4) Estará prohibido de conducir vehículos de servicio público.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Contra la mencionada sentencia, el imputado Mario Mollo Sayaba interpuso recurso de apelación restringida, bajo los siguientes argumentos, relativos únicamente al motivo sujeto a análisis en casación:

1) Insuficiente fundamentación jurídica de la Sentencia, en lo atinente a la imposición de la pena, provocando la inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen. Defecto de la Sentencia que se encuentra previsto por el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., y constituye defecto absoluto previsto en el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen.

2) La parte de la Sentencia correspondiente a la fijación de la pena, se limitó a establecer aspectos absolutamente confusos, sin ninguna vinculación a lo expresamente determinado por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., olvidando realizar una fundamentación en torno a los aspectos que son necesarios, considerar a los fines de imponer una sanción legal; por ejemplo, no se hizo referencia alguna a su personalidad, asumida en la forma que establece el art. 38-1-a) y b) del Cód. Pen., menos se hizo alusión a todas aquellas atenuantes generales que existen a su favor en la causa, entre ellos, la inexistencia de antecedentes generales policiales y judiciales y haber tenido una meritoria conducta anterior y posterior al hecho punible del que se le acusó.

3) En ninguno de los cuatro párrafos de la Sentencia empleados como argumentos para fundamentar la imposición de la pena, se demostró la agravación y en qué hechos o circunstancias fácticas demostradas en juicio, se justificaría la condena agravada a su máximo impuesta en su contra; empero, a los fines de atenuarla, no existe mayor fundamentación sobre aspectos previstos en los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., pese a haberlos demostrado en juicio a través de la prueba de descargo documental como testifical, que no fue debidamente fundamentada por el tribunal de sentencia.

4) La agravación de la pena se la determinó en función a la calidad de personas fallecidas, que en la práctica no es válido ni legal, pues no supera la exigencia de la fundamentación debida, ya que se debe puntualizar cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho en que se sustenta la decisión.

5) Tampoco se hizo referencia completa a su personalidad, pues una cosa es asumir fundamentos vinculados a la personalidad del imputado y otra distinta es referir en la Sentencia las generales de ley. Referirse a la personalidad, implica describir los rasgos psicológicos, de actitudes y comportamientos que el juez o tribunal asumió del imputado a lo largo del juicio oral, que pueden ser explicados de manera anterior y posterior al hecho que es objeto del juzgamiento. En los hechos, aquella fundamentación no resulta en absoluto existente en la sentencia impugnada, dado que no existe ninguna fundamentación y menos referencia a las condiciones especiales en que su persona se habría encontrado en el momento de la ejecución del delito por el cual fue condenado, así como de los demás antecedentes y condiciones personales, menos fundamentación con relación a la calidad de la persona ofendida.

6) En mérito al quantum de la sentencia, se le prohibió la conducción de vehículos de servicio público por 2 años, limitación que resulta atentatoria de su derecho al trabajo, máxime si en el propio fallo, se señaló que su persona se dedica a dicha actividad y con ello obtiene recursos económicos para la subsistencia suya y de su familia.

7) Por los fundamentos expuestos, denuncia existencia de defectos absolutos previstos en el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., por falta de fundamentación en la decisión final; aspecto que, deviene en violación de derechos y garantías constitucionales; y por otro lado, al existir defectos de la sentencia previstos en los arts. 370-5), 124 del Cód. Pdto. Pen., 8-2-h) de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica), 14-5 de la L. N° 2119 de 11 de septiembre de 2000 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pide que se corrija la Sentencia apelada; y en su mérito, impetra se remitan actuaciones ante el Tribunal Departamental de Justicia, para que a través de la Sala Penal de turno en lo Penal, analizando detalladamente los defectos y vulneraciones descritas, deliberando en el fondo en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., se declare la procedencia del recurso interpuesto y por la naturaleza del defecto anotado y demostrado, se corrija la Sentencia apelada, dando estricta aplicación a lo preceptuado por los arts. 37 y ss., del Cód. Pen.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, con costas, con los siguientes argumentos relativos al motivo alegado en el recurso de casación:

1) La primera observación del recurso interpuesto consiste en que, en el petitorio se solicita la aplicación de lo previsto por el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., normativa relacionada con la inobservancia o errónea aplicación y no cómo se solicitó en los argumentos del memorial: "Que no existe fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente y contradictoria, en lo atinente a la imposición de la pena..." (sic). De donde se evidencia que la petición resulta impertinente e incompleta, habida cuenta que, el apelante denuncia como defecto en forma directa sin vincular con la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

2) La segunda observación radica en que el apelante pidió al tribunal de alzada que se sirva corregir la Sentencia, dando estricta aplicabilidad a lo preceptuado por los arts. 37 y ss. del Cód. Pen., petitorio que no se entiende por no ser claro y preciso; es decir, que al parecer se pretende que se corrija la aplicabilidad de los arts. 37 y ss., del Cód. Pen., lo que no tiene sustento normativo; puesto que, se entendería que una vez corregida la Sentencia apelada, ésta quedaría incólume y lógicamente no se anularía, aspecto contradictorio con el petitorio de que se aplique el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., que determina la anulación total o parcial del fallo de mérito, cuando la corrección impetrada se encuentra prevista por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., disposición que en ningún momento fue invocada por el recurrente. Falta de especificidad en el recurso que carece de asidero jurídico, que hace inatendible e improcedente la apelación; toda vez, que en apelación no se puede subsanar ni suplir omisiones, ingresando en presunciones qué es lo que quiso, dado que el apelante incurrió en fundamentación insuficiente y contradictoria en su recurso de apelación, traduciéndose en una confusa e incoherente argumentación de defectos de sentencia, sin mayor precisión.

3) Con la forma de petición se generó confusión en el tribunal; puesto que, lo que quiso decir, resulta incoherente porque pide la aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., de donde se concluye que la normativa transcrita está directamente vinculada con el defecto previsto en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.; esto es, la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, aspecto sobre el cual el apelante omitió en forma absoluta referirse, no esgrimió fundamentos; y sin embargo, invocó sobre la inexistencia de fundamentación en la Sentencia o esta sea insuficiente o contradictoria en la fijación de la pena, y este supuesto o hipótesis se encuentra inserto en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., el cual prevé que no exista fundamentación de la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria.

4) De la lectura del agravio referido por el apelante, se tiene que no acusa de manera precisa, la inobservancia o la errónea aplicación de la ley, relacionada a la inexistencia de fundamentación de la sentencia, o que ésta sea insuficiente o contradictoria, no recurre sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva en su componente a la fijación judicial de la pena, por lo que no se entiende de manera clara y precisa, el fundamento de su agravio en relación a postulado de insuficiente fundamentación jurídica de la sentencia en lo atinente a la imposición de la pena. Debió haber fundado su recurso en errónea aplicación de la ley sustantiva, art. 261-c) del Cód. Pen., referido a la errónea fijación de la pena que resulta en forma completa y no incompleta como se pretendió sustentar; empero, sólo se reclama insuficiente fundamentación jurídica de la Sentencia en lo atinente a la imposición de la pena, que provoca la inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., incumplimiento que no resulta ser tal, limitándose los argumentos a tópicos que no encuentran consistencia, porque no se cuestionan errónea fijación judicial de la pena, lo que hace de por sí inconsistente el punto planteado.

5) El recurrente en la parte del petitorio, también pide que se corrija la Sentencia apelada, dando estricta aplicabilidad a los arts. 37 y ss., del Cód. Pen.; empero, sin sustento jurídico, nuevamente se genera confusión. En los hechos, se evidencia que el Juez de Partido de la localidad de Huanuni, dio cumplimiento a lo preceptuado por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., en los fundamentos expuestos en el punto II.3 de la Sentencia, en el cual realizó la subsunción de la personalidad del imputado, la conducta que demostró cuyo objeto es el de establecer su culpabilidad o no, conforme a los extremos de la acusación, aspectos que se observaron correctamente, cumpliendo con ese cometido a través de una deducción lógica del razonamiento desarrollado por el a quo, teniendo en cuenta además que la imposición de la pena es una consecuencia del resultado del juicio; asumiéndose por tanto, la denuncia sobre este punto en infundada.

6) En el apartado II.3 relativo a la fijación de la pena, esgrimió lo necesario y suficiente sobre el contenido y consideración de los arts. 38 y 40-1-a) y b) del Cód. Pen., por lo que resulta suficiente y no ampulosa y exhaustiva. El Juzgador estableció en un proceso intelectual cuando menos, la personalidad del procesado, así como su situación psicológica, actitudes y comportamientos en el desarrollo del juicio oral, esencialmente consideró la naturaleza, la gravedad del hecho real, objetivo y material, las personas fallecidas o el homicidio cometido y las lesiones gravísimas y pérdidas de vidas humanas, algo objetivo por lo que hizo justicia, incluso probablemente no consideró necesario por la gravedad y naturaleza del hecho, atenuante alguno; cuando en rigor, no existieron atenuantes verdaderas como las causas de justificación exculpantes, por lo que la apelación carece de fundamentación en la regla del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que cuando menos el recurrente no fundamentó nada en lo relativo a la errónea aplicación de la ley.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados.

En el caso presente, el imputado denuncia una supuesta falta de fundamentación en la fijación de la pena, que hubiere provocado el defecto previsto en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., y la infracción de los arts. 124 y 169-3) del Cód. Pdto. Pen. En consecuencia, en revisión de la Resolución dictada por el tribunal de alzada, corresponde dilucidar si los extremos denunciados son evidentes y si constituyen contradicciones con los precedentes contradictorios invocados, a fin de dejar sin efecto el fallo impugnado o declarar infundado el recurso intentado.

III.1. Precedentes contradictorios invocados.

Los precedentes contradictorios invocados por la parte recurrente, en su generalidad se refieren a la obligatoriedad de fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales. Así, el A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004, refiere lo siguiente: "Que el juicio oral, público y contradictorio conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla tutelado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio. En su desarrollo las partes asumen el papel protagónico de someterse a las reglas del debido proceso en igualdad de condiciones. Los Tribunales de Sentencia o el Juez deben emitir la sentencia fundamentada consignando todos y cada uno de los hechos debatidos en el juicio, con un análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo incorporadas legalmente en el proceso, debiendo la fundamentación ser clara sin contradicción entre la parte considerativa y la resolutive, con indicación de las normas sustantivas o adjetivas que respalden el fallo requisitos que toda sentencia debe contener, constituyendo su omisión defectos de sentencia insubsanables al tenor del artículo 370-3) y 5) del Cód. Pdto. Pen., por lo que en esos casos corresponde aplicar el primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen."

En cuanto a la fundamentación a tiempo de la fijación de la pena, el A.S. N° 99 de 24 de marzo de 2005, desarrolló lo que sigue: "Constituye uno de los elementos esenciales del 'debido proceso', la correspondiente fundamentación de las resoluciones, las mismas que deben ser motivadas, individualizándose la responsabilidad penal de cada uno de los imputados, tomando en cuenta las atenuantes y agravantes que establece la ley penal sustantiva, a objeto de imponer la pena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo intérprete de la 'legalidad', cumple una función unificadora de la jurisprudencia establecida en materia penal, siendo de aplicación obligatoria la doctrina legal aplicable, por los tribunales colegiados y unipersonales inferiores, lo contrario significaría ir en contra de los fines del Derecho Procesal Penal que busca una justicia pronta, equitativa y justa.

Es evidente que el Supremo Tribunal de Justicia de la Nación ya ha establecido una línea doctrinal respecto a los aspectos que se deben considerar para establecer y determinar el quantum de las sanciones para los autores del delito de transporte de sustancias controladas, prevista en el art. 55 de la L. N° 1008, tomando en cuenta las atenuantes y agravantes, habiendo establecido en varios autos supremos la determinación, como lo ha señalado el recurrente, en la jurisprudencia vinculatoria presentada en el recurso, considerando que si bien es cierto que las penas son indeterminadas, siendo la valoración y apreciación privativa de los jueces de instancia e incensurable en casación, esto no les exonera de la obligación de considerar y tomar en cuenta las agravantes o atenuantes que existiesen en favor o en contra del imputado, contenidas en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Código Sustantivo Penal, expresando invariablemente y de manera obligatoria los fundamentos en que basan su determinación, la omisión constituye defecto absoluto y por tanto insubsanable, como lo previene el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., así como vulneración a los derechos y garantías reconocidas en la Constitución, tratados y convenios internacionales, como lo determina el inc. 3) del art. 169 del Procedimiento Penal.

Según Franz Von Liszt, 'La pena es un mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor' y para Pisa, además de significar un mal para el delincuente, 'es un medio de tutela jurídica' afirmando que 'No es el Estado el que puede decirle al delincuente: tengo derecho de corregirte, pues de ello sólo puede jactarse el superior de un claustro; es el culpable el que tiene el verdadero derecho de decir al Estado: estás en la obligación de irrogarme una pena que me enmiende y no tienes potestad de someterme a una pena que me degrade y me torne más corrompido de lo que soy' (Fernando Villamor Lucia, Derecho Penal Boliviano, Parte General página 198), evitando, como dice Beristain, que 'la queja que continuamente brota de las prisiones, donde yacen miles de hombres sepultados vivos por otros hombres, en nombre de la justicia, en nombre de la libertad, constituyendo su imposición el alfa y omega de todo el Derecho Penal' siendo esencial el equilibrio y la proporcionalidad que debe existir entre la culpabilidad y la punición que constituye uno de los rasgos esenciales del derecho penal en el que la imposición de la pena tiene como finalidad, además de la retribución por el daño causado, la readaptación y reinserción del delincuente al medio social, tomando en cuenta que el nuevo sistema acusatorio penal es 'garantista' y preserva los derechos fundamentales tanto del imputado y de la víctima y a ambos, así como a la sociedad en su conjunto les interesa la correcta aplicación de la ley, el respeto irrestricto de los derechos y garantías constitucionales y procesales, porque así se garantiza la paz social y la pervivencia del Estado Social y democrático de derecho, debiendo, en la imposición de la pena, inexorablemente, aplicar lo dispuesto en los art. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen."

Por su parte, el A.S. N° 14 de 26 de enero de 2007, establece que: "Si una sentencia cumple con la garantía de la debida motivación, una sentencia sustentada en argumentos claros cumple además con otras dos garantías adicionales, una en interés de las partes y otra en interés de la sociedad en general: la de hacer asequible el acceso a la justicia en este caso mediante los recursos -si los hay-, y la de garantizar el derecho a la información, pues una sentencia obscura a disposición del público permite el acceso a la información, pero una sentencia que es clara lo garantiza, lo hace realmente efectivo, en tanto que no sólo se tiene acceso a ella, sino además cumple con la función última de hacer saber a la sociedad por qué el juzgador sentenció de una determinada manera un juicio.

De ahí que los fallos deben ser debidamente fundamentados, no siendo suficiente que se limiten a transcribir los antecedentes procesales, los criterios del juzgador expuestos en la resolución en análisis, los fundamentos de las partes o a hacer una relación de normas legales sin que se ponga en evidencia el iter lógico, o camino del razonamiento, seguido por el juzgador a efecto de arribar a determinada conclusión, cumpliendo de esa manera con la previsión del art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y asegurando la efectividad de una amplia gama de derechos constitucionales".

III.2. Consideraciones doctrinales y normativas sobre la determinación de la pena.

Previo al análisis del caso concreto y con el propósito de sentar fundamentos para su resolución, es necesario señalar que el art. 118-III de la C.P.E., establece que: "El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto de sus derechos"; a su vez, el párrafo segundo del mencionado artículo señala: "La máxima sanción penal será de 30 años de privación de libertad, sin derecho a indulto"; dichos preceptos constituyen el marco general constitucional, sobre el cual el legislador impone o define las penas mínimas y máximas para los distintos tipos penales, que a su vez se constituye en el "espacio o margen", que el legislador otorgó al Juez, para que éste proceda a valorar todas y cada una de las particularidades presentes en el caso a resolver, observando los arts. 37 y ss., del Cód. Pen.

La doctrina internacional con autores como Eugenio Raúl Zafaroni, en su obra Manual de Derecho Penal, así como la doctrina nacional con Benjamín Miguel Harb, en su obra Derecho Penal Tomo II, distinguen tres etapas en la individualización de la pena: la legal, la judicial y la penitenciaria. En la primera, el legislador valora, desde el marco de la proporcionalidad, la gravedad del ilícito tipificado en un tipo penal y determina la pena aplicable en abstracto. En la segunda, el Juez penal, a la conclusión del proceso y establecida que sea conforme al debido proceso de ley, la responsabilidad penal del autor del hecho, fija la pena al caso concreto, tomando como base el marco punitivo determinado por el legislador. La tercera etapa, denominada ejecución penal, se halla destinada al cumplimiento de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal ejecutoriada y se desarrolla por la administración penitenciaria, bajo control jurisdiccional.

Ahora bien, en lo que respecta a la primera etapa de individualización de la pena llamada legal, "...en el marco penal, el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito", "Las valoraciones sociales respecto de un determinado delito quedan plasmadas dentro de este marco y en él quedan recogidas, entre otras cosas, las razones de prevención general. Las valoraciones previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales" (segunda etapa) (Determinación Judicial de la Pena - Patricia Ziffer P. y otros autores) (ver A.S. N° 110/2013-RRC de 22 de abril emitido por este tribunal).

En el análisis del caso presente, resulta conveniente también, recordar y acudir a los fundamentos jurídicos contenidos en el A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero, que en su parte pertinente señaló: "...los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., establecen que el juez, para determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales, debe tomar en cuenta los siguientes factores: a) La personalidad del autor, b) La mayor o menor gravedad del hecho y, c) Circunstancias y las consecuencias del delito.

III.2.2. Pautas para la fijación de la pena.

Debe agregarse que la fundamentación es una exigencia inexcusable tanto para que el condenado sepa por qué ha recibido tal o cual pena en su condena, así como para que el Tribunal de apelación valore adecuadamente los fundamentos de la pena impuesta y en su caso determine los correctivos necesarios. En consecuencia el juez está obligado a exponer las circunstancias que para él han sido determinantes en la fijación de la pena expresando por qué y cómo consideró tal o cual atenuante o agravante.

Como se ha desarrollado en el punto anterior, el Código Penal Boliviano establece reglas generales que deben ser observadas por el juez a tiempo de determinar la pena, debiendo reconocerse que la práctica en los tribunales de justicia del país, demuestran que, cada juez

tiene su propio procedimiento, siendo sin embargo deseable a fin de garantizar la plena vigencia de la seguridad jurídica, contar con pautas de determinación judicial de la pena. En este contexto, es interesante la propuesta de la profesora y consultora internacional Rosaly Ledezma Jemio, que para el efecto propone los siguientes parámetros: 1) Establecer el mínimo y el máximo legal del tipo penal; 2) Verificar la existencia de modificaciones al tipo penal, como la concurrencia de atenuantes o agravantes en el tipo. Si se tratara de un concurso real o ideal debe determinarse la escala legal aplicable, con el concurso; 3) Establecer el grado de desarrollo del delito, si se ha consumado o se trata de una tentativa; 4) Determinar las implicaciones en la fijación de la pena según la calidad de autor, instigador, cómplice necesario, cómplice no necesario; 5) Verificar la existencia de atenuantes especiales previstas por el art. 39 del Cód. Pen., considerando como parámetro de determinación el inc. 3) del referido art. 6) Verificar la existencia de atenuantes generales observando lo dispuesto por el art. 40 del Cód. Pen.; 7) Determinar la personalidad del autor y las circunstancias del hecho considerando las establecidas por el art. 38 del Cód. Pen., pudiéndose al efecto analizar: la personalidad del autor -art. 38-1-a)-las condiciones especiales del hecho -art. 38-1-b)-, la gravedad del hecho -art. 38-2)-, las consecuencias del hecho y la situación de la víctima art. 37-1)-8) Contraponer las circunstancias agravantes generales y atenuantes, las circunstancias que aconsejen una mayor o menor penalidad; y,9) Valorar todas las circunstancias en su conjunto y determinar la pena. Todo ese análisis debe esencialmente realizarse sobre la consideración de los fines constitucionales de la pena y en el caso concreto”.

Dentro de dicho marco, se puede señalar que, el juez o tribunal que fija una pena tiene la obligación de someterse a los lineamientos establecidos en el marco penal establecido para cada tipo penal, correspondiendo al tribunal de apelación, ejercer el control en cuanto a la determinación de la pena, y ante la constatación de su incumplimiento, sin necesidad de anularla y sin ordenar la reposición del juicio por otro tribunal, realizar de manera directa una fundamentación complementaria para modificar el quantum de la pena en caso de considerarlo necesario.

Finalmente, debe agregarse que la fundamentación es una exigencia inexcusable tanto para que el condenado sepa por qué ha recibido tal o cual pena en su condena, así como para que el tribunal de apelación valore adecuadamente los fundamentos de la pena impuesta y en su caso determine los correctivos necesarios. En consecuencia, el juez está obligado a exponer las circunstancias que para él han sido determinantes en la fijación de la pena expresando por qué y cómo consideró tal o cual atenuante o agravante.

III.3. Análisis del caso concreto.

Establecido el ámbito de análisis de la presente Resolución, corresponde ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada, circunscrita a la falta de fundamentación de la Sentencia, en lo que respecta a la imposición de la pena, habiéndosele condenado al imputado recurrente con el máximo legal previsto para el delito atribuido, sin motivar en su reclamo sobre cada uno de los tópicos desarrollados por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen.

Con relación al tema estrictamente denunciado en el presente recurso de casación, se evidencia que fue recurrido de apelación en los términos explicados en el párrafo anterior, en sentido que la Sentencia se hubiere limitado a establecer aspectos absolutamente confusos, sin ninguna vinculación a lo expresamente determinado por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., olvidando realizar una fundamentación en torno a los aspectos necesarios de considerar a los fines de imponer una sanción legal, por ejemplo no se habría hecho referencia alguna a su personalidad ni a las atenuantes generales que existían en su favor, entre ellas, la inexistencia de antecedentes generales policiales y judiciales y haber tenido una meritoria conducta anterior y posterior al hecho punible del que se le acusó; tampoco, se justificó la agravación a su máximo de la pena impuesta en su contra, la cual se determinó sólo, en función a la calidad de las personas fallecidas, que en la práctica no resultara válido ni legal. Y finalmente, reclamó que la medida asumida con relación a las limitaciones establecidas de prohibición de conducción de vehículos de servicio público por dos años, era contraria de su denuncia como atentatorio de su derecho al trabajo; puesto que, dicha ocupación es la que le procura recursos económicos para la subsistencia suya y de su familia.

Al reclamo en concreto, realizado en apelación por parte del imputado, el tribunal de alzada respondió que en el apartado II.3 de la Sentencia, relativo a la Fijación de la Pena, el Tribunal de Sentencia, esgrimió lo necesario y suficiente sobre el contenido y consideración de los arts. 38 y 40-1-a) y b) del Cód. Pen., por lo que, resultaba suficiente y no ampulosa y exhaustiva; agregando más adelante que, el Juzgador estableció en un proceso intelectual cuando menos, la personalidad del procesado, así como su situación psicológica, actitudes y comportamientos en el desarrollo del juicio oral; esencialmente, consideró la naturaleza, la gravedad del hecho real, objetivo y material, las personas fallecidas o el homicidio cometido y las lesiones gravísimas y pérdidas de vidas humanas, algo objetivo por lo que hizo justicia, incluso probablemente no consideró necesario por la gravedad y naturaleza del hecho, atenuante alguna. Cuando en rigor, no existieron atenuantes verdaderas como las causas de justificación exculpantes. Por tanto, en definitiva, la apelación carecía de fundamentación en la regla del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que además cuando menos, el recurrente no fundamentó nada en lo relativo a la errónea aplicación de la ley.

Entre los fundamentos contenidos a continuación en el mismo fallo, se hizo notar que la parte petitoria del apelante resultaba incoherente y extraña, puesto que solicitó la aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., así como impetro que se corrija la sentencia, dando estricta aplicabilidad a los arts. 37 y ss., del Cód. Pen., citando el art. 37 sin sustento jurídico, pues no mencionó el art. 141 del Cód. Pdto. Pen.; aspecto que, no podría ser suplido por el tribunal de alzada y provocaba la improcedencia de la apelación, máxime por falta de fundamentación y especificidad en la apelación. En definitiva, la apelación carecía de fundamentación; toda vez, que cuando menos el recurrente no fundamentó en lo relativo a la errónea aplicación de la ley.

De los fundamentos expuestos, es posible verificar que el recurrente, en oportunidad de plantear su recurso de apelación, reclamó que en la parte referente a la imposición de la pena, la Sentencia no hubiere cumplido con el canon de otorgar una debida motivación, sobre los aspectos contenidos en los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., vinculando la presunta omisión al precepto contenido en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., esto es que no exista fundamentación en la Sentencia, o que ésta sea insuficiente o contradictoria. Extremos desestimados por el

Tribunal de alzada, instancia que comprendió que con relación a dicha fundamentación, se encontraba suficiente la sentencia y que el juzgador hubiere tomado en cuenta los aspectos necesarios para establecer el tiempo de la pena con los argumentos precedentemente glosados.

Ahora bien, efectuando una compulsión de los antecedentes anotados, esta Sala Penal advierte que el tribunal de apelación, analizando los argumentos contenidos en la sentencia, emitió el auto de vista impugnado dentro del marco constitucional y normativo desarrollado en la presente resolución; y en todo caso, en observancia de la doctrina legal establecida en los Autos Supremos invocados como precedentes, ya que el tribunal de sentencia y el tribunal de apelación, al realizar sus labores, consideraron la finalidad de la pena establecida en el art. 118-III de la Ley fundamental, pues es obligación del juzgador al fijar la pena, someterse a los lineamientos establecidos en el marco penal establecido para cada tipo penal, que en el caso del delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidentes de tránsito, tiene por voluntad del legislador una sanción indeterminada que va de un mínimo de un año a un máximo de tres, habiéndose impuesto la máxima establecida, que a criterio de este Tribunal resulta razonable en atención a las particularidades existentes y demostradas en el juicio oral y en la observancia de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen.; consecuentemente, no se advierte contradicción alguna en que hubiere incurrido el tribunal de apelación al emitir el auto de vista impugnado en relación a la doctrina legal contenida en los precedentes invocados, ya que si bien la fundamentación no es ampulosa, permite comprender las razones que fueron valoradas por los tribunales de instancia al momento de definir la problemática referida al quantum de la pena a imponer al imputado.

En conclusión, el tribunal de apelación observó la obligación de determinar si la fundamentación realizada por el tribunal de juicio, permitió a las partes involucradas en el proceso, conocer cómo se fijó la pena de acuerdo a las pautas otorgadas por la jurisprudencia de este tribunal, concordantes con lo exigido por los arts. 37, 39 y 40 del Cód. Pen., es decir, si estableció el mínimo legal del tipo penal, qué atenuantes y qué agravantes fueron consideradas para el efecto no se determinó la personalidad del autor y en general, si se valoraron todas las circunstancias en su conjunto a tiempo del establecimiento de la pena; además, de otros elementos que a criterio del tribunal de apelación generaron insuficiencia en la técnica recursiva en el recurso de apelación restringida, pese a lo cual, dieron respuesta a la denuncia específica sobre la falta de fundamentación de la fijación de la pena por el Tribunal de Sentencia.

Que al haberse cumplido con la labor de control, sobre la fundamentación de la Sentencia a tiempo de determinar el quantum de la pena, el auto de vista impugnado no contradujo en ningún momento, la doctrina contenida en los autos supremos invocados y en especial el A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero. En consecuencia, se dio cumplimiento a las normas penales adjetivas vigentes, al haber realizado el control correspondiente respecto a la fijación de la pena y a su debida fundamentación.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Mario Mollo Sayabi, de fs. 228 a 233.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzman.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



227

Ministerio Público c/ Limberth Jacinto Mancilla Pérez
Lesiones Graves y Leves y otro
Distrito: Oruro

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 15 de septiembre del 2016, cursante de fs. 74 a 78, María Elena Espinoza Colque, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 49/2016 de 12 de agosto, de fs. 66 a 69 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los Vocales José Romero Soliz y Gregorio Orosco Itamari, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Limberth Jacinto Mancilla Pérez, por la presunta comisión de los delitos de lesiones graves y leves; y, violencia familiar o doméstica, previstos y sancionados por los arts. 271 primer párrafo y 272 Bis-1) del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 33/2015 de 30 de septiembre (fs. 100 a 105), el Juez Segundo de Sentencia en lo Penal de la capital del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró al imputado Limberth Jacinto Mancilla Pérez, culpable por los delitos de lesiones graves y leves; y, violencia familiar o doméstica, previstos y sancionados por los arts. 271 primer párrafo y 272 Bis-1) del Cód. Pen., imponiendo la pena de cuatro años de reclusión, con costas y resarcimiento de daño civil a favor de la víctima.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Limberth Jacinto Mancilla Pérez, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 124 a 129 vta.), resuelto por A.V. N° 49/2016 de 12 de agosto, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró procedente el citado recurso, anuló totalmente la Sentencia impugnada y dispuso el reenvío ante otro Juzgado de Sentencia Penal más próximo, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 876/2016-RA de 08 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente previa referencia a los antecedentes del proceso como la denuncia, imputación, acusación, juicio, Sentencia y recurso de apelación formulado por el imputado, denuncia que el auto de vista anuló la sentencia sin una fundamentación adecuada; por cuanto, no basó su argumentación y fundamentación en los principios de especificidad, transcendencia, de los propios actos, de instrumentalidad de las formas y de convalidación que rigen las nulidades, pues contendría aspectos no contemplados por el Juez inferior, como que el imputado no tiene antecedentes, tuvo el cargo de jilacata, tiene familia y que operaría la situación económica; en ese contexto, denunció la vulneración del principio de seguridad jurídica y del debido proceso, ante la concurrencia de un defecto insubsanable conforme los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita que previa revisión de antecedentes, se case el auto de vista recurrido, disponiéndose la ratificación de la Sentencia N° 33/2015 de 30 de septiembre.

I.2. Admisión del recurso.

Por A.S. N° 876/2016-RA de 08 de noviembre, cursante de fs. 87 a 89, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por María Elena Espinoza Colque, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y detallado el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 33/2015 de 30 de septiembre, el Juez 2° de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a Limberth Jacinto Mancilla Pérez, culpable por los delitos de lesiones graves y leves; y, violencia familiar o doméstica, previstos y sancionados por los arts. 271 primer párrafo y 272 Bis-1) del Cód. Pen., de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Como hechos motivo del proceso penal se tiene que el 29 de septiembre de 2013, aproximadamente a las 02:30 de la madrugada dentro del inmueble ubicado en la calle Bacovick, Aroma y Villarroel, hubiese sido agredida la víctima por golpes de puño en su rostro efectuadas por su pareja sentimental Limberth Jacinto Mancilla Pérez, provocándole lesiones físicas, que valoradas por el médico forense se hubiese establecido un impedimento legal de veintidós días.

Una vez producida la prueba, se tuvo como hechos probados, que: i) Por certificación médico forense, se concluyó que María Elena Espinoza Coque, a raíz de una agresión física presentaba a momento del examen físico, lesión en su integridad física derivando en un impedimento legal de 22 días; ii) De los testimonios y documentales de cargo se concluyó que en la madrugada del 29 de septiembre de 2013, María Elena Espinoza Colque fue víctima de violencia física, de parte de su entonces pareja sentimental Limberth Jacinto Mancilla Pérez; y, iii) Por documental MP-8 y los testimonios de cargo, se estableció que María Elena Espinoza Colque, fue víctima de violencia psicológica de parte de su compañero sentimental Limberth Jacinto Mancilla Pérez.

Finalmente, para la fijación de la pena se tuvo en cuenta los móviles que impulsaron al acusado para agredir a la víctima, la conducta asumida por este con relación a la misma, las consecuencias del hecho, tal y como previenen los arts. 37 y 38 del Cód. Pen.; de otro lado, no se conoció circunstancias atenuantes como antecedentes sobre la conducta del acusado, relaciones familiares, laborales u otra circunstancia que expresa el art. 40 de la citada norma penal, en mérito a no haberse ofrecido oportunamente las pruebas de descargo.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Contra la mencionada sentencia, el imputado formuló recurso de apelación restringida conforme a los siguientes argumentos: i) Denunció el defecto de la sentencia previsto en el inc. 2) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., alegando que ninguno de los testigos fueron presenciales; es decir, ninguno presencié las presuntas agresiones, lo mismo acontecería con el certificado médico forense y el informe psicológico, ya que tampoco acreditan que su persona haya sido el autor de las lesiones en la víctima; ii) Alegó el defecto de la sentencia previsto en el inc. 4) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., señalando que se le negó presentar sus testigos de reciente obtención, privándosele su derecho a la defensa; iii) El defecto de la sentencia previsto en el inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., señalando que la resolución impugnada se basó en hechos inexistentes, pues las declaraciones testificales no fueron iguales, por lo que para imponérsele una pena de cuatro años de reclusión, debía concurrir íntegramente los elementos que configuran el hecho punible, denotando una adecuada

fundamentación de la sentencia, citando al efecto los precedentes contradictorios contenidos en los A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004, 349 de 28 de agosto de 2006 y 256 de 26 de julio de 2006, reiterando que se le condenó injustamente por la comisión de los delitos de lesiones graves y leves; y, violencia familiar y doméstica, sin una debida fundamentación, ya que no se consigna todos los hechos debatidos en juicio, así como al análisis de todas las pruebas producidas, al efecto invoca los A.S. N° 131 de 31 de enero de 2007 y 515 de 16 de noviembre de 2006; y, iv) La sentencia sería excesiva al no tomar en cuenta los arts. 38-1) y 360-2) del Cód. Pen., ya que no se hubiese tomado en cuenta los medios de prueba otorgados, que la víctima no falleció y que su persona no contaba con antecedentes penales, que tuvo el cargo de jilacata en virtud a su buen comportamiento y responsabilidad, además de que cuenta con una familia integrada por su concubina y sus dos hijos, reiterando que la víctima se encontraría sana y sin ningún daño físico, por lo que la pena de cuatro años resultaría excesiva.

II.3. Del auto de vista impugnado.

Al recurso de apelación restringida formulada por el imputado, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, se pronunció mediante el auto de vista impugnado, que declaró procedente la apelación planteada y anuló totalmente la Sentencia recurrida, bajo los siguientes argumentos:

Se estableció que en cuanto a la infracción del inc. 2) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., la Juez de mérito no expuso del por qué se le condenó al recurrente por los delitos de lesiones graves y leves; y, violencia familiar y doméstica, pues no señaló si existió concurso ideal o real de delitos, si las lesiones graves y leves se produce entre personas particulares, o sea, personas distintas, sin ninguna relación de familiaridad, cónyuge o conviviente y otra relación análoga afectividad o intimidad; y por otra, si en la violencia familiar o doméstica procede el tipo penal por presentarse relación afectiva de conyugue o conviviente o por que hubiere mantenido con la víctima una relación análoga de afectividad o intimidad, por lo que al habersele juzgado al imputado por ambos delitos, correspondía la fundamentación respecto de cada uno de ellos.

En cuanto a la denuncia de que la sentencia fue excesiva, se argumenta sobre la existencia de autos supremos (no identifica cuales), que orientan sobre la correcta aplicación de la pena desarrollando las circunstancias que deben ser consideradas a tiempo de su interposición; sin embargo, éstas no hubiesen sido consideradas por la Juez a quo, ya que no se hubiese referido en absoluto a dichas disposiciones, menos esgrimido fundamento alguno, se observa la falta de consideración y exposición de los siguientes parámetros para la imposición de la pena: 1) Se haya establecido el mínimo y máximo legal; 2) Si se verificó la existencia de modificación al tipo penal, como la concurrencia de atenuantes y agravantes en el tipo, si se trata de concurso ideal o real; 3) El grado de desarrollo del delito, si se consumó o se trató de tentativa; 4) Determinar las implicancias en la fijación de la pena; 5) Determinar la existencia de atenuantes especiales; 6) Verificar la existencia de atenuantes generales observando lo dispuesto por el art. 40 del Cód. Pen., 7) Determinar la personalidad del autor y las circunstancias del hecho; 8) Contraponer las circunstancias agravantes generales y atenuantes; y, 9) Valorar todas las circunstancias en su conjunto y determinar una mayor o menor penalidad. Con estos parámetros a decir del recurrente, no se hubiere tomado en cuenta que no registraba antecedentes penales, también que tenía un cargo de jilacata, cargo que se le dió por su buen comportamiento y responsabilidad, que tiene familia integrada por su concubina y sus dos hijos, no se hubiese tomado en cuenta que la víctima está sana sin ningún daño físico, estableciéndose de estos argumentos e inobservancias de la Juez de Sentencia a las reglas en la fijación de la pena y el incumplimiento del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues no se hizo referencia su personalidad, actitudes y comportamiento durante y antes del juicio, sus condiciones especiales y particulares, ni a su conducta anterior y posterior, ni cuales consideró como agravantes, los que por cierto se hubiese ignorado si se trataba de persona joven con familia, sin antecedentes o procesos penales, siendo un autor primario, no habiéndose explicado la aplicación de los arts. 38 y 39 del Cód. Pdto., de manera fundada. Señala que también en la fijación de la pena debe considerarse cuando: a) Se haya entregado a la autoridad policial o judicial voluntariamente, pese a haber contado con la posibilidad de una fácil huida o tener la posibilidad de no ser descubierto; b) También, debe considerarse la confesión que manifieste arrepentimiento o bien que haya ayudado significativamente en el esclarecimiento de la verdad mediante su declaración y otros.

III. Verificación de vulneración al debido proceso y seguridad jurídica.

Este Tribunal admitió el presente recurso, abriendo su competencia a objeto de verificar la posible vulneración del debido proceso y seguridad jurídica ante la denuncia de la emisión del auto de vista emitido sin la debida fundamentación para disponer la nulidad de la sentencia sin considerar los principios de especificidad, trascendencia, instrumentalidad de formas y convalidación que rigen las nulidades.

III.1. De la Fundamentación de las resoluciones como parte del debido proceso.

A los fines de resolver la problemática planteada, se debe tener presente que respecto al debido proceso el A.S. N° 199/2013 de 11 de julio, precisó lo siguiente: "El debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; la Constitución Política del Estado, en sus art. 115 y 117, reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) el derecho a la defensa, b) el derecho al juez natural, c) la garantía de presunción de inocencia, d) el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, e) el derecho a un proceso público, f) el derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, g) el derecho a recurrir, h) el derecho a la legalidad de la prueba, i) el derecho a la igualdad procesal de las partes, j) el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, k) el derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones, l) la garantía del non bis in idem, m) el derecho a la valoración razonable de la prueba, n) el derecho a la comunicación previa de la acusación; o) la concesión al inculpadado del tiempo y los medios para su defensa; p) el derecho a la comunicación privada con su defensor; q) el derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular".

III.2. La seguridad jurídica.

Respecto a la seguridad jurídica en la Constitución Política del Estado, la S.C. Plurinacional N° 0616/2014 de 25 de marzo, señaló: “La S.C. N° 0511/2011-R de 25 de abril, que respecto a la seguridad jurídica como principio expresó que cuando se alegue la vulneración de la misma como derecho, no es posible conceder la tutela, dado que está instituida en la Constitución Política del Estado, como principio rector de los actos de la jurisdicción judicial o administrativa, al señalar:

La S.C. N° 0788/2010-R de 02 de agosto estableció que: ‘Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como «derecho fundamental», cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su art. 7-a), establecía que toda persona tiene el derecho: «A la vida, la salud y la seguridad », a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del «derecho a la seguridad jurídica » como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 07 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la C.P.E.); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306-III de la C.P.E.). Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art. 9-3, establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: «la seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo”.

III.3.La imposición de la pena, requisitos para su determinación, su control y la obligación del Tribunal de alzada.

La imposición de la pena, corresponde a la autoridad sentenciadora, quien previa valoración de las circunstancias probadas en juicio, una vez asumida la convicción de la existencia del hecho, de la participación del o los imputados en él, el grado de participación y por ende su culpabilidad, dicta Sentencia condenatoria, en aplicación de lo dispuesto por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., fijando de forma precisa la sanción que corresponda, para ello, debe realizar un estudio concienzudo de todas las circunstancias que rodean el hecho, vinculándolas de forma objetiva a los autores. Para su determinación, el juzgador, debe sujetarse a los lineamientos señalados en la norma punitiva, relativos a la aplicación de las penas (Libro I, Título III, Capítulo II del Cód. Pen.), tomando siempre en cuenta su finalidad conforme el art. 118-III de la C.P.E., por lo que requiere que se encuentre debidamente fundamentada y motivada (art. 124 del Cód. Pdto. Pen.), sólo cumplidas las exigencias legales, la imposición de la pena, demostrará que es producto de un trabajo racional y no del capricho del juzgador.

En cuanto, a la imposición de la pena este máximo Tribunal de Justicia, precisó criterios específicos para la fijación de la pena y el control que debe ejercer el Tribunal superior en grado, estableciendo en el A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero: “La determinación judicial de la pena que comprende todo el procedimiento; es decir, la evaluación, decisión y justificación del tipo y la extensión de la pena, tiene líneas de orientación previstas legalmente, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad del juez. La individualización de la pena está sometida al principio de proporcionalidad recogido por el código penal en sus diferentes artículos y a la finalidad de la pena establecida constitucionalmente como la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos.

En este ámbito, el juez o tribunal que fija una pena tiene la obligación de someterse a dichos principios, correspondiendo al tribunal de alzada, ante la constatación de su incumplimiento, proceder directamente a la modificación del quantum de la pena, en sujeción a los principios constitucionales y procesales, en ejercicio de la facultad reconocida por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., considerando los siguientes criterios para la fijación de la pena:

a) La personalidad del autor, el cometido que la ley penal boliviana asigna al juez de apreciar la personalidad del autor, es una tarea compleja; aunque debe reconocerse que el Código Penal en los arts. 37 y 38 (atender la personalidad del autor) no exige la realización de un diagnóstico científico ‘de la personalidad’, sino un perfil de la personalidad, vinculado al hecho concreto para aplicar la pena en la dimensión que corresponda a esa persona concreta e individual, distinta a los demás seres humanos. De tal manera que el reproche jurídico que merezca su comportamiento, guarde armonía con el hecho, su personalidad y las circunstancias.

La edad, es un factor que, dependiendo del caso, puede operar como agravante o atenuante. En cuanto a la educación, por regla general como circunstancia agravante, pues el reproche será mayor cuando el autor ha tenido acceso a la educación y, por lo tanto, ha disminuido su vulnerabilidad al sistema penal. En similar sentido opera la posición económica, sobre todo en los casos vinculados a delitos económicos. La vida anterior libre de sanciones penales no se debe tomar sin más como atenuante para la determinación de la pena. Lo que sí debe considerarse como factor de atenuación, es que el autor haya desarrollado hasta la comisión del hecho punible una vida ordenada y acorde al derecho, de tal manera que el hecho delictivo signifique una notoria contracción con su conducta anterior. Respecto a la conducta posterior, debe tomarse en cuenta como factor para la fijación de la pena, el esfuerzo del autor por reparar el daño causado. También puede apreciarse como favorable la conducta del procesado en el proceso penal, cuando: i) Se haya entregado a la autoridad policial o judicial voluntariamente, pese a haber contado con la posibilidad de una fácil huida, o tener la posibilidad de no ser descubierto, y, ii) La confesión que manifieste arrepentimiento, o bien que haya ayudado significativamente al establecimiento de la verdad mediante su declaración.

Sin embargo, la sola falta de arrepentimiento o confesión no puede valorarse para hacer más rigurosa la sanción. Ahora bien, si la confesión no es tal, sino un intento de lograr la impunidad y si el ‘arrepentimiento’ no es sincero, sino una manera de procurar un trato benigno de los jueces, cuando se sabe, por la prueba, que no hay forma alguna de eludir la acción de la justicia, los jueces deben examinar ese dato como parte de las manifestaciones defensivas, pero deben ignorarlo al momento de fijar la pena, pues ni las mentiras, ni las falsas actitudes del acusado constituyen un factor que deba perjudicarlo cuando se decida sobre la sanción a imponer. La reparación del daño, consiste fundamentalmente en aliviar las consecuencias materiales del hecho delictivo son también factor de atenuación; empero, también pueden tener un efecto atenuante de la pena, los actos que denoten voluntad de reparar. La extensión del daño causado debe ser delimitada sólo para

aquello que tenga vinculación con el hecho típico, directamente. Además, debe tenerse en cuenta que no es necesaria la concurrencia de todas las circunstancias descritas, pues dependerá de cada caso concreto.

b) La mayor o menor gravedad del hecho, que tiene que ver con lo previsto por el art. 38-2) del Cód. Pen.; es decir, la naturaleza de la acción, los de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.

c) Circunstancias y las consecuencias del delito, que también deben ser consideradas en el caso concreto.

La fundamentación de la fijación de la pena es inexcusable, en este ámbito la exigencia de fundamentación que debe satisfacer la sentencia condenatoria en el proceso de individualización de la pena, obliga al juez a observar los parámetros descritos por el legislador; por lo tanto la resolución debe contener un razonamiento capaz de dar cuenta de que se consideraron dichos parámetros de tal modo que a través de la exposición razonada del juez o tribunal se pueda evidenciar que su resolución se ha fundado en parámetros legales, y no es fruto de la apreciación estrictamente personal o arbitraria al efecto debe explicar cómo aplicó la pena, en término considero las previsiones de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., al caso concreto y qué atenuantes y agravantes tomo en cuenta para establecer la sanción dentro de los límites legales”.

La doctrina internacional con autores como Eugenio Raúl Zafaroni, en su obra Manual de Derecho Penal, así como la doctrina nacional con Benjamín Miguel Harb, en su obra Derecho Penal Tomo II, distingue tres etapas en la individualización de la pena: la legal, la judicial y la penitenciaria. En la primera, el legislador valora, desde el marco de la proporcionalidad, la gravedad del ilícito tipificado en un tipo penal y determina la pena aplicable en abstracto. En la segunda, el Juez penal, a la conclusión del proceso y establecida que sea conforme al debido proceso de ley, la responsabilidad penal del autor del hecho, fija la pena al caso concreto, tomando como base el marco punitivo determinado por el legislador. La tercera etapa, denominada ejecución penal, se halla destinada al cumplimiento de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal ejecutoriada y se desarrolla por la administración penitenciaria, bajo control jurisdiccional.

Ahora bien, en lo que respecta a la primera etapa de individualización de la pena llamada legal, ‘...en el marco penal, el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito’, ‘Las valoraciones sociales respecto de un determinado delito quedan plasmadas dentro de este marco, y en él quedan recogidas, entre otras cosas, las razones de prevención general. Las valoraciones previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales’ (segunda etapa) (Determinación Judicial de la Pena - Patricia Ziffer P. y otros autores)’.

De lo anterior se establece que, el Juez o Tribunal de Sentencia y en el caso presente el Tribunal de alzada, al momento de imponer la pena, debe justificarla de forma adecuada y coherente; toda vez, que la sanción debe ser fruto de un estudio íntegro y objetivo de los hechos y las circunstancias acontecidas en la tramitación del proceso y enmarcadas en la norma punitiva que corresponda, teniendo como fin la educación, habilitación e inserción social de los condenados, por lo que la imposición de la pena al igual que el resto de la Resolución, debe encontrarse debidamente fundamentada en observancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

Este Tribunal Supremo de Justicia, se constituye en el máximo intérprete de la ‘legalidad’, cumpliendo una función unificadora de la jurisprudencia establecida en materia penal, siendo de aplicación obligatoria la doctrina legal aplicable, por los tribunales colegiados y unipersonales inferiores, lo contrario significaría ir en contra de los fines del Derecho Procesal Penal que busca una justicia pronta, equitativa y justa.

Por otra parte, respecto a la consideración de atenuantes y agravantes, aun cuando corresponda aplicar concurso de delitos, el A.S. N° 41/2013 de 21 de febrero, estableció la siguiente doctrina legal: “...El tribunal de alzada ante la evidencia de que concurren en la Sentencia impugnada errores u omisiones formales que se refieran a la imposición de penas, cuenta con la facultad para modificar directamente el quantum observando los principios constitucionales y procesales conforme lo prescrito en la primera parte del art. 414 del Cód. Pdto Pen; sin embargo ésta corrección debe realizarse observando los principios constitucionales, procesales y los aspectos contemplados en los art. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., debiendo contener suficiente fundamentación, emitiendo criterios jurídicos relativos al tipo penal y a la valoración de los hechos, las acciones y del imputado mismo, su personalidad, la motivación y otras circunstancias concomitantes que corresponden al caso concreto, en el que se explique de manera clara y expresa cuáles son los aspectos o circunstancias que agravan o atenúan la pena, sin perjuicio de destacar que las citadas reglas de fijación de la pena inclusive se aplican aún en el caso de advertirse el concurso ideal o el concurso real de delitos en los cuales se aplica la sanción con la pena del delito más grave, siendo facultad privativa del juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte o hasta la mitad, conforme determinan los art. 44 y 45 del citado adjetivo penal, respectivamente, sin que los argumentos vertidos importen modificación de los hechos probados en juicio que se hallan sujetos al principio de intangibilidad, siendo que el recurso de apelación restringida no es un medio legítimo para la revalorización de la prueba.”

En grado de apelación restringida, corresponde al Tribunal de alzada, ejercer el control sobre la sentencia, con base en las denuncias planteadas en el citado medio de impugnación y ante la constatación de que el fallo de mérito contiene defectos, corresponde aplicar alguno de los supuestos descritos en los arts. 413 y 314 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, el Tribunal de apelación, se encuentra facultado, ante la certeza de la existencia de errores de derecho en la fundamentación de la sentencia, a corregir el yerro en una nueva Sentencia debidamente justificada, sin anular la sentencia impugnada. En la misma forma debe proceder, cuando advierta errores u omisiones formales, relativos a la imposición o el cómputo de penas, que necesariamente debe ser ponderada de manera objetiva y con base en la ley (arts. 27, 29, 37, 38, 39, 40, 40 Bis, 44, 45 y 46 del Cód. Pen., -conforme corresponda- y parágrafo III del art. 118 de la C.P.E.); lo que significa, que el tribunal de apelación, debe corregir las faltas referidas al quantum de la pena y su correspondiente justificación.

III. 4. Análisis del caso concreto.

Con lo desarrollado supra corresponde ingresar a resolver la problemática planteada a fin de establecer si resulta evidente la vulneración de derechos y garantías constitucionales; es así, que en cuanto a la denuncia traída en casación, se tiene que verificado el auto de

vista impugnado, el tribunal de alzada se pronunció señalando que la juez de mérito no hubiese considerado o fundamentado de manera correcta si existió concurso ideal o real de delitos, en cuanto a los delitos de lesiones graves y leves y violencia familiar o doméstica, señalado también que en cuanto a la denuncia de que la sentencia emitida fue excesiva, haciendo referencia a autos supremos que orientan la correcta aplicación de la pena, concluyó que la juez de sentencia no cumplió con la consideración y exposición de los parámetros para la imposición de la pena, estableciendo el incumplimiento del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues no se hizo referencia a la personalidad del imputado, sus condiciones especiales y particulares, ni a su conducta anterior y posterior, ni cuales habrían sido consideradas como agravantes, los que por cierto se hubiese ignorado, si se trataba de persona joven con familia, sin antecedentes o procesos penales, siendo un autor primario, no habiéndose explicado la aplicación de los arts. 38 y 39 del Cód. Pen., de manera fundada.

Al respecto, se evidencia que el tribunal de alzada si bien efectivamente asumió los lineamientos jurisprudenciales emitidos por este Tribunal Supremo de justicia; en cuanto, a los parámetros que deben ser considerados por los Jueces y Tribunales de sentencia a tiempo de fijar el quantum de la pena; sin embargo, los fundamentos utilizados en el auto de vista recurrido no resultan acordes a los datos del proceso, pues observa la falta de consideración de los antecedentes penales del imputado así como las relaciones familiares que tuviera este, sin considerar que conforme lo expuesto en la sentencia impugnada, la Juez de mérito no consideró ninguna prueba de descargo al haber sido estas presentadas de manera extemporánea; ahora bien, resulta evidente que en cuanto a los demás cuestionamientos, respecto de la falta de fundamentación de la Sentencia en cuanto a la consideración de la conducta durante y posterior al proceso, así como el daño ocasionado a la víctima, en vez de disponerse la nulidad de la sentencia el tribunal de alzada debió cumplir con lo expuesto en el A.S. N° 041/2013 de 21 de febrero que señala: "El tribunal de Alzada ante la evidencia de que concurren en la Sentencia impugnada errores u omisiones formales que se refieran a la imposición de penas, cuenta con la facultad para modificar directamente el quantum observando los principios constitucionales y procesales conforme lo prescrito en la primera parte del art. 414 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo ésta corrección debe realizarse observando los principios constitucionales, procesales y los aspectos contemplados en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., debiendo contener suficiente fundamentación, emitiendo criterios jurídicos relativos al tipo penal y a la valoración de los hechos, las acciones y del imputado mismo, su personalidad, la motivación y otras circunstancias concomitantes que corresponden al caso concreto, en el que se explique de manera clara y expresa cuáles son los aspectos o circunstancias que agravan o atenúan la pena, sin perjuicio de destacar que las citadas reglas de fijación de la pena inclusive se aplican aún en el caso de advertirse el concurso ideal o el concurso real de delitos en los cuales se aplica la sanción con la pena del delito más grave, siendo facultad privativa del juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte o hasta la mitad, conforme determinan los arts. 44 y 45 del citado adjetivo penal, respectivamente, sin que los argumentos vertidos importen modificación de los hechos probados en juicio que se hallan sujetos al principio de intangibilidad, siendo que el recurso de apelación restringida no es un medio legítimo para la revalorización de la prueba".

El no actuarse de esta manera, determina que el tribunal de alzada evidentemente vulneró los derechos y garantías constitucionales alegados por la recurrente, pues dispone el reenvío de la causa con argumentos errados (valoración de prueba no introducida a juicio), provocando una carga procesal innecesaria; pero, además bajo riesgo de re victimizar a la víctima que debe someterse nuevamente ante un juez, cuando los hechos sobre los que se juzgó fueron acreditados y que únicamente el defecto recae sobre el quantum de la pena, que conforme la jurisprudencia citada bien puede ser corregida por el tribunal de alzada.

En consecuencia, ante la evidente infracción de las normas penales y constitucionales en la que incurrió el Tribunal de alzada, al no haber realizado el control adecuado del quantum de la pena, en base a datos correctos del expediente respecto a la fijación de la pena y en su caso desconociendo los principios de celeridad, eficacia y eficiencia de la jurisdicción ordinaria, reconocida en los arts. 178 y 180 de la C.P.E., soslayando su obligación con argumentos que denotan un desconocimiento de su propia competencia, corresponde disponer que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, dicte nuevo auto de vista considerando los criterios desarrollados en la presente resolución, así como la doctrina desglosada, argumentos también ratificados por el A.S. N° 763/2014-RRC de 19 de diciembre.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por María Elena Espinoza Colque, con los fundamentos expuestos precedentemente; y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N°49/2016 de 12 de agosto, disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie un nuevo Auto de Vista en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente Resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente Auto Supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, para que por intermedio de sus Presidentes, bajo responsabilidad, pongan en conocimiento de los Jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de la Sala, ofíciase nota al Consejo de la Magistratura, para que tome conocimiento del presente Auto Supremo.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzman.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



228

Vicente Tamares y otros c/ Pedro Paricagua Sánchez y otro
Alteración de linderos y otro
Distrito: Chuquisaca

AUTO DE VISTA

Sucre, 14 de septiembre de 2016.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia N° 04/16 de 24 de febrero de 2016, dictada por el Juez de Sentencia N° 2 en lo Penal de la Capital (fs. 318 a 330 vta.), a la conclusión del juicio oral seguido por Vicente Tamares Quiroga y otros, contra Pedro Paricagua Sánchez y Rodolfo Paricagua, por los delitos de "alteración de linderos y perturbación de posesión", previstos en la sanción de los arts. 352 y 353 del Cód. Pen.; el recurso de apelación restringida de fs. 339-342, la respuesta de fs. 347-348; los antecedentes remitidos, las normas legales pertinentes, y.

CONSIDERANDO: Que cual emerge del acta de audiencia de juicio oral, el proceso concluyó en esa etapa con la dictación de la Sentencia N°04/16 de 24 de febrero de 2016 ahora impugnada en apelación restringida, que declaró a los acusados Pedro Paricagua Sánchez y a Rodolfo Paricagua, absueltos de culpa y pena de los delitos de alteración de linderos y perturbación de posesión, con costas.

Notificadas las partes con dicha resolución, los querellantes interpusieron contra la sentencia de referencia, el recurso de apelación restringida en los términos del memorial de fs. 339 a 342, que fue providenciado por decreto de fs. 343, imprimiendo el procedimiento establecido en el art. 409 del Cód. Pdto. Pen.; presentándose el memorial de respuesta de los acusados que cursa a fs. 347-348, emitiéndose el decreto de fs. 349 en el que se ordena la remisión del cuaderno procesal en alzada, emplazando a las partes a su comparecencia ante dicho tribunal en el plazo de ley, remisión que se cumple cual consta del oficio de fs. 352 y constancia del sistema informático de fs. 353, que asigna la causa a esta Sala Penal Segunda, en la que se emite el decreto de fs. 355 en el que observa el recurso planteado por incumplimiento de requisitos impuestos por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., otorgando, en aplicación del art. 399 primer párrafo del Cód. Pdto. Pen., el plazo de tres días para subsanar las observaciones, bajo apercibimiento de rechazo; presentando la parte apelante en dicho mérito, memorial de subsanación que corre a fs. 358-363 dentro del plazo legal otorgado; radicándose la causa en esta Sala Penal Segunda, conforme se evidencia del decreto de fs. 364, procediéndose al sorteo oportuno de la causa, cual emerge del sello que cursa a fs. 366 vta., emitiéndose en consecuencia la presente resolución de alzada.

CONSIDERANDO. Que por los efectos emergentes, corresponde a este tribunal de alzada formular en primer término juicio de admisibilidad en el marco de las normas generales previstas por los arts. 394, 396-3, y específicas para apelación restringida, previstas en los arts. 407 y 408 todos del Cód. Pdto. Pen. En ese orden se tiene que: a) la parte querellante fue notificada con la sentencia que impugna, en el siguiente orden: Inés Saavedra: el 18 de marzo de 2016 a hrs. 15:25; Vicente Tamares, Heriberto Avendaño, Leandra Reyes, Andrés Morales y Petrona Velásquez, todos ellos, el 21 de marzo de 2016 a hrs. 15:25, según las diligencias de fs. 3 y 32, 34-38 respectivamente, fechas desde las que corresponde computar el plazo de los 15 días establecido por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., en la forma dispuestas por el art. 130 de dicho cuerpo legal; a ello se tiene, del cargo electrónico de fs. 339, que el memorial de recurso de apelación restringida de fs. 339-342, ha sido presentado a hrs. 10:22 del día 4 de abril de 2016; por lo que, tomando en cuenta la fecha de notificación con la sentencia y la fecha de presentación del recurso de apelación restringida, el mismo ha sido presentado dentro del plazo previsto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; b) los recurrentes, al ser los querellantes, son parte en el proceso, por lo que se encuentran legitimados para apelar; c) de la lectura, en lo formal, del memorial de apelación y el de subsanación, se concluye que el recurso de apelación presentado cumple -en lo formal- con la previsión contenida en el art. 396-3 in fine del Cód. Pdto. Pen., por lo que, estando cumplidos los requisitos generales de forma y el plazo, en ese orden se admite el recurso que se examina, en todo cuanto hubiere lugar en derecho; reservándose este tribunal, la verificación de los requisitos específicos, previstos en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen. -oportunamente extrañados-, a tiempo de abordar cada uno de los motivos del recurso deducido, examinando el memorial de subsanación.

CONSIDERANDO: Que admitido el recurso de apelación restringida en los términos referidos supra, corresponde establecer los motivos traídos en alzada, los que emergentes del memorial de impugnación son los siguientes: Violación de Ley Sustantiva, art. 352 del Cód. Pen.

Sostienen los apelantes, que esta disposición legal fue violada por el a quo, al no considerar que el bien jurídico protegido es el derecho propietario y la tenencia del inmueble, y que consiste en apoderarse en todo o en parte de un inmueble suprimiendo o alterando los términos o linderos de una propiedad, elementos constitutivos que dicen haber plenamente acreditado en autos, y haber reconocido el juez a quo en las conclusiones de la sentencia su derecho propietario sobre los terrenos colectivos de pastoreo de la zona de la Florida; que esos terrenos, al estar divididos, la división se encuentra registrada en Derechos Reales, aspecto que demuestra la acreditación sobre la posesión de

los terrenos cercados con postes y alambrados. Que en la sentencia se admite también la acreditación, de que los acusados procedieron al volteo de postes y alambrados, aspecto ratificado en la audiencia de inspección, para luego sostener que precisamente fue con esos postes y alambrado que cercaron su propiedad, al amparo del art. 114 del Cód. Civ., para determinar los límites o linderos, y de esa manera ejercer su posesión sobre los mismos; acciones que el juez a quo considera que no constituyen posesión ni delimitación del derecho propietario, extremo falso y errado. Citan al efecto al tratadista José Valda, quien sostiene que el art. 352 no sanciona una usurpación violenta o engañosa, sino una más discreta, disimulada, en la que los límites de una propiedad son recorridos para apoderarse de un inmueble y en detrimento de su propietario se le reste superficie, y que el bien jurídico protegido es el uso y goce pacífico de una bien inmueble por el hecho de posesión o tenencia, de la facultad de ocupación de un inmueble otorgada por un derecho real; en tal sentido, consideran que la resolución impugnada incurrió en error de derecho en la interpretación de la norma, al disponer la absolución de los acusados, toda vez que el delito acusado fue consumado, el delito es doloso, se perpetró con conocimiento de los acusados y aceptación de haberlo cometido con intención de apoderarse de sus terrenos; en tal sentido, afirman que son autores directos de la comisión del delito acusado al tenor del art. 20 del Cód. Pen.

Violación de ley sustantiva, art. 353 del Cód. Pen.

Sobre este motivo, sostienen los apelantes que en autos, los elementos constitutivos de dicho ilícito fueron acreditados, y denuncian la violación de esta disposición legal, toda vez que en la fundamentación jurídica de la sentencia, se refiere que es un delito de peligro, que se consume al emplear violencia contra la persona que ejerce un derecho real o la posesión de un inmueble; que en las conclusiones de la sentencia se reconoce que acreditaron ser los propietarios y beneficiarios de los terrenos colectivos de pastoreo que se encuentran en la zona de la Florida, habiendo cancelado impuestos y que procedieron a la división del terreno, que se encuentra inscrita en Derechos Reales, y que al estar cercado el terreno, estaban en posesión del mismo, y que el pago de patentes demostraría su posesión real, posesión que se encuentra acomodada a la previsión contenida en el art. 87 del Cód. Civ.; que se toma también como conclusión en el punto tercero, que los acusados voltearon los postes y alambrado con los que se encontraba cercado el terreno, hecho que consideran acción violenta, pues emplearon fuerza y violencia para tumbar los postes y alambrado, acomodando así los acusados su conducta al tipo penal de perturbación de posesión, toda vez que con acciones violentas tumbaron los postes y alambrado del cercado, y esta acción la hicieron con conocimiento y voluntad, extremo aceptado por los acusados, lo cual implica la existencia de dolo; además de que se constató, a través de la inspección, la existencia de hitos que delimitan la propiedad de los acusados con los terrenos colectivos de pastoreo que se encuentran en su posesión, cuando se muestra el hito natural de la quebrada, que en su inicio se encuentra con cemento; citando al efecto nuevamente, al tratadista Jorge José Valda, resaltando que el fin principal de la perturbación de posesión, es pretender quedarse con el inmueble y tomar posesión de él, y que las acciones de perturbación son aquellas que importan una limitación a los derechos inherentes a la posesión, una restricción en el uso y goce del inmueble que se posee, sin llegar a ocuparlo, de donde concluyen que el juez a quo, incurrió en error de derecho en la interpretación de la norma sustantiva denunciada de violada, para finalmente solicitar, en mérito al error de derecho que acusan, se pronuncie de forma directa nueva sentencia, sin necesidad de reenvío, condenando a los acusados por los delitos de alteración de linderos y perturbación de posesión; y, al existir concurso ideal de delitos, se les condene a la pena de cuatro años de privación de libertad.

CONSIDERANDO: Que establecidos en los términos expuestos los motivos de apelación, corresponde inicialmente verificar y establecer si los impugnantes subsanaron los defectos del recurso observados por providencia de 3 de mayo de 2016 (fs. 355), al cumplimiento del art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; habiéndose observado respecto a ambos motivos del recurso: 1. No indica la norma habilitante del recurso. 2. No citan concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, ni expresan cuál es la aplicación que se pretende de ellas e indicarse de forma separada cada violación debidamente fundamentada. 3. No establece ni fundamenta cuáles las reglas de la sana crítica fueron omitidas o erróneamente aplicadas por el a quo, ni en qué parte de la resolución se encontrare el defecto.

Que en ese marco, se tiene que los recurrentes presentaron el memorial de fs. 358-363, reiterando los fundamentos de su recurso, y subsanan aunque con exposición ambigua las observaciones realizadas por este tribunal, en cuyo mérito se pasa a resolver el recurso de apelación restringida respecto a los dos motivos del meritado recurso, en base a los siguientes argumentos de orden legal:

I. En relación al primer motivo del recurso de apelación restringida, es decir la vulneración de ley sustantiva expresada en el art. 352 del Cód. Pen.; al respecto, cabe precisar inicialmente que el tipo de injusto doloso previsto en la norma legal citada; es decir, la alteración de linderos, constituye un delito cuyo bien jurídico protegido es la propiedad; sujeto activo puede ser cualquier persona (vecino de la propiedad ajena); sujeto pasivo cualquier persona; verbo rector del tipo de injusto es "suprimir o alterar" los términos o linderos; en relación al elemento subjetivo del tipo, sólo reconoce la forma dolosa, y en cuanto al elemento objetivo del tipo, prevé una acción de hecho encaminada a apoderarse en todo o en parte de un inmueble ajeno.

Bajo esta precisión, en cuanto a los elementos constitutivos del tipo penal, los recurrentes sostienen que la conducta de los acusados se subsume a este tipo penal, toda vez que las conclusiones establecidas en sentencia, dan por acreditado que los querellantes son copropietarios del bien inmueble objeto de alteración de sus linderos; es decir, son propietarios y beneficiarios de los terrenos colectivos de cultivo, pastoreo y ahijadores de la zona de la Florida, Cantón San Lázaro, Provincia Oropeza del Departamento de Chuquisaca; que cancelaron en su oportunidad los impuestos; que esos terrenos se procedieron a dividir, y que la división se encuentra inscrita en Derechos Reales, con lo cual refieren haber acreditado la posesión de los terrenos cercados con postes y alambrados, postes y alambrados que fueron volteados por los acusados, hechos que fueron demostrados y que salen en las conclusiones primera, segunda y tercera de la sentencia; sin embargo, de manera contradictoria, se pronuncia sentencia absolutoria en favor de ambos acusados, bajo el fundamento de que el cercado del terreno no implica acciones de posesión ni delimitación, tal cual afirman en su recurso.

Que del análisis de la sentencia impugnada en el marco de las reclamaciones referidas; se establece que ciertamente los hechos reclamados como acreditados por los recurrentes tienen relación con las conclusiones de la sentencia en cuestión; sin embargo de estas afirmaciones, los recurrentes soslayan intencionalmente en su argumentación, las demás conclusiones establecidas en la sentencia,

conclusiones que explican de forma clara y precisa, que se acreditó no sólo que los querellantes son propietarios de los terrenos en cuestión, sino que también lo son otras personas, entre ellas el propio acusado Pedro Paricagua, tal cual se afirma en la conclusión cuarta; pero además, en autos, según consta en las conclusiones de referencia, no se llegó a advertir de forma clara los límites de división de esos terrenos, al no existir mojones que dividan los terrenos referidos, y menos que exista una división interna entre los co-querellantes, ni existir antecedente físico del trabajo agrario en esos terrenos, o actos de posesión de cultivo o trabajo de los terrenos por parte de los querellantes, cual se afirma en las conclusiones octava y última conclusión; conclusiones que se encuentran sustentadas en prueba ofrecida y judicializada en audiencia de juicio oral, y que tienen relación precisa con la fundamentación jurídica respecto al injusto doloso "alteración de linderos", fundamentación jurídica que señala con precisión la razón de la decisión; es decir, explica los fundamentos por los cuales consideró no haberse acreditado los elementos constitutivos del tipo de injusto doloso atribuido a los acusados, por lo que se concluye en sentencia, que su conducta no se adecua al tipo penal de alteración de linderos; proceso de análisis de los elementos constitutivos del tipo y de subsunción que en criterio de este tribunal de alzada, se encuentra ajustado a derecho; no advirtiendo este tribunal ilogicidad o contradicción en la sentencia respecto a la fundamentación jurídica relacionada al tipo penal de alteración de linderos; por ello es que no siendo evidentes las acusaciones de los apelantes en cuanto a lo abordado, el primer motivo de apelación deviene en improcedente.

II. En relación al segundo motivo del recurso, es decir, a la violación de ley sustantiva en lo que hace al art. 353 del Cód. Pen.; al respecto, este tribunal de alzada considera importante iniciar el análisis, a partir de la delimitación del marco normativo del delito de perturbación de posesión; a tal objeto se tiene que el tipo de injusto previsto en el art. 353 del Cód. Pen., constituye un delito cuyo bien jurídico protegido es la propiedad; sujeto activo del delito cualquier persona; sujeto pasivo cualquier persona (en esencia la persona que es perturbada en la posesión del inmueble); verbo rector del tipo constituye "perturbar" la quieta y pacífica posesión de un inmueble; elemento subjetivo del tipo, sólo reconoce la comisión dolosa del mismo, y como elemento objetivo del tipo, requiere de una acción violenta o de amenaza en las personas.

Que en el marco antes dicho, el tipo de injusto doloso de perturbación de la posesión, en lo que hace al elemento objetivo, prevé una acción que puede ser de violencia o amenazas, que debe estar dirigida a las personas, para distinguirlas del tipo penal de daño simple o calificado.

Que los recurrentes sostienen -bajo el mismo fundamento fáctico relacionado en el primer motivo del recurso-, que al estar cercado su terreno con postes y alambrado, además de haber acreditado que fueron los acusados quienes voltearon y destruyeron el cercado, constituyen actos violentos, pues emplearon fuerza para voltear los postes y quitar el alambrado, aspectos que sostienen no fueron considerados por el a quo, dando lugar a la interpretación errónea del art. 353 del Cód. Pen., para absolver a los acusados; y finalmente sostener que el peritaje ofrecido, en concreto no fue valorado conforme a las reglas de la sana crítica, sin que en el memorial de subsanación, expliquen de forma clara y precisa, cuál o cuáles de las reglas de la sana crítica fueron omitidas en la valoración del peritaje de referencia.

Que al respecto, la fundamentación jurídica de la sentencia, en lo que hace al tipo de injusto doloso de perturbación de posesión, bajo el sustento de las conclusiones fundadas en sentencia que tienen relación con lo probado en juicio oral, establecen que la conducta de los acusados no se subsume al tipo penal en concreto, dado que en autos no se probó la posesión del inmueble, estableciendo además, de manera clara y precisa, que no se demostró la existencia de actos de violencia o amenazas, ni el dolo de parte de los acusados; vale decir, que no fueron acreditados los elementos constitutivos del tipo de injusto atribuido a los acusados en lo que hace al elemento objetivo del tipo, cual es el de acreditar, más allá de duda razonable, la existencia de una acción de violencia o amenazas dirigida expresamente contra las personas, en el caso particular, en contra de los querellantes; de ello, este tribunal no advierte ilogicidad ni contradicción en la sentencia, o la existencia de los defectos acusados, mucho menos errores in iudicando en la interpretación de la ley sustantiva, cual sostienen los querellantes; teniendo siempre presente, que cual lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional y la doctrina legal aplicable emanada del Tribunal Supremo, que el tribunal de alzada carece de atribución para valorar y revalorizar prueba, así como para re establecer los hechos, atribuciones propias y exclusivas de los tribunales y jueces de juicio, dado que los principios de inmediación y contradicción se materializan ante ellos. En mérito a lo establecido y concluido, deviene en improcedente el segundo motivo del recurso.

Que en relación a la mala valoración acusada por los apelantes por parte del juez a quo, respecto al peritaje, en ambos motivos del recurso de apelación restringida, corresponde reiterar y precisar inicialmente, que el tribunal de alzada tiene como función, verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo, se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a ello, sin que para ello, cual se tiene dicho, les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o a valoración o revalorización de las pruebas; abriéndose excepcionalmente la atribución de control de legalidad de la valoración probatoria, siempre y cuando en la reclamación se cumplan con los requisitos impuestos expresa y puntualmente por la jurisprudencia para ello. En autos, no obstante la observación oportuna para la subsanación de las omisiones advertidas en el recurso de apelación, en lo que hace a las alegaciones sobre la valoración de la prueba, en el memorial de subsanación los recurrentes, a más de reiterar los argumentos expuestos en el recurso, sostienen que dicha prueba fue valorada apartándose de la sana crítica, y siendo que alegar como motivo de recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar y fundamentar cuáles y por qué son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, especificando las partes de la sentencia en las que constare tal agravio; la omisión al respecto, cual ocurre en autos, impide al tribunal abrir su competencia al ejercicio de la referida atribución excepcional, pues carece de elementos de contrastación y verificación para ello.

III. Que, en razón a lo analizado y a las conclusiones fundamentadas establecidas en los numerales precedentes; habiendo del análisis de la sentencia confutada en el marco de los cuestionamientos expuestos en la apelación, advertido este tribunal de alzada, que en la emisión de la sentencia no se ha incurrido en los defectos acusados, y que por el contrario se ajusta a la legalidad y la lógica, corresponde declarar la improcedencia del recurso y mantener incólume la sentencia confutada.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la atribución prevista en el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen.; en mérito a los fundamentos expuestos, declara IMPROCEDENTES los dos motivos de apelación expuestos en el recurso de apelación restringida formulado por los acusadores particulares, contra la Sentencia N° 4/16 de 24 de febrero de 2016; en su mérito, se mantiene incólume el fallo apelado.

La presente resolución, puede ser recurrida de casación, en el plazo y la forma dispuesta por los arts. 417 y 418 del Cód. Pdto. Pen.

La fecha de la presente resolución, responde a la sobrecarga procesal de la sala y de la vocal relatora, entre otros, por la priorización de audiencias y resoluciones de apelación de medidas cautelares y acciones de defensa, revisión de proyectos del otro componente de sala y disidencias.

Vocal relatora: Dra. Elena Lowenthal Claros de Padilla.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Elena Lowenthal Claros de Padilla.- Hugo B. Córdova Egüez.

Ante mí: Abg. Juan Jorge Caballero Laguna.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 26 de septiembre de 2016, cursante de fs. 378 y 381, Vicente Tamares Quiroga, Leandra Reyes Chispas, Andrea Morales Cutipa, Heriberto Avendaño Pérez, Inés Saavedra Calderón vda. de Ríos y Petrona Velásquez Valda, interponen recurso de casación, impugnando el A.V. N° 262/2016 de 14 de septiembre de fs. 367 a 371 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Elena Esther Lowenthal Claros de Padilla y Hugo Córdova Egüez, dentro del proceso penal seguido por los recurrentes contra Pedro Paricagua Sánchez y Rodolfo Paricagua, por la presunta comisión de los delitos de alteración de linderos y perturbación de posesión, previstos y sancionados por los arts. 352 y 353 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 4/2016 de 24 de febrero (fs. 318 a 330 vta.), el Juez 2° de Partido Mixto, Liquidador y de Sentencia en lo Penal de la Capital del Tribunal Departamental de Chuquisaca, declaró a Pedro Paricagua Sánchez y Rodolfo Paricagua, absueltos de los delitos alteración de linderos y perturbación de posesión, previstos y sancionados por los arts. 352 y 353 del Cód. Pen., con costas en contra de la parte querellante.

b) Contra la mencionada sentencia, los acusadores particulares Vicente Tamares Quiroga, Leandra Reyes Chispas, Andrea Morales Cutipa, Heriberto Avendaño Pérez, Inés Saavedra Calderón vda. de Ríos y Petrona Velásquez Valda, interpusieron recurso de apelación restringida (fs. 339 a 342), que previó memorial de subsanación (fs. 358 a 363), fue resuelto por A.V. N° 262/2016 de 14 de septiembre, que declaró improcedentes los dos motivos del citado recurso, manteniendo incólume el fallo apelado, lo que motivó la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 879/2016-RA de 8 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

La parte recurrente denuncia que el tribunal de alzada no se habría pronunciado respecto al incumplimiento del art. 87 del Cód. Civ., lo que se constituiría en vicio de incongruencia, citando como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 13 de 27 de enero de 2007 y 657 de 15 de diciembre de 2007.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se pronuncie uno nuevo de acuerdo a la doctrina legal establecida.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 879/2016-RA de 8 de noviembre, cursante de fs. 389 a 391 vta., este tribunal admitió el recurso formulado por Vicente Tamares Quiroga, Leandra Reyes Chispas, Andrea Morales Cutipa, Heriberto Avendaño Pérez, Inés Saavedra Calderón vda. de Ríos y Petrona Velásquez Valda, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 4/2016 de 24 de febrero, el Juez Mixto de Partido Liquidador y de Sentencia Segundo del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Pedro Paricagua Sánchez y Rodolfo Paricagua, absueltos de la comisión de los delitos de alteración de linderos y perturbación de posesión previstos en los arts. 352 y 353 del Cód. Pen., al concluir en cuanto al delito de alteración de linderos, que los acusados Pedro Paricagua Sánchez y Rodolfo Paricagua el 27 de marzo y 4 de abril del 2013, procedieron a voltear postes y alambrados, sin que se haya acreditado que ese levantamiento (o volteo) de postes se hubiese realizado con la intención de apropiarse todo o parte de esos

terrenos, tampoco se sabría la ubicación que abarca la propiedad de la parte querellante; puesto que, el Testimonio N° 981/2010 de división del inmueble situado en la zona de la Florida Baja, no señala colindancias, sino simplemente la cantidad de hectáreas y metros de superficie y sobre los terrenos de los querellantes, internamente no se sabe sus límites, tratándose de 31 propietarios, por la ausencia de mojones que delimiten claramente los terrenos de la parte querellante con relación a la parte acusada, dando lugar a que exista sobre posición de terrenos; situación advertida en la audiencia de inspección judicial, por lo que es posible que los terrenos donde estaban plantados los postes y alambrados en su integridad no sean de propiedad de los querellantes, sino también de la parte acusada; en consecuencia, no se habría demostrado la ajenidad respecto a los terrenos donde se encontraban plantados los postes y alambrados, tampoco se habría acreditado el dolo en los acusados; es decir, que el volteo de los postes y alambrados referidos tenga la intención de apropiarse de los terrenos de la parte querellante, sino que fue realizado como un acto de defensa de su patrimonio, por lo que concluye que la conducta de los acusados no se subsume a los elementos constitutivos del delito de alteración de linderos y corresponde la absolución por dicho ilícito.

En cuanto al delito de perturbación de posesión, indica que la parte querellante y la parte acusada han demostrado que tienen sus terrenos en el inmueble ubicado en la zona de Florida baja, existiendo un documento sobre división de dicho inmueble, sin que la parte querellante haya acreditado que esté en posesión de esos terrenos, lo cual habría sido evidenciado con la prueba de cargo y descargo, inclusive los propios querellantes con la intención de obtener la posesión de los terrenos cuestionados donde supuestamente ocurrieron los hechos acusados, acudieron a la vía civil a través de la demanda de retener la posesión, declarada improbable en sentencia y posteriormente ejecutoriada; asimismo, señala que no se tiene demostrado la existencia de actos de violencia y amenazas, ni se acreditó el dolo en la conducta de la parte querellante, resultando la prueba insuficiente para establecer la inexistencia del ilícito atribuido.

II.2. De la apelación restringida.

Vicente Tamares Quiroga, Leandra Reyes Chispas, Andrea Morales Cutipa, Heriberto Avendaño Pérez por sí y como apoderado de Inés Saavedra Calderón Vda. Ríos y Petrona Velásquez Valda, interpusieron recurso de apelación restringida, manifestando en síntesis que la sentencia viola disposiciones legales que son interpretadas erróneamente, además de pretender legalizar la justicia por mano propia y no ser nada objetiva; al contrario es subjetiva y no existe probidad jurisdiccional, afirma que se vulneró el art. 352 del Cód. Pen. (alteración de linderos), ya que en el punto VII Fundamentación jurídica indica sus elementos constitutivos del tipo que se encontrarían demostrados; asimismo, bajo el subtítulo el derecho propietario y la tenencia del inmueble, haciendo referencia al Punto VI de las conclusiones del A quo, señala que son copropietarios y beneficiarios de los terrenos colectivos de pastoreo que se encuentran en la zona de la Florida, Cantón San Lázaro provincia Oropeza del Departamento de Chuquisaca, quienes en su oportunidad realizaron las cancelaciones de impuestos, que respecto esos terrenos se procedió a su división que está inscrita en Derechos Reales, por lo que estuvieron en posesión de los terrenos cercados con postes y alambrados que se encuentran en el terreno y citan al efecto el art. 87 del Cód. Civ. Asimismo, señalan bajo otro subtítulo que suprimiendo o alterando los términos o linderos de una propiedad, demostraron como habría señalado en el punto VI de conclusiones, que el miércoles 27 de marzo de 2013, aproximadamente a las 2:00 el acusado Pedro Paricagua Sánchez junto a su hermano Rodolfo Paricagua en los terrenos denominados Jatun Mojho Bajo procedieron al volteo de postes y alambrados, citando al efecto la prueba que acreditó ese extremo, añadiendo que inclusive en la audiencia de inspección se evidenció la existencia de diferentes postes y alambrados que se encuentran volteados, postes que afirman muestran heredad cercada, con los postes y alambrados y que con la facultad del art. 114 del Cód. Civ., determinaron sus límites o linderos y de esa manera ejerciendo posesión sobre los mismos, pues de conformidad a las disposiciones civiles el propietario puede cercar su fundo en cualquier tiempo; empero, manifiestan que para el a quo el plantar poste y alambra no constituyen posesión ni delimitación de linderos, derechos propietarios que les habría reconocido, al igual que el pago de patentes anuales y el cercamiento de su propiedad no constituiría posesión, lo cual consideran falso y errado, indicando que reconoce su derecho propietario, que pusieron los postes y alambrados, al igual que los acusados, en audiencia de inspección y cuando hicieron uso de la palabra en el proceso oral reconocen igualmente que ellos voltearon, retiraron los postes y alambrados, que lo hicieron con conocimiento y voluntad, habiendo aceptado que ellos alteraron sus linderos, límites fijados con postes y alambrados, existiendo dolo según el art. 14 del Cód. Pen., por lo que concluyen que hubo un error de derecho en la interpretación del art. 352 del Cód. Pen. al disponer la absolución de los acusados, aspecto que piden sea advertido y corregido por el tribunal de alzada; puesto que, no se encuentra permitido la justicia por mano propia, ya que el acto de voltear la cerca, postes y alambrados, se produjo conscientemente con el propósito de apoderarse de sus terrenos.

Afirman también que se vulneró el art. 353 del Cód. Pen. (Perturbación de Posesión), ya que son copropietarios y beneficiarios de los terrenos colectivos de pastoreo que se encuentra en la zona de la Florida, Cantón San Lázaro provincia Oropeza del Departamento de Chuquisaca, quienes en su oportunidad realizaron las respectivas cancelaciones de impuestos, terrenos que fueron divididos y que al estar cercada su posesión era real, encontrándose a lo dispuesto por el art. 87 del Cód. Civ.

Observado el escrito por providencia de 3 de mayo de 2016 (fs. 355), la parte recurrente presentó memorial de 9 de mayo de 2016 (fs. 358 a 363) por el cual afirman que cumplieron con lo dispuesto, señalando como motivos impugnados: i) La existencia de violación al art. 352 del Cód. Pen., ya que cuando instauraron la acción penal fue porque voltearon sus postes y alambrados con los que se encontraban delimitados sus derechos, con la intención de apoderarse de los mismos por lo que fundamentaron su querrela de acuerdo al citado artículo, que fue violado porque en la fundamentación jurídica de la sentencia, ya que manifiestan que los elementos constitutivos de la citada norma fueron demostrados que de las conclusiones y valoración de la prueba se demostraría que estuvieron en posesión de los terrenos cercados con postes y alambrados que se encuentran en el terreno y citan el art. 87-1 del Cód. Civ., relativo a que la posesión es el poder de hecho ejercido sobre una cosa mediante actos que denotan la intención de tener sobre ella el derecho de propiedad y otro derecho real; posteriormente, se refieren a otro elemento analizado: "suprimiendo o alterando los términos o linderos de un propiedad" y lo fallado por el a quo; y, ii) Indican que se vulneró el art. 353 del Cód. Pen., cuyos elementos constitutivos afirma fueron demostrados.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, dictó el auto de vista impugnado, declarando improcedentes los dos motivos de alzada, al concluir sobre el primero motivo apelado en cuanto a la vulneración del art. 352 del Cód. Pen., que el tipo de injusto doloso es la alteración de linderos, que es un delito cuyo bien jurídico protegido es la propiedad, al sujeto activo pasivo, verbo rector "suprimir o alterar" los términos o linderos, que prevé una acción de hecho encaminada a apoderarse en todo o en parte de un inmueble ajeno, para luego señalar respecto a lo aducido en el recurso planteado, que del análisis de la sentencia, se establece que los hechos que aducen estar demostrados por los apelantes guardan relación con la sentencia; sin embargo, soslayan las demás conclusiones que contendría la sentencia, donde se explicaría de forma clara y precisa, que se acreditó que los querellantes son propietarios de los terrenos en cuestión y también de otras personas, entre ellas el acusado Pedro Paricagua, como se indicaría en la conclusión cuarta; pero además, en autos según consta en las conclusiones de referencia, no se llegó a advertir de forma clara los límites de división de esos terrenos, al no existir mojones que dividan los terrenos referidos y menos que exista una división interna entre los co-querellantes, ni existir antecedente físico del trabajo agrario en esos terrenos, cual se afirma en las conclusiones octava y última conclusión; conclusiones que se encuentran sustentadas en la prueba ofrecida y judicializada en audiencia de juicio oral, y que tienen relación precisa con la fundamentación jurídica respecto al injusto doloso "alteración de linderos", fundamentación jurídica que señala con precisión la razón de la decisión; es decir, explica los fundamentos por los cuales consideró no haberse acreditado los elementos constitutivos del tipo de injusto doloso atribuido a los acusados, por lo que se concluyó en sentencia, que su conducta no se adecua al tipo penal de alteración de linderos; en consecuencia, el proceso de análisis de los elementos constitutivos del tipo y de subsunción que en criterio del tribunal de alzada, se encuentra ajustado a derecho, por lo que no observó que se incurra en ilogicidad o contradicción en la sentencia respecto a la fundamentación jurídica relacionada al tipo penal de alteración de linderos.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con los precedentes invocados

En el caso presente, los acusadores particulares denuncian que el tribunal de apelación incurrió en un vicio de incongruencia al no haberse pronunciado respecto al art. 87 del Cód. Civ.; a cuyo efecto, invocaron como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 13 de 27 de enero de 2007 y 657 de 15 de diciembre de 2007, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3 de la L.O.J. y 419 del Cód. Pdto. Pen., las Salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., preceptúa: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar."

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes, ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios, será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores; y, sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen.

III.2. De los precedentes invocados y análisis del motivo.

La parte recurrente expresa que el tribunal de apelación no se habría pronunciado respecto al art. 87 del Cód. Civ., incurriendo en vicio de incongruencia, habiendo citado como precedentes contradictorios:

El A.S. N° 13 de 27 de enero de 2007, emitido dentro de un proceso por el delito de Despojo, donde inicialmente se dictó sentencia absolutoria, apelada que fue por auto de vista, se anuló totalmente la sentencia y ordenó la reposición del juicio por otro juez, fallo que recurrido de casación, fue dejado sin efecto a raíz de que el a quo se excedió al calificar como "abuso de confianza" a una supuesta falta de título idóneo, que de existir título idóneo que acredite la posesión o la tenencia no habría dolo, pero ese título debe justificar la posesión o tenencia contemporánea a los hechos acusados y no referirse al título con el que se hubiera iniciado la detentación o posesión; asimismo, se excedió al tomar en cuenta para su decisión el contenido del acta de conciliación que no es un medio de prueba para una sentencia, tampoco puede ser valorado por el tribunal de alzada, ya que esa actividad (valoración probatoria) le está vedada; en consecuencia, se pronunció la siguiente doctrina legal aplicable: "El tribunal a quo al calificar la forma comisiva del delito despojo a la forma de 'abuso de confianza', comete un error debido a que la falta de título no configura 'abuso de confianza', como se ha expuesto supra el abuso de confianza, como elemento normativo del tipo penal despojo, solo puede emerger de una relación directa o indirecta entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la cual emerja justamente la 'confianza', si bien el tipo penal señala como forma comisiva cuasi abierta 'cualquier otro medio, despojare a otro', en ese caso será el intérprete -juzgador- que deberá concretar el sentido de la norma legal, mediante una valoración que tome en cuenta los códigos, leyes o el orden normativo al que debe remitirse. Por otra parte de acuerdo a la filosofía del Código de Procedimiento Penal, y la línea doctrinal

sentada por este Tribunal de Justicia, el tribunal de apelación debe tomar en cuenta que la anulación del juicio solo se justifica si los vicios de la sentencia o la violación a la garantía del debido proceso es de tal magnitud que permita en el juicio de reenvió la posibilidad de un cambio radical en la sentencia, no existiendo doble instancia en el actual sistema procesal por lo que la corte de alzada se encuentra obligada a ajustar su actividad jurisdiccional ya sea anulando total o parcialmente la sentencia y ordenar la reposición del juicio por otro juez o tribunal o dictar nueva resolución, emisión que la realizará sin llegar a revalorizar la prueba introducida a juicio”.

El A.S. N° 657 de 15 de diciembre de 2007, dictado en un proceso penal por el delito de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumentos falsificados, habiéndose dictado sentencia condenatoria, apelada ésta, se emitió el auto de vista que fue dejado sin efecto por auto supremo, emitiéndose un nuevo auto de vista que recurrido casación, también fue dejado sin efecto porque resolvió sin fundamento, omitiendo vertir criterios jurídicos que lo respalden; consecuentemente, se pronunció la siguiente doctrina legal aplicable: “La línea jurisprudencial referida se encuentra consolidada, ya que constituye un deber ineludible de los jueces y tribunales de desplegar los fundamentos de la resolución, a más de circunscribirse a los puntos cuestionados, vale decir, que cada punto resuelto debe llevar su respectivo argumento, tratándose de jueces y tribunales de sentencia el fundamento debe ser de hecho y de derecho; mientras que, los tribunales de alzada sostienen la resolución de cada impugnación, indefectiblemente, con argumentos jurídicos específicos. Las impugnaciones determinan la competencia de la autoridad jurisdiccional y los fundamentos jurídicos de la resolución brindan seguridad jurídica a las partes procesales. La falta de fundamento de la resolución de uno de los puntos cuestionados, implica la inobservancia de la tutela judicial efectiva, defecto absoluto que es necesario subsanar, el recurso concretiza la omisión del acto jurisdiccional, correspondiendo que éste tribunal debe dejar sin efecto la resolución recurrida”.

Al respecto, se advierte que las problemáticas procesales dilucidadas en los precedentes invocados que anteceden, no responden al mismo hecho fáctico motivo de casación; puesto que, se refieren a la calificación de los elementos del delito de Despojo; y, el segundo precedente hace referencia a la fundamentación que debe contener los fallos, por lo que en el presente recurso de casación al cuestionarse la falta de pronunciamiento sobre el art. 87 del Cód. Civ. (noción de posesión), responde a un hecho diferente como es la incongruencia omisiva; consecuentemente, no es posible efectuar la labor de contraste jurisprudencial considerando el entendimiento destacado en el acápite III.1 del presente fallo, siendo menester destacar que en casos semejantes al presente, este tribunal dejó sentado el siguiente criterio contenido en el A.S. N° 396/2014-RRC de 18 de agosto de 2014, respecto a los requisitos que deben cumplir los precedentes contradictorios: “Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal Superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.Ó.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo”.

No obstante lo señalado y atenta la denuncia de falta de pronunciamiento sobre la citada norma civil, se observa que el tribunal de alzada se pronunció sobre los motivos alegados por los acusadores particulares en su apelación en su conjunto; advirtiéndose que los recurrentes como un preámbulo de sus denuncias relativas en las normas sustantivas previstas en los arts. 352 y 353 del Cód. Pen., al hacer referencia a su derecho propietario y la tenencia del inmueble en cuestión, se limitaron a la cita del art. 87-1 del Cód. Civ., conforme se desprende del acápite II.2 de la presente resolución, asumiendo el Tribunal de alzada en la resolución impugnada de casación haberse observando en la sentencia su congruencia y conclusiones arribadas respecto al primer tipo delictivo, indicando que los querellantes son propietarios de los terrenos en cuestión y otras personas, entre las que se encuentra el acusado Pedro Paricagua, que no existiría precisión sobre los límites de división de los terrenos, al no existir mojoneros que dividan los terrenos referidos, ni división interna entre los querellantes, por lo que concluyó que el trabajo de subsunción del a quo se encuentra ajustado a derecho, sin que haya advertido ilogicidad o contradicción en la sentencia en su fundamentación jurídica sobre el tipo penal de alteración de linderos, así como respecto al delito de perturbación de posesión previsto por el art. 353 del Cód. Pen. ante la falta de acreditación de dolo en los imputados y de una acción de violencia o amenazas dirigida expresamente a los querellantes, dejando constancia de su imposibilidad de efectuar una revalorización probatoria y restablecer los hechos, al ser tareas exclusivas del juez de origen, razones por las que el tribunal de alzada actuó de acuerdo a las previsiones establecidas por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; en consecuencia, el recurso de casación resulta infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Vicente Tamares Quiroga, Leandra Reyes Chispas, Andrea Morales Cutipa, Heriberto Avendaño Pérez, Inés Saavedra Calderón Vda. de Ríos y Petrona Velásquez Valda.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crísthian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



229

Ministerio Público c/ Alfredo Gonzales Rivas
Estafa e incumplimiento de deberes
Distrito: Potosí

AUTO DE VISTA

Potosí, 22 de marzo de 2016.

VISTOS.- Auto supremo de fs. 157 a 164 vta., el recurso de apelación restringida de fs. 102-107, interpuesta por Alfredo Gonzales Rivas, contra la Sentencia N° 17/2013 de 19 de noviembre de 2013, que cursa de fs. 63-71, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 1 de la Capital, el auto de fs. 115 que manda a subsanar el recurso, el memorial de subsanación del recurso de fs. 117-118, demás antecedentes que cursan en el cuaderno procesal y.

CONSIDERANDO.- Que una vez finalizado el juicio oral, continuo, contradictorio y público, tramitado en el Tribunal de Sentencia N° 1, Alfredo González Rivas, conforme el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., es sentenciado a sufrir una pena privativa de libertad de dos años y seis meses, a cumplir en el Centro de Readaptación Productiva Santo Domingo de la localidad de Cantumarca del departamento de Potosí por ser autor de los delitos de Estafa e Incumplimiento de Deberes previstos en los arts. 335 y 154 del Cód. Pen. y lo beneficia con la suspensión condicional de la pena, conforme el art 366 del Cód. Pdto. Pen.; Inconforme con el fallo, el imputado Alfredo González Rivas, interpone el recurso de apelación restringida, previo traslado, es remitido por el juez a quo por providencia de fs. 111 ante el tribunal de alzada para su consideración y resolución.

CONSIDERANDO.- Que radicado ante este tribunal de apelación el proceso, en mérito de las previsiones legales y a efectos de admisibilidad del recurso, ante la defectuosa fundamentación y la falta de forma del recurso, este tribunal, previamente a la admisión, conforme el principio de subsanación establecido en el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., al ser el recurso confuso, en el que, las cuestiones planteadas en los cuatro agravios expuestos en el recurso, básicamente se traducen en: defectos o vicios de la sentencia por errónea aplicación de la ley sustantiva, violación de derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legalidad, al debido proceso, la presunción de inocencia y derecho a petición, argumenta el art. 370 del Cód. Pdto. Pen. en sus numerales 1, 5, 6 y 9 con imprecisión de fundamentos, sin señalar la aplicación que se pretende; mediante auto de fs. 115 este tribunal concede al recurrente el término de tres días, para que enmiende las observaciones a su recurso, bajo conminatoria de rechazo de la apelación restringida, por incumplimiento de los requisitos y formas previstos en los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., e imprecisión en los fundamentos que constituyen defectos subsanables, conforme a los fundamentos que se puntualizan y desglosan en el referido auto, a efectos de que con base en esas observaciones se corrijan y subsanen los defectos de la apelación restringida.

Que, por memorial de fs. 117-118 de obrados, Alfredo Gonzales Rivas, bajo la suma de "cumple lo observado", haciendo prácticamente una ratificación de su apelación sin puntualizar la aplicación que pretende, refiere haber subsanado las observaciones.

Que, del memorial de apelación de fs. 102 a 107 y del memorial de subsanación de fs. 117-118 de obrados, en los que el imputado apelante Alfredo Gonzales Rivas expone agravios se tiene:

Primer motivo.- Argumentando el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., "inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva"; establece las normas erróneamente aplicadas los arts. 335 y 154 del Cód. Pen. y como normas violadas los arts. 173-6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen. y los arts. 115 y 117 de la C.P.E., estimando la aplicación que pretende en: la correcta aplicación de los elementos normativos y constitutivos de los delitos de estafa e incumplimiento de deberes. Indicando que el tribunal a quo considero que su persona es autor de los delitos indilgados, porque su persona se hubiese encontrado con la víctima y le propuso que fabrique ropa para los de la oficialía mayor de vías de la alcaldía, habiendo conversando la víctima con otro funcionario Percy Gutiérrez, para ver las tallas y otros detalles, habiéndose entregado la ropa en dos partes primero el 80% y después el 20% antes del 6 de agosto de 2009, que dicha ropa ingreso a almacenes y fue distribuida a los trabajadores

por la trabajadora social, que posteriormente la víctima fue a reclamar el pago y averiguo que su persona no había realizado el proceso de acuerdo a normas en vigencia, pero el tribunal dice; no analiza que su persona junto a Percy Gutiérrez fueron sancionados con el 10% de su haber precisamente por no haber observado el reglamento para la contratación de ropa de trabajo, todo a raíz de que Manuel Vacaflores de la parte administrativa, le dijo que si no realizaba la contratación el presupuesto para la ropa de trabajo se iba a perder, que el informe del asesor refiere que corresponde pagar a la víctima por la adquisición de la ropa de trabajo.

Más adelante dice, que no obstante lo referido, el tribunal a quo establece, que su conducta se subsume a los tipos penales de estafa e incumplimiento de deberes refiriendo que para el delito de estafa su persona había ordenado a almacenes que ingrese la ropa de trabajo y que ordeno a la trabajadora social que reparta la ropa y para el incumplimiento de deberes su persona habría inobservado las normas de contratación. Refiere que con estos antecedentes no se puede determinar los elementos constitutivos del delito de estafa, que primero debe verificarse la existencia de dolo, que en realidad se trataba de un contrato incumplido por lo que queda la vía civil, dice que el tribunal de sentencia aplica erróneamente la ley sustantiva porque para la calificación del delito de estafa es necesario revisar la doble relación de causalidad, primero los engaños como causa del error provocado a la víctima y segundo como causa de detrimento económico y que se beneficie el sujeto activo del delito; que este aspecto se considera defecto absoluto. Con relación al delito de incumplimiento de deberes dice, que el tribunal a quo, no establece como es que él, de manera ilegal ha omitido, rehusado hacer o retardado algún acto propio de su función mencionado que no ha aplicado en el proceso de contratación el D.S. N° 1881, sin especificar el artículo, que su persona fue sancionada no por no cumplir su función, si no por hacer algo que tenía que hacer la autoridad responsable del proceso de contratación, que obviamente no era él, por lo que infiere que el municipio sabía que se debía cancelar a la víctima, hace mención de precedentes de autos supremos al respecto.

Segundo motivo.- Argumentando el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., "que no exista fundamentación de la sentencia o esta sea insuficiente o contradictoria"; establece la norma violada el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y estimando la aplicación que pretende en: observar la obligatoriedad de fundamentar que tiene el tribunal de sentencia de acuerdo al principio de seguridad jurídica.

Refiere que, en la fundamentación probatoria intelectual, que respecto de la prueba testifical se observa un resumen de lo manifestado por los testigos descargo y en la última parte dice que refiere "donde queda completamente claro que hubo fortalecimiento en error, el hecho de la erogación de gastos de dinero, utilización de ardidés, beneficios" e indica el apelante que el tribunal de ninguna manera explica esta conclusión, de que hubo engaños ardidés, cuando el testigo ni siquiera ha referido estos términos, por lo que dice en esta parte de la sentencia no existe una adecuada fundamentación del porque se llega a esa conclusión y es insuficiente en su fundamentación, lo propio ocurre en la parte de fundamentación probatoria descriptiva respecto de los hechos probados, igual dice carece de una debida fundamentación; añade que la debida fundamentación es un derecho de las partes, se omite realizar una exposición razonada de motivos en los que se funda para establecer que su persona cometió los delitos indilgados, haciendo mención de precedentes de autos supremos al respecto.

Tercer motivo.- Argumentando el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., "que la sentencia se base en hechos inexistentes o acreditados o en la valoración defectuosa de la sentencia"; establece las normas violadas los arts. 173, 6,13, 124 del Cód. Pdto. Pen., 115 y 117 de la C.P.E. y estimando la aplicación que pretende en: que se valore las pruebas de acuerdo a la sana crítica.

Indica que, se ha valorado de manera defectuosa la prueba producida, sin pronunciamiento sobre la totalidad de medios probatorios, como es obligación del juzgador, puesto que la prueba debe ser valorada integralmente, y no puede ser obviada al momento de fundamentar, sin tan siquiera referir su contenido, que los testigos dijeron verdades a medias y en otros faltaron a la verdad, que según el acta de denuncia, fue la víctima la que ofreció ropa de trabajo y no que su persona haya buscado y pedido con engaños que ella proporcione ropa de trabajo, dice que la MP2 y MP3, referida a reiteradas cartas presentadas por la víctima exigiendo el pago, descartando que el trato haya sido simplemente a título personal entre la "víctima" y su persona.

Cuarto motivo.- Argumentando el art. 370-9 del Cód. Pdto. Pen., "que falte firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado, en la deliberación", establece las normas violadas los arts. 173-6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen., 115 y 117 de la C.P.E. y estimando la aplicación que pretende en: que se anule por defecto absoluto la resolución apelada.

Refiere que no se consigna la firma de ninguno de los jueces técnicos y ciudadanos, que este hecho constituye defecto absoluto, al no haber constancia de la participación de la juez técnico como de los ciudadanos, en la redacción de la sentencia y al ser este extremo un defecto absoluto susceptible de convalidación que atenta a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio el debido proceso, la presunción de inocencia del acusado y derecho de petición por lo que dice corresponde anular la sentencia.

CONSIDERANDO.- Que así expuestos los motivos de la apelación, a los fines de su tratamiento es necesario establecer que la impugnación conforme el art. 180-II de la C.P.E., está reconocida por lo establecido en el art. 394 del Cód. Proc. Pen.

Que, la apelación restringida por las características que tiene, es un recurso que se interpone por motivos prescritos en los arts. 407, 169, 370 todos del Cód. Pdto. Pen., en relación con lo establecido por el art. 180-II de la C.P.E., que establece el derecho a recurrir como emergencia del principio pro actione, este recurso tiene como marco y limite las formas establecidas y predeterminadas por ley de lo que también se infiere que el derecho a la impugnación no es un derecho absoluto y conforme el principio de reserva legal es introducido y reglamentado en nuestra legislación penal como un derecho incurso en el art. 394 del Cód. Pdto. Pen. que establece el derecho de recurrir, disponiendo: las resoluciones judiciales serán recurribles en los casos expresamente establecidos por este Código. El derecho de recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por ley, incluida la víctima aunque no se hubiere constituido en querellante".

Que la apelación restringida considerada como otro mecanismo de defensa conforme el art. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen. mismo que fundamentalmente no considera hechos, efectúa un control de la legalidad, un análisis sobre si el juez de mérito aplicó o no correctamente la ley, al hecho descrito en la sentencia.

Que son dos los principios que rigen la sentencia en materia penal: el de la congruencia o correlación entre acusación y sentencia y el denominado "iura novit curia". La correlación puede ser subjetiva y objetiva.

Que de acuerdo al principio iura novit curia, es el juez quien tiene la potestad de aplicar el derecho en vigencia, según su leal saber y entender, pudiendo readecuar jurídicamente la plataforma de condena de una manera diferente a como lo solicita el titular de la acción penal al ser función exclusiva de los integrantes del órgano judicial la resolución de los conflictos conforme al derecho vigente. La admisibilidad de modificar la calificación jurídica derivaría de entender que, en tanto la plataforma fáctica permanezca inalterada, el imputado tuvo posibilidades de ejercer correctamente su defensa y no pudo haber sido sorprendido.

Que, la Jurisprudencia vinculante del A.S. N° 119 /2010 de 29 de abril de 2010 expresa: "Al tribunal de alzada le corresponde realizar el control de legalidad, dejando a salvo el conocimiento de los hechos y la prueba al órgano del juicio".

CONSIDERANDO.- Que a efectos de establecer los parámetros legales de resolución es preciso conceptualizar sobre los siguientes aspectos:

Que el Cód. Pen. en su art. 335 con el nomen juris de estafa establece: "El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y con multa de sesenta a doscientos días".

Que al respecto el Manual de la Lengua Española establece dos definiciones para entender que es la estafa: a) Robo de dinero o de bienes que se hace con engaño, timo y b) Incumplimiento de las condiciones o promesas que se había asegurado, especialmente en una venta o en un trato".

Que, por parte el Jurisconsulto Romero refiere que: "La estafa es un engaño, causante de un error, que motiva una disposición patrimonial, que causa un daño patrimonial".

Que de lo glosado se puede inferir que la estafa es un delito no específicamente contra la propiedad, pues afecta al patrimonio, el mismo que se ve disminuido a raíz del acto de disposición promovido por el engaño. Así entendido; el patrimonio será el bien jurídicamente protegido y no así el deber de lealtad que deberá existir en las relaciones económicas o comerciales,

Que asimismo el Cód. Pen. en su art. 154 con el nomen juris de incumplimiento de deberes, establece: " El funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función incurrirá en reclusión de un mes a un año", disposición aplicada por el tribunal a quo .

Que el incumplimiento de deberes es el delito por el que se omite de forma dolosa el cumplimiento de una obligación legalmente establecida emergente de la función pública, en este delito la condición objetiva de antijuricidad es que la función, acto, deber u obligación omitida, estén legalmente establecidos y sean propios de la administración pública, ya que no se le podrá atribuir conducta dolosa ni culpable alguna a quien no tiene una obligación de realizar un determinado acto.

CONSIDERANDO.- Que en la especie; del examen minucioso de la Sentencia N° 1712013 de 19 de noviembre de 2013, que cursa de fs. 63.71, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 1 de la Capital, y Provincia Frías del Departamento de Potosí, que en su parte resolutive Falla conforme el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., y sentencia al imputado -recurrente a sufrir una pena privativa de libertad de dos años y seis meses, a cumplir en el Centro de Readaptación Productiva Santo Domingo de la localidad de Cantumarca del departamento de Potosí por ser autor de los delitos de estafa e incumplimiento de deberes previstos en los arts. 335 y 154 del Cód. Pen. y lo beneficia con la suspensión condicional de la pena, conforme el art 366 del Cód. Pdto. Pen.; del análisis jurídico legal de la misma, de los puntos impugnados en el memorial de alzada y demás elementos procesales adjuntos al cuaderno de antecedentes, el tribunal de alzada, llega a las siguientes conclusiones:

Primera.- Que respecto del primer motivo de agravio en el cual el recurrente argumenta el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., "inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva"; establece las normas erróneamente aplicadas los arts. 335 y 154 del Cód. Pen. y como normas violadas los arts. 173-6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen. y 115 y 117 de la C.P.E., estimando la aplicación que pretende en: la correcta aplicación de los elementos normativos y constitutivos de los delitos de estafa e incumplimiento de deberes. Indicando que el tribunal a quo considero que su persona es autor de los delitos indilgados, al respecto; de la revisión minuciosa de la sentencia de fs. 64 a 69 vta., el tribunal a quo, hace una valoración de los antecedentes, formales, históricos y materiales, se hace una valoración de la prueba testifical cuanto al documental introducida a juicio, de cargo y descargo para luego en la parte de fundamentación probatoria jurídica, subsumir la conducta del imputado a los tipos penales atribuidos y no se advierte que hubiese existido errónea aplicación de la ley sustantiva, en lo que corresponde al delito de incumplimiento de deberes por lo que no se violentan derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia y derecho de petición, con la emisión de la sentencia recurrida, sin embargo respecto del delito de estafa se advierte que el tribunal a quo no ha tomado en cuenta que la condición objetiva de antijuricidad del delito de estafa, es el empleo de engaños, artificios, o provocar o fortalecer error en otro y no existe en el caso sublite, el elemento subjetivo de este delito, que es el dolo, cuya finalidad no es la de engañar, sino la de aprovecharse económicamente de la víctima por medio del engaño, porque si bien el recurrente concertó el precio, la entrega de las prendas de vestir, cantidades etc. con la víctima, ésta conocía que el pago no sería de inmediato, por lo que en definitiva, se evidencia vulneración sobre la aplicación, interpretación de la norma sustantiva cuestionada en consecuencia, es evidente este agravio en esta parte referida al delito de estafa.

Segunda.- Que, respecto del segundo motivo de agravio referido a que no existe fundamentación en la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria, art. 370 del Cód. Pdto. Pen., refiere violación a derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia, al respecto; el tribunal de mérito de fs. 69 a 71, en la parte referida a la fundamentación probatoria jurídica y la parte referida a la fundamentación de la pena, hace la fundamentación en forma coherente y

congruente relacionando los hechos con el delito querrellado de incumplimiento de deberes para luego establecer que el imputado ha subsumido su actuar al delito descrito por el art. 154 del Cód. Pen. de incumplimiento de deberes, dando lugar así a la fundamentación de la pena, siendo la fundamentación suficiente y coherente en virtud de que la prueba admitida, producida e incorporada a juicio oral resulta ser suficiente e idónea habiendo generado en el tribunal a quo la plena convicción sobre la responsabilidad del recurrente para el delito referido, sin embargo; para el delito de estafa, art. 335 del Cód. Pen., se denota insuficiente fundamentación por lo que sobre este aspecto es evidente este agravio.

Que al respecto sobre la insuficiente fundamentación denunciada; la pena impuesta fue tomando en cuenta el delito mayor de estafa que tiene privación de libertad de 1 a 5 años y de Incumplimiento de deberes que tiene una sanción de privación de libertad de 1 mes a 1 año, habiéndose determinado en 2 años y 6 meses en el presente caso, sin atender otras circunstancias previstas en los arts. 37 y 38 del Cód. Pdto. Pen.

Tercera.- Que respecto del tercer motivo de agravio argumentando el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., "que la sentencia se base en hechos inexistentes ó acreditados ó en la valoración defectuosa de la sentencia"; establece las normas violadas los arts. 173, 6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen., 115 y 117 de la C.P.E. y estimando la aplicación que pretende en: que se valore las pruebas de acuerdo a la sana crítica, cuando el recurrente indica que, se ha valorado de manera defectuosa la prueba producida, sin pronunciamiento sobre la totalidad de medios probatorios, como es obligación del juzgador, puesto que la prueba debe ser valorada integralmente, y no puede ser obviada al momento de fundamentar, sin tan siquiera referir su contenido, que los testigos dijeron verdades a medias y en otros faltaron a la verdad, al respecto; de la lectura y análisis de la sentencia apelada, se evidencia que en la parte referida a la Valoración de la prueba testifical de fs. 64 a 68 el tribunal a quo ha considerado el cumplimiento del principio procesal de la contradicción e igualdad procesal, ha razonado sobre la credibilidad de los testigos cumpliendo la norma prevista en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., otorgando tanto a la testifical de cargo y descargo, el valor correspondiente; en la parte referida a la valoración de la prueba testifical de fs. 68, el tribunal a quo ha valorado las mismas en cuanto a su pertinencia con el caso de autos, otorgándoles la eficacia jurídica pertinente; lo mismo ha ocurrido con el análisis y valoración de la prueba literal como consta de fs. 68-69 vta., de obrados consistentes en acta de denuncia, cartas, hoja de instrucción interna informes y otros en virtud del art. 333 del Cód. Pdto. Pen.; por respeto al principio de inmediación del cual está revestido el juicio oral, lo propio ocurrió con la prueba de la acusación particular, para luego en la parte de fundamentación probatoria descriptiva de fs. 69 y vta., hacer la fundamentación en mérito del análisis de toda la prueba introducida y en la parte referida a la fundamentación probatoria jurídica de fs. 69-70 vta., hace la fundamentación en forma coherente y congruente, efectuado una valoración en forma conjunta y armoniosa de toda la prueba en mérito de las reglas de la sana crítica haciendo la descripción del delito de Incumplimiento de deberes atribuido al acusado -recurrente, relacionando los hechos con el delito querrellado de incumplimiento de deberes, sin embargo; como se ha analizado líneas que anteceden; el tribunal a quo no ha realizado una ponderación adecuada y como consecuencia no existe una fundamentación suficiente y coherente respecto del delito de estafa, acomodando luego, el actuar del mismo a la descripción legal del referido delito, en mérito de lo establecido por el art. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., para finalmente, a los fines del art. 25 del mismo cuerpo de leyes, establecer la pena, en tal sentido, se hace evidente el agravio respecto del delito de estafa.

Cuarta.- Que respecto al cuarto motivo de agravio argumentando el art. 370-9 del Cód. Pdto. Pen., " que falte firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación", establece las normas violadas los arts. 173, 6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen., 115 y 117 de la C.P.E. y estimando la aplicación que pretende en: que se anule por defecto absoluto la resolución apelada, al respecto; de la verificación de actuados procesales inherentes a la dictación de la sentencia, se tiene que, con la participación de todos los jueces ciudadanos como consta a fs. 62 y 71 de obrados, donde consta la firma de todos los jueces ciudadanos, en la parte dispositiva de la sentencia aspecto que evidencia que todos los jueces ciudadanos participaron de la deliberación; sin embargo la permisibilidad del art. 360 última parte del Cód. Pdto. Pen. establece " Si uno de los miembros no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación se dejara constancia de ello, y la sentencia valdrá sin esa firma". De lo glosado y del análisis efectuado el hecho de que en la copia que se entregó al recurrente no figurarán las firmas de los jueces ciudadanos esto no quiere decir que éstos no participaron, porque nótese que se entregó al imputado la "copia de la sentencia" no se le entregó el "original". De lo glosado y del análisis efectuado resulta no ser evidente este agravio.

CONSIDERANDO.- Que son dos los principios que rigen la sentencia en materia penal: el de la congruencia o correlación entre acusación y sentencia y el denominado "iura novit curia". La correlación puede ser subjetiva y objetiva.

Que la congruencia o correlación subjetiva tiene directa relación con la regla de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido acusado; por ello no habrá congruencia si en el fallo judicial se condena a una persona que no ha sido previa y formalmente acusada.

Que la congruencia o correlación objetiva se refiere básicamente; a que nadie puede ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o la ampliación de la acusación.

La sentencia en análisis conlleva el respeto por el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, aspecto que claramente esta descrito en el art. 362 del Cód. Pdto. Pen., cuando establece (Congruencia) "El imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación", aspecto que en la especie a ocurrido.

Que, la sentencia como producto del análisis de antecedentes y pruebas traducido en el binomio: hecho y pena, se hadado en el presente caso en lo que respecta al delito de incumplimiento de deberes.

Que los Instrumentos de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) al respecto establecen:

El art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [9] establece que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley"

[10].

De este artículo se infiere -entendiendo de una manera amplia e integradora el espíritu de la norma que tanto el imputado, como la víctima y también el Fiscal tienen derecho a interponer un recurso efectivo que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Por otro lado, según el num. 3, a) del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [11]: "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales." Por su parte, el num. 5 del art. 14 del mencionado Pacto proclama que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley" [12]

CONSIDERANDO.- Que en mérito de lo señalado, en aplicación de la Constitución Política del Estado, la Doctrina Legal Aplicable y vinculante, el debido proceso y en resguardo de los principios de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad.

Que de acuerdo a la nueva filosofía de la L. N° 1970 y la línea doctrinal sentada por este alto tribunal de justicia la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley.

Por ello no existe la doble instancia y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a las directrices establecidas en los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen. vigente"; en el mismo sentido nos ilustran los siguientes autos supremos: A.S. N° 54/2010 de 9 de marzo de 2010 que se refiere a la naturaleza y la prohibición de revisar cuestiones de hecho. "que el recurso de apelación restringida es el medio para impugnar errores de procedimiento o de la aplicación de normas sustantivas en los que se incurrió durante la sustanciación del juicio o en la emisión de la sentencia; el auto que resuelve un recurso de apelación restringida no debe revisar cuestiones de hecho calificadas en la sentencia ni proceder a una nueva valoración de pruebas", A.S. N° 53/2012 de 22 de marzo de 2012 que en su entendimiento refiere que la apelación restringida no es un medio para revalidar la prueba, no es una doble instancia, de forma textual en su doctrina legal aplicable refiere: "el tribunal de apelación no está facultado para revisar la base táctica de la sentencia, sino analizar si ésta contradice el silogismo judicial, es decir, debe abocarse a controlar que el fundamento sobre la valoración de la prueba y de los hechos tenga la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiesten certidumbre". Que, así mismo el A.S. N° 175/2006, Sucre, 15 de mayo de establecer: "El principio de congruencia se refiere al hecho establecido en la acusación o precisado en el auto de apertura del juicio, y que la sentencia debe referirse al mismo hecho, lo que se juzga es el hecho y no el tipo penal".

CONSIDERANDO.- Que dentro del marco penal previsto a ese efecto, en consideración a las circunstancias del delito de estafa atribuido al recurrente, se establece que su actuar no enmarca dentro de la descripción del ilícito referido, razón por la que se ha advertido ser evidentes los agravios expuestos en el segundo y tercer motivo de apelación del recurrente; ya que para este delito la condición objetiva de antijuricidad del delito de estafa, es el empleo de engaños, artificios, o provocar o fortalecer error en otro, en el caso este aspecto no se cumple como ya se ha analizado y no existe en el caso sublite igualmente, el elemento subjetivo de este delito, que es el dolo, cuya finalidad no es la de engañar, sino la de aprovecharse económicamente de la víctima por medio del engaño, en el caso se trata de un acuerdo de venta de ropa y la víctima sabía que el pago no sería de inmediato, por tratarse de una institución pública, que debía correr aún la aprobación del presupuesto entre otros; así el acusado no hubiese cometido este delito.

Que conforme los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., el tribunal a quo tiene la facultad de establecer la pena a imponerse, por el principio de inmediación del cual está revestido el Juicio Oral, donde la pena que se impone se sustenta por un hecho delictivo que le es reprochable en calidad de autor directo al recurrente determinándose su culpabilidad plena, sin exculpantes o atenuantes, condena y pena que se ha asumido como límite de su culpabilidad, en el debido proceso efectivizado; en el que se imponen los principios de inmediación, contradictorio, entre otros, que han sustentado el convencimiento del tribunal a quo en mérito de sus facultades en la imposición de la pena, fundamentalmente por el conocimiento obtenido en la inmediación para el delito de incumplimiento de deberes. Así de la propia sentencia recurrida, se tiene que el acusado no tiene otro proceso penal sin o éste cuyo resultado se ignora, de lo que se infiere que es su primer delito, circunstancia relevante conforme el art 38-1-b) "circunstancia de índole subjetiva" la cual podría modificarse en la interpretación cabal del contenido en el inc. b) referido, para el delito de estafa.

Que conforme las facultades que tiene este tribunal, conforme el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., que establece: "art. 414°, (Rectificación). Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos en la nueva sentencia, así como los errores u omisiones formales y los que se refieran a la imposición o el cómputo de penas.

Asimismo, el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria", por lo que este tribunal aplicando el principio de inocencia, de la revisión de obrados, del análisis de la sentencia recurrida y al haber tomado convencimiento de que el delito de estafa no se dio en el presente caso, por lo que se considera pertinente legalmente modificar la sentencia y absolver al acusado recurrente, por el delito de estafa.

Que corresponde considerar dicha circunstancia modificatoria de la pena, en respeto del principio pro homine, en relación a los arts. 168 del Cód. Pdto. Pen., 178-I y 179-I Constitucional, en observancia y respeto al principio de proporcionalidad, se hace viable atenuar la pena impuesta reduciéndola a 1 año, porque no existe prueba suficiente para establecer la comisión del delito de estafa.

POR TANTO.- La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de justicia de Potosí, admite el recurso de apelación en tiempo y forma establecidos por ley y deliberando en el fondo del trámite de apelación restringida declara parcialmente PROCEDENTE el recurso de

apelación restringida planteada por Alfredo Gonzales Rivas, contra la Sentencia N° 17/2013 de 19 de noviembre de 2013, que cursa de fs. 63-71, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 1 de la Capital y Provincia Frías del Departamento de Potosí y dispone modificar la sentencia recurrida declarando absuelto al acusado Alfredo Gonzales Rivas por el delito de estafa y se dispone que la pena de privación de libertad de 2 años y 6 meses impuesta por la sentencia recurrida sea modificada a una pena de 1 año de privación de libertad, manteniéndose en lo demás la sentencia recurrida.

Conforme prescriben los arts. 416, 417 del Cód. Pdto. Pen., este auto de vista puede ser recurrido de casación.

Vocal relatora: Dra. María Cristina Montesinos Rodríguez.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: María Cristina Montesinos Rodríguez.- Julio A. Miranda Martínez.

Ante mí: Abg. Jimmy D. Castro Gonzales.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 10 de agosto de 2016, cursante de fs. 187 a 192 vta., Alfredo Gonzales Rivas, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 24/16 de 22 de marzo de 2016, cursante de fs. 178 a 182 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales María Cristina Montesinos Rodríguez y Julio Miranda Martínez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de estafa e incumplimiento de deberes, previstos y sancionados por los arts. 335 y 154 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

1.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 17/2013 de 22 de noviembre (fs. 63 a 71), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró al imputado Alfredo Gonzales Rivas autor de la comisión de los delitos de estafa e incumplimiento de deberes, previstos y sancionados por los arts. 335 y 154 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años y seis meses de reclusión, más cien días multa a razón de Bs 1.- por día, con costas a favor del estado y de la víctima.

b) Contra la referida sentencia, el imputado Alfredo Gonzales Rivas (fs. 102 a 107), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 8/2014 de 28 de marzo (fs. 125 a 130 vta.), que fue dejado sin efecto mediante el A.S. N° 410/2014-RRC de 21 de agosto (de fs. 157 a 164 vta.); en cuyo mérito, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, dictó el A.V. N° 24/16 de 22 de marzo de 2016 (fs. 178 a 182 vta.), que declaró parcialmente procedente el recurso de apelación restringida y modificando la sentencia, dispuso la absolución del acusado por el delito de estafa, disminuyendo la pena a un año de reclusión, manteniendo en lo demás la sentencia recurrida, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. De los motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 797/2016-RA de 17 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente alega que el auto de vista impugnado, resolvió su alzada con argumentos que no corresponden a los datos del proceso, que por el delito de incumplimiento de deberes se le aplicó la pena de un año, sin motivación ni fundamento sobre el tipo penal endilgado; además, de no considerar que la sentencia carece también de motivación y fundamentación; no obstante, en su alzada pidió que se pronuncien sobre la exigencia del concurso de los elementos constitutivos del art. 154 del Cód. Pen., ya que en sentencia no se adecuó correctamente al hecho, ni se advirtió cuál la función pública incumplida y la especificidad de acuerdo a la norma especial contenida en el D.S. N° 181, siendo sujeto a una sanción condenatoria contraria a la ley y ratificada por el tribunal de alzada, cuando lo que correspondía era su absolución en ambos delitos.

En ese sentido, aduce que el tribunal ad quem, debió motivar y fundamentar el auto de vista recurrido de forma adecuada; sin embargo, no consideró ni valoró los datos del proceso, consolidando así los defectos de la sentencia, en razón a que: i) Ratifica parcialmente la sentencia en la cual existe inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva [art. 330-1 del Cód. Pdto. Pen.], ya que en su alzada hizo conocer los hechos fácticos que fueron tenidos como probados en sentencia, como es que su persona se encontró con la víctima manteniendo una amistad de años, que al saber que su hermana tenía una fábrica de ropa, le propuso que fabrique ropa de trabajo para los miembros de la oficialía mayor de vías de la Alcaldía de Potosí, ésta se puso de acuerdo con otro funcionario respecto a las tallas y demás detalles, entregando la ropa, ingresando a almacenes de la Alcaldía y posteriormente distribuido a los trabajadores, luego de la entrega, la víctima reclamó el pago mediante notas, sin que el Municipio le cancele; empero, se indica que su persona no habría realizado el proceso de acuerdo a normas en vigencia; aspecto que, no fue considerado por el tribunal ad quem, cuando en su alzada indica que el a quo a tiempo de efectuar la subsunción lo hizo de forma genérica, señalando que no dio cumplimiento al D.S. N° 181, por no haber solicitado el inicio del proceso de contratación, aspecto que cuestiona, manifestando que el tipo penal es omisivo y doloso que emerge de su conducta, el no cumplimiento del deber que tenía como servidor público en su condición de secretario de vías, causando daño por falta de pago; empero, no se valora la definición del señalado decreto, ni el art. 10 del D.S. N° 181 sobre las funciones y responsabilidades de las entidades públicas, pese a ello el tribunal ad quem ratificó la sentencia sobre el incumplimiento de deberes sin especificar que función incumplió, aduce que no existe esa determinación con cita expresa de que norma legal específica fue incumplida; puesto que, para la subsunción adecuada no se le pudo atribuir el incumplimiento de deberes por norma general, que reconoce deberes a diversos funcionarios, aspecto inadvertido por el tribunal ad quem, ya que la responsabilidad penal es

personalísima; y, ii) Asimismo, el tribunal de alzada ratificó parcialmente la sentencia que contiene una valoración defectuosa de la prueba “art. 360-6 del Cód. Pdto. Pen.” (sic), pero el tribunal de alzada indica lo contrario, inobservando que la prueba fue literalmente transcrita, existiendo una valoración defectuosa de la prueba, extrañando el pronunciamiento total de los medios probatorios, ya que no se dio valor legal al contenido de la prueba literal, no se percató de que los testigos dijeron verdades a medias y faltaron a la verdad, que el acta de denuncia establece que fue la víctima la que ofreció ropa de trabajo y su persona no emprendió la contratación directa; asimismo, sobre las pruebas MP2 y MP3, son cartas presentadas por la víctima a los alcaldes de turno del municipio potosino, exigiendo se le cancele por la ropa de trabajo, descartando así que el trato haya sido entre la víctima y su persona; en cuanto, a la prueba MP3 afirma que contiene también el acta firmada por el responsable y otro funcionario de almacenes de la alcaldía, donde consta que la ropa de trabajo ingresó a almacenes cumpliéndose así, dice, con el proceso de contratación de acuerdo a los arts. 122 al 140 del D.S. N° 181; en consecuencia, su ingreso fue legal y es lógico pensar que toda la fase previa fue administrada legalmente por la autoridad responsable, ratificado por el informe de la trabajadora social de la Alcaldía, realizando la entrega de la ropa, aspecto que no fue valorado, precisando que en un primer informe indica que se adjuntó la lista de los trabajadores que recibieron la ropa, aspectos no valorados ni mencionados por el tribunal de alzada, ni que tampoco se valoró adecuadamente la atestación de Israel Benito Ignacio Benavides.

I.1.2. Petitorio

El recurrente solicita se deje sin efecto “la Sentencia” (sic), disponiéndose el reenvío de la causa.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 797/2016-RA de 17 de octubre, cursante de fs. 202 a 204, se admitió por precedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 17/2013 de 22 de noviembre (fs. 63 a 71), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró al imputado Alfredo Gonzales Rivas autor de la comisión de los delitos de estafa e incumplimiento de deberes, previstos y sancionados por los arts. 335 y 154 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años y seis meses de reclusión, argumentando que: i) Luego de la descripción detallada de la declaración testimonial de los testigos de cargo y de la valoración de cada uno de ellos, más la prueba literal (apartado de Fundamentación probatoria intelectual), en el acápite de Fundamentación probatoria descriptiva (Considerando III), estableció que el imputado, con pleno conocimiento, cometió y/o realizó los hechos incriminados con relación al delito de estafa; por cuanto, surgió la posibilidad de que Beatriz Soraide Alurralde (víctima), en su afán de trabajo y manutención de su familia, siendo su hermana propietaria de una fábrica de ropa en La Paz, más el hecho de que el imputado, amigo de la familia, era Jefe de una Unidad de la Alcaldía del Municipio de Potosí, en la que se pretendía dotar de ropa de trabajo a funcionarios municipales, en el mes de junio de 2009, ambas personas acordaron para la entrega de la misma antes del desfile por las fiestas patrias, es así que la víctima tuvo que recurrir a préstamos y a una serie de favores para lograr el dinero y confeccionar la ropa comprometida, en el transcurso de ese tiempo el acusado le llamaba y buscaba constantemente, hasta que finalmente el 4 y 5 de agosto de 2009, la víctima hizo entrega de la referida ropa, el primer lote en almacenes de la alcaldía, que Alfredo Gonzales Rivas instruyó a los funcionarios de esa dependencia a recibir, a pesar de no contar con la documentación respaldatoria para el referido ingreso; y, el segundo lote, en la propia oficina del imputado. Con el referido accionar, el imputado logró fortalecer error en la víctima, desprendiéndole de su patrimonio; por cuanto, gastó sus recursos para la confección de ropas de trabajo y las entregó en almacenes de la alcaldía, utilizó engaños y artificios consistentes en el hecho que ostentaba un cargo en la referida institución para lograr que se cumpla con el pago; sin embargo, al momento de esa tratativa, no existía ningún trámite previo ante autoridades pertinentes de la alcaldía, sólo la advertencia del “Lic. Vacaflores” hacia el imputado, que si no proveía de ropa de trabajo a su unidad, se le seguiría un proceso, entonces convenció a la víctima para la dotación de ropa de trabajo; ii) Posteriormente, la víctima se enteró que la alcaldía no podría pagarle simple y llanamente porque no se había cumplido con los más mínimos requisitos para la adjudicación de esa ropa de trabajo y que el único responsable era el imputado, quien ante los reclamos insistentes, súplicas y llantos, manifestó que no tenía por qué pagar; por cuanto, él no se había beneficiado y que fue en favor de la víctima, hechos sobre los que el tribunal de instancia tiene demostrados incluso con la propia declaración del imputado; III) Sobre el delito de incumplimiento de deberes, concluye que Alfredo Gonzales Rivas, omitió el cumplimiento de las Normas Básicas de Contratación de Bienes y Servicios, conforme al D.S. N° 181, al realizar tratativas con Beatriz Soraide Alurralde, para la dotación de ropa de trabajo a las unidades de la oficialía de vías a su cargo, dependientes de la Alcaldía Municipal de Potosí, cuyo monto era superabundantemente superior a los Bs 20.000.-, conforme se demostró en el proceso; además, que desde la entrega de la referidas ropas de trabajo a Almacenes, el imputado rehusó realizar el trámite que efectivamente estaba dentro de su competencia, debido a que como unidad solicitante, debía presentar una carta al ejecutivo municipal para que corra el trámite de licitación en el Sistema de Contrataciones Estatal (SICOES); sin embargo, manifestó a lo largo del proceso, una y otra vez, que esa no era su función sino la de construir calles y vías, habiendo dejado de ser funcionario municipal el 2010, elementos que culminaron configurando los elementos constitutivos del delito atribuido; iv) En el apartado de fundamentación probatoria jurídica (Considerando IV), previa descripción de los elementos constitutivos del delito de estafa, concluyó que Beatriz Soraide Alurralde, fue sonsacada, engañada, mediante ardides usados por Alfredo Gonzales Rivas, provocando la disposición patrimonial de la víctima en su perjuicio y para beneficio propio y de terceros; en cuanto, al delito de incumplimiento de deberes, habiéndose adherido in extenso la víctima a la acusación del Ministerio Público, encontró responsabilidad del imputado; y, v) En ese entendido y en aplicación de los arts. 20, 37, 38 y 40 y a las penas establecidas en los arts. 335 y 154, todos del Cód. Pen, determinó aplicar la pena privativa de libertad antes descrita, al establecer que Alfredo Gonzales Rivas, tiene un grado de instrucción superior; es decir, profesional, con cincuenta y cuatro años de edad, casado, tiene

tres hijos a cargo y con un proceso (se presume es administrativo interno) instaurado en su contra, cuyo resultado no se conoce; sin embargo, tiene una vida dedicada al trabajo.

II.2. De la apelación restringida.

Contra la referida sentencia, el imputado Alfredo Gonzales Rivas formuló recurso de apelación restringida, misma que es desarrollada sólo en cuanto a lo atinente a los agravios traídos en casación:

1) En lo concerniente al delito de incumplimiento de deberes, el Tribunal de Sentencia transcribió el delito tipificado en el art. 154 del Cód. Pen.; sin embargo, no estableció de qué manera ilegal, rehusó hacer o retardó algún acto propio de su función. No se especificó qué procedimiento ni que artículo de D.S. N° 181 se incumplió, en relación a la función que cumple, adiciona que fue sancionado administrativamente –lo que considera es un indicador de que el Municipio de Potosí tenía la obligación de cancelar a la denunciante-, por haber hecho algo que tenía que hacer la autoridad responsable del proceso de contratación, habiendo sido su persona oficial mayor de vías, encargado de la construcción y mantenimiento de calles y avenidas de la ciudad; 2) Como segundo motivo, enuncia defectos o vicios de sentencia, transgresores de lo determinado en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., resaltando que la fundamentación de la sentencia es insuficiente o contradictoria, expresando como agravio la violación de los derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, al debido proceso y a la presunción de inocencia y como disposiciones violadas o erróneamente aplicadas los arts. 342, 6, 173 (no especifica de qué norma) y arts. 115 y 117 de la C.P.E., denunciando básicamente que la declaración de la víctima como de los otros testigos, no refirieron en ningún momento que existió engaños o ardidés ni que “...se utilizaron promesas y ofrecimiento para el supuesto pago (...) en definitiva fue engañada”; por ende, afirma que la sentencia no fundamenta adecuadamente sobre las declaraciones de los testigos, llegando a conclusiones que no son resultado de las versiones de los mismos sino tan sólo de los miembros del tribunal, en la misma línea afirma que se advierte fundamentación pobre de la “valoración”, limitándose sólo a realizar afirmaciones de algunos elementos que ni siquiera mencionaron los testigos y que en definitiva no hacen a los elementos de los delitos acusados. La sentencia únicamente efectúa una cita nominal de la prueba documental sin efectuar ninguna fundamentación sobre la misma; en el acápite de fundamentación probatoria descriptiva, hechos probados, no fundamenta en términos razonables y jurídicos porqué refiere que: “el acusado Alfredo Gonzales Rivas, con pleno conocimiento ha cometido y/ o realizado los hechos incriminados...”, limitándose a describir algunos aspectos fácticos y sin considerar por qué su conducta se subsume en los delitos acusados. Concluye señalando que, en los considerandos II, III y IV de la sentencia, no se tiene la fundamentación debida para establecer que su persona cometió los delitos de estafa e incumplimiento de deberes; y, 3) Como tercer motivo, fundamenta los defectos o vicios de la sentencia, que considera contraviene el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., destacando la valoración defectuosa de la prueba, enunciando como derechos y garantías constitucionales violados a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, al debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de petición, estableciendo como normas violadas o erróneamente aplicadas los arts. 173, 6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen. y 115 a 117 de la C.P.E., argumentando que no se valoró el contenido de la prueba literal, consistente en el acta de denuncia en el que la víctima asevera que ofreció ropa de trabajo y no así que él hubiera buscado a la víctima y pedido con engaños, que proporcione ropa, las pruebas MP2 y MP3, consistentes en cartas de la víctima a los alcaldes de turno, exigiendo la cancelación de la ropa de trabajo, descarta que el trato haya sido simplemente a título personal entre ella y su persona; la MP3; que también, contiene el acta firmada por el responsable y otro funcionario de almacenes de la alcaldía y el informe de la “Lic. María Carrasco”, que acreditan que se realizó la entrega de la ropa de trabajo a los trabajadores de la oficialía de vías, a requerimiento de asesoría jurídica; la referida entrega, se hizo con una lista a los trabajadores que recibieron la ropa, lo que no fue valorado ni siquiera mencionado por los miembros del Tribunal de Sentencia, se efectuó una defectuosa valoración del testimonio de Israel Benito Ignacio Benavides, no se valoró la prueba literal consistente en el proceso administrativo interno del año 2010, en el que se le sancionó con el descuento del 10% de su haber mensual conjuntamente a otro funcionario, por el mismo motivo, extremo por el que se cuestiona porqué se lo sancionó por el delito de estafa, si ya lo sancionaron administrativamente por el mismo objeto material y el testimonio de Milan Kukoc, en ningún momento realizó la aseveración de que se le entregó en sus propias manos la ropa de trabajo, por lo que concluye que no se fundamentó la prueba en su totalidad, omitiendo aspectos favorables al imputado; por cuanto, la sentencia impugnada ni siquiera consideró la duda razonable sobre la comisión de los ilícitos penales atribuidos.

II.3. Auto Supremo 410/2014-RRC del 21 de agosto.

Por A.S. N° 410/2014-RRC del 21 de agosto, se dejó sin efecto el A.V. N° 8/2014, en base a los siguientes fundamentos:

a) No existe fundamento en la sentencia sobre el dolo; tampoco, sobre que ardidés y engaños fueron utilizados por el acusado para conseguir un beneficio económico en perjuicio del patrimonio de la víctima, aspecto convalidado por el tribunal de alzada.

b) El auto de vista subsumió correctamente la conducta del imputado al tipo penal de incumplimiento de deberes, realizando un control efectivo sobre la sentencia.

c) No se pronunció de manera adecuada sobre dos de los tres agravios denunciados en el recurso de apelación restringida, relativos a la denuncia de errónea interpretación del art. 335 del Cód. Pen., que prevé el delito de estafa y la falta de fundamentación respecto a los elementos constitutivos de dicho delito.

d) El tribunal de alzada señaló que la sentencia, realizó una valoración conjunta y armónica de toda la prueba, observando el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., empleando las reglas de la sana crítica y haciendo la descripción de cada delito, para luego en la fundamentación de la pena, aplicar a la conducta del imputado los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen.; sin embargo, conforme se ha demostrado el tribunal de alzada no advirtió la errónea aplicación de la ley sustantiva con relación al delito de estafa, resultando que la misma es insuficiente.

Se constató una errónea aplicación de la ley sustantiva con relación al delito de estafa, debiendo aplicar el tribunal de alzada al emitir nueva resolución el art. 414 del Cód. Pdto. Pen.

III.4. Del A.V. N° 24/16 de 22 de marzo de 2016.

Por auto de vista impugnado, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declara procedente en parte el recurso, declarando al acusado absuelto del delito de estafa, disponiendo que la pena de privación de libertad de dos años y seis meses establecida en la sentencia, sea modificada a una pena de un año de privación de libertad, manteniéndose en lo demás la sentencia recurrida, en base a los siguientes fundamentos:

i. Con relación al delito de estafa se advierte que el tribunal a quo, no ha tomado en cuenta que la condición objetiva de la antijuricidad del delito de estafa, es el empleo de engaños, artificios, o provocar o fortalecer error en otro y no existe en el caso sublite, el elemento subjetivo de este delito, que es el dolo, cuya finalidad no es la de engañar, sino la de aprovecharse económicamente de la víctima mediante engaños, pues si bien el recurrente concertó el precio, la entrega de las prendas de vestir y cantidades con la víctima, ésta conocía que el pago no sería de inmediato, por lo que en definitiva, se evidencia vulneración sobre la aplicación, interpretación de la norma sustantiva cuestionada.

ii. No existe una debida fundamentación respecto al delito de estafa, tampoco se atendieron el alcance de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen. al respecto.

iii. Conforme a las facultades que tiene el tribunal de apelación, establecida en el art. 414 del Cód. Pdto. Pen. y del análisis de obrados, de la sentencia recurrida y en aplicación del principio de inocencia, legalidad y proporcionalidad, se considera pertinente modificar la sentencia, atenuar la pena y absolver al acusado recurrente del delito de estafa.

III. Verificación de la existencia de contradicción

Este tribunal admitió el recurso del imputado vía precedentes; correspondiendo verificar en consecuencia, si existe o no contradicción entre el auto de vista y los precedentes invocados.

III.1. En cuanto a la falta de fundamentación y motivación.

La parte recurrente invoca el A.S. N° 368 de 17 de septiembre de 2005, que fue pronunciado dentro del proceso penal seguido por el delito de abuso de confianza; auto de vista que fue dejado sin efecto al evidenciarse que el tribunal de apelación no advirtió que la sentencia no se encontraba debidamente fundamentada vulnerando así derechos fundamentales; por lo que, la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“que, los actos procesales o las resoluciones jurisdiccionales que contravienen los principios que rigen a la actividad jurisdiccional y el debido proceso son tenidos como defectos absolutos no susceptibles de convalidación; el tribunal de apelación se encuentra en el deber de advertir y observar los mismos, para salvaguardar el derecho de las partes, el debido proceso; garantizando con sus actos una efectiva tutela judicial; asimismo, el principio de independencia permite a la autoridad jurisdiccional a quo o ad-quem, en una cuestión determinada, interpretar la ley según su saber, entender, experiencia y conciencia para dilucidar y resolver el hecho”.

También invocó el A.S. N° 233 de 4 de julio de 2006, que fue pronunciado dentro el juicio oral, público y contradictorio seguido por el delito de fabricación de sustancias controladas; auto de vista que fue dejado sin efecto por que el tribunal a quo incumplió disposiciones de la materia incurriendo en errónea aplicación de la ley sustantiva, valoración defectuosa de la prueba e insuficiente fundamentación; por lo que, la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable: “el debido proceso es una garantía de legalidad procesal que protege la seguridad jurídica, la racionalidad de la sanción impuesta y la fundamentación de las resoluciones judiciales de las cuales emerge, de tal forma que las determinaciones de los tribunales estén siempre reguladas por el ordenamiento jurídico, obedeciendo a los procedimientos señalados por ley”.

De la misma forma, invocó el A.S. N° 373 del 6 de septiembre de 2006, pronunciado dentro del proceso penal seguido por el delito de estelionato, auto de vista que fue dejado sin efecto, ya que incurre en contradicción y falta de fundamentación de la resolución, vulnerando lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., además de contradecir la doctrina legal aplicable, por lo que la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable: “Que de acuerdo a la filosofía de la L. N° 1970 y a la línea doctrinal sentada por este Alto Tribunal de Justicia la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio razón por la que es absolutamente imprescindible que los Tribunales de Sentencia y apelación fundamenten su resolución consignando cada uno de los puntos acusados en la impugnación; debiendo ser la fundamentación clara, sin contradicción entre la parte considerativa y la resolutive, con indicación de las normas sustantivas o adjetivas que respalden el fallo y se refieran a cada uno de los puntos señalados en el recurso de apelación restringida”.

Considerando que el A.S. N° 12/2012 del 30 de enero, invocado por el recurrente, contiene doctrina legal respecto a la debida fundamentación, a efectos de no ser reiterativo, este tribunal no detallará el mismo y tomando en cuenta que las doctrinas descritas anteriormente, contienen similitud con las denuncias efectuadas por el recurrente corresponde ingresar al fondo.

III. Análisis del caso concreto.

Siempre en consonancia con el marco de acción de control que nos otorga el auto supremo de admisión, se evidencia que el recurrente denuncia que el auto de vista impugnado, contiene argumentos que no responden a los datos del proceso, extrañando la motivación y fundamento sobre el delito de incumplimiento de deberes, al igual que en la sentencia, inobservando los elementos constitutivos obteniendo una sanción condenatoria contraria a la ley ratificada por el ad quem cuando debió ser absuelto, consolidándose así los defectos de la sentencia, donde: I) Concorre inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva [art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.], ya que en su alzada hizo conocer los hechos fácticos que no fueron advertidos por el tribunal ad quem, además del deficiente trabajo de subsunción del a quo en cuanto a la adecuación imprecisa a la norma; y, ii) La existencia de defectuosa valoración de la prueba “art. 360-6 del Cód. Pdto. Pen.” (sic); no obstante, el tribunal de alzada considera lo contrario, pues la prueba literal no fue adecuadamente valorada, haciendo mención a las pruebas MP2 y MP3, además de la atestación de Israel Benito Ignacio Benavides.

Al respecto, este tribunal constata que las alegaciones sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva, subsunción de la conducta al delito de incumplimiento de deberes y valoración de la prueba, ya fueron atendidos mediante A.S. N° 410/2014-RRC del 21 de agosto, emitido dentro del presente caso, donde se señaló al respecto que: "En el caso, se constata que el Tribunal de Sentencia, en el apartado dedicado a la Fundamentación probatoria jurídica, efectuó consideraciones de orden legal en cuanto al delito de incumplimiento de deberes, refiriéndose a sus elementos de carácter normativo, a las formas de consumación y haciendo referencia al análisis y valoración de la prueba testifical y literal; en el acápite relativo a la fundamentación probatoria descriptiva, sostuvo que el imputado omitió el cumplimiento del D.S. N° 181, Normas Básicas de Contratación de Bienes y Servicios, en el trato efectuado con Beatriz Soraide Alurralde, por la confección de ropa de trabajo para los funcionarios municipales dependientes de la oficialía mayor de vías a su cargo, cuyo monto era superabundantemente superior a los Bs 20.000.-, conforme se demostró en el proceso, adicionando que desde la entrega de la ropa de trabajo -agosto de 2009- a almacenes de la Alcaldía de la ciudad de Potosí, el procesado rehusó realizar el trámite al que estaba obligado, como Unidad solicitante, en consideración al cargo jerárquico que ostentaba, por cuanto debía presentar una carta al ejecutivo municipal para que corra el trámite de licitación en el Sistema de Contrataciones Estatal (SICOES), de modo tal que se procese el trámite de licitación en el SICOES y se garantice el pago a la víctima. Concluyendo que el acusado no sólo retardó el trámite, sino que ni siquiera lo inició, dejando de ser funcionario de la alcaldía en el año 2010, y que durante el proceso sólo se limitó a señalar que su función era construir calles y vías. En el orden señalado se constata que el tribunal de apelación respecto a la subsunción realizada por el Tribunal de Sentencia con relación al delito de incumplimiento de deberes determinó que no se incurrió en errónea subsunción de la conducta del imputado a dicho tipo penal, teniendo en cuenta que existe la fundamentación necesaria referida a la especificación de las normas legales que el acusado, en su condición de servidor público, omitió dar lugar a que se dé cumplimiento con las normas imperativas (Normas Básicas de Contratación de Bienes y Servicios), debido al monto de contratación (superior a los Bs 20.000) así como las conductas referidas a la omisión (El Tribunal de Sentencia determinó que el acusado como unidad solicitante debió presentar una carta al ejecutivo municipal para que corra el trámite de licitación en el SICOES), normas básicas que de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal de Sentencia atribuyen la obligación de iniciar el proceso de contratación para el requerimiento de ropa de trabajo que evidentemente necesitaban los funcionarios de la Alcaldía Municipal de Potosí, por cuanto la misma fue recibida y distribuida a los funcionarios públicos, bajo registro, a pesar de no haberse observado el procedimiento regular, conforme aseveran los testigos Benito Ignacio Benavides, Peter Pablo Velásquez Ramos y María Luisa Carrasco Sequeiro, y que de acuerdo con lo probado y constatado por el Tribunal de Sentencia "el imputado reconoció que autorizó la ropa porque había presupuestado" y que si no se usaría el dinero se "iba ir a otro lado y se le procesaría, por eso ha cumplido con dar ropas" (sic). Consecuentemente, respecto a este delito este tribunal no advierte que se hubiere incurrido en una errónea aplicación del art. 154 del Cód. Pen. y que la misma no hubiere sido adecuadamente controlada por el tribunal de alzada".

Consiguientemente, este tribunal ya se pronunció que el tribunal de alzada respecto al delito de incumplimiento de deberes, realizó un control adecuado de control de legalidad sobre la sentencia, pues el ingresar a un tema ya resuelto por este mismo tribunal podría conllevar a posibles contradicciones no deseadas por el ordenamiento jurídico y contrarias al principio de seguridad jurídica; más aun considerando que el A.S. N° 410/2014-RRC del 21 de agosto, únicamente encontró defectos en la sentencia y el A.V. N° 8/2014 respecto al delito de estafa, errores que fueron corregidos adecuadamente conforme a los parámetros y doctrina emitida por dicho auto supremo.

Sin embargo de ello, también es pertinente aclarar que efectivamente el A.V. N° 24/2016 de 22 de marzo, aplicó el alcance jurídico que le otorga el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., disponiendo que la pena de privación de libertad de 2 años y 6 meses establecida en la sentencia, sea modificada a una pena de 1 año de privación de libertad -justamente al ser absuelto por el delito de estafa- manteniéndose en lo demás la sentencia recurrida, o sea, la condena respecto al delito de incumplimiento de deberes, modificación que lo hizo de manera fundamentada y -como se dijo- en apego estricto a los parámetros establecidos por la doctrina legal establecida en el presente caso; además de ello, aplicando los principios constitucionales de proporcionalidad, inocencia y pro homine, concordando así con los arts. 37 y 38 del Cód. Pdto. Pen., argumentando que de la propia sentencia se constató que el acusado no tiene otro proceso penal, siendo su primer delito y considerando éste un aspecto relevante.

En este sentido, no se evidencia que el auto de vista objeto del presente recurso de casación, contradiga los precedentes invocados, en todo caso como ya dijo este tribunal con anterioridad, ya efectuó el control de legalidad sobre el auto de vista y la propia sentencia con relación al delito de incumplimiento de deberes, donde se constató que la sentencia realizó una correcta aplicación de la ley sustantiva a partir de una correcta subsunción y valoración objetiva e íntegra de la prueba judicializada, por lo que menos podría existir vulneración de algún derecho fundamental que deje en indefensión al imputado, quien en todo caso, conoce perfectamente los argumentos razonables sobre la imposición de su pena y el control realizado sobre los aspectos cuestionados mediante los medios activados por el mismo. Por lo referido, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Alfredo Gonzales Rivas, de fs. 187 a 192.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



230

Ministerio Público c/ Susana Sandra Cruz Venegas

Abuso deshonesto

Distrito: Potosí

AUTO DE VISTA

Potosí, 5 de julio de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida, que cursa de fs. 132 a 137, interpuesta por el acusado José Gustavo Medina Aiza, contra la Sentencia N° 06/2015 de 30 de junio de 2015, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2 del Distrito Judicial de Potosí, que en su parte dispositiva impone sentencia condenatoria en contra del recurrente por el delito de abuso sexual incurso en la sanción prevista por el art. 312 del Cód. Pen. y le condena a sufrir la pena de 10 años de reclusión, no cursa responde alguno, antecedentes que cursan en el cuaderno procesal y.

CONSIDERANDO: Que por memorial de 132 a 137, el acusado José Gustavo Medina Aiza, interpone apelación restringida contra la Sentencia N° 06/2015 de 30 de junio de 2015, de fs. 116 a 125, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2 del Distrito Judicial de Potosí, que le impone una sanción privativa de libertad de 10 años, conforme el art. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen., habiendo sido observada su apelación por auto de fs. 152 y vta., el recurrente subsana su apelación por memorial de fs. 157 a 162 vta., argumentando los siguientes agravios:

Primer motivo.- Alega el num. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en relación al art. 312 del Cód. Pen. cuando el tribunal a quo en el punto referido a fundamentación jurídica, pero que en el punto de Interpretación jurídica y doctrinaria refiere que el abuso sexual es definido como cualquier actividad sexual entre dos o más personas sin consentimiento y puede producirse entre adultos, de un adulto a un menor, abuso sexual infantil, que es cualquier forma de contacto físico con o sin acceso carnal, con contacto y sin contacto físico, realizado sin violencia o intimidación y sin consentimiento, que incluye cualquier acción que incite al menor a escuchar o presenciar contenido sexual impropio como es el caso realizando tocamientos impúdicos propios de una relación sexual, haciendo mención el tribunal a quo a las dos ópticas que regulan este tipo penal, desde el punto de vista jurídico y que se halla condicionada al criterio objetivo del grado de contacto físico entre el agresor y la víctima y la psicológica que no siempre está relacionada y varia dice el recurrente, de acuerdo al trauma psicológico, que el tribunal a quo soto a determinado que su persona cometió toques impúdicos contra la menor y se olvida determinar la concurrencia de los otros elementos que resultaban necesarios para acreditar la existencia del hecho; que el tribunal a quo debía precisar que el Cód. Pen. en su art. 312.- (Abuso sexual) establece que "-Cuando en las mismas circunstancias y por los medios señalados en los arts. 308 y 308 bis se realizaran actos sexuales no constitutivos de penetración o acceso carnal, la pena será de 6 a 10 años de privación de libertad", aduce el recurrente que son los elementos y circunstancias: Intimidación, ejercer violencia física o psicológica para realizar con una persona de uno u otro sexo, actos sexuales no consentidos, que no han sido descritos su concurrencia en su caso, porque no se ha determinado cómo hubiera ejercido intimidación, si por violencia física o psicológica, que dicho elemento no ha sido clarificado en la sentencia, que ésta no ha establecido los elementos constitutivos del delito en relación a su caso, que su persona nunca ha alegado la existencia o concurrencia de consentimiento, solamente ha referido la existencia de toques impúdicos y la edad de la víctima, cuando la aplicación de circunstancias y medios es de forma integral tanto del art. 308 y 308 bis por cuanto el art. 312 inobservado por el tribunal a quo siendo la última parte de ultimo delito enunciado la que no ha sido asimilado en forma adecuada, porque debía haber prueba suficiente para acreditar dicha concurrencia porque no ha existido demostración legal para la concurrencia de intimidación, violencia física o psicológica.

Segundo motivo.- Refiere el num. 6 y 4 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., sentencia que se basa en la valoración defectuosa de la prueba y por haberse basado en prueba ilegal; e indica que el tribunal a quo ha tomado en cuenta la supuesta declaración de su persona en celdas de la policía sin la presencia de su abogado defensor conforme el art. 9 del Cód. Pdto. Pen., aduce que el tribunal a quo ha tomado en cuenta indebidamente esa su declaración e indica también que se acogió al derecho de abstenerse en su declaración informativa y se refiere también a las declaraciones testimoniales y la contradicción en la que se incurrió, aduce el recurrente que esta mala valoración, hubiese violado el debido proceso, en relación al art. 13 del Cód. Pdto. Pen. sobre los elementos de prueba que tienen valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados a juicio conforme la Constitución Política del Estado y el Código; en relación al art. 100 que refiere: "no se podrá fundar ninguna decisión contra el imputado, si en la recepción de su declaración no se observaron las normas establecidas en el presente capítulo", por lo que toda declaración del imputado es nula, ya que dice el recurrente que se acogió al derecho de abstenerse en su declaración informativa, amparado bajo el principio de la presunción de inocencia y que corresponde de este modo la carga de la prueba a los acusadores y al ministerio público art. 6 Cód. Pdto. Pen., también en relación al art. 93 y alude el art. 413 para indicar que "cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley y/o su errónea aplicación, el tribunal de alzada anulara total o parcialmente la sentencia y ordenara la reposición del juicio por otro juez o tribunal " en relación a la mala valoración de la prueba denunciada con referencia al debido proceso como garantía de legalidad, que la prueba de descargo ilegalmente rechazada por el tribunal a quo estaba destinada a cumplir la vigencia del

principio de objetividad, con la que se debía verificar la existencia o inexistencia de lugar baldío al cual fue trasladada la menor, si por la ubicación del inmueble era previsible la no presencia de ninguna persona (lugar desolado), si existen o no inmuebles de vecinos que pudieron advertir o no la comisión del hecho y si por existencia de estos hubiese sido previsible o no que la menor pida auxilio, si la distancia del inmueble ofrece visibilidad para ver hacia donde su persona supuestamente estaba escapando; que este rechazo vulnera el debido proceso al no haberse efectuado la Inspección de visu que fue rechazada oficiosamente por el tribunal a quo, ingresando en error procedendo, porque no es suficiente que se haya basado solo en la declaración de la víctima sin que exista más elementos de convicción para comprobar los hechos que se le atribuyen, tomando en cuenta que no existe la valoración psicológica, que es indispensable y se le condena sin que exista suficientes elementos de convicción para fundar una condena, tomando en cuenta declaraciones contradictorias como la del testigo de cargo Williams Pinto y la del testigo Eric, refiriendo el primero que al momento de su aprehensión se encontraba con lentes y ropa negra y el segundo refiere que estaba con ropa roja y sin lentes. En su memorial de subsane a las observaciones, refiere sobre el punto, que el tribunal a quo no ha observado el art. 171 en relación al art. 172 de la L. N° 1970, que constituye defectos de sentencia dictar la misma en base a prueba ilegal en relación a su declaración prestada en la sede policial y fiscal sin defensa técnica, que no se observó el art. 92 y 100 de la referida ley, por lo que no debió valorarse el informe en esta parte, aduce vulneración de su derecho a la defensa y debido proceso, aspecto que no fue observado por el tribunal a quo.

Tercer motivo.- Refiere el num. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., inexistencia de fundamentación en la sentencia, insuficiencia y contradicción de la misma, refiriéndose a la fundamentación fáctica que se da por la inclusión en el fallo del hecho acusado y el hecho probado indicando el recurrente que existe contradicción e incongruencia entre una y otra e indica el recurrente que la menor en su declaración anticipada refirió que no fue llevada a ningún lugar baldío para que se consumara el hecho, sin embargo dice el tribunal a quo a tiempo de valorar la declaración de los testigos Pinto y la del testigo Eric y sus informes que refiere que la menor fue llevada a un lugar baldío para ser vejada sexualmente, este elemento de análisis resulta contradictorio y este hecho debería generar duda razonable a su favor. Como otro elemento de valoración defectuosa dice, es en relación a la madre que refiere igual que el propio investigador, que la menor no tuvo antecedentes con anterioridad al hecho, sin embargo dice el recurrente, que el tribunal a quo no ha valorado el informe policial de los investigadores que refieren que días anteriores la menor fue objeto de igual forma de hostigamiento sexual por otro ciudadano, que de la valoración integral que debía realizar el tribunal a quo, debía establecer que si existió un hecho anterior, el mismo podría haber influido en la próxima de la menor hacia las personas de sexo masculino, que determinaría el tipo ó forma de reacción emocional y física ante una agresión sexual, que quedó tiesa y paralizada como dice la menor o forcejeo y peleó como dice su madre, para liberarse de su agresor, que esta valoración no ha sido realizada por el tribunal a quo, porque se ha realizado una valoración parcial de la prueba y no integral, por lo que al existir mala valoración la sentencia se funda en un acto nulo; que se halla contenido en el inc. 4) del punto II referido a Fundamentación Probatoria Descriptiva y el inc. 10) del punto fundamentación probatoria analítica o valorativa que hace referencia al hecho probado por el informe policial de abril de 2014, por tanto se ha otorgado valor dice el recurrente a una supuesta declaración hecha por su persona en la que supuestamente reconoce haberle dado una palmadita no más, esto le ha generado vulneración a su derecho a la defensa y el debido proceso, que también la mala valoración denunciada se refiere a la incorrecta valoración de la declaración realizada por la menor víctima porque el tribunal a quo refiere que, la declaración ha sido uniforme, aspecto que no es evidente por lo que no se ha aplicado de forma correcta el uso de la sana crítica en la declaración de la menor.

CONSIDERANDO: Que así expuestos los motivos de la apelación, a los fines de su tratamiento es necesario establecer que la impugnación conforme el art. 180-II de la C.P.E., está reconocida por lo establecido en el art. 394 del Cód. Pdto. Pen.

Que la apelación restringida considerada como otro mecanismo de defensa conforme los arts. 407 y 408 de Cód. Pdto. Pen., mismo que fundamentalmente no considera hechos, sino que efectúa un control de la legalidad, un análisis sobre si el juez o tribunal de mérito aplicó o no correctamente la ley al hecho descrito en la sentencia.

Que en la especie del examen minucioso de la Sentencia N° 2 06/2015 de 30 de junio de 2015, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2 del Distrito Judicial de Potosí, que en su parte dispositiva impone sentencia condenatoria en contra del recurrente por el delito de abuso sexual incurso en la sanción prevista por el art. 312 del Cód. Pen. y le condena a sufrir la pena de 10 años de reclusión, de los puntos impugnados en el memorial de alzada y demás elementos procesales adjuntos al cuaderno de antecedentes, el tribunal de alzada, llega a las siguientes conclusiones de orden legal:

Primera.- Sobre el Primer Motivo alegado por el recurrente del num. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en relación al art. 312 del Cód. Pen. porque el tribunal a quo en el punto referido a fundamentación jurídica y el punto de interpretación jurídica y doctrinaria refiere que el abuso sexual es definido como cualquier actividad sexual entre dos o más personas sin consentimiento y puede producirse entre adultos, de un adulto a un menor, abuso sexual infantil, que es cualquier forma de contacto físico con o sin acceso carnal, con contacto y sin contacto físico, realizado sin violencia o intimidación y sin consentimiento, que incluye cualquier acción que incite al menor a escuchar o presenciar contenido sexual impropio como es el caso realizando tocamientos impúdicos propios de una relación sexual, haciendo mención el tribunal a quo a las dos ópticas que regulan este tipo penal, desde el punto de vista jurídico y que se halla condicionada al criterio objetivo del grado de contacto físico entre el agresor y la víctima y la psicológica que no siempre está relacionada y varía, que el tribunal a quo, se olvida determinar la concurrencia de los otros elementos que resultaban necesarios para acreditar la existencia del hecho, aspectos que no han sido descritos su concurrencia en su caso, porque no se ha determinado cómo hubiera ejercido intimidación, si por violencia física o psicológica, que dicho elemento no ha sido clarificado en la sentencia, que ésta no ha establecido los elementos constitutivos del delito en relación a su caso, que su persona nunca ha alegado la existencia o concurrencia de consentimiento, solamente ha referido la existencia de toques impúdicos y la edad de la víctima, cuando la aplicación de circunstancias y medios es de forma integral tanto del art. 308 y 308 bis por cuanto el art. 312 inobservado por el tribunal a quo siendo la última parte de último delito enunciado la que no ha sido asimilado en forma adecuada, porque debía haber prueba suficiente para acreditar dicha concurrencia porque no ha existido demostración legal

para la concurrencia de intimidación, violencia física o psicológica,- al respecto; este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; en la litis se denuncia que no se hubiera observado y aplicado erróneamente el art. 312 del Cód. Pen. referido al delito de abuso sexual, objeto del juicio y consiguiente sentencia; en relación al defecto se aduce que el tribunal a quo no ha asimilado en forma adecuada, porque debía haber prueba suficiente para acreditar dicha concurrencia porque no ha existido demostración legal para la concurrencia de intimidación, violencia física o psicológica; del análisis de la sentencia en la parte referida a fundamentación jurídica, se tiene determinado que existió el abuso sexual en la humanidad de la menor víctima, habiéndose comprobado en el juicio que el acusado recurrente incluso ha cambiado su nombre y dado otro nombre al inicio de la investigación obstaculizando la misma, se demostró la minoridad de la víctima de 12 años en relación al acusado de 25 años de edad, que prácticamente le dobla la edad a la víctima, siendo la fuerza física del acusado superior a la de la niña que ni siquiera ha logrado la madurez en relación al encausado que es un adulto estas circunstancias y otras han sido consideradas por la sentencia recurrida, de forma integral tanto en relación al art. 308 y 308 bis en lo que correspondió al art. 312 todos del Cód. Pen., producto de ello es que la sentencia asume la condena de privación de libertad de 10 años únicamente, siendo la sanción mínima para el delito acusado, siendo así que el recurrente sustenta una actividad que no parte de considerar la intangibilidad de los hechos y en determinar este defecto de sentencia, por lo que no es evidente este agravio.

Segunda.- El recurrente en su segundo motivo, refiere el num. 6 y 4 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., sentencia que se basa en la valoración defectuosa de la prueba y por haberse basado en prueba ilegal; aduce que el tribunal a quo ha tomado en cuenta indebidamente su declaración e indica que se acogió al derecho de abstenerse en su declaración informativa, se refiere a las declaraciones testificales y la contradicción entre ellas, que esta mala valoración, hubiese violado el debido proceso, en relación al art. 13 del Cód. Pdto. Pen., sobre los elementos de prueba que tienen valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados a juicio conforme la C.P.E. y el Código; en relación al art. 100 que refiere: "no se podrá fundar ninguna decisión contra el imputado, si en la recepción de su declaración no se observaron las normas establecidas en el presente capítulo", por lo que toda declaración del imputado es nula, que la prueba de descargo ilegalmente rechazada por el tribunal a quo estaba destinada a cumplir la vigencia del principio de objetividad, con la que se debía verificar la existencia o inexistencia de lugar baldío al cual fue trasladada la menor, de subsane a las observaciones, refiere sobre el punto que, el tribunal a quo no ha observado el art. 171 en relación al art. 172 de la L. N° 1970, que constituye defectos de sentencia dictar la misma en base a prueba ilegal en relación a su declaración prestada en la sede policial y fiscal sin defensa técnica, que no se observó el art. 92 y 100 de la referida ley, por lo que no debió valorarse el informe en esta parte, aduce vulneración de su derecho a la defensa y debido proceso, aspecto que no fue observado por el tribunal a quo, al respecto; del análisis de la sentencia en el Considerando primero en el punto II Fundamentación Probatoria Descriptiva y punto III Fundamentación Probatoria Analítica o Valorativa, se tiene una valoración integral de la prueba de cargo y descargo, la referencia de relación de la prueba testifical con la documental que se realiza es suficiente y tiene congruencia; la valoración otorgada a la testifical no ha advertido contradicciones porque Eric Cruz Araujo establece que el recurrente estaba vestido de negro y llevaba algo rojo por dentro y también llevaba lentes, así se establece de fs. 106 y vta. y la declaración de Williams Pinto que el acusado llevaba ropa negra lentes y chulo en este punto no existe contradicción porque llevaba ropa negra y algo rojo adentro, así también se establece de los puntos 4, 5, 6 y 7 del punto III Fundamentación Probatoria Analítica o Valorativa, que el imputado reconoció el hecho delante su abogado en el momento de la aprehensión, como consta del acta de registro de juicio oral, así también consta que en el juicio se abstuvo de declarar, respecto de la prueba de Inspección de visu el acusado dejó a criterio del tribunal a quo la realización o no, por lo que no es evidente que se le hubiese negado la realización de esta prueba, en el punto X de la Fundamentación Probatoria Analítica o Valorativa, el tribunal a quo ha tomado en cuenta el Informe complementario de los asignados al caso, que establece que el imputado recalando su versión en presencia de su abogado defensor había manifestado que "le he dado una palmadita nomas" e incluso borró de su celular imágenes de personas de sexo femenino con poca ropa y poses eróticas, obstaculizando la investigación; todos estos aspectos fueron tomados en cuenta por el tribunal a quo, por lo que no es evidente que se haya vulnerado su derecho a la defensa y el debido proceso, y que el tribunal a quo se hubiese basado solo en su declaración, siendo evidente que estuvo asistido de su abogado, contando con defensa técnica; así se establece que existe una valoración objetiva y coherente siendo evidente que se tiene en definitiva un proceso de valoración lógico y verificador labor que hace a una correcta valoración de la prueba, las enunciaciones y consideraciones al respecto son relativas al caso porque se tiene una razón legal, aspecto importante que exige el tipo penal para la imposición de la pena o no; se evidencia de la sentencia de su lectura y contenido que el tribunal a quo hace un análisis y valora la prueba teniendo coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiestan certidumbre en respeto del principio de inmediación que se constituye en el único eje central en la producción probatoria; la valoración realizada otorga seguridad de lo que se infiere que el tribunal a quo ha aplicado la sana crítica y sobre el cuestionamiento en concreto inherente al defecto de sentencia, determina con precisión qué valor se otorga a la literal en relación a la testifical, se advierte de la lectura de esta parte de la sentencia, que la relación fáctica expresada se sustenta en documentales que tienen relación entre sí y por lo mismo tienen relación con los órganos de prueba, estableciendo este tribunal que se ha aplicado la sana crítica, conforme el art. 173 y 124 del Cód. Pdto. Pen., denotándose que las circunstancias, hechos y pruebas fácticas fueron sometidos a control oral, público y contradictorio conforme a ley; porque no solo se ha tomado en cuenta la declaración del imputado en sede policial, como pretende el imputado sino que como se ha descrito líneas arriba, fue en presencia de su abogado en virtud del Informe Complementario de los policías asignados al caso, en base a la apreciación conjunta de la prueba, en consecuencia, no es evidente el agravio.

Que al respecto es necesario tomar en cuenta el principio de verdad material o real, que se encuentra establecido en el art. 180-I Constitucional, el mismo que dispone que: la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en el principio de verdad material, que se expresa en la obligación que tiene todo juzgador al momento de emitir una resolución judicial, anteponer la verdad de los hechos antes que cualquier situación, sin dejar de lado las formas procesales determinadas por ley; es decir que al efectuar la decisión el Tribunal de Justicia, prevalecerá la verificación y el conocimiento de los hechos materiales, sobre el conocimiento de las formas, siempre y cuando no signifique vulneración de derechos y garantías constitucionales, aspecto que se ha cumplido en el caso sub lite.

Tercera.- El recurrente como tercer motivo, refiere el num. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., inexistencia de fundamentación en la sentencia, insuficiencia y contradicción de la misma, refiriéndose a la fundamentación fáctica que se da por la inclusión en el fallo del hecho acusado y el hecho probado indicando el recurrente que existe contradicción e incongruencia entre una y otra e indica el recurrente que la menor en su declaración anticipada refirió que no fue llevada a ningún lugar baldío para que se consumara el hecho, que el tribunal a quo a tiempo de valorar la declaración de los testigos Pinto y la del testigo Eric y sus informes que refiere que la menor fue llevada a un lugar baldío para ser vejada sexualmente, que este elemento de análisis resulta contradictorio y este hecho debería generar duda razonable a su favor, que la madre refiere igual que el investigador, que la menor no tuvo antecedentes con anterioridad al hecho, que el tribunal a quo no ha valorado el informe policial de los investigadores que refieren que días anteriores la menor fue objeto de igual forma de hostigamiento sexual por otro ciudadano, que de la valoración integral que debía realizar el tribunal a quo, debía establecer que si existió un hecho anterior, el mismo podría haber influido en la próxima de la menor hacia las personas de sexo masculino, que determinaría el tipo o forma de reacción emocional y física ante una agresión sexual, que quedó tiesa y paralizada como dice la menor o forcejeo y peleó como dice su madre, para liberarse de su agresor, que esta valoración no ha sido realizada por el tribunal a quo, porque se ha realizado una valoración parcial de la prueba y no integral, por lo que al existir mala valoración la sentencia se funda en un acto nulo, al respecto; del análisis de la sentencia recurrida en el inc. 4) del punto II referido a Fundamentación Probatoria Descriptiva y el inc. 10 del punto Fundamentación Probatoria Analítica o valorativa que hace referencia al hecho probado por el informe policial de abril de 2014, aludidas por el recurrente y desde el Considerando I hasta la Fundamentación Jurídica y la Fundamentación de la Pena y arribar a la conclusión y decisión que ha llegado, la sentencia expone con claridad y logicidad los motivos que sustentan su decisión, precisa los hechos sobre los cuales se pronuncia, tiene sustento fáctico, con argumentación y base jurídica coherente, con aplicación de la sana crítica, ha efectuado el juicio probatorio fundado en los medios de prueba, que se dinamizan en la actividad procesal, básicamente, los aspectos inherentes a la fundamentación y motivación hacen al debido proceso y de la amplia doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo de Justicia, las resoluciones judiciales para ser válidas, deben debidamente ser motivadas y fundamentadas; cumpliendo los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad. Bajo estos parámetros; del análisis del fallo apelado se establece que éste cumple con los presupuestos descritos, cumpliendo lo establecido por el A.S. N° 215/2013 de 12 de junio de 2013 entre otros, que los aspectos extrañados por el recurrente no se advierten, de la revisión de los contenidos en la sentencia, se establece que la prueba de cargo y descargo fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; cuando el acusado tenía la oportunidad de plantear mecanismos de defensa, incidentar excepcionar, menos han presentado exclusiones probatorias como era su derecho así también consta del acta de registro de juicio oral; en la parte de Fundamentación Jurídica en el acápite 15 y 16 consta que el tribunal a quo estableció en mérito de la prueba analizada o y valorada que el imputado se quitó su chamarra negra y los lentes que llevaba a momento de aproximarse a la menor, quedándose con su canguro rojo que se infiere llevaba debajo de la chamarra negra y sin lentes porque se los quito, habiendo sido detenido con esa vestimenta, guardando así relación con la declaración del testigo de cargo William Pinto, policía asignado al caso, por lo que el tribunal a quo no advirtió contradicción alguna, habiendo el tribunal a quo adecuado la conducta del imputado al delito querrellado y ya en la parte de fundamentación de la pena impuesto la sanción correspondiente; por lo que éste motivo de agravio tampoco es evidente; en todo caso, no se puede de ninguna manera legal forzar una resolución para apelar la misma.

CONSIDERANDO.- Que son dos los principios que rigen la sentencia en materia penal: el de la congruencia o correlación entre acusación y sentencia y el denominado "iura novit curia". La correlación puede ser subjetiva y objetiva.

Que la congruencia o correlación subjetiva tiene directa relación con la regla de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido acusado; por ello no habrá congruencia si en el fallo judicial se condena a una persona que no ha sido previa y formalmente acusada.

Que, la congruencia o correlación objetiva se refiere básicamente, a que nadie puede ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación.

Que la jurisprudencia vinculante del A.S. N° 119/2010 de 29 de abril de 2010 expresa: "Al tribunal de alzada le corresponde realizar el control de legalidad, dejando a salvo el conocimiento de los hechos y la prueba al órgano del juicio".

Que la línea jurisprudencial con relación a la valoración de la prueba, establece que, es de competencia del juez o Tribunal de Sentencia; porque ellos son los que se encuentran presentes en la producción de prueba y perciben directamente dicho acto trascendental, que luego, servirá como plataforma objetiva para la apreciación de la prueba producida. En la litis, de la sentencia apelada de la revisión de sus contenidos, se establece que la prueba de cargo y descargo fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba, denotándose cumplida esta labor por el tribunal a quo, que ha llegado a la conclusión de condenar al acusado; por lo que el tribunal de alzada en su análisis no puede retrotraer su actividad jurisdiccional a las circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidos a control oral, público y contradictorio.

Que en merito a todo lo señalado precedentemente en aplicación de la Constitución Política del Estado, la Doctrina Legal Aplicable y vinculante, el debido proceso y en resguardo de los principios de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad, se considera que el tribunal a quo ha obrado conforme a ley.

CONSIDERANDO.- Que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, el cual encuentra su sustento de vinculatoriedad y obligatoriedad en el art. 420 del Cód. Pdto. Pen. teniendo en cuenta que la vinculatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia es el máximo reflejo del derecho a la igualdad de las personas frente a la administración de justicia y el derecho a la tutela legal efectiva.

Que la doctrina legal aplicable, constituye la interpretación de la ley realizada por el más Alto Tribunal de Justicia del Estado cuando la norma le atribuye la competencia para hacerlo, en calidad de vinculante u obligatorio, quedando por tanto los jueces y tribunales inferiores a partir de ese entendimiento; obligados a aplicarlo a posteriores resoluciones en las que se discutan situaciones fácticas similares.

Que en este sentido, debemos indicar que la doctrina legal aplicable, no es más que la interpretación de la ley que realiza el Tribunal Supremo de Justicia cuando la norma le atribuye esa competencia, en tal virtud, esta atribución y la vinculatoriedad u obligatoriedad se encuentra plasmada en los arts. 419 y 420 del Cód. Pdto. Pen.

Que, el mismo Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido en el A.S. N° 443/2006 de 11 de octubre de 2006, en su Doctrina Legal Aplicable lo siguiente: "la Corte Suprema de Justicia, intérprete de la legalidad cumple una función unificadora de la jurisprudencia establecida en materia penal, siendo de aplicación obligatoria la doctrina legal aplicable, por los tribunales colegiados y unipersonales, lo contrario significaría ir en contra de los fines del derecho procesal penal que tiene como objetivo una justicia equitativa" asimismo el A.S. N° 639/2004 de 20 de octubre de 2004 el cual establece: "que en previsión al fortalecimiento institucional especialmente, de la naturaleza, finalidad y efectos obligatorios de los que están revestidos los autos supremos que establecen doctrina legal, con sentido ponderable de uniformar la jurisprudencia en el poder judicial en materia penal, ningún juez o tribunal inferior podrá sustraerse de su cumplimiento bajo ningún concepto o razonamiento y quienes omitan la imperatividad prevista por el segundo párrafo del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., serán posibles de severos llamados de atención la primera vez, y en caso de reiteración serán sancionados económicamente".

Que dentro del marco establecido por el art. 398 y en las formas -según el caso- previstos en el art. 13 del Cód. Pdto. Pen. en mérito de la Doctrina Legal Aplicable el A.S. N° 112/2007 Sucre, 31 de enero de 2007, que refiere respecto de la verificación de la valoración de la prueba por el tribunal de alzada "El tribunal de alzada no se encuentra facultado para valorar la prueba, sin embargo puede verificar si se ha valorado correctamente la prueba".

Que no existe la nulidad por nulidad, sino que estas deben estar descritas en forma expresa en la norma, así se establece del art. 166 y 169 del Cód. Pdto. Pen.

Que así también lo establece la Jurisprudencia vinculante del A.S. N° 287/2012 de 25 de septiembre de 2012 que expresa: "Se debe demostrar objetivamente la vulneración de los derechos fundamentales para disponerse la nulidad de actos procesales".

Que de lo descrito en líneas que anteceden se colige que el sistema de garantías establecido por la Constitución Política del Estado, operan de modo concreto y específico a favor de la persona que es objeto de una atribución delictiva, que de modo general conlleva el juzgamiento a través de un proceso regular o debido proceso.

Que sustancialmente, los aspectos inherentes a la fundamentación y motivación hacen al debido proceso, y de la amplia doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo de justicia, las resoluciones judiciales para ser válidas, deben debidamente ser motivadas y fundamentadas; cumpliendo los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad. Bajo estos parámetros; del análisis de la sentencia y fallo apelado se establece que ésta cumple con los presupuestos descritos, porque ha establecido contenidos y argumentos jurídicos específicos, en la valoración de la prueba, en relación al delito querellado.

Que al respecto, el A.S. N° 26 de 15 de febrero de 2012, al referir sobre la nulidad ha establecido que la "Nulidad de actuados debe estar prevista por la ley y debe operar en base al principio de trascendencia", así también lo ha establecido el A.S. N° 287/2012 Sucre, 25 de septiembre de 2012, cuando establece: "Se debe demostrar objetivamente la vulneración de derechos fundamentales para disponer la nulidad de actos procesales" , en la litis como se ha visto no se ha advertido vulneración de derecho fundamental a una resolución debidamente fundada respecto de la valoración de la prueba.

Que el principio de intangibilidad, prevé que este tribunal, está impedido de revalorizar la prueba; como se establece de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como es el A.S. N° 251 de 12 de octubre de 2012, que ha establecido que la apelación restringida no es un medio que abra la competencia del tribunal de apelación para la revalorización de la prueba, puesto que en el sistema procesal acusatorio vigente, rige el principio de inmediación por el que los hechos probados en juicio se hallan sujetos al principio de intangibilidad, por lo que es imposible e ilegal que este tribunal revise hechos y revalore la prueba.

Que para el caso sub lite, el abuso sexual configura como el toqueteo o manoseo, en partes íntimas de la víctima, se constituye en un delito contra la libertad sexual con penalización y cárcel. De acuerdo a la doctrina legal este tipo de delito se considera como delitos de silencio, por el daño psicológico ocasionado a un menor.

Que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica) ratificada por Bolivia el 19 de julio de 1979, establece en su art. 19 Derechos del Niño.- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado.

Que, por su parte la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Para" en el Capítulo II sobre Derechos Protegidos establece: Artículo 3.- Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4.- Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a) el derecho a que se respete su vida y b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; entre otros.

Que el delito de abuso sexual lo comete la persona que realiza actos libidinosos no constitutivos de acceso carnal, es decir hacer tocamientos impúdicos en las partes íntimas de otra persona, para satisfacer su lívido y se agrava cuando se trata de menores de edad como en el caso sub lite; que bajo estos presupuestos el tribunal a quo ha enmarcado su resolución a lo descrito por la L. N° 007 de Modificaciones a la L. N° 1970, Código de Procedimiento Penal por haber el imputado subsumido su actuar a lo descrito por el art. 312 con la agravante del art. 310 del Cód. Pen.

POR TANTO.- La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, unificando votos y criterios de sus miembros resuelve en aplicación al art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; declarar IMPROCEDENTE la apelación restringida, interpuesta por el acusado José Gustavo Medina Aiza, por memorial que cursa de fs. 132 a 137, contra la Sentencia N° 06/2015 de 30 de junio de 2015, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2 del Distrito Judicial de Potosí.

Dentro del término y forma que prescriben los arts. 416, 417 del Cód. Pdto. Pen., éste auto de vista puede ser recurrido de casación.

Vocal relatora: Dra. María Cristina Montesinos Rodríguez.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: María Cristina Montesinos Rodríguez.- Julio Alberto Miranda Martínez.

Ante mí: Abg. Angela Maria Cuiza Aparicio.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 25 de agosto de 2016, cursante de fs. 184 a 190 vta. José Gustavo Medina Aiza, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 30/2016 de 5 de julio, de fs. 173 a 177 bis., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales María Cristina Montesinos Rodríguez y Julio Miranda Martínez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Susana Sandra Cruz Venegas contra el recurrente, por el delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen.

I. Antecedentes del proceso

a) Por Sentencia N° 6/2015 de 30 de junio (fs. 116 a 125), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró al imputado José Gustavo Medina Aiza, autor del delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen., imponiendo la pena de diez años de reclusión.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado José Gustavo Medina Aiza (fs. 132 a 137), interpuso recurso de apelación restringida, que previo memorial de subsanación (fs. 157 a 162 vta.), fue resuelto por A.V. N° 30/2016 de 5 de julio, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia pronunciada, motivando la interposición del recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 828/2016-RA de 21 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente alega que el tribunal de alzada omitió fundamentar el auto de vista, respecto a tres argumentos centrales planteados en apelación, por cuanto: a) Ratificó la sentencia que incurre en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva [art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.], ya que el ilícito penal por el que fue acusado se consuma cuando el sujeto activo, en las mismas condiciones previstas en los arts. 308 y 308 Bis del Cód. Pen., realiza actos sexuales no constitutivos de acceso carnal, debiendo existir violencia física, amenazas e intimidación, aspecto que señaló en su apelación; pero, el tribunal ad quem interpretando erróneamente asumió que en la sentencia se realizó una interpretación y valoración integral de la prueba, explicando cuándo procedería el defecto de sentencia, sin responder al punto central de su apelación, debiendo haber resuelto en base a la concurrencia que debe existir de las circunstancias y medios señalados en los artículos denunciados; y, no interpretar en base a una disyunción que no existe; b) Ratificó la sentencia que se basó en medios o elementos de prueba ilegales [art. 370-4 del Cód. Pdto. Pen.], refiriendo que no resultaba evidente el agravio al haberse valorado la prueba testifical de manera integral, por cuanto “el señor Cruz” (sic), habría indicado que su persona reconoció haber cometido el delito en presencia de su abogado, lo cual afirma no es cierto, ya que nunca reconoció el hecho, pretendiendo hacer valer como prueba una supuesta confesión sin observar lo previsto en los arts. 171, 172, y del 92 al 100 del Cód. Pdto. Pen., al no poder considerarse para una sentencia condenatoria una supuesta confesión en sede policial, estando al margen de la L. N° 1970, ya que en toda manifestación del acusado en sede fiscal o policial, debe respetarse los criterios del derecho a la defensa, que es la presencia de la defensa técnica y aclaración de sus derechos; y, c) Pese a denunciar el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de alzada ratificó la sentencia sin valorar en absoluto las contradicciones entre las declaraciones, lo cual pudo aclararse mediante una inspección judicial del lugar del hecho; además, de que la prueba de descargo habría sido ilegalmente rechazada, cuando correspondía al tribunal de alzada motivar y fundamentar de mejor manera el motivo en función al agravio expuesto.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto “la Sentencia”, disponiéndose el reenvío de la causa.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 828/2016-RA de 21 de octubre, cursante de fs. 199 a 201, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por José Gustavo Medina Aiza, para su análisis de fondo ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 6/2015 de 30 de junio, el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró al imputado José Gustavo Medina Aiza, autor del delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen., imponiendo la pena de diez años de reclusión, en base al siguiente fundamento, entre otros:

Gustavo Medina Aiza, de veinticinco años de edad, aprovechando ser una persona mayor frente a la víctima que apenas contaba con la edad de doce años y nueve meses, conforme se evidencia del certificado de nacimiento y que ella estaba sola a hrs. 8:15 aproximadamente, en circunstancias en que retornaba de la tienda después de haber comprado refresco y pan para ir de paseo, se le acercó y le sorprendió cuando la niña pretendía abrir la puerta de su domicilio, le realizó los toques impúdicos, diciéndole además, cosas obscenas que la víctima nunca había escuchado por su corta edad, intentando inclusive llevarla detrás del domicilio, cuando le estiró de su brazo para perpetrar algún hecho y cuando vio la sorpresa de la menor la dejó mandándole un beso, indicándole que fue rico. Cuando salieron a la búsqueda del acusado, se quitó la chamarra negra y los lentes que llevaba puestos y apareció con un canguro de color rojo, hasta que fue interceptado.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Contra la referida sentencia, el imputado formuló recurso de apelación restringida, que es desarrollada sólo en cuanto a lo atinente a los motivos traídos en casación:

1) El recurrente alega haberse emitido una sentencia en inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva, conforme a lo previsto por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., porque no se hubiese advertido la inconcurrencia de los elementos constitutivos del delito, ya que en base a su derecho a la defensa y prueba, hizo conocer en el juicio oral dicha inconcurrencia, pues no se acreditó intimidación, violencia física o psicológica contra la supuesta víctima; por lo que, necesariamente debía haber suficiente prueba para demostrar su culpabilidad.

2) Sostiene que se hubiere dictado la sentencia basada en la valoración defectuosa de la prueba y haberse basado en una prueba ilegal [art. 370-4 del Cód. Pdto. Pen.]; por cuanto, dicha resolución no tomó en cuenta que su declaración en celdas de la policía, lo hizo sin la presencia de su abogado, vulnerándose su derecho a la defensa y al debido proceso (art. 9 del Cód. Pdto. Pen.); por lo que, menos podría ser utilizada para sustentar una condena, ya que no se respetó lo establecido por el art. 92 y ss. del Código Adjetivo, constituyéndose en todo caso, una prueba ilegal e inconstitucional. Agrega que no se puede condenar a diez años de pena, con la sola declaración de la víctima sin que existan más elementos de convicción, tampoco existe valoración psicológica y además la misma no hubiese sido producida conforme a ley.

3) No existe fundamentación en la sentencia [art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.] ya que existe contradicción entre la declaración de la víctima y de otros testigos, pues no se sabe dónde se hubiese consumado el delito; tampoco, se ha realizado una valoración respecto al informe policial, que manifiesta que la víctima fue objeto anteriormente de hostigamiento sexual por otro ciudadano, en todo caso, se realizó una valoración parcial de la prueba y no así integral como correspondía.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

mediante el auto de vista recurrido de casación, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia apelada, en base a los siguientes fundamentos:

i. Con referencia a la causal establecida en el inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., se tiene del análisis de la sentencia que en la parte "Fundamentación Jurídica" se determinó que ha existido el abuso sexual en la humanidad de la menor víctima, habiéndose comprobado en el juicio que el acusado recurrente incluso cambió su nombre proporcionando otro al inicio de la investigación obstaculizándola; se demostró la minoridad de la víctima de doce años en relación al acusado de veinticinco años de edad, doblándole prácticamente la referida edad de la menor, siendo la fuerza física del acusado superior a la de la niña, que ni siquiera logró la madurez. Estas circunstancias y otras, fueron valoradas por la sentencia de forma integral tanto en relación con el arts. 308 y 308 Bis; en concordancia, con el art. 312 del Cód. Pen., producto de ello es que la sentencia asume la condena de privación de libertad de diez años únicamente, siendo la sanción mínima para el delito acusado.

ii. Del análisis de la sentencia en el Considerando primero en el punto II-fundamentación probatoria descriptiva y punto III-fundamentación probatoria analítica o valorativa, se tiene una valoración integral de la prueba de cargo y descargo, la referencia de la relación de la prueba testifical con la documental que se realizó es suficiente y tiene congruencia, la valoración otorgada a la testifical no ha advertido contradicciones porque Eric Cruz Araujo, establece que el recurrente estaba vestido de negro y llevaba algo de rojo por dentro y también llevaba lentes, así se establece de fs. 106 vta., y la declaración de Williams Pinto que el acusado llevaba ropa negra, lentes y chulo, en este punto no existe contradicción porque llevaba ropa negra y algo rojo adentro, así también se establece de los puntos 4, 5, 6 y 7 del punto III fundamentación probatoria analítica o valorativa, que el imputado reconoció el hecho delante de su abogado en el momento de la aprehensión, como consta en el acta de juicio oral.

Respecto de la prueba de inspección De visu, el acusado dejó a criterio del tribunal a quo su realización o no; por lo que, no es evidente que se le haya negado la realización de esta prueba, en el punto 10 de la fundamentación probatoria analítica o valorativa, el tribunal a quo tomó en cuenta el informe complementario de los asignados al caso, que refiere que el imputado recalando su versión en presencia de su abogado defensor, había manifestado que: "le he dado una palmadita nomas" e incluso borro de su celular imágenes de personas de sexo femenino con poca ropa y poses eróticas, obstaculizando la investigación, todos estos aspectos fueron tomados en cuenta por el tribunal; por lo que, no es evidente que se le haya vulnerado su derecho a la defensa o al debido proceso y que dicho tribunal se haya basado únicamente en su declaración, existiendo en todo caso una valoración objetiva, coherente, ordenada y razonamientos lógicos que manifiestan certidumbre en respeto del principio de inmediación, que se constituye en el único eje central de la producción probatoria; por lo que, también existe seguridad al haberse aplicado correctamente la sana crítica conforme a lo establecido por los arts. 173 y 124 del Cód. Pdto. Pen., pues la condena es producto de la valoración integral de la prueba, además debe considerarse el principio de verdad material establecida por el art. 180-I de la C.P.E.

iii. Del análisis de la sentencia inc. 4) del punto II referido a la fundamentación probatoria descriptiva y el inc. 10) del punto fundamentación probatoria analítica o valorativa, que hace referencia al hecho probado por el informe policial de abril de 2014, aludidas por el recurrente y desde el Considerando I hasta la Fundamentación jurídica; y, fundamentación de la pena y así arribar a la conclusiones; y, decisión adoptada, la sentencia expone con claridad y logicidad los motivos que sustentan su decisión, precisa los hechos sobre los cuales se pronuncia, tiene sustento fáctico, con argumentación y base jurídica coherente, con aplicación de sana crítica efectuando el juicio probatorio fundado en los medios de prueba, que se dinamizan en la actividad procesal, básicamente los aspectos inherentes a la fundamentación y motivación hacen al debido proceso, cumpliéndose con los parámetros establecidos por el A.S. N° 215/2013 de 12 de junio, entre otros; evidenciándose también que el recurrente no presentó en su oportunidad incidentes o excepciones, menos exclusiones probatorias como era su derecho.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías constitucionales

Este tribunal admitió el recurso del imputado ante la denuncia del imputado de fundamentación que no ante vía flexibilización, ya que no existiría fundamentación en el auto de vista impugnado sobre los reclamos fundados en los defectos de la sentencia inmersos en el art. 370-1, 4 y 5 del Cód. Pdto. Pen., denunciados en el recurso de apelación restringida, correspondiendo verificar si existe o no vulneración a derechos fundamentales o garantías constitucionales.

III.1. Toda resolución judicial debe encontrarse debidamente fundamentada y motivada.

El derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada es una de las garantías mínimas del debido proceso establecido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115-II y 117-I de la C.P.E., 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); en ese marco, la resolución judicial para su validez y plena eficacia, requiere cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentarla y motivarla adecuadamente, debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

En coherencia con las normas constitucionales citadas y la doctrina descrita, el legislador a partir del alcance previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., estableció que: "Las sentencias y autos interlocutorios serán fundamentados. Expresaran los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba"; bajo este alcance jurídico, toda autoridad judicial que emita una resolución debe exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta su parte dispositiva, pues cuando un juez o tribunal omite fundamentar y motivar debidamente su razonamiento y determinación, toma una decisión de hecho contraria al espíritu de un debido proceso, lo que de ninguna manera implica una argumentación innecesaria que abunde en repeticiones o cuestiones irrelevantes al caso, sino que al contrario debe desarrollar; pero, con precisión y claridad, las razones que motivaron al juzgador a asumir una determinada resolución, claro está con la justificación legal que respalda además esa situación.

III.2. Análisis del caso concreto.

El recurrente alega que el auto de vista impugnado, no se encuentra fundamentado sobre los reclamos de defectos de la sentencia inmersos en el art. 370-1, 4, y 5 del Cód. Pdto. Pen., denunciados en el recurso de apelación restringida; aspecto que vulneraría su derecho al debido proceso.

Ahora bien, de la revisión del recurso de apelación restringida, se tiene que el imputado denunció que la sentencia contiene el defecto previsto por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., porque no se hubiese advertido la inconcurrencia de los elementos constitutivos del delito, como es la intimidación, violencia física o psicológica contra la supuesta víctima; por lo que, considera que debió existir la suficiente prueba para demostrar la concurrencia de estos elementos; al respecto, del análisis objetivo al auto de vista objeto de casación, se tiene que el tribunal de alzada previamente delimita su campo de acción aclarando el alcance jurídico del art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., para luego realizar el control de legalidad sobre la sentencia, advirtiendo que en dicha resolución se probó en la parte de la fundamentación jurídica, que el imputado efectivamente abuso sexualmente a la víctima, menor de edad y que en todo caso el acusado tiene el doble de edad que la niña y por tanto más fuerza física, estas y otras circunstancias fueron consideradas para configurar el tipo penal, pues el auto de vista claramente aclara que se llegó a la convicción y certeza, fruto del análisis integral de los arts. 308, 308 Bis concordante con el art. 312 del Cód. Pen.

Además, no es menos cierto que la sentencia claramente refiere que el imputado como mayor de edad, aprovechando de la edad de la víctima y que ella se encontraba sola, se le acercó y antes que la niña abra su puerta es que realizó los toques impúdicos intentando inclusive llevarla detrás del domicilio, para luego el imputado pretender despistar como dice el auto de vista cambiándose el nombre y la ropa, situación que la sentencia y el auto de vista -este último al momento de realizar el control de legalidad- analizaron correctamente y acomodaron la conducta del imputado al tipo penal por el cual fue condenado; por lo que, en todo caso se evidencia que el tribunal de alzada, si bien no fundamentó ampulosamente la denuncia de la causal prevista por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo, efectuó una fundamentación clara y precisa a partir del alcance de la norma procesal señalada, conteniendo una conclusión razonable que de ninguna manera deja en indefensión al imputado; sino, más bien otorga los razonamientos lógicos y jurídicos, por los que se llegó a una determinación, que como se dijo se encuentra en el marco del debido proceso, pues lo argumentado por la referida sentencia y auto de vista, se encuentra relacionado implícitamente a la intimidación, justamente por la edad que tenía el imputado y la desventaja emocional base de la minoridad de la víctima; por ello, conforme señala Creus, Carlos, "Derecho Penal Parte Especial" Tomo I, pág. 209, materialmente el Abuso Sexual, consiste en las conductas de acercamiento o contactos corporales con la víctima, de significación sexual, sin que constituyan acceso carnal, en ese marco se tiene como hechos probados, que efectivamente existió una conducta de acercamiento a la víctima y que a partir de la edad del imputado; y, la condición de mayor vulnerabilidad de la menor, es que se sintió intimidada, situación que como se dijo, implícitamente se encuentra en el auto de vista que realizó un control de legalidad a partir de un análisis integral de lo plasmado en la sentencia.

Así también, el imputado en su recurso de apelación restringida, señaló que la sentencia se fundó en valoración defectuosa de la prueba, al basarse en una prueba ilegal [art. 370-4 del Cód. Pdto. Pen.] ya que su declaración fue realizada sin la presencia de su abogado defensor; además, que no puede condenarse a 10 años de pena con la sola declaración de la víctima sin que exista más elementos de convicción; tampoco, existe valoración psicológica y además la misma no hubiese sido producida conforme a ley.

Al respecto, el auto de vista efectivamente responde a esta denuncia conforme establece el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. y lo hace también en el marco de lo establecido en el art. 124 del mismo Código, pues señala de manera clara y precisa cuál es la parte de la Sentencia que contiene una valoración integral de la prueba, acogiendo los hechos probados e identificado lo manifestado y testificado por los testigos Eric Cruz Araujo y Williams Pinto, los informes de los investigadores, la actuación del acusado posterior a los hechos, para luego concluir manifestando que, todos los aspectos detallados fueron tomados en cuenta por el tribunal a quo, no siendo evidente que se haya vulnerado su derecho a la defensa o al debido proceso, porque el Tribunal de Sentencia no se basó únicamente para disponer la condena en su declaración, existiendo en todo caso una valoración objetiva, en el marco de la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiestan certidumbre; por lo que, menos se constata alguna contradicción.

En este sentido, se evidencia que el tribunal de alzada, realizó un control de legalidad correcto, siendo un argumento razonable que la condena no se basó únicamente en la declaración del imputado; sino, más bien a partir del análisis integral de la unidad y conjunto de la prueba, que fue sometida, dentro de un juicio oral impregnado de los principios de contradicción e inmediación, para llegar a una condena base de la aplicación objetiva de la sana crítica de los juzgadores y del principio de verdad material, pues la determinación del Tribunal de Sentencia no es fruto de la valoración de una sola prueba como pretende hacer entender en el acto de juicio del imputado; sino, más bien del conjunto de pruebas que fueron judicializadas; además de ello, correctamente el auto de vista también fundamentada que si el imputado consideraba que alguna prueba vulneraba su derecho a la defensa, debió activar los medios de defensa en su oportunidad y en su caso, en el juicio oral mediante una exclusión probatoria, pues en materia penal rige el principio de preclusión; por lo que esta sala penal, no constata la vulneración al debido proceso en su elemento debida fundamentación.

Finalmente el imputado, mediante su recurso de apelación restringida, alegó que la Sentencia no estaba debidamente fundamentada [art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.] ya que existiría contradicción entre la declaración de la víctima y de otros testigos, pues no se sabe dónde se hubiese consumado el delito, ni se consideró un informe policial que manifestaría que la víctima fue objeto anteriormente de hostigamiento sexual por otro ciudadano; al respecto, el auto de vista respondió esta alegación conforme a lo previsto por los arts. 398 y 124 del Cód. Pdto. Pen., identificando de la sentencia, la fundamentación probatoria descriptiva, analítica o valorativa, que hace referencia a la prueba base de la determinación condenatoria.

Además, el auto de vista realizando un control de legalidad efectivo, señala que la sentencia expone con claridad y logicidad los motivos que sustentan su decisión, precisando los hechos sobre los cuales se pronuncia, a partir de una argumentación jurídica coherente, con aplicación de sana crítica y efectuando el juicio probatorio fundado en los medios de prueba, que se dinamizan en la actividad procesal, para luego concluir que la sentencia cumple a cabalidad con la fundamentación y motivación que hacen al debido proceso conforme a la doctrina legal aplicable (A.S. N° 215/2013 de 12 de junio).

En consecuencia, el auto de vista de manera fundamentada y motivada, constató correctamente que la sentencia se enmarca en el debido proceso porque la misma realiza su argumentación de manera fundamentada, inclusive el tribunal de alzada, destacó de la sentencia, las circunstancias del hecho sucedido a partir del análisis integral de la prueba testifical y documental cumpliendo así con lo establecido por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; por lo que, -como se dijo anteriormente-, no existe ninguna contradicción -menos relevante- que deje en estado de indefensión al imputado; aclara además el auto de vista, respecto de la prueba de inspección de visu, que el acusado dejó a criterio del tribunal a quo la realización o no de la misma; por cuanto, no sería evidente que se le haya negado la efectivización de esta prueba; por tanto, esta sala penal no evidencia la vulneración de ningún derecho fundamental o garantía constitucional del imputado, quien en todo caso tenía expeditos los medios de defensa para excluir la prueba que consideraba ilegal y al no haberlo hecho es que se judicializó la prueba base para la condena.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por José Gustavo Medina Aiza, cursante de fs. 184 a 190 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



231

Griselda Martínez Casanova c/ Teresa Aguilar Leytón y otra
Difamación e injurias
Distrito: Potosí

AUTO DE VISTA

Potosí, 11 de agosto de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesto por Teresa Aguilar Leytón de Candy que cursa a fs. 84; responde al recurso de apelación restringida presentada por Mery Griselda Martínez Casanova de Gutiérrez de fs. 94; decreto de remisión para ante el superior en grado de fs. 99; los antecedentes que cursan en el cuaderno procesal y.

CONSIDERANDO: I.- Que dentro del proceso penal seguido por Mery Griselda Martínez Casanova de Gutiérrez en contra de Teresa Aguilar Leytón de Candy y otra por la presunta comisión del delito de difamación e injurias previstos en los arts. 282 y 287 del Cód. Pen., luego de la secuencia procesal, el Juez de Sentencia N° de la Capital ha emitido la Sentencia N° 20/2016 de 28 de abril de 2016 que cursa a fs. 53 a 60 de obrados, que en su parte resolutive falla: declara Absuelta de pena y culpa a la acusada Graciela Aguilar Leytón de los delitos de difamación e injurias tipificados en los arts. 282 y 287 del Cód. Pen. por cuanto la prueba admitida al juicio no ha sido suficiente para poder demostrar que la conducta de dicha acusada se adecue a dichos tipos penales, todo conforme al art. 363-2 del Cód. Pdto. Pen. y culpable a la acusada Teresa Aguilar Leytón y consiguientemente autora de la comisión de los delitos de difamación e injuria tipificados en los arts. 282 y 287 del Cód. Pen., en virtud de que la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral público continuo y contradictorio, ha sido suficiente para generar en el tribunal la convicción plena sobre la responsabilidad penal de dicha acusada, más allá de toda duda razonable, por lo que en aplicación del art. 365 del Cód. Pdto. Pen. se le condena a la prestación de trabajo de 6 meses y multa de 50 días a razón de Bs 1.- por día, prestación de trabajo que lo efectuará en la institución de la Alcaldía Municipal en las labores que se le encomiende en dicha institución, una vez por semana en día hábil, una vez ejecutoriada la sentencia, debiendo dicha institución informar de este aspecto, todo a los efectos del art. 367 del Cód. Pdto. Pen., sin costas al ser una sentencia mixta.

Que Teresa Aguilar Leytón mediante memorial que cursa a fs. 84 interpone recurso de apelación restringida en contra de la Sentencia N° 20/2016 de 28 de abril, señalando como agravios lo siguiente:

1. Falta de enunciación del hecho o su relación circunstanciada.

El apelante refiere que el art. 362 del Cód. Pdto. Pen. establece que "El imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación"; norma que establece como garantía esencial del inculpado que la base fáctica de la sentencia condenatoria mantenga identidad y correspondencia con la base fáctica contenida en la acusación.

En ese antecedente, la sentencia si bien genéricamente enuncia el hecho, pero omite la relación precisa y circunstanciada del delito atribuido, porque corta, fracciona, divide el hecho omitiendo una circunstancia trascendental para el ejercicio del derecho a la defensa técnica y material, porque en el fondo significa un cambio en el relato histórico contradictorio de los acusadores y que trae consigo una modificación sustancial del principio acusatorio y de derecho a la defensa, porque el hecho circunstanciado fue adecuado a espantos no probados en el juicio y diametralmente opuesto a los elementos que salen de la prueba testifical en que se intenta amparar, de modo tal que la circunstancia principal contenida en el supuesto es el reclamo como hermana mayor sobre la relación extra-matrimonial, reclamada por el esposo de Mery Griselda Martínez Casanova de Gutiérrez (primeramente con Jhonny Aguilar), presentándose en el domicilio de Teresa Aguilar Leytón, extremo que se demuestra por la declaración de Teresa Aguilar Leytón y su esposo Elías Candy Albis lo cual revela la inexistencia de ninguno de los delitos acusados en que se forzó el juicio oral y sin embargo de no haberse probado los elementos objetivos del tipo penal, se impone sentencia condenatoria en su contra.

Por lo expuesto, considera que se ha vulnerado el art. 360-2 del Cód. Pdto. Pen. y solicita se proceda a la descripción exacta y circunstanciada de todos los elementos relevantes del hecho.

2. Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Refiere que en el caso de autos, existe una errónea aplicación de la ley sustantiva relacionada al tipo penal de difamación e injuria, porque el juez estaba obligado a realizar un juicio de tipicidad que fundadamente haga ver que la conducta que se le atribuyó por la acusadora particular se adecuaba al tipo penal incriminado de difamación e injuria por encontrarse los elementos objetivos y subjetivos de este tipo penal, lo que no ocurrió en el presente caso.

Que en el presente caso la acusadora particular ha adecuado los hechos a los tipos penales de difamación e injuria, bajo el fundamento que se habría dañado su dignidad, cuando ella mantenía relaciones extra-matrimoniales con su cuñado Marco Antonio Cáceres Mendoza y lo único que hizo es llamarle la atención sobre la conducta que mantenía; que por confusión el esposo de la víctima reclamaba a su hermano-cuñado;

Que se ha forzado la posición final del juzgador con la insólita afirmación de haberse manifestado "...tu eres Griselda estás hablando con hermano Jhonny Aguilar no solamente con él sino con su cuñado Marco Antonio Cáceres, tengo pruebas que andas con mi cuñado"; extremo que lo conoce, porque el esposo conjuntamente la acusadora se presentaron en su domicilio para manifestar este extremo, hechos que fueron reales, realizados por la acusadora Mery Griselda Martínez Casanova de Gutiérrez; lo cual se prueba por las declaraciones testificales de su persona y esposo, ello no puede ser catalogado como un indicio de punibilidad, ya que es ésa la infracción en que ha incurrido el tribunal en la sentencia apelada, pues al margen de referir y reiterar los hechos e incluso aportar elementos no incorporados con prueba alguna, simplemente reitera las posiciones de parte, mas no describió o fundamento, el tipo de acción ejercitada por el agente, es decir, no describió cual sería el acto de difamación e injuria que sea punible, con una relación sistemática y coherente de los sujetos, medios, elementos y objetos de prueba que aporten a esa eficacia probatoria, ya que como tengo referido, el propio testimonio de la acusadora resulta incoherente en aducir que se le ha difamado e injuriado, empero lo trascendental en este punto consiste en expresar como agravio el hecho de que no se ha valorado adecuadamente estos antecedentes o elementos negativos del tipo penal. Sin embargo, en la sentencia emitida se la declaro autora de los delitos de difamación e injuria cuando nunca ha cometido estos ilícitos.

Por lo expuesto considera que se ha vulnerado el art. 312 del Cód. Pdto. Pen. al no incluir la debida fundamentación del supuesto delito de difamación e injuria en que hubiese incurrido, existiendo contradicción en las probanzas inexistentes sobre las que se ha basado al condenarme y solicita la correcta aplicación del derecho sustantivo inobservado expresada en un adecuado examen de los elementos del tipo penal acusado y las pruebas aportadas.

3. Inexistencia de fundamentación jurídica.

Que los arts. 124 y 359-1 del Cód. Pdto. Pen. establecen los parámetros para considerar satisfecha la garantía de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

En el caso en análisis, si bien la sentencia impugnada en el Considerando III. Referido a la "Fundamentación Probatoria Intelectiva" dice contener esa fundamentación, sin embargo en los hechos se trata de una simple transcripción acrítica referida a la finalidad del proceso penal, la transcripción de las declaraciones solo de forma parcial y una apreciación subjetiva de los elementos del tipo penal con base en hechos imprecisos e inconsistentes, restando además eficacia probatoria a los elementos de descargo aportados y omitiendo el otorgar valor conforme a las reglas de la sana crítica a los testimonios de sus testigos -en genérico-, fundamentos en los que no se advierte la aplicación de razonamiento lógico jurídico de la doctrina legal aplicable al caso concreto, realmente no aporta elementos claros sobre la consumación de un hecho criminoso como el que se le atribuye, ya que es precisamente esta declaración la que genera duda razonable en cuanto a los hechos, al pretender de modo direccionado a los intereses de la acusación particular, sustentar que se le causó daño en su matrimonio cuando se mantenía en la realidad relaciones extra-matrimoniales.

Por lo expuesto refiere que se ha vulnerado el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., solicitado se realice una fundamentación completa de todos los aspectos relevantes para la determinación del delito y reprochabilidad de la conducta.

4. Sentencia basada en valoración defectuosa de la prueba.

Si bien se trata de otorgar plena eficacia probatoria a los testimonios de cargo pero no se valora en la misma magnitud a la de descargo prohibiendo incluso que declaren más testigos que son padres de familia de alumnos del colegio particular María Auxiliadora, para demostrar que su persona no actuó en ningún momento señalándole con el dedo a la acusadora Mery Griselda Martínez Casanova de Gutiérrez y los testigos de cargo en definitiva no aportan hechos concretos y detalles precisos útiles para establecer un efecto jurídico como el que amerita el caso presente, apreciaciones éstas que contradicen el efecto jurídico.

Por ello el tribunal ad quem advertirá que sobre esta prueba no existe valoración; siendo que este hecho también demostraba que el acusado no acomodó su conducta a ningún tipo penal, el juez contraviniendo el principio de "verdad material" ex profesamente cercena la base fáctica de la acusación y en vez de condenar según lo acusado, sabiendo que esto no se probó (Difamación e Injuria) dio por probado las acusaciones en contra de su persona, recayendo en una mala valoración de las pruebas e informes.

Con lo que se habría vulnerado los arts. 124, 173, 359-I del Cód. Pdto. Pen. y solicita una correcta aplicación del derecho inobservado expresada en la valoración de la sentencia.

Petitorio.- Solicita la anulación de la Sentencia N° 20/2016 y se disponga la celebración de un nuevo juicio oral conforme dispone el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., toda vez, que la prueba aportada en juicio por la acusadora no es suficiente para demostrar la responsabilidad penal de su persona.

CONSIDERANDO: II.-

Análisis del caso concreto. - Para resolver la problemática planteada, es necesario realizar el siguiente análisis:

1. Sobre la falta de enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstanciada (art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen.).

De la revisión de los antecedentes que cursan en el cuaderno procesal, se desprende que la sentencia impugnada tiene una relación precisa y circunstanciada de los hechos, que se encuentra en el párrafo I.1.- Fundamentación fáctica cursante en la acusación particular.- que señala: "...Mery Griselda Martínez Casanova, casada con dos hijos, señala que Teresa Aguilar Leytón el 23 de octubre de 2015 se constituye en su tienda comercial a horas 18:30 aproximadamente, le pide hablar con ella y le dice, textual: "Tu eres Griselda estás hablando con mi hermano Jhonny Aguilar no solamente con el sino con su cuñado Marco Antonio Cáceres tengo pruebas que andas con mi cuñado", es más al percatarse que su esposo estaba en la tienda quiso hablar con su esposo, y le comenzó a insultar de manera pública delante de mucha gente diciéndole, esas frases y cuando le dijo que le pasaba, esa mujer volvió a decir, textual.. "Tengo pruebas en un celular les voy a avisar a tus suegros ya tu hijo" ella quedó sorprendida y se calló.

El día 25 de octubre de 2015 recibe una llamada de Graciela Leytón Aguilar que le cita a hablar en Av. Murillo horas 5 aproximadamente, donde le dice: "Estas saliendo con mi esposo, reconoce, tengo prueba de lo que digo voy a hablar con tu hijo y tus suegros le voy a decir a tu esposo" y cuando esa mujer se sube a la movilidad le insulta diciéndola "Mira ya he descubierto que eres amante de mi marido, que le ha regalado una cadena, que estas manteniendo relaciones extramatrimoniales con mi esposo" ella dijo que le estaba calumniando sin motivo, discuten a la fuerza.

A la media hora recibe otra llamada de Teresa Aguilar quien le dice: "Que estas manteniendo relaciones extramatrimoniales con mi cuñado" y le amenazó con hablar con su suegro e hija

El 6 de noviembre de 2015 se lleva a cabo una actividad en el colegio María Auxiliadora, en el coliseo Ciudad Satélite, horas 20 aproximadamente, en ese ínterin se constituye en ese evento con su hijo y familiares, mientras se llevaba a cabo ese evento Teresa Aguilar empero a señalarle a todas las personas que pasaban por ese lugar a viva voz "Esta es la amante de mi cuñado, le sacaron fotos ya viva voz gritaba" sáquenle fotos a esa mujer, "Esta actitud lo realizó delante de sus hijos, esposo, familiares de ella y de su esposo."

Esta relación fáctica de los hechos que se encuentra en la Sentencia N° 20/2016 es similar a la relación fáctica de los hechos que cursa en la acusación particular (fs. 1-2) presentada por Mery Griselda Casanova Martínez.

Consiguientemente no es cierto ni evidente el agravio argüido por la parte apelante, ya que la sentencia emitida cumple con lo dispuesto por el art. 360-3 y 362 del Cód. Pdto. Pen., por lo que no es cierto que exista incongruencia entre los hechos acusados y la sentencia.

2. Sobre la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 370-I del Cód. Pdto. Pen.).

Al respecto debemos indicar que el apelante se limita a indicar de manera genérica que en el caso de autos existe inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; sin embargo no fundamenta debidamente la inobservancia de la ley o errónea aplicación de la ley, porque en el primer supuesto, debería haber fundamentado el recurso de apelación, en sentido de cómo el juez de la causa no observó la norma y/o creo causas paralelos a los establecidos en la ley, y en el segundo caso, fundamentar como el juez de la causa aplicó la ley de forma errónea, aspectos que no ocurren en el caso presente.

En esa tesitura, al no estar debidamente fundamentado el agravio argüido, este tribunal de alzada no puede ingresar a su análisis; reiterando la apelante -de buena o mala fe- que la querellante mantuvo relaciones extramatrimoniales con su cuñado Marco Antonio Cáceres Mendoza y lo único que hizo es llamarle la atención -a la querellante- por la conducta que mantenía; sin embargo y contradictoriamente niega que haya cometido el delito de difamación e injuria.

Finalmente la apelante refiere que el tribunal de sentencia aportó elementos no incorporados con prueba alguna, sin embargo, tampoco expresa cuáles son esos elementos que incorporó sin prueba alguna, lo que tampoco permite realizar el análisis correspondiente.

3. Sobre la inexistente fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria (art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.).

De la revisión de la sentencia impugnada, se desprende que la misma tiene la debida fundamentación, que está plasmada en el Considerando III, punto 3.- Fundamentación probatoria jurídica, en donde al referirse a la co-acusada Teresa Aguilar Leytón dice: "...El relación a la co-acusada Teresa Aguilar Leytón, conforme a los demostrado precedentemente, ella en 23 de octubre de 2015, quien al saber de la relación de su cuñado Marco Antonio Cáceres por boca de su hermana y ver los mensajes, e ir posteriormente a buscarla a la acusadora en su fuente de trabajo lugar público, un centro comercial de repuestos en calle Chayanta, en horas de la tarde 17 aproximadamente, entra al lugar, sacarla a la calle y delante de toda la gente que pasaba por ese lugar al ser comercial, además de existir otra gente comprando en la tienda, además de ser escuchado igualmente por el suegro de la acusadora, infiriéndole que la acusadora era amante de su hermano Jhonny Aguilar Leytón, cuando días antes se enteró de una relación pero era de su cuñado Marco Antonio, pero de forma maliciosa, tendenciosa y repetida le infiere esos improperios, lo cual por su propia prueba de descargo, es decir su propio hermano Jhonny Aguilar Leytón declaró que no tiene relación alguna con la acusadora.

De igual manera dicha acusada Teresa Aguilar Leytón en 6 de noviembre de 2015, en lugar público, lleno de gente, además no de cualquier gente, sino de padres de familia de alumnos del colegio María Auxiliadora, donde estudian los hijos tanto de la acusadora como de las dos acusadas, festival de dicho colegio, en el coliseo de la ciudad Satélite, en horas de la noche, donde en medio del festival, la acusada Teresa se acerca cerca a la grada donde estaba sentada la acusadora y sin más ni más le infiere de manera pública, tendenciosa, directa, dolosa, improperios a la acusadora, delante de sus familiares, sus hijos, y la gente toda que estaba a su alrededor, lo siguiente.. "esa es la amante de mi cuñado, sáquenle fotos y le señalaba con el dedo, refiriéndose a Mery la acusadora, palabras que repetía muchas veces". Lo cual primero, era ya totalmente falso, pues como lo declaró enjuicio Marco Antonio Cáceres, esa relación ya concluyó el 12 de octubre de 2015, así

lo afirmó en su declaración, más aún cuando a ella no le correspondía actuar de esa manera al no tener ella relación alguna con Marco Antonio Cáceres, cuando ello le correspondía a la afectada, en este caso a Graciela Aguilar Leytón, y no a ella.

De lo que se colige que evidentemente esta conducta de dicha acusada se adecúa a los tipos penales acusados en los arts. 282 y 287 del Cód. Pen., sin que haya podido desvirtuar, más al contrario, su propia prueba lo demostró esto".

De lo expuesto, se desprende que la sentencia impugnada tiene la debida fundamentación o motivación, ya que adecúa la conducta de la acusada a los tipos penales denunciados, es decir, no existe duda razonable acerca de la comisión del hecho delictivo, consiguientemente la sentencia cumple con lo dispuesto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues tiene una expresión de motivos de hecho y de derecho en que basa su decisión y se ha valorado los medios de prueba que han sido introducidos al juicio oral público y contradictorio; por lo que no son ciertos los agravios argüidos por la apelante.

4. Sobre la valoración defectuosa de la prueba en la sentencia (art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.).

Con relación a que el juez de sentencia no valoró la prueba testifical de descargo, es menester indicar que de la revisión de la sentencia impugnada, se desprende que no es cierto ni evidente aquello, por cuanto la prueba testifical de descargo fue valorada por el juez a quo, otorgándole la validez legal porque fueron propuestos dentro del término previsto por el art. 341 del Cód. Pdto. Pen. y que en su recepción se cumplió con el principio procesal de la oralidad previsto en el art. 117 del Cód. Pdto. Pen., cumpliéndose además con lo previsto por el art. 220 del Cód. Pdto. Pen. en concordancia con los arts. 350 y 351 del rito de la materia, asimismo con los arts. 196 y 197 del mismo cuerpo legal, finalmente haberse cumplido con los principios procesales de contradicción e igualdad procesal; posteriormente fueron valoradas por el a-quo tomando en cuenta el comportamiento de los testigos, la forma de declarar, su seguridad, certeza, firmeza y vehemencia en sus deposiciones sobre el hecho acusado, ello con la finalidad de darle credibilidad a las declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica que prevé el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., concluyendo que los testigos tanto de cargo como de descargo, declararon de forma segura, coherente, sin contradicción, diciendo relación con el caso que se analiza, por lo que les otorga toda la eficacia jurídica correspondiente.

En esa tesitura luego del análisis y valoración de la prueba de cargo y descargo, el juez de la causa llega a la conclusión de que la acusada Teresa Aguilar Leytón en fecha 6 de noviembre de 2015, en circunstancias que la acusadora junto a su esposo, hijos, hermanas y familiares de sus hermanas, se encontraba en un lugar público como es el campo deportivo de la ciudad Satélite, donde se realizaba un festival del colegio de los hijos de la acusadora, hijos de sus familiares, como los hijos de la acusada Graciela Aguilar, donde había mucha gente, al ser un festival del Colegio María Auxiliadora, donde la acusada Teresa Aguilar Leytón, en medio del festival se acerca a donde se encontraba la acusadora y le empieza a proferir públicamente y delante de toda la gente, señalándole con el dedo directamente a la acusadora particular diciéndole las siguientes palabras (textual): "...esa es la amante de mi cuñado, sáquele foto y le señala con el dedo, refiriéndose a Mery la acusadora, palabras que repetía muchas veces".

Finalmente la apelante no fundamenta debidamente su reclamo, pues, por un lado afirma que el juez no valoró las pruebas (no existe ninguna valoración) y de otro lado, refiere que el juez valoró defectuosamente la prueba (existe una valoración pero esta es defectuosa), ambas situaciones son diferentes; pero lo más grave, es que no nos dice que declaración testifical (de cargo o descargo) no valoró o la valoró de forma defectuosa y finalmente como debió valorarse dicha prueba testifical.

Por lo expuesto, se desprende que no son ciertos los agravios argüidos por la parte apelante, por lo que no puede anularse la Sentencia N° 20/2016 y/o disponer se realice un nuevo juicio por la vía del reenvió.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, con el voto favorable de sus miembros, estando admitido el recurso de apelación restringida, inicialmente declara Improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto por Teresa Aguilar Leytón y en el fondo CONFIRMA íntegramente la Sentencia N° 20/2016 de 28 de abril de 2016 que cursa a fs. 53 a 60 de obrados, sea previa las formalidades de ley.

La presente resolución admite el recurso de casación en el plazo de cinco días, conforme prevé el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Se recomienda al juez a quo redactar la sentencia de forma clara y coherente, por cuanto en algunas partes de la sentencia existe una redacción no muy clara, que más parece copia del acta o incluso apuntes que se tomaron en el juicio oral que no son claros ni coherentes, y este tribunal tiene que hacer un esfuerzo para entender lo que se quiso decir; observación que se la realiza en virtud a que la sentencia tiene que ser redactado de forma clara, precisa y coherente, que sea entendido no solo por los jueces y abogados, sino también por los justiciables.

Vocal relator: Dr. Jorge Andrés Pérez Maita.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Jorge Andrés Pérez Maita.- Jorge Oscar Balderrama Berrios.

Ante mí: Abg. Angela M. Cuiza Aparicio.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 8 de septiembre de 2016, cursante de fs. 118 a 121, Teresa Aguilar Leytón de Candy, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 24/2016 de 11 de agosto de fs. 111 a 114, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales Jorge Oscar Balderrama Berrios y Jorge Andrés Pérez, dentro del proceso penal seguido por Mery Griselda Martínez Casanova de Gutiérrez contra la recurrente y Graciela Aguilar Leytón, por la presunta comisión de los delitos de difamación e injurias, previstos y sancionados por los arts. 282 y 287 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes

a) Por Sentencia N° 20/2016 de 28 de abril (fs. 53 a 60), el Juez Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a Teresa Aguilar Leytón, autora y culpable de la comisión de los delitos de difamación e injurias tipificados y sancionados por los arts. 282 y 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de prestación de trabajo de seis meses y multa de cincuenta días a razón de Bs 1.- por día, sin costas; por otra parte, absolvió de culpa y pena a la coimputada Graciela Aguilar Leytón de los delitos endilgados en su contra.

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada Teresa Aguilar Leytón de Candy, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 84 a 89), que fue resuelto por A.V. N° 24/2016 de 11 de agosto, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró improcedente el recurso planteado; en consecuencia, confirmó en su integridad la sentencia apelada.

I.1.1. Motivo del recurso de casación admitido

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 851/2016-RA de 31 de octubre (fs. 129-130 vta.), se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, aspecto sobre el cual, este tribunal circunscribirá su análisis conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

Denuncia que el auto de vista recurrido, no fue debidamente fundamentado, por cuanto no pretendió una revalorización de prueba en segunda instancia, sino lo que denunció en segunda instancia fue la errónea aplicación de la ley contemplada en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., con el argumento de que en la sentencia no existe la suficiente prueba y que la misma no fue debidamente valorada; sin embargo, el tribunal de alzada omitió revisar la aplicación de la sana crítica, al no haberse establecido que su conducta sea dolosa y que hubiere provocado el daño conscientemente; por cuanto, a criterio suyo tubo que dictarse una sentencia absolutoria, reiterando que se habría aplicado de manera errónea los arts. 282 y 287 del Cód. Pen. Cita como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 241 de 1 de agosto de 2005, 43 de 27 de enero de 2007 y 221 de 07 de junio de 2006.

I.1.2. Petitorio

Solicita, se anule la resolución de alzada y se ordene se dicte nuevo auto de vista.

I.2. Admisión del recurso

Mediante A.S. N° 851/2016-RA de 31 de octubre, se determinó la admisión únicamente del segundo motivo del recurso de casación interpuesto.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la revisión de los antecedentes venidos en casación se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia

El Juez Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, en virtud a la jurisdicción que ejerce, dictó la Sentencia N° 20/2016 de 28 de abril, declarando a Teresa Aguilar Leytón, autora y culpable de la comisión de los delitos de difamación e injurias, previstos y sancionados por los arts. 282 y 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 6 meses de prestación de trabajo en la Alcaldía Municipal, en las labores a ser encomendadas, más cincuenta días multa a razón de Bs 1.- por día, sin costas; por otro lado, absolvió a Graciela Aguilar Leytón, de los delitos endilgados en su contra; la sentencia se basó en las siguientes conclusiones:

Determinó como hechos probados los siguientes: que, la señora Mery Griselda Martínez Casanova acusadora y Marco Antonio Cáceres Mendoza esposo de la acusada Graciela Aguilar Leytón mantuvieron una relación sentimental extramatrimonial, desde 1999 hasta el 2015; que Graciela Aguilar Leytón descubrió en el celular de su esposo mensajes amorosos enviados por la acusadora a su esposo, que entre otras cosas decía, "quiero verte amor, puedes hablar amor, tienes un instante, donde estas amor, que no le dejan salir, que quiero verte amor, hacer cosas ricas contigo" (sic), situación que no fue resuelta por el esposo de Graciela Aguilar Leytón, hecho que motivó en la citación de ambas partes procesales, donde la acusadora encaró a la acusada que tenía pruebas y fotos sobre la relación sentimental que mantenía con su esposo y que le mostraría a sus familiares, posteriormente al encuentro la acusadora llamó a Marco Antonio Cáceres para decirle que niegue su relación.

En relación a Teresa Aguilar Leytón, concluyó, que al enterarse sobre los mensajes que la acusadora envió al esposo de su hermana, sin tener autorización, poder u obligación material de inmiscuirse en este problema que correspondía solucionar a los esposos y a la acusadora, resulta que el 23 de octubre de 2015, en forma oficiosa se hubiese dirigido a la tienda de la acusadora, donde después de sacarle a la calle, le infiere que es amante de su hermano Jhonny Aguilar Leytón, que tiene fotos, las cuales enseñaría a los familiares de la querellante, insultos que profirió de forma pública en la calle, fuera de su negocio, mismo que siendo un lugar comercial había mucha gente que pasaba por el lugar; por otra parte, también se consideró la declaración de Jhonny Aguilar Leytón, quien manifestó que nunca tuvo relación sentimental con la acusadora; finalmente se demostró, que el 6 de noviembre del mismo año, cuando la hoy acusadora se encontraba junto a su esposo, hijos, hermanas y familia de su hermana, en un festival del colegio de sus hijos, Teresa Aguilar Leytón increpó públicamente a la acusadora, señalando que la misma es amante de su cuñado, repitiendo muchas veces lo mencionado, situación que no era evidente por que la mencionada relación ya había concluido con anterioridad, por lo que, se concluyó que la acusada adecuó su conducta a los tipos penales condenados.

II. 2. De la apelación restringida

Tersa Aguilar Leytón de Candy, por memorial de fs. 84 a 89 interpuso recurso de apelación restringida, argumentando en lo pertinente al motivo que se analiza lo siguiente:

a) Denunció falta de enunciación del hecho o su relación circunstanciada, señalando que si bien la sentencia enuncia el hecho de manera genérica; empero, habría omitido precisar las circunstancias del delito atribuido, y que en el fondo estaría cambiando el relato histórico de los hechos realizada por la acusación.

b) Por otro lado denunció inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, por errónea calificación de los hechos y errónea fijación de la pena, en relación a los tipos penales de difamación e injurias, señalando que se habría vulnerado el art. 312 del Cód. Pen., al no incluir la debida fundamentación de los supuestos de difamación e injurias en que hubiere incurrido la acusada hoy recurrente.

c) Asimismo denuncia inexistencia de fundamentación jurídica en la sentencia defecto previsto en el inc. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., lo que conlleva la vulneración del art. 124 de la norma procesal penal antes referida.

d) Finalmente acusa que la sentencia se basaría en una valoración defectuosa de la prueba, indicando que no se habría dado valor a la prueba de descargo; por lo que, también a criterio suyo se hubieren vulnerado los arts. 124, 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen.

Concluye solicitando que el tribunal de alzada emita auto de vista, anulando la sentencia o en su mérito mande a reenvío porque a su criterio la prueba aportada en juicio no fue suficiente para demostrar su culpabilidad.

II.3. Del Auto de Vista

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, emitió el A.V. N° 24/2016 de 11 de agosto, declarando improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto por Teresa Aguilar Leytón y en el fondo confirmó íntegramente la sentencia, bajo los siguientes argumentos:

a) En relación a la falta de enunciación del hecho objeto del juicio y su determinación circunstanciada, señaló que, la relación fáctica de la sentencia, es similar a la relación fáctica de los hechos que cursan en la acusación particular; en consecuencia, concluyó que no es evidente que exista incongruencia entre los hechos acusados y la sentencia.

b) Respecto a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, el tribunal de alzada concluyó que, la recurrente no fundamentó debidamente la inobservancia de la ley o errónea aplicación de la ley, porque en el primer supuesto, debería haber fundamentado el recurso de apelación, en sentido de cómo el juez de la causa no observó la norma y/o creó causas paralelos a los establecidos por ley, en el segundo caso, fundamentar cómo el juez de la causa aplicó la ley de forma errónea, aspectos que no ocurren en el caso presente, por lo que, determinó la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo.

c) Sobre la inexistencia de fundamentación o que la misma sea contradictoria, respecto a la acusada Teresa Aguilar Leytón, haciendo referencia a los argumentos expuestos en el Considerando III punto 3 (fundamentación probatoria jurídica) de la sentencia apelada se concluyó que la misma contenía la debida fundamentación o motivación, ya que la conducta desplazada por la acusada se adecuó a los tipos penales denunciados, es decir, no existe duda razonable acerca de la comisión del hecho delictivo, consiguientemente la Sentencia cumple con lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., porque tiene una expresión de motivos de hecho y derecho en que basa su decisión, valorando los medios de prueba que fueron introducidos al juicio oral, público y contradictorio, por lo que, concluye que no son ciertos los agravios sufridos por la apelante.

d) Finalmente respecto a la denuncia de defectuosa valoración de la prueba, señaló que no es evidente, el hecho que no se hubiera valorado la prueba de descargo, y que la misma fue valorada por el Tribunal de Sentencia, otorgándole la validez legal al haber sido propuestos dentro del término previsto por el art. 341 del Cód. Pdto. Pen., y en su recepción se habría cumplido con los principios procesales de oralidad, contradicción e igualdad procesal, cumpliendo con lo previsto en los arts. 117, 220, 350, 351, 196 y 197 del Cód. Pdto. Pen., advirtiendo que el tribunal de primera instancia valoró considerando el comportamiento de los testigos, la forma de declarar, su seguridad, certeza, firmeza y vehemencia en sus deposiciones sobre el hecho acusado, dando credibilidad a las declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica prevista en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., concluyendo que los testigos tanto de cargo como de descargo, declararon de forma segura, coherente, in contradicciones, con relación al caso que se analiza, por lo que, se le habría otorgado toda la eficacia jurídica correspondiente.

Al respecto el tribunal de alzada también precisa, que el Juez de la causa llegó a la conclusión de que la acusada Teresa Aguilar Leytón el 6 de noviembre de 2015, en circunstancias que la acusadora junto a su esposo, hijos, hermanas y familiares de su hermana se encontraba en un lugar público como es el campo deportivo de la ciudad Satélite, donde se realizaba un festival del colegio de sus hijos, hijos de sus familiares, como los hijos de la co-acusada Graciela Aguilar, donde había mucha gente, al ser un festival del Colegio María Auxiliadora, donde la acusada Teresa Aguilar Leytón, en medio del festival se acerca a la acusadora y le empieza a proferir públicamente y delante toda la gente, señalándole con el dedo directamente a la acusadora particular diciéndole (textual): "...esa es la amante de mi cuñado, sáquenle foto y le señala con el dedo, refiriéndose a Mery la acusadora, palabras que repetía muchas veces".

Concluyen además, señalando que la parte recurrente no fundamentó debidamente su reclamo, pues por un lado se afirmó que el juez no valoró las pruebas (no existe valoración) y de otro lado, refiere que el juez valoró defectuosamente la prueba (existe una valoración pero defectuosa), ambas situaciones resultarían diferentes; pero lo más grave es que no se diría que declaración testifical de cargo o descargo no se valoró o se valoró de forma defectuosa y finalmente como debió valorarse dicha prueba testifical, por lo tanto no resultaba evidentes las alegaciones de la parte recurrente.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

La Recurrente denuncia falta de fundamentación del auto de vista, señalando que en su apelación restringida reclamó que no existe suficiente prueba y que la misma no fue debidamente valorada al subsumir su conducta a los tipos penales acusados; en consecuencia, para

emitir pronunciamiento de fondo respecto a esta denuncia, con carácter previo, antes de identificar los entendimientos asumidos en los precedentes invocados por la recurrente y el análisis particular del recurso, resulta menester efectuar una precisión sobre la labor de contraste en el recurso de casación por parte del Tribunal Supremo.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: "El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema", en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: "Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida".

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: "...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación", norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.O.J., que instituye como atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y, c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal.

III.2. Análisis del caso en concreto.

La recurrente denuncia falta de fundamentación del auto de vista recurrido, señalando que en la sentencia no había suficiente prueba y que la misma no hubiera sido debidamente valorada, y que su conducta no fue subsumida correctamente a los tipos penales acusados, invocando como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 241 de 1 de agosto de 2005, 43 de 27 de enero de 2007 y 221 de 7 de junio de 2006.

El primer precedente fue emitido dentro de un proceso penal seguido por el delito de estafa, en el cual la entonces Corte Suprema de Justicia constató que, el documento privado de préstamo versa sobre una cuestión civil, por ser un instrumento de acuerdo de voluntades, por lo que, determinó que los jueces de grado debieron declarar su incompetencia de conformidad al art. 46 del Cód. Pdto. Pen., aplicando además el art. 15 de la L.O.J.; por consiguiente, determina dejar sin efecto el auto de vista, estableciendo como doctrina legal aplicable en lo pertinente lo siguiente: "de donde resulta que, imperiosamente, debe comprobarse la doble relación causal que debe existir para que se configure el delito de estafa: el ardid o engaño como causa del error y el error como causa de la disposición patrimonial, sólo ante la comprobación incontrovertible de la existencia de estos elementos podrá establecerse la presencia del dolo, pues en el delito de estafa no puede aducirse culpa, toda vez que el tipo penal previsto en el art. 335 de la Norma Sustantiva se constituye en un delito eminentemente doloso.

La vía penal no puede ser utilizada para perseguir el cumplimiento de obligaciones, pues el derecho penal sustantivo y adjetivo tiene como una de sus principales características ser de "Ultima Ratio", no pudiendo ser utilizado a efecto de penalizar las obligaciones contractuales, lo contrario significaría entrar en franca violación a los derechos consagrados en el art. 16 de la Norma Constitucional, de observancia preferente por el propio mandato de su art. 228 y del art. 5 de la L.O.J."

El A.S. N° 43 de 27 de enero de 2007, fue emitido dentro de un proceso seguido también por el delito de estafa, en el cual la extinta Corte Suprema de Justicia, dejó sin efecto el auto de vista recurrido, al constatar que el tribunal de alzada revalorizó prueba, además de incurrir en error judicando, y que existe falta de tipicidad en la conducta de los acusados en relación a los tipos penales de estafa y estelionato, porque la solución del conflicto corresponde al ámbito civil, estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable: "...En el caso de autos, se estableció por la propia declaración en juicio oral de los querellantes que "conciliaron" a efectos de la entrega de la movilidad a cambio del pago posterior lo que anula la existencia de "engaños" o "artificios" que hubieran empleado los agentes así como quedó demostrado por la prueba testifical que los querellantes conocían que el inmueble objeto de la garantía estaba hipotecada a la Cooperativa "San Pedro" de esa localidad, aspecto que también elimina el "dolo" y la supuesta "lesividad" del hecho antijurídico de estelionato. Debiéndose solucionar el conflicto jurídico penal respecto de la morosidad del pago de los deudores en el ámbito civil".

Finalmente el A.S. N° 221 de 7 de junio de 2006, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de cheque en descubierto, teniéndose como uno de los motivos denunciados la falta de fundamentación del auto de vista a la denuncia de valoración de la prueba, generándose la siguiente doctrina legal aplicable: "Una sociedad democrática está sostenida por el equilibrio y control riguroso que dimanar de los principios de legalidad, derecho al cumplimiento de la reglas del debido proceso penal y publicidad. Bastará que la ausencia se refleje en uno de ellos para demandar la corrección, aún de oficio, conforme dispone el art. 15 de la L.O.J., y, con mayor razón si las infracciones han sido reclamadas oportunamente por el recurrente a quien le causa perjuicios la forma de resolución que incurre en "error judicando", tarea que la ley obliga a que los tribunales de justicia se sometan a la ley emitiendo sentencias que fluyan del respeto absoluto al "principio de legalidad" realizando los juzgadores tareas objetivas de subsunción que demuestren, objetivamente, el encuadramiento perfecto de las conductas tachadas de antijurídicas en el marco descriptivo de la ley penal lo contrario significaría crear inseguridad jurídica" en perjuicio de toda la población...".

Respecto de los precedentes invocados se aclara que los dos primeros no serán motivo de contraste en virtud a que no cuentan con la similitud de orden factico, pues en estos desarrollan aspectos que no son parte de la problemática a resolver en el presente caso, es decir si la persecución penal es de ultima ratio. En el caso del A.S. 221 de 7 de junio de 2006 se advierte una base suficiente que permite ingresar a verificar si evidentemente existe la contradicción alegada.

En consecuencia a los fines de establecer si evidentemente existe la falta de fundamentación en el auto de vista impugnado se tiene que verificado el mismo, en el auto de vista impugnado en su numeración 2 del considerando II respecto de la vulneración del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., señalo que sobre la inexistencia de fundamentación o que la misma sea contradictoria, respecto a la acusada Teresa Aguilar Leytón, haciendo referencia a los argumentos expuestos en el Considerando III punto 3 (fundamentación probatoria jurídica) de la sentencia apelada, concluyó que la misma contenía la debida fundamentación o motivación, ya que la conducta desplazada por la acusada se adecuó a los tipos penales denunciados, es decir, no existió duda razonable acerca de la comisión del hecho delictivo, consiguientemente la sentencia cumple con lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., porque tiene una expresión de motivos de hecho y derecho en que basa su decisión, valorando los medios de prueba que fueron introducidos al juicio oral, público y contradictorio; pero además, respecto de la presunta valoración defectuosa de la prueba en el siguiente numeración (4) el tribunal de alzada precisó que el juez de la causa llegó a la conclusión de que la acusada Teresa Aguilar Leytón el 6 de noviembre de 2015, en circunstancias que la acusadora junto a su esposo, hijos, hermanas y familiares de su hermana se encontraba en un lugar público como es el campo deportivo de la ciudad Satélite, donde se realizaba un festival del colegio de sus hijos, la acusada Teresa Aguilar Leytón, en medio del festival se acerca a la acusadora y le empieza a proferir públicamente y delante toda la gente, señalándole con el dedo directamente a la acusadora particular diciéndole (textual): "... esa es la amante de mi cuñado, sáquenle foto y le señala con el dedo, refiriéndose a Mery la acusadora, palabras que repetía muchas veces". Al respecto el tribunal de alzada también observó que la parte recurrente no fundamentó debidamente su reclamo, pues por un lado afirmó que el juez no valoró las pruebas y por otro se alega que el juez valoró defectuosamente la prueba, siendo ambas situaciones diferentes; pero además se destacó que la parte apelante no precisó cual la declaración testifical de cargo o descargo que no se valoró o se valoró de forma defectuosa y menos como debió valorarse dicha prueba,

Lo extractado precedentemente de ninguna manera recae en falta de fundamentación, pues al contrario el tribunal de alzada de manera adecuada primero cita los acápites de la sentencia en los que se encuentran los argumentos del juez de sentencia que sustentan la resolución apelada, pero además también cita cuales los hechos que generaron el proceso penal y que en juicio fueron debidamente acreditados para efectuarse la correspondiente subsunción de estos a los tipos penales condenados, cumpliendo así con lo previsto en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues debe recordarse que la debida fundamentación no puede ser mal entendida por una ampulosa argumentación cuando esta resulta plenamente valida si es, clara, precisa legitima y completa en su pronunciamiento, situación apreciada en la presente causa en la que se dio respuesta lo planteado, no siendo evidente que el tribunal de alzada omitido efectuar su labor de control sobre la valoración probatoria con el argumento de que se pretendió revalorizar prueba como señala la parte recurrente, si no que al contrario de manera por demás clara estableció que la referida denuncia –defectuosa valoración probatoria- carecía de fundamento ya que era contradictoria, pues por un lado afirmó que el juez no valoró las pruebas y por otro lado que el juez valoró defectuosamente la prueba siendo ambas situaciones completamente diferentes; pero lo más grave es que no se dijo que declaración testifical de cargo o descargo no se valoró o se valoró de forma defectuosa y finalmente como debió valorarse dicha prueba testifical, en consecuencia no resulta acorde denunciar una presunta falta de fundamentación en el auto de vista recurrido cuando de parte del apelante no se efectuó una adecuada argumentación de los agravios que pretendía sean resuelto en alzada.

Se aclara que ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica evidentemente es el tribunal de alzada el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia; sin embargo, son los recurrentes los que además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan

sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; siendo obligación de la recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia, situación no acontecida en el recurso de apelación restringida interpuesta por la imputada y que de manera adecuada el tribunal de alzada lo observó, por lo tanto no se advierte la contradicción alegada por la parte recurrente, deviniendo el presente recurso en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Teresa Aguilar Leytón de Candy de fs. 118 a 121.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



232

Emiliana Flores Pérez c/ Mercedes Calizaya Uño y otro
Estafa y otro
Distrito: Potosí

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 9 de septiembre de 2016, cursante de fs. 205-206 vta., Emiliana Flores Pérez, interpone recurso de casación impugnando, el A.V. N° 26/2016 de 12 de agosto de 2016, de fs. 198-199 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales Jorge Oscar Balderrama Berrios y Jorge Andrés Pérez, dentro del proceso penal seguido por la recurrente contra de Mercedes Calizaya Uño y Calixto Quispe Lupe, por la presunta comisión de los delitos de estafa y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 335 y 346 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 5/2015 de 24 de diciembre (fs. 116 a 121 vta.), el Tribunal de Sentencia de Uyuni de la provincia Antonio Quijarro del Tribunal Departamental de Potosí, declaró a Mercedes Calizaya Uño absuelta de responsabilidad y pena de la comisión del delito de estafa previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.; asimismo, culpable del delito de abuso de confianza, tipificado por el art. 346 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión. Por otro lado, declaró a Calixto Quispe Lupe, absuelto de pena y culpa de la comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.; en consecuencia, se instruye se deje sin efecto las medidas sustitutivas impuestas al imputado.

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada Mercedes Calizaya Uño (fs. 162 a 166 vta.), interpone recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 26/2016 de 12 de agosto, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró procedente el citado recurso y revocó en parte la sentencia impugnada, dejando sin efecto la misma con relación al delito de abuso de confianza, por haber actuado sin competencia por ser un delito de carácter privado, manteniendo en lo demás subsistente la sentencia, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 852/2016-RA de 31 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente alega que el tribunal de alzada al resolver y declarar procedentes los dos agravios planteados por la imputada en su recurso de apelación restringida y dejar sin efecto la sentencia en cuanto a la comisión del delito de abuso de confianza porque el Tribunal de Sentencia actuó sin competencia refiriendo que es atentatorio al principio iura novit curia, se advierte que actuó en contradicción a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, porque esta establece que dicho principio faculta al juez o Tribunal de Sentencia, después de realizado el juicio, el desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas, poder proceder a la subsunción del hecho al tipo penal que corresponda y como único requisito se exige que se trate de la misma familia de delitos o de similar bien jurídico protegido; en el presente caso,

el Tribunal de Sentencia de Uyuni en aplicación del principio *iura novit curia*, emite la sentencia condenatoria en contra de la imputada Mercedes Calizaya Uño, por la comisión del delito de abuso de confianza, previsto y sancionado por el art. 346 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión; aspecto que, dicho principio le faculta aun cuando la acusación particular haya sido por el delito de estafa previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.

Por otro lado, con relación a la resolución del auto de vista en el que se establece que el Tribunal de Sentencia al condenar a la imputada por el delito de abuso de confianza actuó sin competencia; dicho criterio es errado, porque para dar aplicación del principio *iura novit curia* exige como único requisito que se trate de la misma familia de delitos o similar bien jurídico protegido, requisito que se ha cumplido por parte del Tribunal de Sentencia, porque el delito acusado es el de estafa, el mismo que es de la misma familia del delito que el abuso de confianza (delito por el que se le condenó a la imputada); además, de que tienen el mismo bien jurídico protegido que es "El patrimonio" constituyendo a ambos delitos patrimoniales que se encuentran en el Título XII del Código Penal, como delitos contra la propiedad; además, el referido principio no prohíbe que un juez o Tribunal de Sentencia que sustancie un juicio por un delito de carácter público, pueda emitir una sentencia por otros delitos diferentes al acusado, aún éste sea de carácter privado exigiéndose simplemente que se trate de un delito de la misma familia; en consecuencia, el auto de vista es contrario a los precedentes contradictorios invocados.

Con relación a la temática planteada, invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 62 de 27 de enero de 2007.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se sienta doctrina *lega* aplicable en el caso de autos, con costas.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 852/2016-RA de 31 de octubre, cursante de fs. 215 a 217, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Emiliana Flores Pérez, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 5/2015 de 24 de diciembre, el Tribunal de Sentencia de Uyuni de la Provincia Antonio Quijarro del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró al imputado Calixto Quispe Lupe, absuelto de responsabilidad y pena de la comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.; por otro lado, declaró a la imputada Mercedes Calisaya Uño absuelta de pena y culpa de la comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pdto. Pen. y autora del delito de abuso de confianza, tipificado por el art. 346 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años, por pertenecer a la misma familia de delitos comprendidos en el Título XII (delitos contra la propiedad), Capítulo V del Código Penal, siendo condenada a la pena de dos años de reclusión, habiéndosele concedido el perdón judicial, señalando entre sus conclusiones que la causa surge de una relación comercial entre la imputada y la acusadora particular, consistente en la entrega de productos bajo lista, que del análisis del comportamiento de los imputados y su adecuación al delito de estafa, concluyen que Mercedes Calisaya obtuvo productos alimenticios de la acusadora particular, cuyo mecanismo utilizado era de conocimiento de ambas, teniendo un cuaderno cada una donde registraban los productos enviados y recibidos, transacción donde no mediaba engaño, ni artificio alguno; tampoco, la acusadora particular probó que hubieron los mismos, sino el cobro de la deuda al afirmar que pretextaban que la empresa Sinchi Wayra no les cancelaba; aspecto que, no se encuadra al art. 335 del Cód. Pen.; no obstante, consideran que se afectó el patrimonio de la acusadora particular, ya que la imputada se retrasó en el pago a la acusadora, sin que pudiera recuperar lo adeudado, pese a que en el juicio la imputada a través de sus testigos, hizo ver que ambos esposos gozaban de solvencia económica y así evidencian de la certificación de la empresa Sinchi Wayra, que consigna el desembolso de fuertes sumas de dinero a favor de la imputada, cuestionando el tribunal a quo porque no pago la deuda, lo cual los lleva a concluir que la imputada abuso de la confianza que le tenía Emiliana Flores para obrar de esa forma, perjudicando a la víctima que tuvo que recurrir a la vía penal al verse perjudicada en su patrimonio, entonces el hecho acusado si existió aunque no se adecua al tipo penal acusado; es decir, advierten que la conducta de la imputada no se adecua al delito de estafa, sino al delito de abuso deshonesto previsto en el art. 346 del Cód. Pen., que al existir suficientes elementos probatorios que configuran el delito modulado en relación a la imputada, se debe obrar de acuerdo a la línea contenida en los AA.SS. Nos. 239/2012 de 3 de octubre y 085/2013 de 28 de marzo.

II.2. De la apelación restringida de la coacusada.

Mercedes Calisaya Uño interpuso recurso de apelación restringida, contra la sentencia mencionada, aduciendo entre sus agravios que la sentencia incurrió en las casuales 1 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., haciendo referencia al Considerando IV de los hechos probados de la sentencia, afirmando en síntesis que: i) Hubo errónea interpretación de la acusación al haber sido culpada de la comisión del delito de abuso de confianza; puesto que, considera que el tribunal a quo debió cumplir con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal; no obstante, en la parte resolutive de la sentencia la condena por el delito de abuso de confianza sin tener presente que no fue amiga de la querellante, que solo tenían relación de negocios, no le causó daño en sus bienes solo le adeudó Bs 3.000.-, resultando su pena injustamente impuesta; por cuanto, el tribunal a quo no era competente para juzgarla y sentenciarla según el art. 20 del Cód. Pdto. Pen.; y, ii) Añade que existe inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva penal y valoración defectuosa de la prueba [inc. 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.], que como legítima defensa aclara que los testigos no declararon que su persona hubiera sido de confianza de la acusadora o que hubiera poseído algún bien de la misma; empero, el a quo la sanciona vulnerando el principio de legalidad y debido proceso en razón a que se plantearon una cuestionante, debiendo aplicarse el principio de favorabilidad, respecto de la duda razonable al ser eximente de responsabilidad, por lo que considera que hubo inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y acusación, aplicando de forma errónea la ley adjetiva cuando no se comprueban los hechos acusados de acuerdo a los parámetros exigidos por ley, de acuerdo a las reglas

de la sana crítica, aduciendo que el hecho no se ha probado en forma suficiente, que se inobservó el art. 52 de la L. N° 1970 modificada por el art. 8 de la L. N° 586 de 30 de octubre de 2014, existiendo una falta de fundamentación de acuerdo a los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., siendo condenada por un tribunal incompetente, advirtiendo que debió emitirse una sentencia absolutoria de acuerdo al art. 363 del Cód. Pdto. Pen. al no existir prueba suficiente por seguridad jurídica, el principio de legalidad y el debido proceso.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, a través del auto de vista impugnado, declaró procedente el recurso interpuesto por la encausada y revoco en parte la sentencia, dejando sin efecto con relación al debido de abuso de confianza, por haber actuado sin competencia por ser de carácter privado manteniendo en lo demás subsistente la sentencia impugnada; manifestando entre sus conclusiones, que respecto a la inobservancia de las reglas relativas a congruencia entre la sentencia y la acusación, que si bien el juez o tribunal en virtud del principio *iura novit curia*, al momento de pronunciar sentencia puede cambiar el tipo penal calificado provisionalmente en la acusación, dentro de la misma familia de delitos, cuando al realizar la subsunción del hecho al tipo penal encuentra que la acusación no ha clasificado correctamente el tipo penal, así por ejemplo que se cambie de robo a robo agravado, de robo a hurto, de asesinato a homicidio, etc., que de acuerdo a la jurisprudencia citando el A.S. N° 94 de 2 de abril de 2013 de la Sala Penal Segunda; sin embargo, a criterio de ese Tribunal *ad quem*, esta facultad no puede trastocar la esfera de la competencia de los órganos jurisdiccionales, por ser de orden público y cumplimiento obligatorio, que en el presente caso habiéndose realizado el juicio por un delito de carácter público como es la estafa previsto en el art. 335 del Cód. Pen., no ha utilizado correctamente esa facultad al condenarla por el delito de abuso de confianza, tipificado por el art. 346 del Cód. Pen., que es un delito de carácter privado cuya competencia de sustanciarlo y conocerlo es del juez de sentencia de acuerdo al art. 53 del Cód. Pdto. Pen., por lo que al pronunciarse sobre este delito de carácter privado ha actuado sin competencia, siendo evidente el agravio.

Con relación al segundo agravio sobre inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y valoración defectuosa de la prueba, respecto del art. 52 del Cód. Pdto. Pen.; en cuanto, a la competencia de los Tribunales de Sentencia para sustanciar y resolver los delitos de acción pública, no delitos de acción privada como es el delito de abuso de confianza, el tribunal de apelación señala que como se estableció en la conclusión anterior al no ser competente el Tribunal de Sentencia, para pronunciarse respecto a un delito de acción privada como es el delito de abuso de confianza, por ser competencia del Juez de Sentencia y por consiguiente tampoco correspondía al tribunal valorar los elementos de prueba, respecto a un delito de carácter privado, por lo que resultan evidentes los dos agravios aludidos.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

En el caso presente, la recurrente denuncia que el tribunal de alzada dejó sin efecto la sentencia condenatoria por el delito de abuso de confianza, al atentar el principio *iura novit curia* y porque se dictó sin competencia; sin considerar, que en base a ése principio el tribunal a quo dictó su resolución, cumpliendo los requisitos establecidos, habiendo invocado como precedente contradictorio el A.S. N° 62 de 27 de enero de 2007, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

Para dicho fin, en primer término se procederá identificar el fundamento del precedente invocado e ingresar al análisis del motivo concreto del recurso planteado.

III.1. Marco legal y doctrinal.

III.1.1. El principio *iura novit curia*.

El principio *iura novit curia* adoptado por los países que tienen un sistema procesal penal oral y contradictorio, como Costa Rica, Chile, Venezuela, Bolivia entre otros, es un principio de derecho procesal por el que se entiende que "el juez conoce el derecho aplicable"; y por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. Este principio se encuentra relacionado con la máxima "dame los hechos, yo te daré el Derecho", que se entiende como "da mihi factum, Tibi Dabo ius", o "narra mihi factum, narro tibi ius", reservándole al juzgador el derecho y a las partes los hechos.

Respecto al citado principio, Creus sostiene: "el principio de congruencia refiere a los 'hechos' no a su calificación jurídica, por eso el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta" (Creus Carlos, Derecho Procesal Penal, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p.117.), de lo que se entiende que en aplicación del citado principio, las partes deben limitarse a probar los hechos sometidos a litigio, sin que el juzgador, necesariamente deba adecuar la conducta al tipo penal acusado, sino al quedar vinculado a los hechos probados, y ante la evidencia de que ellos no se ajustan a la pretensión jurídica, en aplicación de este principio, puede cambiar la calificación jurídica, con la finalidad de adecuar los hechos probados a la normativa legal que corresponda, máxime si la modificación es favorable al imputado.

De la normativa y doctrina citada en los acápites precedentes, se tiene que este principio procesal, es aplicable en Bolivia, teniendo como exigencia que el juzgador bajo ningún aspecto puede modificar, suprimir ni incluir hechos que no hubieran sido parte del pliego acusatorio, debiendo emitir resolución sobre la base fáctica probada en juicio.

Sobre la temática, el A.S. N° 239/2012-RRC de 3 de octubre, estableció la siguiente doctrina legal aplicable: "Los jueces y tribunales deben considerar que el papel de la 'acusación' en el debido proceso penal frente al derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El 'principio de congruencia o coherencia entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación". En el mismo sentido se pronunció el A.S. N° 166/2012-RRC de 20 julio.

Entonces, se deja asentado una vez más que, la facultad de modificar la calificación jurídica, otorgada al juzgador, conocida como principio *iura novit curia*, no significa infracción al principio de congruencia, como ya fue explicado, pues el primero únicamente tiene como límite el hecho acusado y el segundo, a partir de la comprobación del hecho acusado y la convicción adquirida por el tribunal de la existencia del hecho, la participación del imputado y su culpabilidad, permite la subsunción al tipo penal adecuado, con las limitantes ya especificadas; es decir, que el juzgador debe emitir sentencia sobre la base fáctica acusada y comprobada y que la nueva tipificación tenga el mismo objeto de protección jurídica que el delito acusado.

III.1.2. Jurisdicción y competencia de un juzgador para conocer asuntos que no son de su competencia en base al principio de convalidación

Respecto a la convalidación de las actuaciones sobre asuntos menos graves que los que le corresponde conocer por ley a una determinada autoridad, el art. 47 del Cód. Pdto. Pen., señala: "(Convalidación) No serán nulas las actuaciones de un juez con competencia para conocer hechos más graves que haya actuado en una causa de menor gravedad. En caso de concurso de delitos y de conexión de procesos de competencia concurrente de los tribunales y jueces de sentencia corresponderá el conocimiento de todos los hechos a los tribunales de sentencia".

III.1.1. Del precedente invocado y el análisis del motivo admitido.

Con relación al motivo admitido, referido a que el auto de vista al declarar procedentes los agravios planteados por la imputada y dejar sin efecto la sentencia; en cuanto, a la comisión del delito de abuso de confianza porque el Tribunal de Sentencia actuó sin competencia refiriendo que es atentatorio al principio *iura novit curia*; cuando este principio facultó al Tribunal de Sentencia a dictar resolución, de esa forma cumpliendo los requisitos establecidos, porque se trató de delitos (Estafa y abuso de confianza) que tienen el mismo bien jurídico protegido, no existiendo la prohibición de que un juez o Tribunal de Sentencia que sustancie un juicio por un delito de carácter público, pueda emitir una sentencia por otros delitos diferentes al acusado, aún éste sea de carácter privado exigiéndose simplemente que se trate de un delito de la misma familia; la recurrente invocó, el siguiente auto supremo:

El A.S. Nº 62 de 27 de enero de 2007, dictado en el proceso penal por el delito de peculado, donde el auto de vista fue dejado sin efecto a raíz de que el ad quem incurrió en errónea aplicación de la Ley Penal sustantiva, ya que al igual que el a quo no compulsaron debidamente la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal, con relación a un recurrente; en consecuencia, el fallo de mérito como el de alzada, son contradictorios a la doctrina legal y se incurrió en el defecto previsto en el inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; asimismo, el a quo como el ad quem, no habrían realizado un correcto análisis de los elementos constitutivos del tipo penal; por consiguiente, se emitió la siguiente doctrina legal aplicable: "Los tribunales de alzada aplicando debidamente el principio de "economía procesal" y sobre todo el de "legalidad" deben observar estrictamente lo dispuesto por el art. 413 del Cód. Pdto. Pen. en su párrafo último que señala "cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no sea necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente". Los casos que posibilitan esta disposición estén traducidos en la función que actualmente cumplen los tribunales de apelación que se traducen sobre todo en la identificación de "error in iudicando", o lo establecido en el art. 414 del mismo cuerpo adjetivo procesal penal, disponer lo contrario significaría que por una indebida aplicación de una norma sustantiva o indebida interpretación de la ley tenga que realizarse un nuevo juicio oral, aspecto que llevaría que los juicios orales tengan duraciones demasiado largas por los cuales se restringiría el derecho que tienen los sujetos procesales a un juicio sin dilaciones. Considerando que ninguna persona puede ser condenada por un hecho distinto al atribuido en la acusación conforme al principio de congruencia, empero se debe tomar en cuenta el principio "*iura novit curia*" por el cual la congruencia debe existir entre el hecho (base fáctica) y la sentencia y no -respecto a la calificación jurídica que provisionalmente establece el ministerio público o la acusación particular de manera indistinta teniendo el juez o el tribunal de sentencia, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, realizar la "subsunción" del hecho al tipo penal que corresponda pudiendo ser diferente al de la calificación jurídica provisional realizada por la acusación, en aplicación precisamente del principio procesal indicado (siempre que se trate de la misma familia de delitos) como en el presente caso que los tipos penales protegen el mismo "bien jurídico" que es el patrimonio del estado y la correcta administración pública. Por lo que en ese antecedente corresponde al tribunal de alzada, realizando un correcto análisis de los elementos de prueba contenidos en la sentencia de mérito, conforme a la previsión del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., dictar directamente una nueva sentencia".

Al respecto, se advierte que la problemática procesal dilucidada en el precedente invocado que antecede, contiene una situación fáctica procesal similar con el caso de autos, donde se cuestiona que el auto de vista pese a reconocer la aplicación del principio *iura novit curia*, dejó sin efecto la sentencia al observar la falta de competencia del a quo para conocer el delito de abuso de confianza, por lo que corresponde ingresar a verificar la posible existencia o no de la contradicción denunciada.

A este fin, corresponde referir que a raíz de la sentencia donde se procedió al cambio de calificación del proceso de estafa a abuso de confianza, la coacusada Mercedes Calisaya Uño, interpuso recurso de alzada que mereció el auto de vista ahora cuestionado, donde se revocó en parte la sentencia, dejando sin efecto con relación al delito de abuso de confianza, arguyendo que el tribunal a quo actuó sin competencia; puesto que, considera que si bien el tribunal de mérito acudió el principio *iura novit curia* al momento de pronunciar sentencia, para proceder al cambio del tipo penal calificado provisionalmente en la acusación de estafa, dentro de la misma familia de delitos, al realizar la subsunción del hecho al tipo penal de abuso de confianza; aspecto que, el ad quem advierte que esta facultad no puede perturbar la competencia de los órganos jurisdiccionales, como aconteció en el caso de autos, donde inicialmente el proceso fue seguido por el delito de estafa (carácter público) previsto en el art. 335 del Cód. Pen., para luego cambiar al delito de abuso de confianza (carácter privado) tipificado en el art. 346 del Cód. Pen., que debe ser sustanciado por un Juez de Sentencia, en conformidad al art. 53 del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto, se debe tener presente que si bien el tribunal o juez a quo en base a este principio facultativo *iura novit curia*, de acuerdo a los hechos acaecidos que fueron demostrados, puede efectuar la calificación de los mismos encuadrando a otro tipo penal, apartándose del tipo penal calificado en la acusación, siempre y cuando no se cambien los hechos; aspecto que, en el presente caso el tribunal de apelación

efectivizando su labor de control ha verificado y observado la falta de competencia del tribunal de mérito para conocer el nuevo tipo penal calificado "Abuso de confianza" al tratarse de un delito de acción privada; empero, desconoce que no causa nulidad las actuaciones de un juez con competencia para conocer hechos más graves, tal cual sucedió en la presente causa, al tratarse de un tribunal de sentencia, al haber procedido en base a los hechos demostrados a la calificación de un nuevo tipo penal de menor gravedad, aspecto que conlleva al contrario la convalidación de lo realizado en el proceso sometido a su conocimiento en mérito al art. 47 del Cód. Pdto. Pen., ya antes señalado, esto también observando el criterio de precautar además otros derechos que asisten a las partes como el de que se imprima celeridad en la tramitación de la causa, a acceder a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, logrando obtener una tutela efectiva por parte de la administración de justicia; razones por las que corresponde al tribunal de apelación emitir nueva resolución conforme a la citada norma legal y en resguardo a los principios y derechos constitucionales con que cuentan las partes, en observancia de los arts. 47, 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., por lo que el recurso de casación resulta fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Emiliana Flores Pérez de fs. 205-206, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 26/2016 de 12 de agosto, cursante de fs. 198-199 vta., disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



233

Ministerio Público y otro c/ Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz

Estelionato

Distrito: Potosí

AUTO DE VISTA

Potosí, 14 de julio de 2016.

Pronunciado el 14 de julio de 2016 en tención al recurso de apelación incidental interpuesto por Ivonnet Hidalgo Leniz en contra del Auto interlocutorio de 21 de abril que resuelve las excepciones e incidentes emitido por el Tribunal de Sentencia N° 1 de la ciudad de Potosí.

Siendo el estado de la causa admitir y resolver el recurso para hacerlo se considera:

La competencia del tribunal.

De acuerdo al art. 51-1 la Sala Penal Segunda es competente la substanciación y resolución del recurso de apelación incidental

Los fundamentos del recurso

1.- Resolución impugnada y procedencia. Con base legal en el art. 403-2 del Cód. Pdto. Pen., advierte que apela del pronunciamiento que se resuelve excepciones e incidentes opuestas por su defensa y multa al abogado patrocinante.

2.- Aspectos cuestionados del auto.- La sanción de multa sin especificar porqué.

3.- Expresión de agravios.

3.1.- Errónea aplicación del art. 315-II, III del Cód. Pdto. Pen.

Se alega que se sanciona al abogado porque los mecanismos de defensa fueron rechazados, lo cual no basta, se debió fundamentar que fueron temerarios o dilatorios y maliciosos y no se expresa ninguna razón, prueba que genere convicción que se ha actuado de esa forma y las excepciones e incidentes se presentaron acorde a lo previsto en la norma, todos fueron fundamentados, se presentó prueba y ninguno fue rechazado in limine y no hay elementos para pensar en una defensa maliciosa y sería la primera vez que fueron usados, consecuentemente no se puede aplicar el art. 315-III del Cód. Pdto. Pen., pues la sola presentación de excepciones e incidentes no da lugar a imponer sanción alguna.

3.2.- Los derechos fundamentales de petición, debido proceso y defensa inviolables en juicio.

En referencia a lo preceptuado por los arts. 14 y 24 de la C.P.E. alega que tiene derecho a acceder los órganos competentes, realizar peticiones sin que implique un cobro adicional por los servicios en la administración de justicia, como aparentemente colige la presidenta del tribunal, quien, resuelve unilateralmente en algunos fallos, aspecto que contradice su derecho a la defensa previsto en el art. 115-II de la C.P.E.

Que no existe norma en nuestra economía procesal que determine que un juez está facultado para imponer multa o sancionar a los abogados por simplemente plantear excepciones, menos cuando han sido interpuestas conforme a procedimiento, alegando que estaría prohibiendo el derecho a la defensa en el Tribunal de Sentencia N° 2 si no se cuenta con recursos para cubrir las cargas que determina la presidenta lejos del principio de la gratuidad sin que dichos mecanismos previamente hayan dilatorios o rechazados in limine, consiguientemente lesionando el debido proceso conforme describe, incidiendo en que se planteó excepciones e incidentes conforme a procedimiento, sin embargo el tribunal resuelve las incidencias con ausencia de fundamentación en cuanto a sus facultades de imponer multa esencialmente sin razón alguna independientemente del resultado equivalente a dos salarios mínimos al abogado defensor, limitando el derecho a la defensa, incumpliendo el deber de fundamentación, asimismo restringe el derecho al trabajo del abogado defensor, quien se ha visto coartado de oponer mayores medios legales de defensa en merito a condicionarse su ejercicio profesional con cargas económica ilegales y abusivas.

Petitorio. Se deje sin efecto el auto dictado en audiencia de juicio oral (en el que por rechazo de incidentes y excepciones se sanciona a su abogado) y pide se deje sin efecto la sanción impuesta al ser evidentes los agravios

El responde de la parte civil

Se responde indicando que las excepciones e incidentes son dilatorios, que se hace ver la mala fe en la aplicación de los recursos y no ha existido reserva de apelar y con el sometimiento al procedimiento abreviado ni reclamarse oportunamente hubiera precluido su derecho por lo que pide rechazar el incidente

Consideraciones de la sala

Nuestro sistema de impugnación procesal penal contempla el recurso de apelación incidental, impugnación que se asimila al criterio que define tal impugnación como un acto de parte por el que se solicita la modificación de una resolución que produce un gravamen al recurrente.

En el presente caso se impugna el Auto de 21 de abril que resuelve las excepciones e incidentes de: "falta de acción por no ser legalmente promovida, por obstáculo legal para proseguir y por no haberse salvado la cuestión prejudicial; el incidente de actividad procesal defectuosa por no intervención de la víctima, por apertura ilegal del proceso, por nulidad de la acusación pública falta de certeza y precisión en la legitimación pasiva; la excepción de extinción de la acción penal por cumplimiento de la condición prejudicial; la excepción de extinción del proceso penal por prescripción" promovidas en audiencia de juicio que son declaradas infundadas y se determina imponer multa al abogado defensor.

De acuerdo a los fundamentos del recurso conforme el resumen consignado en el presente auto, se impugna el mencionado auto advirtiendo que el mismo se hubiera emitido con vicios procesales al aplicar erróneamente el art. 315-II, III del Cód. Pdto. Pen. vulnerando el derecho a la petición, debido proceso y defensa inviolables en juicio, vulneraciones que se alega no sustentarían la sanción impuesta al abogado por lo que se pide que se anule el auto y se deje sin efecto la sanción.

Al respecto de las denuncias de los datos que informan el proceso se tiene que fs. 734 del legajo de alzada en el acta de juicio, después de emitida la resolución que resuelve los incidentes y excepciones rechazados y solicitada una explicación, complementación sobre los temas objeto de debate que hacen a las excepciones e incidentes, se hace la reserva de apelar, sin ninguna mención a la multa impuesta.

En la secuencia del trámite del juicio después de algunas actuaciones se suspende el juicio hasta el 25 de abril de 2016, fecha en la cual en audiencia la defensa (Dr. Sergio Iporre) de la ahora recurrente de conformidad con el art. 326 del Cód. Pdto. Pen. modificado por la L. N° 586, solicita la salida alternativa de procedimiento abreviado, solicitud que previo trámite de rigor, negociándose una pena, aceptándose la misma y accediendo y viabilizando el fiscal la salida alternativa, el tribunal emite la respectiva sentencia como efecto del procedimiento abreviado, poniéndose fin al litigio en ese fase, posteriormente se impugna vía apelación restringida la resolución que resuelve los incidentes y la sentencia en lo concerniente a las reglas impuestas como efecto de la concesión de la suspensión condicional de la pena, participando incluso en una audiencia suspendida ante el tribunal de alzada el referido abogado en defensa de la recurrente.

De la relación glosada, se puede concluir primero que no se reclamó u observó nunca la multa impuesta en audiencia de juicio de manera concreta, que después de determinada la multa el abogado continuó con el patrocinio sin ninguna observación consecuentemente no se le impidió ejercer su defensa a la recurrente, ni su profesión al abogado y contrariamente con plena intervención se llegó a obtener una salida alternativa al juicio ordinario sometándose al procedimiento abreviado obteniendo una sentencia y el beneficio de la suspensión

condicional de la pena; lo que implica que ante esa realidad procesal y material las excepciones e incidentes resueltos que no se los impugna en el fondo no develan indefensión ni le generan agravio al recurrente.

En cuanto a la vulneración al derecho al trabajo del abogado en concreto, esa cuestión tampoco es evidente de acuerdo a la secuencia ya reflejada y estando fundada en elementos sin ninguna incidencia ya dentro del procedimiento penal común al que se renunció voluntariamente sometiéndose al abreviado y no habiendo observado ni generado un incidente de manera concreta respecto a la multa, que tampoco se le exigió, quedo tácitamente sin efecto y no es viable que por ese motivo vinculado a la resolución de las excepciones e incidentes que no se los cuestiona en el fondo se deje sin efecto el Auto 21 de abril que resuelve la excepciones e incidentes mencionados como se solicita al no generarle o demostrarse un agravio al recurrente, quien, inclusive conforme a lo manifestado por su abogado en audiencia habría acordado renunciar a los recursos (fs. 375 vta.) a efectos de obtener la mencionada salida alternativa

DECISORIO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Potosí, en aplicación del art. 406 inicialmente admite el recurso y resuelve declarar IMPROCEDENTE la apelación incidental presentada vía apelación restringida por Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz.

Vocal relator: Dr. Julio A. Miranda Martínez.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Julio A. Miranda Martínez.- Maria Cristina Montesinos.

Ante mí: Abg. Angela Maria Cuiza Aparicio.- Secretaria de Cámara.

AUTO DE VISTA

Potosí, 27 de julio de 2016.

Pronunciado el 27 de julio de 2016 en atención al recurso de apelación restringida interpuesto por Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz contra las reglas emergentes de la concesión del beneficio de la suspensión Condicional de la Pena determinadas en la Sentencia N° 6/2016 de 25 de abril que resuelve declararle culpable del delito del delito de estelionato (art. 337 del Cód. Pen.).

Siendo el estado de la causa resolver el recurso para hacerlo se considera

I. La competencia del tribunal.

De acuerdo al art. 51-3 la Sala Penal Segunda es competente la substanciación y resolución del recurso de apelación restringida, (...) el art. 365 del Cód. Pdto. Pen. faculta al juez o tribunal, si corresponde, a tiempo de dictar sentencia condenatoria, determinar la suspensión condicional de la pena, la que es susceptible de apelación restringida en función a lo dispuesto por el art. 407 parte in-fine (S.C. N° 1751 /2003-R).

II. Los fundamentos del recurso

Se fundamenta el recurso en los siguientes antecedentes y términos:

Síntesis de defectos y errores de la sentencia. En el antecedente de haber advertido de que la suspensión condicional de la pena no está desvinculada de la sentencia señala que tal suspensión le causa agravio por ser las medidas impuestas excesivamente gravosas y a tiempo de determinarlas se ha violado los arts. 366 y 24 del Cód. Pdto. Pen.

Expresión de agravios. Alega agravio por violación de los arts. 386 y 24 del Cód. Pdto. Pen., además por defecto de sentencia previsto en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen. por falta de fundamentación en la sentencia concordante con los arts. 13-II, 115-II, 119-II de la C.P.E. por ser excesivas las medidas de ejecución de la sentencia impuestas.

Finalidad de las alternativas a la excarcelación y las reglas impuestas con la suspensión condicional de la pena. Argumenta que para aplicar el art. 24 del Cód. Pdto. Pen. se debió tomar en cuenta la naturaleza de la suspensión condicional de la pena del art. 366 del Cód. Pdto. Pen. contextualizando su alegato con referencias a entendimientos; finalidad, naturaleza del instituto objeto de análisis de acuerdo a criterios doctrinarios, jurisprudencia constitucional, doctrina legal ordinaria que se cita y desglosa, la cual se sintetiza en que la determinación de la suspensión condicionada de la pena "es un política criminal que busca evitar el cumplimiento de penas cortas, palear los efectos negativos del encarcelamiento, permiten cumplir su condena en libertad, evitan la desvinculación familiar, merced al tiempo que no permitiría alcanzar las finalidades del cumplimiento de la pena en prisión", concluyendo que si las medidas se aplican a modo de pena se desnaturalizan".

Elementos normativos que debieron haber sido considerados en la resolución impugnada, conforme al principio de legalidad. En remisión a los criterios expuestos en el apartado anterior, alega que se debe descartar la arbitrariedad y el exceso al determinar las reglas condicionantes restringiéndose el arbitrio del juzgador conforme el principio de legalidad y el tribunal debió aplicar las reglas previstas en el art. 24 del Cód. Pdto. Pen., elementos que no están considerados ni motivados y fundamentados y se han impuesto discrecionalmente al igual que el plazo de las mismas, que las medidas se deben fijar de forma pertinente, útil y proporcional.

Exceso por impertinencia. Que declarada culpable por el delito de estelionato otorgándole el mencionado beneficio, no se han considerado agravantes y se le imponen las siguientes reglas: 1. No cambiar de domicilio; 2. Abstenerse de frecuentar y de comunicarse con las víctimas y familiares; 3. Garantizar ante la policía la abstención de frecuentar a las víctimas y familiares; 4. Presentarse a firmar cada 15 días(o el lunes de cada semana) ante el juez de ejecución; 5. Prestar trabajo de cooperación de asesoramiento jurídico los viernes de cada semana (o cada 15 días) durante dos horas cada jornada, e informar mensualmente sobre el trabajo al juez de ejecución, alegando al respecto

que el delito no ha sido cometido con violencia, fuerza intimidación o similares, no se trata de un delito que atente contra la vida, salud, integridad corporal, sexual, honor, ni similares, por lo que no entiende la prohibición de comunicarse y menos el otorgar garantías ante la policía y peor si se constata que esta medida no responde a fines investigativos, que su imposición debe emerger únicamente de las circunstancias de comisión del delito y del delito mismo las cuales no han sido argumentadas, consiguientemente deviene en impertinente y no responde al elemento necesidad ni criterio justificado por la sentencia, más si jamás ha sufrido riesgo, peligro, agresión.

Exceso por falta de necesidad. Que los numerales 1 y 4 tienen la misma finalidad, que es asegurar su presencia en esta ciudad; el núm. 5 conlleva el deber de presentar un informe de trabajo comunitario ante la misma autoridad, que en conjunto son tres medidas excesivas y desproporcionadas, cumpliendo el 1 y 5 hace innecesario el núm. 4 ya que ante la falta de informe el juez dará cuenta inmediatamente la falta de informes mensuales, que la finalidad se encuentra plenamente garantizada con la prohibición de cambiar de domicilio y el presentarse cada 15 días es una imposición innecesaria, abusiva y desproporcionada.

La medida del numeral 5 es excesiva porque se ha hecho constar que es abogada libre, que su profesión es su sustento y el de su familia y se ejerce fines de semana y días inhábiles y el prestar trabajo comunitario un viernes cada dos semanas es excesivo conlleva sacrificio de horas asignadas a la familia y, familia y trabajo son dos de los elementos re-socializantes que motivan la misma suspensión condicional de la pena y hubiera bastado prestar trabajos comunitarios de derecho una vez al mes, por lo que son excesivas, redundantes e innecesarias y analizadas en la práctica no podrá siquiera realizar un viaje con su familia el fin de semana.

Exceso por duración. Sobre el tiempo de duración de las medidas impuestas de 18 meses no se fundamenta el porqué, que se denota excesiva porque se encuentra arreatada a esta ciudad incluso los fines de semana por más de un año y medio, lo que implica una gravosa actividad en detrimento de sus actividades familiares y de lo que se considera un adecuada resocialización, que la referida educación pretendía no está presente si se considera someterle a tantas y variadas medidas y por un excesivo tiempo le coloca en situación similar a tener una condena física privativa de libertad que pretende evitarse con instituciones como la suspensión condicional del proceso, que no existiendo agravantes se debió haber partido del mínimo de 1 año y de constatarse agravantes podía haber incrementado de manera fundamentada y correspondía someterle a medidas por el mínimo de un año.

Falta de fundamentación. Indica que de acuerdo a lo expresado, la sentencia no dice por qué sea interpuesto tal o cual medida, porque se ha determinado que exceda su vigencia del mínimo legal, a lo largo de la sentencia no hay mención a móviles, causas, naturaleza y modalidad del hecho, por lo que existe falta de fundamentación y por ende el vicio incurso en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

Imprecisión. Las medidas no están claramente descritas se dice que deben cumplirse cada 15 días y al mismo tiempo los lunes y al mismo tiempo que deben cumplirse los viernes o lunes.

Petitorio. Se repare los errores y disponga lo modificación de las medidas impuestas dejando sin efecto las medidas de los puntos 2, 3, 4, se modifique el punto 5 disponiendo que sea una vez por mes, y se reduzca el tiempo de duración a un año.

II. El responde de la parte civil

En lo relevante pide rechazar in limine el recurso por ser lo denunciado accesorio y no ser el conducto la apelación restringida al o estar el recurso acurde a los arts. 407, 408, 370 y 169 del Cód. Pdto. Pen. y contrariamente se puede alegar agravios cuando la impenetrante ha usufructuado bienes y generado una serie de daños.

III. Consideraciones de la sala

Del análisis del recurso, se puede establecer de acuerdo a su estructura e interdependencia de lo alegado en el mismo que su causa y finalidad tienen por objetivo modificar las reglas que condicionan el goce del beneficio de la suspensión de la pena otorgada como efecto de una sentencia condenatoria emergente de un procedimiento abreviado, reglas que hubieran sido impuestas vulnerando los arts. 366 y 24 del Cód. Pdto. Pen. y con ausencia de fundamentación, conforme los fundamentos consignados en el apartado II del presente auto de vista, aspectos que determinados en la sentencia le generarían agravio, lo que implica como problemática a resolver determinar si es evidente o no lo denunciado.

Al efecto, es necesario considerar que (...) "una de las formas de finalizar un conflicto penal es conocida como el procedimiento abreviado; que como la doctrina ha expuesto a diferencia de otras salidas alternativas, no extingue ni suspende el ejercicio de la acción penal, sino la abrevia y provoca la solución inmediata a la litis, (...) "su objetivo tiene que ver con políticas de administración de justicia que permitan el máximo aprovechamiento de los recursos, el descongestionamiento y la oxigenación del sistema penal, la concentración del estado en la persecución de los ilícitos penales más graves y la permisión de acuerdos que generen una solución rápida y eficiente del conflicto..".

Como característica principal de tal instituto se tiene (...) el hecho de que surge a raíz de una negociación o a un acuerdo al que llega la fiscalía con la defensa del procesado, en cuanto a la admisión del hecho punible que se le atribuye al presunto autor y la pena a serle impuesta, consecuentemente el procesado renuncia a someterse al procedimiento ordinario y se sujeta al abreviado en el cual obtiene una pena privativa de libertad que debe cumplir en el sitio destinado para el efecto"; lo que implica que determinada la culpabilidad se debe cumplir la condena en un lugar determinado para evitar la impunidad en el tiempo que se hubiera determinado, salvo algún beneficio otorgado como la suspensión condicional de la pena otorgada como ocurre en el presente caso.

Sobre el instituto de la suspensión condicional de la pena se tiene el siguiente criterio jurisprudencial que lo configura en las siguientes dimensiones y finalidades "...la S.C. N° 0528/2010-R de 12 de julio, señaló que: El trámite y efectivización del beneficio de suspensión condicional de la pena establecido en el procedimiento penal, responde a la naturaleza y finalidad de dicho beneficio, que como un elemento de la nueva concepción de la política criminal concordante con el sistema penal vigente en el país, busca reorientar el comportamiento del condenado reinsertándolo en la sociedad, otorgándole oportunidades de enmienda pero en ejercicio y goce de su libertad, situación que

garantiza la eficacia de la prevención especial de la pena que es la reinserción y el reencauce del comportamiento social; este entendimiento es concordante con lo establecido por la jurisprudencia constitucional que al respecto indica: "...la suspensión condicional de la pena, al igual que el perdón judicial, constituye un beneficio instituido por el legislador como una medida de política criminal con similar finalidad a la que persigue el perdón judicial, encuentra su fundamento en la necesidad de privar de los efectos negativos de las penas privativas de libertad de corta duración, por ello es un instituto de carácter sustantivo que se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos que el legislador ha previsto".(S.C. N° 813/2013), de tal contexto es relevante para el caso en examen considerar lo referido a la eficacia de la prevención.

Sobre la finalidad de la aplicación de la suspensión condicional de la pena en nuestro sistema penal de acuerdo a la previsión del art. 366 Cód. Pdto. Pen. se tiene establecido que responde a la finalidad de la sanción penal establecida por el art. 25 Cód. Pen. cuyo texto señala: "La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas general y especial", finalidad que corresponde y es congruente al criterio del TCP mencionado en el anterior párrafo.

Sobre ese beneficio, el art. 367 del Cód. Pdto. Pen. señala en su texto que "...se debe cumplir las obligaciones impuestas de conformidad al art. 24 de éste Código..", artículo último que en su descripción refiere a las condiciones y reglas a determinarse al resolver la suspensión condicional disponiendo que "...Al resolver la suspensión condicional del proceso, el juez fijará un período de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres y en ningún caso excederá el máximo de la pena prevista; determinará las condiciones y reglas que deberá cumplir el imputado en ese plazo, seleccionando de acuerdo con la naturaleza del hecho entre las siguientes: 1. Prohibición de cambiar de domicilio sin autorización del juez; 2. Prohibición de frecuentar determinados lugares o personas; 3. Abstención del consumo de estupefacientes o de bebidas alcohólicas; 4. Someterse a la vigilancia que determine el juez; 5. Prestar trabajo a favor del estado o de instituciones de asistencia pública, fuera de sus horarios habituales de trabajo; 6. Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión; 7. Someterse a tratamiento médico o psicológico; 8. Prohibición de tener o portar armas; y, 9. Prohibición de conducir vehículos.

El juez podrá imponer otras reglas de conducta análogas, que estime convenientes para la reintegración social del sometido a prueba.

El juez notificará personalmente al imputado la suspensión condicional del proceso, con expresa advertencia sobre las reglas de conducta, así como sobre las consecuencias de su inobservancia.

La suspensión condicional del proceso sólo será apelable por el imputado y únicamente, cuando las reglas sean ilegítimas, afecten su dignidad o sean excesivas.

El juez de ejecución penal velará por el cumplimiento de las reglas", de lo expuesto se puede advertir que el listado de medidas a seleccionar a los efectos y finalidad de la suspensión condicional de la pena no es limitativo al mismo y está sujeta a una estima por parte del juzgador a los efectos de una enmienda, readaptación social, el cumplimiento de las funciones preventivas.

En ese margen y de acuerdo los parámetros señalados, en el presente caso se tiene que la pena impuesta es de 3 años de privación de libertad y está fundada en la admisión del hecho atribuido y su participación, lo que fue admitido voluntariamente en renuncia del proceso ordinario aceptando someterse al abreviado con las limitaciones que implica ya que tal salida alternativa se funda sobre generalidades obteniendo una pena sobre el hecho atribuido que está tipificado en el art. 337 (Estelionato.) del Cód. Pen. que tiene prevista una pena que oscila entre 1 a 5 años de privación de libertad y, tutela como bien jurídico el patrimonio, el cual, fue lesionado determinándose una víctima agredida en ese bien jurídico y una autoría por la recurrente, persona que entre sus atributos tiene el de ser una profesional abogada, aspectos que se advierten fundan la sentencia en la que se le otorgó el beneficio de la suspensión condicional de la pena

En éste caso, las reglas determinadas en la sentencia para el cumplimiento del beneficio otorgado se imponen con los fines establecidos por los arts. 366 del Cód. Pdto. Pen. en relación al 24 del Cód. Pen. como normas de conducta tendientes a la enmienda, readaptación social, prevención, a coadyuvar en asegurar que se cumplan las mismas y el control y seguimiento que se requiere, como : "1) No podrá cambiar del domicilio establecido sin autorización del Juez encargado de su vigilancia; 2) Deberá abstenerse de frecuentar y comunicarse con la víctima y familiares, salvo a efectos de la reparación del daño civil y por el conducto que corresponda; 3) Deberá otorgar y firmar garantías ante autoridad policial en relación a la abstención dispuesta en el inciso que precede una vez ejecutoria la sentencia; 4) Deberá someterse a la vigilancia del juez de ejecución penal, al efecto debe presentarse a firmar un libro de registro o control de su asistencia cada 15 días, los días lunes de cada semana y presentar un informe del trabajo de cooperación que le será asignado; 5) Deberá prestar trabajo de cooperación u orientación jurídica que le sea pedida y encomendada en el centro de acogida "Jesús Niño de Praga", a ese efecto, debe asistir durante dos horas un día viernes a la semana cada 15 días al mencionado centro de acogida de la ciudad de Potosí y elaborar y presentar un informe mensual de sus actividades al juez encargado de su vigilancia, adjuntando de manera previa y dentro de las 24 hrs. documentos que acrediten su formación académica profesional", no develan los defectos denunciados.

De acuerdo a lo expresado sobre la finalidad de las reglas condicionantes, las impuestas en el presente caso en concreto las del inc. 5) corresponden a la realidad de la recurrente, profesional abogada que ha admitido haber cometido un hecho antijurídico lesivo al patrimonio por lo que la orientación jurídica a prestar a la comunidad en grupos esencialmente vulnerables es una medida pertinente en el tiempo que el tribunal ha estimado necesario y es conducente a la enmienda y readaptación como medida socio-educativa

Las regladas en los incs. 1, 2, 3 responden a la finalidades preventivas y de control como el de evitar una reincidencia, generar condiciones o garantías para evitar una re-victimización, afianzar se cumplan las mencionadas finalidades que establecen un arraigo, prohibiciones y un acto de afianzamiento a los efectos indicados; la prevista en el inc. 4), es extensiva al control que realiza el juzgador sobre las reglas impuestas y actividades socio-educativa cuando se ejecuta una condena en este caso en libertad y, al afianzamiento de su cumplimiento que ha estimado el juzgador que deben imponerse; en consecuencia, las reglas y medidas asumidas conforme lo glosado no se

develan como redundantes, excesivas e impertinentes y mucho menos como arbitrarias y abusivas y peor analogizable a un encierro entre paredes de concreto y barras de metal en permanente contacto e interacción con otros internos que en esencia es a lo que se reduce un encarcelamiento y que es lo que se trata de evitar como una finalidad esencial por política criminal.

Las condiciones impuestas que infiere serían punitivas por inmovilizarla en la ciudad y que van en detrimento de su trabajo, para su eventual modificación como en el cambio de domicilio, la necesidad de viajar a otra actividad, realizar un trabajo urgente en los días que tenga que presentar informes, acudir a firmar el registro, etc. de acuerdo al espíritu y finalidad de la normativa descrita en el art. 366 del Cód. Pdto. Pen. concordante con la descrita el art. 25 del Cód. Pen. y el art. 367 del Cód. Pdto. Pen. en su segundo párrafo, es factible que previa autorización y justificativo se pueda cambiar el domicilio, autorizar viajes o dispensas en los días requeridos ya que una eventual revocatoria solo se da cuando se incumple injustificadamente; finalmente en cuanto a la falta de precisión en las medidas como el firmar un libro de registro o control de asistencia cada 15 días, los días lunes de cada semana y, el asistir durante dos horas un día viernes a la semana cada 15 días; tal error en la redacción del que se advierte alternancia y en consecuencia imprecisión o incongruencia, no impide más allá de la redundancia al introducir el término semana vinculado a los días lunes y viernes, no discernir que las medidas impuestas más allá de la literalidad, que su finalidad y sentido normativo determinan que las mencionadas medidas sean cumplidas cada 15 días los días lunes y viernes y que el informe mensual que se le pide sea presentado mensualmente un día lunes, en consecuencia la sentencia en cuanto a la determinación de las reglas de conducta y control impuestas como efecto del beneficio otorgado, no develan agravio alguno.

DECISORIO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Potosí unificando votos y criterios de sus miembros resuelve en aplicación al art. 413 del Cód. Pdto. Pen. declarar IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta por Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz.

Este auto de vista puede ser recurrido de casación dentro del término y forma que prescriben los arts. 416, 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Julio A. Miranda Martínez.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Julio A. Miranda Martínez.- María Cristina Montesinos.

Ante mí: Abg. Jimmy D. Castro Gonzales.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 13 de septiembre de 2016, cursante de fs. 797 a 802, Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 34/16 de 27 de julio de 2016, de fs. 789 a 792 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales Julio Alberto Miranda y María Cristina Montesinos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, Eulogia vda. de Francés (fallecida) y María Eugenia Francés Acka contra la recurrente, por la presunta comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 6 de 25 de abril de 2016 (fs. 741 a 743 vta.), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, a solicitud de procedimiento abreviado declaró a la imputada Patricia Ivonnet Hidalgo Leniz, autora de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena por ser un delito primario, con costas.

b) Contra la referida sentencia, la imputada Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz interpuso recurso de apelación restringida (fs. 746 a 753), resuelto por A.V. N° 34/16 de 27 de julio de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró improcedente la apelación planteada y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 875/2016-RA de 7 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente denuncia que el auto de vista recurrido, no tomó en cuenta la violación de los arts. 366 y 24 del Cód. Pdto. Pen., en su reclamo referido a la falta de fundamentación de la sentencia art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., respecto a las medidas de conducta impuestas a tiempo de disponer la suspensión condicional de la pena que le resultan excesivamente gravosas, impertinentes y totalmente desproporcionadas, el A.S. N° 23/2012 de 16 de febrero, asevera que la doctrina legal aplicable sería plenamente concordante con los estudiosos del derecho, en sentido de que la finalidad de la suspensión condicional de la pena hace que sea aplicable, teniendo en cuenta que no se pretende aplicar una sanción, sino medidas alternativas a la pena que cumplan los mismos fines de resocializar, reeducar y enmendar evitando que se vea privado de una vida en sociedad y familia; por lo que, el tribunal de juicio debió aplicar las reglas previstas por el art. 24 del Cód. Pdto. Pen.; empero, le impuso medidas condicionantes al mero arbitrio y discrecionalidad ocurriendo lo mismo respecto al plazo de vigencia; toda vez, que una medida condicionante de cumplimiento alternativo a la condena de cárcel debe ser pertinente, útil y proporcional con la finalidad de la suspensión condicional de la pena, elementos que no fueron considerados conforme al principio de legalidad.

Añade, que habiendo sido declarada culpable del delito de estelionato, donde su persona en uso de poder amplio suficiente e irrevocable otorgado por Macario Colque Villa adjudicatario del inmueble aludido, no recibió un solo centavo en calidad de pago por la transferencia efectuada, no perjudicó ni causó daño económico a ninguna persona, no existe víctimas múltiples y en ningún momento tuvo

contacto con la querellante ni ninguna circunstancia agravante, donde si bien fue favorecida con la suspensión condicional de la pena; empero, se le impuso las siguientes reglas: 1) No cambiar de domicilio sin autorización del juez de ejecución; 2) Abstenerse de frecuentar y comunicarse con la víctima y familiares; 3) Garantizar ante la policía la abstención de frecuentar a víctimas y familiares; 4) Presentarse a firmar cada quince días (o el lunes de cada semana), ante el juez de ejecución; y, 5) Prestar trabajo de cooperación de asesoramiento jurídico los viernes de cada semana (o cada 15 días), durante dos horas cada jornada, e informar mensualmente sobre el trabajo al juez de ejecución; no comprendiendo, por qué la medida de prohibición de contacto o comunicación con las supuestas víctimas, ya que su persona ni las conoce y en ningún momento las amenazó o agredió; por lo que, tampoco entiende por qué debe otorgar garantías ante la policía, considerando que no es temporal sino permanecería en registros policiales, resultándole impertinentes cuando sin tales medidas la víctima jamás corrió riesgo, ni peligro, resultando innecesario la medida 4, por tener la misma finalidad que la medidas 1 que es asegurar su presencia en la ciudad y la medida 5 le resulta excesiva; toda vez, que su persona al ser abogada en el ejercicio libre desde hace más de quince años atrás, implicando su fuente de sustento el ejercicio profesional, que incluso desarrolla los fines de semana y sin duda en horarios inhábiles, la medida de prestar trabajos comunitarios semana por media le conllevaría a un sacrificio de horas asignadas a su trabajo y a su familia, no considerando que el trabajo y la familia son elementos de la resocialización que motivan la existencia de la suspensión condicional de la pena, habiendo bastado la prestación de servicios comunitarios en derecho una vez al mes; sin embargo, no fueron analizados por el tribunal de alzada; toda vez, que le resulta imposible que pueda siquiera realizar actividades con su familia ya que cuando no esté en su trabajo estará en servicios comunitarios o en el deber de presentarse a firmar ante el juez de ejecución y peor aún, que estas medidas le fueron impuestas por el tiempo de dieciocho meses colocándole en situación similar a la de tener una condena física privativa de libertad, afectándose el desarrollo normal y ordinario de las actividades sociales que desempeña, ya que ante la inexistencia de agravantes el tribunal de juicio debió haber impuesto el mínimo legal de un año por favorabilidad.

Finalmente, refiere que las medidas no fueron claramente descritas, ya que deberían cumplirse cada quince días y al mismo tiempo establecerían que debe cumplirse cada lunes o viernes, lo que le causa imprecisión e inviabiliza su cumplimiento; aspectos que, no fueron considerados por el tribunal de juicio ni analizados por el tribunal de alzada existiendo una clara violación a derechos y garantías constitucionales conculcándose el derecho a la seguridad jurídica en su vertiente del principio de legalidad cuyos matices esenciales son los principios de taxatividad y tipicidad y por ende el debido proceso.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista y se dicte uno nuevo en base a la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 875/2016-RA de 7 de noviembre, cursante de fs. 813 a 815 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia 6 de 25 de abril de 2016, el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, a solicitud de procedimiento abreviado declaró a la imputada Patricia Ivonnet Hidalgo Leniz, autora de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena por ser un delito primario, disponiendo las siguientes reglas: i) No podrá cambiar de domicilio sin autorización del juez encargado de su vigilancia; ii) Debe abstenerse de frecuentar y comunicarse con la víctima y familiares, salvo efectos de la reparación del daño civil; iii) Deberá otorgar y firmar garantías ante autoridad policial en relación a la abstención dispuesta; iv) Deberá someterse a la vigilancia del juez de ejecución penal, debiendo presentarse a firmar un libro de registro o control de asistencia cada quince días, los días lunes de cada semana y presentar un informe del trabajo de cooperación asignado; y, v) Deberá presentar trabajo de cooperación u orientación jurídica que le sea pedida u encomendada en el centro de acogida Jesús Niño de Praga, debiendo asistir durante dos horas un día viernes a la semana cada quince días al mencionado centro de acogida y elaborar y presentar un informe de sus actividades al juez encargado de su vigilancia. Reglas que deben ser cumplidas durante el periodo de un año y seis meses, advirtiéndole que a su incumplimiento el beneficio otorgado será suspendido y deberá cumplir la pena de privación de libertad, con costas, en base a los siguientes argumentos:

i) En procedimiento abreviado la imputada reconoció la existencia del hecho acusado y haber participado en el mismo, declarando ser autora del delito que se le acusa.

ii) Se advierte la renuncia voluntaria al juicio oral, público y contradictorio estando plenamente de acuerdo con el procedimiento abreviado.

iii) Admite la culpabilidad de forma libre espontánea en la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pdto. Pen. y la pena solicitada por el fiscal; aspecto que, sería ratificado por su abogado defensor.

iv) Se probó el hecho acusado en grado de autoría de la imputada; es decir, en el presente caso existió suficientes elementos de prueba que sin lugar a duda dan cuenta que es autora del referido delito.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Notificada la parte imputada, interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia pronunciada, con los siguientes argumentos:

1) Defectos y errores de la sentencia porque la suspensión condicional de la pena no está desvinculada de la sentencia; aspecto que, le genera agravio por ser la medida excesivamente gravosa y a tiempo de determinarla se vulneró los art. 336 y 24 del Cód. Pdto. Pen.

2) Refiere la finalidad de las alternativas a la excarcelación y las reglas impuestas con la suspensión condicional de la pena en la aplicación del art. 24 del Cód. Pdto. Pen., por lo que se debió tener presente la naturaleza de la suspensión condicional de la pena prevista en el art. 366 del Cód. Pdto. Pen.; en ese sentido, señala que si las medidas se aplican a modo de pena, las mismas se desnaturalizan.

3) Exceso por pertinencia, porque fue declarada culpable sin la mención de agravantes y no se tomó en cuenta que la imposición de dichas medidas debieron emerger únicamente de las circunstancias de la comisión del delito, siendo que las mismas no fueron argumentadas resultando las medidas impertinentes y no responden al elemento de necesidad ni criterio justificado por la sentencia, menos aún si no se sufrió riesgo, peligro o agresión.

4) Exceso por falta de necesidad, porque en los numerales 1 y 4 tienen la misma finalidad que es asegurar su presencia en la ciudad que reside, el numeral 5 conlleva el deber de presentar un informe de trabajo comunitario ante la misma autoridad, que en conjunto son tres medidas excesivas y desproporcionadas, cumpliendo el 1 y 5 hace innecesario el numeral 4, ya que ante la falta de informe el juez dará cuenta inmediatamente la falta de informes mensuales; además, que la finalidad se encuentra plenamente garantizada con la prohibición de cambiar de domicilio y el presentarse cada quince días, por lo que se constituye en una imposición innecesaria, abusiva y desproporcionada; en consecuencia, la medida número 5 resulta excesiva.

5) Exceso por la duración de la medida impuesta al tratarse de dieciocho meses de los cuales no se advierte fundamentación alguna del porqué del tiempo.

6) Falta de fundamentación, porque la sentencia no dice porque se impuso tal o cual medida, porqué se determinó que exceda su vigencia del mínimo legal, a lo largo de la Sentencia no haya mención a móviles, causas, naturaleza y modalidad del hecho, por lo que existe falta de fundamentación y por ende el vicio incurso en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

7) Imprecisión porque las medidas no están claramente descritas, se dice que deben cumplirse cada quince días y al mismo tiempo los lunes y al mismo tiempo que deben cumplirse los viernes o lunes; por lo puntos expuestos, solicita que se deje sin efecto las medidas 2, 3 y 4 se modifique el punto 5, disponiendo que sea una vez por mes y se reduzca el tiempo de duración de las medidas a un año.

II.3. Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Potosí, resolvió el recurso de apelación restringida a través del auto de vista impugnado y declaró improcedente el recurso intentado, en base a los siguientes aspectos:

a) Las reglas determinadas para la sentencia y el cumplimiento del beneficio otorgado, se imponen con los fines establecidos por los arts. 366 del Cód. Pdto. Pen. en relación al 24 del Cód. Pen., como normas de conducta tendientes a la enmienda, readaptación social, a coadyuvar en asegurar que se cumplan las mismas y el control y seguimiento que se requiere lo señalado en las medidas impuestas desde el 1 al 5, no develan los defectos denunciados. De ahí señala que sobre la finalidad de las reglas condicionantes, las impuestas en el presente caso en concreto las del inc. 5 corresponden a la realidad de la recurrente, profesional abogada que admitió haber cometido un hecho antijurídico lesivo al patrimonio, por lo que la orientación jurídica a prestar a la comunidad en grupos esencialmente vulnerables es una medida pertinente en el tiempo que el tribunal estimó necesario y es conducente a la enmienda y readaptación como medida socio educativa.

b) Las medidas regladas en los incs. 1, 2 y 3 responden a las finalidades preventivas y de control como el de evitar una reincidencia, generar condiciones o garantías para evitar re victimización, afianzar se cumplan las mencionadas finalidades que establecen un arraigo, prohibiciones y un acto de afianzamiento a los efectos sindicados; la prevista en el inc. 4, es extensiva al control que realiza el juzgador sobre las reglas impuestas y actividades socio educativas cuando se ejecuta una condena, en este caso en libertad y al afianzamiento de su cumplimiento que ha estimado el juzgador que deben imponerse; en consecuencia, las reglas y medidas asumidas conforme lo glosado no se develan como redundantes excesivas e impertinentes y mucho menos como arbitrarias y abusivas, aun encierro entre paredes de concreto y barras de metal en permanente contacto e interacción con otros internos, que en esencia es a lo que se reduce un encarcelamiento y que es lo que se trata de evitar como una finalidad esencial por política criminal.

c) Las condiciones impuestas que infiere serían punitivas por inmovilizarla en la ciudad y que van en detrimento de su trabajo para su eventual modificación como en el cambio de domicilio, la necesidad de viajar u otra actividad, realizar un trabajo urgente en los días que tenga que presentar informes, acudir a formar el registro, etc. de acuerdo al espíritu y finalidad de la normativa descrita en el art. 366 del Cód. Pdto. Pen., concordante con la descrita en los arts. 25 del Cód. Pen. y 367 del Cód. Pdto. Pen. en su segundo párrafo, es factible que previa autorización y justificación se pueda cambiar el domicilio, autorizar viajes o dispensas en los días requeridos, ya que una eventual revocatoria sólo se da cuando se incumple injustificadamente. Por último, en cuanto a la falta de precisión en las medidas como el firmar un libro de registro de control de asistencia cada quince días lunes cada semana y el asistir durante dos horas un día viernes a la semana cada quince días; tal error en la redacción del que se advierte alternativamente y en consecuencia impresión o congruencia, no impide más allá de la redundancia al introducir el término semana vinculado a los días lunes y viernes, no discernir que las medidas impuestas más allá de la literalidad de su finalidad y sentido normativo determinan que las mencionadas medidas sean cumplidas cada quince días los días lunes y viernes y que el informe mensual que se le pide sea presentado mensualmente un día lunes; en consecuencia, la Sentencia en cuanto a la determinación de las reglas de la conducta y control impuestas como efecto del beneficio otorgado, no develan agravio alguno.

III. Verificación de la existencia de contradicción del auto de vista con el precedente invocado

En el presente recurso de casación, el recurrente denuncia que el tribunal de alzada incurrió en contradicción con el precedente invocado al asignarle medidas arbitrarias a la imputada al momento de dictar la sentencia, sin tener en cuenta que la finalidad y naturaleza de la

suspensión condicional de la pena no es aplicar una sanción sino medidas alternativas a la pena que cumplan los fines de resocializar, reeducar y enmendar al ciudadano, evitando que se vea privado de una vida en sociedad y familiar, aspecto que no habría sido considerado por el tribunal de juicio y menos por el tribunal de alzada; por lo que, corresponde verificar dichos extremos.

III.1. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal Superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional; toda vez, que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal verificar en el fondo, la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este tribunal, el A.S. N° 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: "El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: 'El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema', en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: 'Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la corte superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida'.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: '...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación', norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.Ó.J., que instituye como atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: 'Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance'. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: 'Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar'.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por Ley a este Tribunal".

III.2. Análisis del caso concreto.

Con relación al único motivo, en el que la recurrente denunció que el tribunal de alzada incurrió en contradicción con el precedente invocado al asignarle medidas arbitrarias al momento de dictar la sentencia, sin tener en cuenta que la finalidad y naturaleza de la suspensión condicional de la pena no es aplicar una sanción, sino medidas alternativas a la pena que cumplan los fines de resocializar, reeducar y enmendar al ciudadano evitando que se vea privado de una vida en sociedad y familiar; aspecto que, no habría sido considerado por el tribunal de juicio y menos por el tribunal de alzada, invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 23/2012 de 16 de febrero, que fue dictado dentro de un proceso penal por la presunta comisión de los delitos de despojo y usurpación agravada, previstos y sancionados por los arts. 351 y 355 del Cód. Pen., en el que se analizó la aplicación del instituto del perdón judicial y que el mismo no puede estar condicionado indebidamente al previo pago de la responsabilidad civil y señalar que en caso de no ser satisfecha ésta, el condenado deberá cumplir la sanción de reclusión en la cárcel pública; situación que en ese caso el tribunal de alzada incurrió en una actuación ilegal y arbitraria; primero, por cuanto el perdón judicial no está sujeto a ninguna condición, excepto al hecho de que el autor sea condenado por un primer delito y que la pena privativa de libertad no sea mayor a dos años (art. 368 del Cód. Pdto. Pen.); y segundo, porque la conducta adoptada, denota un menosprecio por uno de los derechos fundamentales que protege la Constitución Política del Estado, cual es el derecho a la libertad; considerando además, que para la responsabilidad civil, se exige como presupuesto de procedencia la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada y su presentación ante juez de sentencia (art. 382 del Cód. Pdto. Pen.), lo que indudablemente no ocurrió en ese caso; pues, aún no existía una sentencia ejecutoriada; en consecuencia, en base a esos antecedentes estableció la siguiente doctrina legal aplicable:

“El art. 368 del Cód. Pdto. Pen., al plasmar el principio de intervención penal mínima, que identifica al derecho sancionador en todo estado democrático de derecho y priorizar el derecho fundamental a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico que está reconocido por el art. 23 de la C.P.E., no impone al beneficiario de perdón judicial ninguna condición más que aquellos exigidos por ley.

En consecuencia, se puede apreciar que desde ninguna perspectiva existe la posibilidad de condicionar el perdón judicial a la satisfacción de la responsabilidad civil; toda vez, que para ello existen los mecanismos legales que la misma Ley Adjetiva Penal prevé, no pudiendo utilizarse la condena como un medio de presión para el resarcimiento del daño, caso contrario se atentaría contra el derecho a la libertad del beneficiario; entendimiento que guarda coherencia con el último párrafo del art. 221 del Cód. Pdto. Pen., que señala que: No se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas o multas.

Por último, debe precisarse que el beneficiario perdón judicial no se encuentra eximido de reparar el daño civil causado a la víctima, que deberá siempre ser satisfecha, para lo cual el Código de Procedimiento Penal establece el momento y el procedimiento que debe observarse para hacer efectiva esta reparación”.

Analizado el precedente, corresponde contrastarlo con el auto de vista, con la finalidad de establecer el supuesto fáctico análogo respecto a una problemática similar, de donde se puede advertir que la denuncia respecto de este precedente emerge de la aplicación del art. 368 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, de la aplicación del perdón judicial y su incidencia, porque el tribunal de alzada condicionó dicho beneficio indebidamente al previo pago de la responsabilidad civil y que en caso de no ser satisfecha, el condenado debía cumplir la sanción de reclusión en la cárcel pública; y, en el presente caso se pretende establecer contradicción con el hecho de que el tribunal de alzada no tuvo en cuenta la finalidad y naturaleza de la suspensión condicional de la pena, encaminada no a la aplicación de una sanción sino de medidas alternativas a la pena que cumplan los fines de resocializar, reeducar y enmendar al ciudadano evitando que se vea privado de una vida en sociedad y familiar; aspecto que, no habría sido considerado por el tribunal de juicio y menos por el tribunal de alzada.

Efectuadas esas precisiones, se tiene que se está ante dos institutos diferentes como es la suspensión condicional de la pena (en el presente caso) y el perdón judicial (en el precedente); además, que el precedente emerge de la decisión del tribunal de alzada de modificar la sentencia de tres años y dos meses, a un año y seis meses, previo pago de la responsabilidad civil y de disponer fue en caso de no ser satisfecha ésta, el condenado debía cumplir la sanción de reclusión en la cárcel pública; en consecuencia, ese aspecto es completamente disímil a los argumentos analizados en el caso concreto debido a que en el presente caso las medidas impuestas no se encuentran condicionadas a cumplimiento de previo pago de responsabilidad alguna; por lo que, no se advierte el hecho fáctico similar, por ende tampoco se constata que en el auto de vista el sentido jurídico asumido por el tribunal de alzada no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas a una misma disposición legal con diverso alcance; en consecuencia, se concluye en la inexistencia de contradicción alegada por la recurrente lo que determina que el recurso interpuesto devenga en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ivonnet Patricia Hidalgo Leniz de fs. 797 a 802.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



234

Ministerio Público y otro c/ Alexander Dorado Contreras y otros
Asesinato y otros
Distrito: Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 14 de junio de 2016, cursante de fs. 1273 a 1279 vta., Ramiro Aguirre Salazar, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 38 de 20 de abril del 2016, de fs. 1245 a 1251, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Zenón Rodríguez Zeballos y Sigfrido Soletto Gualoa, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Edgar Cosme Yujra contra Humberto Erasmo Rodríguez, Carlos Alberto Vaca Contreras, Alexander Dorado Contreras y el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de asesinato, homicidio y robo agravado, previstos y sancionados por los arts. 252, 251 y 332 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 65/2015 de 26 de agosto (fs. 1042 a 1055), el Tribunal Séptimo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Alexander Dorado Contreras, autor de la comisión del delito de lesión seguida de muerte, imponiendo la pena de ocho años de reclusión; asimismo, declaró a Alex Dorado Contreras, Humberto Erasmo Rodríguez y Ramiro Aguirre Salazar, absueltos de responsabilidad y pena de los delitos de asesinato, homicidio y robo agravado, previstos y sancionados por los arts. 252, 251 y 332 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Alex Dorado Contreras (fs. 1109 a 1111 vta.), los querellantes Elena Siles Rojas y Edgar Cosme Yujra (fs. 1124 a 1129 vta.) y el Ministerio Público (fs. 1148 a 1152), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 38 de 20 de abril de 2016, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisibles y procedentes en parte las apelaciones de los querellantes y del Ministerio Público, deliberando en el fondo revocó parcialmente la sentencia absolutoria respecto de Ramiro Aguirre Salazar declarándolo autor de la comisión del delito de homicidio, tipificado en el art. 251 del Cód. Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio, a cumplir en la Cárcel Pública de Palmasola, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 802/2016-RA de 17 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente denuncia que los vocales de la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, al emitir el A.V. N° 38/2016 de 20 de abril, excedió su labor que la ley les asigna pues, dictan una sentencia condenando a su persona sin considerar que inicialmente fue absuelto por el Tribunal Séptimo de Sentencia; al respecto, denuncia que si el tribunal de alzada consideraba que en la sentencia apelada se incurrió en defectos, lo que correspondía era anular total o parcialmente la misma y ordenar su reposición del juicio y no así dictar nueva sentencia que en los hechos representan inobjetablemente una revalorización de la prueba, actividad vedada en esta etapa y más aun cambiando la situación jurídica del imputado lo que constituye un defecto absoluto no susceptible de convalidación aspecto establecido en el A.S. N° 304/012 de 23 de noviembre de 2012, se alega además que a tiempo de revalorizar prueba el tribunal de alzada hizo alusión a lo que hubieren señalado los testigos solo en cuanto a lo que les convenía sin establecer lo que realmente manifestaron los testigos (Policía Roberto Colque Alvarado, Gery Lena Gonzales, Jesús Mauricio Oros Saucedo y Cristian Marcos Paiba García), observando que ninguno de ellos lo reconoció como supuesto autor del delito acusado, vulnerándose con ello el art. 115 de la C.P.E., al haberse incurrido en errónea e incorrecta aplicación de la ley en cuanto se refiere a los arts. 365 con relación al 413 del Cód. Pdto. Pen., al respecto invoca el A.S. N° 91 de 28 de marzo de 2006, que sobre la problemática plantea que la valoración de los hechos es privativa del juez o Tribunal de Sentencia y que en su caso al tribunal de alzada lo que le corresponde es identificar la falla o impericia del juez en la valoración probatoria además de observar que las reglas de la sana crítica hayan sido cumplidas, en el mismo sentido se hubiese pronunciado los AA.SS. Nos. 53/2012 de 22 de marzo y 167/2012 de 4 de julio.

2) Se alega que el tribunal de alzada basó su análisis interpretativo de forma errónea, ya que ingresó a revalorizar la prueba, incurriendo en violación a la norma procesal al mantener la sentencia condenatoria del coacusado Alexander Dorado, por la supuesta comisión del delito de lesiones seguida de muerte como si se tratase de hechos distintos vulnerándose el principio de congruencia contenido en el art. 362 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que a su persona le sentencia por el delito de homicidio, sin tomar en cuenta que al otro acusado se le condena por lesión seguida de muerte, conclusión que daría a entender que se trataría de dos hechos distintos, violentándose su derecho a la defensa, el debido proceso y seguridad jurídica contenidos en los arts. 115 y 117 de la C.P.E., incurriendo con ello en defectos absolutos no

susceptibles de convalidación correspondiendo la nulidad del auto de vista impugnado; al respecto, invoca y cita la parte pertinente el A.S. N° 368 de 17 de septiembre de 2005.

I.1.2. Petitorio.

EL recurrente solicita "casa" el auto de vista recurrido y deliberando en el fondo se revoque la resolución impugnada y se mantenga firme la sentencia de primera instancia.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 802/2016-RA de 17 de octubre, cursante de fs. 1348 a 1351 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Ramiro Aguirre Salazar, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 65/2015 de 26 de agosto, el Tribunal Séptimo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Alexander Dorado Contreras, autor de la comisión del delito de lesión seguida de muerte, imponiendo la pena de ocho años de reclusión; asimismo, declaró a Alex Dorado Contreras, Humberto Erasmo Rodríguez y Ramiro Aguirre Salazar, absueltos de responsabilidad y pena de los delitos de asesinato, homicidio y robo agravado, previstos y sancionados por los arts. 252, 251 y 332 del Cód. Pdto. Pen.

Entre los hechos probados, el a quo, establece que los hechos denunciados relacionados con la muerte de la víctima DBC sí sucedieron, que en ellos participó Alexander Dorado Contreras; que no se demostró la participación de Ramiro Aguirre Salazar y Humberto Erasmo Rodríguez, por cuanto el Ministerio Público y acusador particular no individualizaron la participación de los mismos, por cuanto no describieron ni demostraron de forma individualizada su participación en los hechos sometidos a juzgamiento ya que las pruebas del Ministerio Público y el acusador particular, fueron insuficientes y contradictorias, en razón que de entre los testigos existieron enormes contradicciones; que Alexander Dorado Contreras, es autor y partícipe del delito de lesión grave seguida de muerte, tipificado por el art. 273 del Cód. Pen. Como hecho no probado establece que no se demostró la participación de los imputados Ramiro Aguirre Salazar, Humberto Erasmo Rodríguez y Alexander Dorado Contreras, en los delitos de asesinato, robo agravado y homicidio.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, por auto de vista impugnado, resolvió el recurso de apelación restringida interpuesto por el co-imputado Alexander Dorado Contreras y la parte acusadora fiscal y particular, declarando admisible e improcedente el recurso de la parte imputada y admisible e improcedente el recurso de los acusadores, manteniéndose la situación jurídica del acusado absuelto Humberto Erasmo Rodríguez y finalmente admisible y procedente el recurso de los acusadores, modificando la sentencia absolutoria de Ramiro Aguirre Salazar, a quien lo declaró autor de la comisión del delito de homicidio, tipificado pro el art. 251 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 15 años de presidio más trescientos días multa a razón de Bs 1.- por cada día, con costas; bajo los siguientes argumentos:

En el cuarto considerando del auto de vista impugnado, el tribunal de apelación, argumentó que; en el caso de autos, los datos del proceso y pruebas de cargo, especialmente la declaración de Jesús Mauricio Oros Saucedo, la cual a decir del ad quem sería bastante clara y precisa al individualizar al coimputado Ramiro Aguirre Salazar, como la persona que correteó a la víctima con un palo de mano, utilizó un Vehículo color plomo con placa N° 2451 –IID, de propiedad de Alicia Salazar de Aguirre, madre del referido imputado; que lo más importante a decir del de alzada, es que dentro del desfile identificatorio, se había señalado directamente al imputado Ramiro Aguirre Salazar como el principal autor de la muerte de Douglas Bolívar Cosme Siles de diecisiete años de edad, cuando éste después de salir el 5 de abril del 2014, a tiempo de retirarse de una fiesta del Centro de Eventos del Club Real Santa Cruz, al promediar las 02:00 horas, había sido atacado sorpresivamente por un grupo de desconocidos que tendrían la firme intención de atacarlo y al negarse la víctima a la entrega de sus pertenencias, había sido agredido físicamente con palos, bates y tacos de billar, lo que ocasionó la muerte de la víctima como había informado la Médico Katherine Ramírez Vinaya; también, existiría a decir del tribunal de apelación, otro testigo clave Gery Lens Gosalves, quien había identificado e individualizado al co-imputado Ramiro Aguirre Salazar, como la persona que conducía el vehículo referido precedentemente y quien recogió más gente de la calle N° 1 para agredir a la víctima, declaración que a decir del ad quem, se encontraría corroborada por el testigo Roberto Colque Alvarado –policía-, quien había referido que identificaron como autor al imputado Ramiro Aguirre; por lo que el tribunal de apelación concluye refiriendo que, todos los testigos de cargo señalan a Ramiro Aguirre como el principal autor de la muerte de la víctima, por lo que su conducta típica, antijurídica, culpable y punible, al concurrir los elementos esenciales constitutivos del delito de homicidio, tipificado por el art. 251 del Cód. Pen., establecerían que la sentencia incurrió en los defectos previstos por los incs. 1 y 6 del Cód. Pdto. Pen.

En el sexto considerando del auto de vista hoy impugnado, el tribunal de apelación argumentó que el fiscal y querellantes, habían mencionado claramente las disposiciones legales vulneradas cómo debían aplicarse e interpretarse, haciendo referencia a la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva y una valoración defectuosa de la prueba, precisando cuales serían estas últimas; posteriormente, haciendo referencia a la doctrina señalada por el A.S. N° 87 de 1 de marzo de 2006, en el octavo considerando de la resolución, el ad quem refiere que llega a la conclusión de que el fallo apelado no se ajusta a las normas procesales vigentes, ya que se había inobservado la ley adjetiva con relación a la valoración defectuosa de la prueba, la falta de fundamentación y motivación de la sentencia, por lo que existiría las infracciones acusadas por el fiscal y los querellantes.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con los precedentes invocados por la recurrente

En el caso presente, este tribunal admitió por precedente el recurso de casación interpuesto por el imputado Ramiro Aguirre Salazar, ante la denuncia de revaloración de la prueba e incongruencia en el auto de vista hoy impugnado.

III.1. Análisis del caso concreto.

III.1.1. En cuanto a la denuncia de revaloración probatoria.

En el primer motivo de casación, el recurrente denunció que el tribunal de apelación a fin de cambiar su situación jurídica de absuelto a condenado, revaloró la prueba testifical, ingresando en contradicción con la línea jurisprudencial sentada por:

El A.S. N° 53/2012 de 22 de marzo de 2012, dictado dentro del proceso penal seguido por Dionicio Luján Rosado contra YMF, por la presunta comisión del delito de daño calificado, el cual tuvo como antecedentes, la constatación por parte del Tribunal Supremo de Justicia, que el tribunal de apelación a tiempo de resolver la denuncia de defectuosa valoración probatoria, desconociendo el debido proceso, había revalorado prueba, lo cual motivó la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable.

“Conforme con la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar únicamente la errónea aplicación de la ley sustantiva o la inobservancia de las normas procesales en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia y no es un medio para revalidar la prueba, pues no es una doble instancia; en ese entendido la facultad de valorar la prueba corresponde exclusivamente al juez o Tribunal de Sentencia al encontrarse en contacto directo con la producción de la misma, estableciendo los hechos y poniendo en práctica los principios que rigen el juicio oral y público, plasmando en los fundamentos de la sentencia el análisis e interpretación del significado de las pruebas y de los hechos, que deben ser expresados con claridad, concreción, experiencia, conocimiento, legalidad y lógica, producto de la interacción contradictoria de las partes, la que surge de esa pugna de validación de objetos, medios e instrumentos de prueba que se da dentro del contexto del juicio oral y público, cuya objetividad alcanzada de la producción de la prueba, no puede ser reemplazada por la subjetividad del tribunal de apelación; pues éste no está facultado para revisar la base fáctica de la sentencia, sino analizar si ésta contradice el silogismo judicial, es decir, debe abocarse a controlar que el fundamento sobre la valoración de la prueba y de los hechos tenga la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiesten certidumbre, lo contrario significaría desconocer el principio de inmediación que se constituye en el único eje central en la producción probatoria reservada exclusivamente para los Tribunales de Sentencia sean estos colegiados o unipersonales, acto con el que se atenta la garantía del debido proceso y se afecta al principio de legalidad formal y material, deviniendo consecuentemente en defecto absoluto contemplado en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.”.

Similar entendimiento fue asumido por los Autos Nos. 91 de 28 de marzo del 2006 y 167/2012 de 4 de julio.

Existiendo una situación de hecho similar entre el hecho generador de la doctrina legal descrita precedentemente y la denuncia formulada en el primer motivo de casación, referida a que el tribunal de apelación habría revalorado prueba, corresponde a este tribunal ingresar al análisis de fondo y establecer la posible existencia o no de la contradicción denunciada.

En el caso de autos, conforme a lo descrito en el acápite II.3 de la presente resolución, el tribunal de apelación en el cuarto considerando, concluyó que el tribunal de mérito incurrió en los defectos de sentencia previsto en el art. 370-1 y 6 del Cód. Pdto. Pen., conclusión a la que llegó con base a las siguientes declaraciones: i) Jesús Mauricio Oros Saucedo, la cual el ad quem considera clara y precisa, al individualizar a Ramiro Aguirre Salazar como la persona que correteó a la víctima con un palo en mano y utilizó un vehículo, ii) Katherine Ramírez Vinaya, quien a decir del ad quem, es otro testigo clave, pues sería quien identifica e individualiza al referido imputado, como la persona que conducía el vehículo con placa 2451-IID y sería quien recogió más gente de la calle N° 1 para agredir a la víctima; y, iii) Roberto Colque Alvarado, que corroboraría la segunda declaración, señalando que se identificó al autor de los hechos como Ramiro Aguirre; declaraciones que sirven al ad quem, para afirmar que la conducta típica, antijurídica, culpable y por tanto punible del mencionado imputado, se configuraría en el delito de Homicidio, tipificado por el art. 251 del Cód. Pen.

Conforme la doctrina legal aplicable emitida por el precedente invocado por el recurrente, se tiene que el recurso de apelación restringida no es un medio para revalorar prueba o revisar cuestiones de hecho, sino es un medio de control de legalidad de la sentencia, ello quiere decir que, conforme al actual sistema de valoración de la prueba, cual es el “Sistema de la libre convicción, de la sana crítica o de la crítica racional”, el tribunal de apelación no tiene facultad de valorar la prueba, pues en apelación restringida no se halla munido de inmediación con las pruebas a fin de poderlas valorar conforme a las reglas de la sana crítica, en el caso concreto, el tribunal de apelación al considerar las declaraciones testificales como claras, precisas, testigo clave; evidentemente, hace una revaloración de la prueba testifical, considerando las mismas como útiles para establecer que el co-imputado Ramiro Aguirre Salazar, es autor del delito de homicidio.

Esta revaloración probatoria realizada por el ad quem, viola el principio de inmediación, el cual es parte del principio de oralidad, y por el cual el juez o tribunal de mérito al tener contacto directo con la prueba, hallándose munido de inmediación es el único que puede valorar la prueba, justificando el valor otorgado; es decir, además de la calificación de claro, útil, etc., debe justificar las razones por las cuales les otorga esa calidad, fundamento que el tribunal de apelación no puede realizar al no haber tenido contacto directo con la prueba.

En el octavo considerando de la resolución impugnada, el tribunal de apelación de manera indudable, ratifica el error cometido al revalorar la prueba, cuando expresamente argumentó que “(...) el fallo apelado no se ajusta a las normas procesales vigentes ya que se ha inobservado la Ley Adjetiva con relación a la valoración defectuosa de la prueba (...)”; es decir, que afirma la existencia de un defecto procesal en cuanto a la defectuosa valoración probatoria, defecto que ameritaba que el tribunal de apelación en aplicación a lo dispuesto por el párrafo primero del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., disponga el reenvío del juicio; empero, erróneamente sin considerar el principio de inmediación y el debido proceso, de manera equívoca, el tribunal de apelación en el octavo considerando del auto de vista, posterior a declarar la existencia de defectuosa valoración probatoria, alega que no es necesario la realización de un nuevo juicio a fin de dictar una nueva sentencia.

Corresponde aclarar en este punto, que evidentemente el tribunal de apelación podría dictar nueva sentencia e incluso cambiar la situación jurídica del imputado, empero ello se da con la única condición de no revalorar la prueba ni modificar los hechos establecidos por el a

quo, como probados, como dice Fernando de la Rúa en su obra "La Casación Penal", "(...) todo aquello que para ser valorado necesite la determinación judicial que declare su existencia en el mundo de la realidad, pertenece a los hechos irrevisables (...)"; sin embargo, en el caso de autos, el tribunal de apelación a fin de modificar la situación jurídica del imputado Ramiro Aguirre Salazar, en lugar de partir su análisis desde los hechos descritos por el de mérito como probados y realizar el encuadramiento de éstos al tipo penal de homicidio; sin hacer referencia a los hechos probados por el de mérito, en el cuarto considerando del auto de vista hoy impugnado, ingresa a revalorar la prueba, a fin de establecer la autoría del imputado en el delito de homicidio; y peor aún, determina la existencia del defecto procesal de defectuosa valoración probatoria; empero, no señala sobre qué prueba recayó dicho defecto y qué reglas de la sana crítica fueron inobservadas, inaplicadas o aplicadas de manera errónea.

Estableciéndose que es evidente que el tribunal de apelación incurrió en contradicción con la doctrina legal aplicable, al revalorar la prueba en violación del principio de inmediación y debido proceso, incurriendo en el defecto absoluto previsto por el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., defecto que amerita la nulidad de la resolución impugnada, a fin de que el tribunal de apelación emita nueva resolución.

Habiéndose establecido la existencia de defectos insubsanables, no corresponde el análisis del segundo motivo de casación, más si se toma en cuenta que la observación realizada nace justamente de la prohibición de revaloración probatoria, que dio lugar a la condena del imputado por el delito de homicidio, el cual es observado como contradictorio con la condena del co acusado Alexander Dorado Contreras.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ramiro Aguirre Salazar y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., deja SIN EFECTO el A.V. N° 38 de 20 de abril del 2016, disponiendo que la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz de la Sierra, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



235

Ministerio Público y otro c/ Hardy Gómez Vaca
Asesinato
Distrito: Santa Cruz

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 10 de mayo de 2016.

VISTOS: El Tribunal 6° de Sentencia en lo Penal de la Capital, dictó la sentencia de fs. 589 a 605 vta., en los siguientes términos: declara al acusado Hardy Gómez Vaca, autor y culpable de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 del Cód. Pen., y lo condena a cumplir la pena privativa de libertad de treinta años de presidio en la Cárcel Pública de Palmasola, más al pago de costas, conforme a lo dispuesto por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., y se habilita el procedimiento para el pago de los daños. Por su parte el tribunal lo absuelva al acusado del delito previsto en el art. 252-3 del Cód. Pen.

Que contra el fallo judicial precedentemente referido, interpone apelación restringida el acusado Hardy Gómez Vaca según memorial de fs. 639 a 656 vta. de obrados.

CONSIDERANDO.- Que el recurso de apelación restringida interpuesto por el acusado Hardy Gómez Vaca, ha sido presentado conforme a los requisitos establecidos por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., se admite para su sustanciación conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

Que verificada la deliberación respectiva, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

CONSIDERANDO.- Que en el proceso penal rige el principio de la libertad probatoria, la prueba lícitamente obtenida deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven o atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado, por lo que todo elemento probatorio deberá relacionarse con los extremos: objetivo o sea la existencia del hecho y subjetivo que se dirija a relacionar al acusado recurrente en la participación delictiva o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello, se conoce como pertinencia de la prueba.

CONSIDERANDO.- Que el A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003, señala que "De acuerdo a la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores en el juicio oral, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe doble instancia, y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: declarar procedente o improcedente la apelación restringida, o anular total o parcialmente la sentencia".

CONSIDERANDO.- Que la acción penal como poder jurídico que persigue la averiguación del hecho que se presume delictivo, así como su juzgamiento y la imposición de una pena, mediante ello se provoca la intervención y la decisión del juzgador acerca de una acusación del delito y de todas las demás situaciones que se determinan en el proceso y se puede definir como el acto mediante el cual se demanda la punición del culpable o el derecho subjetivo de pedir a la instancia juzgadora la aplicación de la ley penal para la actuación de su poder, deber de castigar que tiene el estado.

CONSIDERANDO.- Que el delito de asesinato, previsto en el art. 252 del Cód. Pen., es uno de los delitos más graves en el cual la vida es el bien jurídico protegido, es el primer derecho fundamental del que goza toda persona humana, así lo consagra la CPE., concordante con los arts. 4-1, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de manera que el art. 252 del Cód. Pen., señala claramente que: "Será sancionado con la pena de presidio de treinta años, sin derecho a indulto, el que matare:

- 1) A sus descendientes o cónyuge o conviviente, sabiendo que lo son.
- 2) Por motivos fútiles o bajos.
- 3) Con alevosía o ensañamiento.
- 4) En virtud de precio, dones o promesas.
- 5) Por medio de sustancias venenosas u otras semejantes.
- 6) Para facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados.
- 7) Para vencer la resistencia de la víctima o evitar que el delincuente sea detenido".

Que el asesinato es un acto que es considerado un delito contra la vida para el derecho y normalmente es la infracción más grave que recogen los códigos penales de la mayoría de los países. Para determinar si dicha infracción es una variante agravada del homicidio o un delito autónomo, lo decisivo son las circunstancias que integran el tipo penal, que pueden ser de carácter objetivo, ya sea por alevosía, utilización de veneno, explosivos, precio, promesa o recompensa, o de carácter subjetivo, premeditación, ensañamiento, sadismo, etc. Con la concurrencia de una de ellas es suficiente para calificar una muerte dolosa de asesinato. El asesinato (también denominado en otros países homicidio calificado) es un delito contra la vida humana, de carácter muy específico, que consiste en matar a una persona concurriendo ciertas circunstancias, y entre ellas tenemos a la alevosía, precio, recompensa o promesa remuneratoria y ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. La diferencia que existe entre el asesinato y el homicidio se da cuando el homicidio es el delito que alguien comete por acabar con la vida de una persona sin premeditación ni preparación anticipada, en cambio el asesinato requiere de un mayor número de requisitos. Si bien el tema se ha discutido mucho, el asesinato no se trata de un simple homicidio agravado, sino de un delito distinto (de acuerdo con la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia), en el que las circunstancias señaladas son elementos constitutivos del mismo. En el asesinato existe una mayor intensidad del propósito criminal que en el homicidio, por los medios perjudiciales utilizados de un modo especial o por la inconfundible malicia y peligrosidad que se revela. Existe, sin embargo, materia jurisprudencial y doctrinal en contrario, lo que refleja las discusiones que aún hoy este tema suscita. Por todo ello, no existe el asesinato imprudente, sino que lleva siempre aparejada la intencionalidad, el dolo.

CONSIDERANDO.- Que ingresando a analizar y considerar el recurso de apelación restringida, diremos que el acusado Hardy Gómez Vaca argumenta que nunca fue notificado con el acta de audiencia de juicio oral y que eso constituye defecto absoluto; sin embargo a criterio de este tribunal debemos decir que si el acusado considera que no habría sido notificado con el acta de audiencia de juicio oral, éste debió reclamar o impugnar en su debida oportunidad ante el tribunal de la causa, sin embargo no lo hizo y al asistir a la audiencia de juicio oral ha convalidado los supuestos defectos, ya que el art. 170-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen., porque ha aceptado tácitamente el desarrollo del juicio oral

y demás actos subsiguientes, sin embargo pese a ello también es importante mencionar que no ha señalado con claridad y precisión si ha reclamado en forma oportuna su saneamiento o si ha efectuado reserva de recurrir; asimismo el recurrente dice que la sentencia no contiene la fundamentación intelectual y técnica; al respecto diremos que no es evidente ya que la sentencia condenatoria de fs. 589 a 605 vta. es correcta y se encuentra debidamente fundamentada y motivada conforme lo exige el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., ya que el tribunal ha dado razones jurídicas del porqué está condenando al imputado, puesto que contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico, es decir se ha fijado clara y precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se ha emitido el juicio, que es lo que se conoce como fundamentación fáctica. Además del análisis de la sentencia impugnada, se puede extraer que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia del juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la citada Ley como alega el recurrente, toda vez que el tribunal al valorar las pruebas de cargo y de descargo ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia; por lo que el segundo agravio no tiene ningún sustento legal.

Que en el tercer agravio, el recurrente impugna la adecuación de los elementos objetivos del tipo penal de asesinato; al respecto diremos que el Tribunal de Sentencia ha adecuado correctamente la conducta antijurídica del imputado dentro de los alcances del art. 252-2 del Cód. Pen., señalando cuáles son los actos del iter criminis en los que ha incurrido el acusado hasta llegar a consumir el delito, cumpliendo con todos los principios de valoración de la prueba; sin embargo pese a ello, también se evidencia que el recurrente no especifica de forma precisa y clara en qué consisten las violaciones de las leyes adjetivas en forma separada, no señala cuáles son esas violaciones conforme lo manda el art. 408 del Cód. Pdto. Pen. Respecto a tipificación que hace el tribunal al art. 252-2, del Cód. Pen. Asesinato con motivos bajos o fútiles; diremos que precisamente no existe un motivo fuerte para una reacción tan grande que acabe con la vida de la víctima, justamente eso es lo que castiga el legislador en esa tipificación, el desprecio por la vida, que ante el más mínimo incidente la reacción sea matar, ahí vemos que ha existido en el agente un desprecio por la vida, en otras palabras podemos decir la vida no vale nada?, sin embargo el legislador revaloriza el derecho a la vida, cuando dice por motivos bajos o fútiles, lo cual está en directa relación con el art. 15-I de la C.P.E., consagrado como el primer derecho fundamental de la persona.

CONSIDERANDO.- Que en lo demás, el recurrente solamente se aboca a transcribir en su totalidad de forma literal las declaraciones de los testigos, pero no hace ninguna fundamentación de cómo es que se incurre en defectos de la sentencia o defectos absolutos; en ese entendido, en la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal 4° de Sentencia en lo Penal de la Capital, se llega a establecer que no existen vicios ni defectos de la sentencia, toda vez que el tribunal hace mención de las pruebas tanto de cargo como de descargo otorgándoles un valor jurídico o en su caso otorgándoles cierto valor probatorio para todas las pruebas en su conjunto; es decir ha especificado y asignado el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, ha justificado y fundamentado adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, tal como lo exige los arts. 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen.; finalmente corresponde indicar que el acusado Hardy Gómez Vaca a tiempo de presentar su voluminosa apelación restringida de fs. 639 a 656 vta. contra la sentencia condenatoria, si bien en su memorial solo cita el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., sin embargo éste no ha cumplido con las condiciones exigidas por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., ya que no hace una expresión de agravios, no cita concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas ni cuál es la aplicación que se pretende; es decir, no indica separadamente cada violación con sus fundamentos respectivos, tal como lo exige el procedimiento de la materia en sus arts. 169, 370, 396-3 y 408, no indica de manera precisa y concreta de qué forma le afecta la sentencia, cómo es que se recibió la declaración de los testigos, cómo lo relaciona la prueba de cargo con los hechos y de qué forma se habría incurrido en valoración defectuosa de la prueba, y en qué parte de la sentencia existen contradicciones, pese a que se señaló audiencia de fundamentación del recurso para el día 16 de febrero de 2016, a cuya audiencia no asistió la parte recurrente; de lo que se concluye que la sentencia condenatoria hoy apelada es correcta y se ajusta a derecho.

POR TANTO.- La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia y en virtud a la jurisdicción y competencia que por ley ejerce, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta por Hardy Gómez Vaca a fs. 639 a 656 vta. contra la sentencia condenatoria de fs. 589 a 605 vta. dictada por el Tribunal 6° de Sentencia en lo Penal de la Capital.

Se advierte a las partes, que tienen el plazo de cinco días para recurrir de casación contra el presente fallo, en atención a lo previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Victoriano Morón Cuéllar.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Victoriano Morón Cuéllar.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Abg. Wilder Vaca Serrano.- Secretario de Cámara.

AUTO COMPLEMENTARIO

Santa Cruz, 24 de mayo de 2016.

VISTOS: La solicitud de complementación, enmienda y explicación presentada por el condenado Hardy Gómez Vaca, dentro del proceso penal que le sigue el Ministerio Público, José Arturo Escalante Suárez y Luis Fernando Rivero Landívar por el delito de asesinato, los antecedentes del proceso, y.

CONSIDERANDO.- Que entendemos que la norma procedimental ha creado este instituto procesal previsto en el art. 125 del Cód. Pdto. Pen., este recurso de explicación, complementación y enmienda a los efectos de aclarar expresiones oscuras, suplir alguna omisión o corregir algún error material o de hecho contenido en las actuaciones o resoluciones, siempre que ello no importe una modificación esencial de las mismas, en consecuencia, únicamente tiene por finalidad, pese a que la declaración procesal es meridiana, aclarar algunas definiciones o declaraciones que consideren incomprensibles, oscuras o ambiguas en el contenido mismo de la resolución, de igual manera suplir alguna omisión involuntaria en la que se haya podido caer al momento de la tramitación de la causa o de su resolución, y/o por último, corregir algún error material, sin que ello implique la modificación esencial o de fondo de la resolución principal; por lo que en el presente caso, debemos indicar que lo observado por el condenado no tiene razón de ser, ya que claramente se puede observar que no tiene ningún fundamento como tampoco merece mayor aclaración sobre los puntos que fueron expuestos en su debida oportunidad en la Resolución Judicial de 10 de mayo de 2016, dado que el fallo judicial citado es claro y contiene la respectiva fundamentación, motivación y valoración en el cuerpo mismo del fallo cuestionado de conformidad a los arts. 124, 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen., y que se relacionan y corroboran con los datos arrimados al expediente y se ha referido y considerado de forma expresa sobre los fundamentos y agravios referentes a la apelación restringida interpuesta por el acusado Hardy Gómez Vaca contra la sentencia condenatoria de fs. 589 a 605 vta. dictada por el Tribunal 6° de Sentencia en lo Penal de la Capital; en ese sentido se ha dictado el Auto de Vista de 10 de mayo de 2016, en el cual se responden a las interrogantes y agravios expuestos por los sujetos procesales; el acusado impugna una supuesta falta de notificación con el acta de audiencia de juicio oral y que se tenía que notificar junto con la sentencia; sin embargo si bien no se realizó dicha notificación, pero el acusado ya tiene pleno conocimiento de los actos del procedimiento, es decir la finalidad es que el acusado tenga conocimiento del proceso a fin de no causarle indefensión, porque en este caso él ha estado presente en todas las audiencias de juicio oral y no se incurre en ninguna violación a sus derechos fundamentales; en cuanto a la supuesta falta de congruencia o falta de fundamentación de la sentencia, también este tribunal se ha pronunciado al respecto, por lo que no existe ninguna infracción a los arts. 6, 13, 216, 217, 307, 333, 342 y 355 del Cód. Pdto. Pen.; por consiguiente los aspectos reclamados por el condenado son apreciaciones subjetivas y superficiales que no merecen mayor aclaración; por lo que corresponde rechazar la solicitud de complementación y enmienda.

POR TANTO.- La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz de la Sierra, en aplicación del art. 125 del Cód. Pdto. Pen., RECHAZA la solicitud de complementación y enmienda; por lo que téngase por EXPLICADA la impugnación impetrada por el condenado Hardy Gómez Vaca, manteniéndose vigente el Auto de Vista de 10 de mayo de 2016.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Victoriano Morón Cuéllar.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Abg. Wilder Vaca Serrano.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 14 de julio de 2016, cursante de fs. 845 a 857, Hardy Gómez Vaca, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 23 de 10 de mayo de 2016, de fs. 815 a 817, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Mirael Salguero Palma y Victoriano Morón Cuéllar, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, José Arturo Escalante Suárez y Carola Solíz de Escalante contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 17 de 30 de abril de 2015 (fs. 589 a 605 vta.), el Tribunal Sexto de Sentencia y Sustancias Controladas Liquidador del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Hardy Gómez Vaca, autor del delito de asesinato, previstos y sancionados por los arts. 252-2 con relación al 20 del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio; asimismo, lo absolvió de pena y culpa del delito de asesinato, tipificado por el inc. 3 de la norma antes señalada, sin costas y sin declaración de denuncia falsa o temeraria, en mérito a los arts. 266 y 267 del Cód. Pdto. Pen. Adicionalmente, le impuso el pago de costas procesales a regularse en ejecución de sentencia y una multa de quinientos días a razón de Bs 1.- por día, más daños y perjuicios.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Hardy Gómez Vaca interpuso recurso de apelación restringida (fs. 639 a 656 vta.), resuelto por A.V. N° 23 de 10 de mayo de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el citado recurso, habiendo rechazado la solicitud de complementación y enmienda por A.V. N° 149 de 24 del mismo mes y año (fs. 823 y vta.), motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 830/2016-RA de 21 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente a tiempo de hacer referencia a la flexibilización de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, cuando existe denuncia de defectos absolutos, conforme estableció en la S.C.P. N° 0128/2015-S1 de 26 de febrero, citando varios autos supremos,

denuncia la concurrencia del defecto establecido en el art. 169-2 del Cód. Pdto. Pen., respecto a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que el código establece, concretando que no se le permitió asistir a la audiencia de fundamentación de recurso de apelación restringida, debido a la notificación que se habría efectuado con dicho acto en la oficina de su ex abogado, quien teniendo conocimiento del mismo devolvió inmediatamente dicha diligencia; no obstante, de lo cual el tribunal de apelación determinó dar por bien hecha la actuación cuestionada, decisión contra la que interpuso nulidad de notificación por defectos absolutos que fue declarada no ha lugar, al igual que su solicitud de complementación solicitada, convalidando de esa manera los defectos absolutos reclamados, habiéndosele impedido intervenir, ser asistido y representado por un abogado en el acto de fundamentación complementaria, resaltando que se encontraba recluso en un centro penitenciario cumpliendo detención preventiva, no pudiendo asistir de manera voluntaria a las actuaciones judiciales, debiendo el tribunal de la causa encargarse de su traslado a través de la orden correspondiente al Gobernador del Centro penitenciario, no pudiendo aducir los miembros del tribunal de apelación, que él se causó su propia indefensión, cuando su libertad de locomoción está restringida; en cuyo efecto, aduce violados sus derechos a la defensa y al debido proceso, lo que constituye defecto absoluto.

2) Haciendo referencia a la defectuosa e ilegal valoración de la prueba que viola el principio de verdad material y la sana crítica, habiéndose infringido el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., aduce que para establecer su autoría en el delito de asesinato, se tuvo que establecer que entre la víctima y él se suscitó una discusión; sin embargo, por las declaraciones de todos los testigos que se encontraban en el lugar de los hechos, dicha discusión no existió jamás, tomando como base el Tribunal Sexto de Sentencia para indicar que existió tal discusión la declaración de Carlos Alberto Padilla Parada, quien indicó que Claudia Yanira Gómez Montero se comunicó con él por teléfono y le indicó que el imputado había discutido con un "pelaó" y le disparó, declaración que es contraria a lo manifestado por los testigos presenciales que se encontraban en el lugar de los hechos, habiendo el tribunal de mérito valorado de manera defectuosa esa declaración, violentando la sana crítica más aún cuando el declarante indica que eso lo supo vía teléfono, porque se lo contó la persona referida, quien al momento de suceder los hechos no estaba presente; por lo que, no puede afirmar hechos que no le constan ni estuvo presente. Asimismo, el tribunal de manera falsa indujo en la valoración de la prueba, determinando que los testigos Juan Pablo Despot Terrazas, Sergio Camacho Oviedo, Omar Camacho Chávez y Sergio Ramiro Franco Terceros, como testigos presenciales le reconocieron como autor de la muerte de Álvaro Escalante Soliz, en circunstancias que el acusado se encontraba consumiendo bebidas alcohólicas junto a un grupo de amigos, habiéndose suscitado el hecho por motivos fútiles, ya que existió entre ellos una simple discusión al calor del consumo de bebidas alcohólicas; sin embargo, de la revisión de todas y cada una de las declaraciones de los testigos ninguna indica que existió una discusión con la víctima, más por el contrario al momento de ser interrogados indicaron desconocer cuál fue el motivo por el que sucedió el hecho, siendo evidente que existe una clara e inminente ilegalidad al momento de valorar la prueba, ya que el Tribunal de Sentencia dio una concesión e interpretación distinta a lo declarado por los testigos, extremo que fue reclamado y que no fue resuelto por el tribunal de apelación, el que mediante pronunciamientos subjetivos indicaron que el Tribunal Sexto de Sentencia realizó una valoración correcta, puntual y concreta al momento de dictar la Sentencia recurrida, siendo ilegal y arbitrario dicho pronunciamiento, desconociendo y transgrediendo el precedente contenido en el A.S. N° 515 de 16 de noviembre de 2006.

Respecto a la cual añade que el tribunal de mérito, por el principio procesal de la sana crítica puede valorar la prueba a su criterio, no significa que pueda, en caso de haber declaraciones contrarias, valorar la diferencia de quien es un testigo de oído y está declarando lo que le contaron por teléfono cuando existen testigos presenciales que indicaron lo contrario, siendo evidente que el tribunal de apelación estaba en la imperiosa necesidad de subsanar ese agravio; empero, forzó la valoración de esta declaración para poder imponerle una sentencia por el delito de asesinato por motivos bajos o fútiles, más allá de que es ilógico dar credibilidad a un testimonio de una persona que no estuvo en el lugar de los hechos y se enteró porque le contaron lo que significa que al haber una defectuosa e indebida valoración de la prueba, constituye defectos absolutos no susceptibles de convalidación, contradiciendo el A.S. N° 679 de 17 de diciembre de 2010.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista, disponiéndose la reposición del juicio por otro tribunal, conforme a la doctrina legal invocada.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 830/2016-RA de 21 de octubre, cursante de fs. 685 a 690, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el recurrente Hardy Gómez Vaca, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 17 de 30 de abril de 2015, el Tribunal Sexto de Sentencia y Sustancias Controladas Liquidador del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Hardy Gómez Vaca, autor del delito de asesinato, en base al siguiente argumento: De las pruebas de cargo producidas, se tiene de las declaraciones de los testigos quienes de forma coincidente, coherente y lógica detallaron las circunstancias en que se suscitó el hecho juzgado, aproximadamente a hrs. 21:00 de 5 de octubre del 2013, por inmediateces del camino Santa Cruz-Porongó, concretamente en la cabaña Las Tres Cruces, los que no tienen duda en señalar que fue Hardy Gómez Vaca el que mató a Álvaro Escalante Soliz de 20 años de edad, mediante un disparo de arma de fuego pistola 9mm Baby Glock, que impactó en su tórax, lo que le provocó una lesión mortal en el pulmón, en circunstancias que el acusado se encontraba consumiendo bebidas alcohólicas, junto a un grupo de amigos entre los que estaba su corteja, a quienes también reconocieron los testigos, acercándose a ellos la víctima sobria, habiéndose suscitado el hecho por motivos fútiles, ya que existió entre ellos una simple discusión al calor de las bebidas alcohólicas. Corroborado esto por la declaración del testigo Carlos Alberto Padilla Parada, quien en su condición de amigo del acusado, intenta comunicarse con él, al saber de lo

sucedido, solo contactándose vía celular con la corteja del imputado que se encontraba precisamente en el grupo donde se dieron las circunstancias que determinaron el hecho, la cual le dijo que Hardy Gómez se discutió con un pelado y le disparó, entendiéndose además del conjunto de estas declaraciones, que no existió ningún motivo relevante o peligro para reaccionar de esa forma desproporcionada ante una persona menor de edad y con una contextura física mucho menor.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Contra la referida sentencia, el imputado formuló recurso de apelación restringida, misma que es desarrollada sólo en cuanto a lo atinente a los agravios traídos en casación:

El Tribunal Sexto de Sentencia en lo Penal, interpretó mal las declaraciones de los testigos, violando el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., al no valorar ni desarrollar una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica, con el fin de determinar si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio oral, poseía la entidad y cualidad suficiente y requerida para destruir la presunción de inocencia y permitir la certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante la libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común; en todo caso, el tribunal de alzada debe circunscribir a verificar si el inferior incurrió en arbitrariedad en la valoración de las pruebas o en la determinación de los hechos, al no haberlo hecho se vulnera el principio de legalidad emergente del debido proceso.

En otrosí segundo, solicitó el señalamiento de audiencias de fundamentación.

En el otrosí tercero, señaló domicilio procesal en calle Tarija 705.

II.3. Del Decreto de 10 de febrero de 2016.

Mediante decreto de 10 de febrero de 2016, el Vocal de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, señaló audiencia pública de fundamentación oral para el 16 de febrero de 2016, al otrosí tercero: "Por señalado el domicilio procesal" (fs. 784), decreto que fue notificado al imputado el 15 de febrero del mismo año (fs. 786). Diligencia de notificación que fue devuelto por Ronald Adolfo Tineo Daher, mediante memorial presentado en la misma fecha, indicando que ya no es su abogado patrocinante, al no haberse cumplido con una iguala profesional entre otro motivo (fs. 789 y vta.).

II.4. Del Memorial que pone en conocimiento nuevo patrocinio y domicilio.

Por memorial presentado el 16 de febrero de 2016, Hardy Gómez Vaca hace conocer nuevo patrocinio y señala domicilio procesal en calle Cobija 460. Por decreto de la misma fecha, el vocal de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz provee: "téngase presente" (fs. 790 y vta.).

II.5. Del Acta de audiencia de fundamentación oral.

La audiencia de fundamentación oral de 16 de febrero de 2016, fue suspendida por la incomparecencia del imputado y con el argumento que la notificación con el señalamiento de dicha audiencia hubiese cumplido su finalidad, ya que de otro modo no se hubiese apersonado; además, que el acusado no hizo conocer el cambio de patrocinio oportunamente (fs. 791-792 vta.).

II.6. Incidente de nulidad de notificación y resolución.

Mediante memorial presentado el 19 de febrero de 2016, el imputado interpone incidente de notificación y nulidad de suspensión de audiencia de fundamentación del recurso de apelación restringida, con el argumento que nunca fue notificado para dicha audiencia y que ni siquiera se le nombró defensor de oficio vulnerándose sus derechos a la debido proceso, a la defensa, presunción de inocencia e igualdad (fs. 796 a 799).

Por Auto de 29 de febrero de 2016, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Santa Cruz, declaró No haber lugar a la solicitud de nulidad de notificación planteada por el imputado; con el argumento de que el imputado no hizo conocer en un tiempo prudencial que el abogado que lo asistía en el juicio oral, ya no sería su abogado en el recurso de apelación restringida; toda vez, que dicha causa fue radicada ante la sala penal el 30 de noviembre de 2015; en este caso no es motivo de nulidad, más aun si el abogado que lo asistía, no le comunicó a su debido tiempo con el señalamiento de fecha y hora de audiencia de fundamentación oral, a su representado o en su defecto al nuevo abogado patrocinante, por lo que este hecho no está comprendido en el art. 166 del Cód. Pdto. Pen. o como defecto de nulidad absoluta o atentado al debido proceso, no se ha causado ninguna indefensión a la parte imputada, es el imputado el que ha provocado su propia indefensión (fs. 803-804).

Resolución que mereció el planteamiento de explicación, complementación y enmienda (fs. 808-809), que fue declarada No ha lugar por la sala antes mencionada, con el argumento de que no existe defectos absolutos que vulneren derechos y garantías constitucionales, porque se notificó en el domicilio procesal señalado por el imputado y precisamente el art. 162 del Cód. Pdto. Pen., establece esa situación, pues era responsabilidad del imputado hacer conocer el nuevo domicilio; puesto que, la causa estaba en la sala penal desde el 30 de noviembre de 2015 (fs. 810 y vta.).

II.7. Del A.V. Nº 23 de 10 de mayo de 2016.

Por A.V. Nº 23 de 10 de mayo de 2016, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró admisible e improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto, en base a los siguientes fundamentos:

i. La sentencia condenatoria es correcta y se encuentra debidamente fundamentada y motivada conforme exige el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., ya que el tribunal ha dado razones jurídicas del porqué está condenando al imputado, puesto que contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba.

ii. El fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico; es decir, se ha fijado clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se ha emitido el juicio, que es como se conoce como fundamentación fáctica.

iii. La sentencia se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral; toda vez, que el tribunal al momento de valorar las pruebas de cargo y de descargo ha desarrollado un actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente; y, requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de sana crítica, lógica y sentido común.

III. verificación de la existencia de contradicción

Este tribunal admitió el recurso del imputado vía flexibilización y precedentes respectivamente; correspondiendo verificar en consecuencia, si existe vulneración a derechos fundamentales o contradicción entre el auto de vista y los precedentes invocados.

III.1. En cuanto a la notificación e inasistencia del imputado a la audiencia de fundamentación.

El recurrente denuncia la concurrencia de defectos absolutos, en cuanto a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que establece el Código Adjetivo penal [art. 169-2], debido a que los miembros del tribunal de apelación convalidaron la notificación efectuada en un domicilio procesal que a su juicio ya no correspondía considerar, aduciendo la lesión de sus derechos a la defensa y al debido proceso, relevando que al no haber sido notificado legalmente se le impidió intervenir, ser asistido y representado por un abogado en la referida audiencia.

Ahora bien según informan los datos del proceso, específicamente el apartado II. 6 de la presente resolución, se constata que el recurrente interpuso incidente de notificación y nulidad de suspensión de audiencia de fundamentación del recurso de apelación restringida, con el argumento que, nunca hubiese sido notificado para dicha audiencia y que ni siquiera se le nombró defensor de oficio vulnerándose sus derechos fundamentales, incidente que fue resuelto mediante Auto de Vista de 29 de febrero de 2016, por el cual la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Santa Cruz, declaró No haber lugar a la solicitud de nulidad de notificación planteada por el imputado, resolución que mereció el planteamiento de explicación, complementación y enmienda, pero que también fue declarada No ha lugar.

En este sentido, este tribunal constata que el imputado activó un medio de defensa que mereció un trámite incidental y en consecuencia dos resoluciones de fondo respecto a la supuesta transgresión de los arts. 166-1 y 169-1 y 2 del Cód. Pdto. Pen.; en ese orden, se debe aclarar que si bien la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en los casos donde se denuncia la no realización de la audiencia de fundamentación de la apelación restringida por alguna causa, sí ingreso al análisis de la denuncia vía recurso de casación; sin embargo, en el presente caso ha existido una tramitación incidental -posterior a la audiencia- donde se realizó el control de legalidad sobre dicha denuncia y algunos actuados emitiéndose al efecto una resolución definitiva, que por su naturaleza, no tiene otro medio impugnatorio cuando es activado en ese momento procesal (antes de emitirse el auto de vista).

En ese sentido, se evidencia que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Santa Cruz, ya resolvió la presente problemática, fruto de la activación de un medio y tramite incidental, mereciendo un pronunciamiento de fondo y su respectiva resolución de explicación, complementación y enmienda, pues debe recordarse que en nuestra legislación, el legislador diseñó el instituto de casación, para realizar el control de legalidad del auto de vista y no así de resoluciones incidentales, en contrario sensu, desnaturalizaríamos el alcance jurídico que tiene el recurso de casación revisando resoluciones incidental ya definidas, en ese marco el A.S. N° 078/2012-RA de 23 de abril, pronunciado por este tribunal, precisó lo siguiente: "...En ese contexto, de acuerdo a la regulación normativa del recurso de casación establecida en los arts. 416 al 420 del Cód. Pdto. Pen., el A.S. N° 397 de 23 de julio de 2004 señaló que: 'De conformidad con el art. 416 concordante con el art. 50 del Cód. Pdto. Pen., el recurso de casación es procedente para impugnar autos de vista dictados por las cortes superiores que resuelvan las apelaciones restringidas interpuestas contra las sentencias de primera instancia', entendimiento que fue reiterado en el A.S. N° 628 de 27 de noviembre de 2007, precisando que: "...el recurso de casación únicamente procede para impugnar autos de vista dictados por las cortes superiores en ejercicio de la competencia reconocida por el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen., es decir, en la sustanciación y resolución del recurso de apelación restringida que procede exclusivamente respecto a sentencias emergentes de juicios sustanciados ante el tribunal de sentencia y juez de sentencia...".

En ese orden, considerando que la el auto de vista y su complementario que resolvieron una supuesta nulidad de notificación y falta de realización de audiencia, no son susceptibles de la interposición de algún medio ordinario, correspondería -previo cumplimiento de los requisitos respectivos- activar el medio constitucional pertinente y no así el recurso de casación sobre un tema resuelto en el fondo vía incidental; consiguientemente, éste tribunal no puede ingresar al análisis de que si efectivamente ha existido o no vulneración de derechos fundamentales y garantías constitucionales, ya que esa denuncia ya fue atendida, por lo que el motivo deviene en infundado.

III.2. Sobre la defectuosa e ilegal valoración de la prueba.

El recurrente denuncia que por las declaraciones de todos los testigos que se encontraban en el lugar de los hechos, la discusión en la que se basa el tribunal de mérito no existió jamás; en cuyo mérito, detalla diferentes declaraciones testificales, aduciendo que el tribunal de apelación, mediante pronunciamiento subjetivos indicó que el Tribunal Sexto de Sentencia realizó una valoración correcta, puntual y concreta al momento de dictar la resolución recurrida, lo que tilda de ilegal y arbitrario, explicando que si bien el Tribunal de Sentencia, por el principio procesal de la sana crítica puede valorar la prueba a su criterio, no significa que pueda, en caso de haber declaraciones contrarias, valorar la diferencia de quien es un testigo de oído y está declarando lo que le contaron por teléfono cuando existen testigos presenciales que indicaron lo contrario, siendo evidente que el tribunal de apelación, tenía la obligación de subsanar dicho agravio; sin embargo, forzó la valoración de esta

declaración para poder imponerle una sentencia por el delito de asesinato por motivos bajos o fútiles, más allá de que es ilógico dar credibilidad a un testimonio de una persona que no estuvo en el lugar de los hechos y se enteró porque le contaron.

Al respecto la parte recurrente invoca el A.S. N° 515 de 16 de noviembre de 2006, que fue pronunciado dentro del proceso penal seguido por el representante del Ministerio Público contra el recurrente y otro, por el delito de abigeato; auto de vista que fue dejado sin efecto, al evidenciarse que el tribunal de apelación ha valorado la prueba, sin ser competente para efectuar dicho acto jurisdiccional que se encuentra reservado para los jueces y Tribunales de Sentencia, por lo que la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“Que existe una línea jurisprudencia con relación a la valoración de la prueba que es de competencia del juez o Tribunal de Sentencia, porque son ellos los que se encuentran presentes en la producción de la prueba y perciben directamente dicho acto trascendental que luego servirá como plataforma objetiva para la apreciación de la prueba producida; el tribunal de apelación entre sus competencias está el de revisar si la prueba fue valorada conforme las reglas de la sana crítica, en caso de que la apreciación de la prueba no sea coherente y que los juicios vertidos sobre la prueba no respondan a un procedimiento lógico, razonable, valorativo o teleológico, entonces debe anular totalmente o parcialmente la sentencia reponiendo el juicio con otro Tribunal de Sentencia.

Todo acto, como la valoración de la prueba por el tribunal de alzada, que contravenga los principios constitucionales del debido proceso, seguridad jurídica, derecho a la defensa y tutela judicial efectiva, constituyen defecto absoluto susceptible de ser enmendado una vez que se ha dejado sin efecto la resolución que originó dicho defecto, para recomponer el acto que vulneró los principios constitucionales mencionados”.

También invocó el A.S. N° 233 de 4 de julio de 2006, que fue pronunciado dentro del proceso penal instaurado por el Ministerio Público y la acusación de Juan Pinto Yépez contra Pedro Crecencio Pinto Costas, por los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado; auto de vista que fue dejado sin efecto, porque se determinó que hubo error en la valoración de la prueba por el a-quo, y el tribunal ad-quem, pues al determinar esa mala valoración, no observó que también existió la errónea aplicación de la Ley Sustantiva (por errónea tipificación del delito); en consecuencia, lo que correspondía era anular obrados y disponer se dicte un nuevo fallo, por ser un agravio vinculado a la protección de sus derechos y garantías constitucionales del imputado, de ser juzgado conforme a ley que constituye un defecto absoluto no susceptible de convalidación; por lo que, la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“Los tribunales de apelación y de casación tienen la labor de revisión minuciosa de los antecedentes del proceso y verificar si los tribunales o jueces inferiores observaron el cumplimiento de las normas que regulan su tramitación, y advirtiendo defectos absolutos, éstos deben ser corregidos, aún de oficio, por el tribunal de alzada o casación, según el caso.

Frente a la calificación del hecho endilgado a un delito en la querrela, es responsabilidad del a quo tratándose de delitos de falsificación de documentos realizar un análisis y determinar si el instrumento alterado es de carácter público o de orden privado a los efectos de la calificación del hecho.

De acuerdo a la dogmática penal, una minuta, a la que se otorga por acuerdo de partes en una de sus cláusulas la calidad de escritura privada y estando a su vez reconocida, ostenta sin lugar a duda la naturaleza indiscutible de documento privado porque no reúne los requisitos señalados en el artículo 1287 del Cód. Civ., y arts. 1, 22, 23, 24 y 25 de la Ley del Notariado. En consecuencia, el tipo adecuado para el presente caso de falsedad es el tipificado en el art. 200 del Cód. Pen. y no el 198 del Cód. Pen., como falsa y erróneamente fue tipificado, dado que una protocolización no convierte un documento privado en público, tenida cuenta que la protocolización según el derecho notarial tiene peculiares efectos”.

Considerando que los precedentes, contienen similitud con la denuncia efectuada por el recurrente, corresponde ingresar al fondo.

Con referencia a una presunta defectuosa o ilegal valoración de la prueba, este tribunal constata que no existe tal defecto, pues el tribunal de alzada al momento de realizar el control respectivo, evidenció que la sentencia efectivamente se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral, porque al valorar las pruebas de cargo y de descargo desarrolló una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de sana crítica, lógica y sentido común.

En ese orden, el tribunal de alzada realizó un correcto control de legalidad sobre la sentencia, concluyendo que el Tribunal de Sentencia justificó y fundamentó adecuadamente las razones, por las cuales les otorgó determinado valor al conjunto de las pruebas tal cual exige el art. 171 y 173 del Cód. Pdo. Pen.; en coherencia con lo fundamentado, no es menos cierto que la Sentencia efectivamente le otorga un valor al testimonio uniforme de los testigos para llegar a una convicción clara y objetiva sobre la realidad de lo sucedido, para posteriormente señalar que todo aquello, es “corroborado”, por la declaración del testigo Carlos Alberto Padilla Parada, quien en su condición de amigo del acusado, expresó que hubiese intentado comunicarse con el imputado, al saber de lo sucedido, pero solo se contactó vía celular con la corteja que se encontraba precisamente en el grupo donde se dieron las circunstancias que determinaron el hecho, la cual le dijo que Hardy Gómez se discutió con un pelado y le disparó; o sea, esta última declaración no se constituye en una testifical fundamental para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, sino simplemente “corroboradora”, como dice la propia sentencia, a la uniformidad y coincidencia de las demás declaraciones, lo que significa que su relevancia en el resultado final de la condena, no es trascendental para cambiar la situación jurídica del acusado, siendo justamente como dice el propio recurrente, un testimonio de “oído” al no encontrarse en el lugar de los hechos; por eso mismo, estando comprobadas las circunstancias y hechos del delito de asesinato a partir del análisis armónico de toda la unidad y conjunto de la prueba y no solo de una testifical como es de Carlos Alberto Padilla Parada, menos podría el tribunal de alzada corregir algún defecto que no existe, como así erróneamente pretende el recurrente.

Consiguientemente, no existe contradicción entre los precedentes y el auto de vista, ya que el tribunal de alzada no podía actuar de oficio corrigiendo defectos que no existen; en todo caso, realizó un efectivo control de legalidad -no subjetivo- sobre la labor y análisis de la prueba efectuada en la sentencia, por lo que el motivo deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Hardy Gómez Vaca, de fs. 845 a 857.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



236

Luis Ramiro Zárate Gumucio c/ Ninoska Jhovanka Toro Espada y otro

Estafa

Distrito: Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 1 de julio de 2016, cursante de fs. 1177 a 1192 vta., Ninoska Jhovanka Toro Espada, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 45 de 14 de julio de 2015 de fs. 1113 a 1116 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Sigfrido Soletto Gualoa, William Torrez Tordoya y Juan Hugo Iquise Saca, dentro del proceso penal seguido por Luis Ramiro Zárate Gumucio contra la recurrente y Pascual Limachi Gonzales, por la presunta comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 28 de 25 de septiembre de 2014 (fs. 1044 a 1063 vta.), el Juez Octavo de Sentencia Penal del Tribunal Departamental de Santa Cruz, declaró a Pascual Limachi Gonzales, absuelto de responsabilidad y pena de la comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen. Por otro lado, declaró a Ninoska Jhovanka Toro Espada autora del delito de estafa, tipificado por el art. 335 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena, con costas y cien días multa a razón de Bs 2.- por día.

b) Contra la mencionada sentencia el querellante Luis Ramiro Zárate Gumucio (fs. 1082 a 1084 vta.) y la imputada Ninoska Jhovanka Toro Espada (fs. 1086 a 1092), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 45 de 14 de julio de 2015, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisibles e improcedentes ambos recursos, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 832/2016-RA de 21 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. y art. 17 de la L.Ó.J.

1) Señala que recurrió de apelación restringida sobre la base del motivo establecido en el art. 169-3 concordante con el 407 del Cód. Pdto. Pen., habiendo anunciado reserva de recurrir relacionado al rechazo de todas las excepciones planteadas, de donde el tribunal de alzada en ninguno de sus considerandos resolvió y menos tocó el fondo de tales extremos de la apelación restringida dejando en indefensión a la imputada.

2) Refiere, con relación al auto de vista que el mismo se emitió con falta de fundamentación, porque solo hace mención a situaciones de carácter general sin cumplir los parámetros de especificidad, claridad, completitud y logicidad, sin fundamentar en cada uno de los puntos apelados, siendo que en los considerandos del uno al seis solo se refiere a aspectos formales de la apelación restringida y situaciones doctrinales de la excepción de incompetencia y del delito de estafa; y, en el considerando seis de forma general solo se limita a mencionar que

el recurrente no es preciso ni concreto en indicar que el Juez no observó la ley o la aplicación equivocadamente; es decir, una falta de fundamentación en el recurso planteado por la imputada porque no identificó cuáles son los defectos conforme los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen.; asimismo, señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia señala que ante la escasa y contradictoria fundamentación se vulnera derechos y garantías constitucionales tal como se establece en el art. 370-1 y 6, 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen. en el art. 8-2-h) de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica), normas legales que expresamente consagran el derecho que tiene toda persona de conocer en detalle los fundamentos de las resoluciones; en consecuencia, considera que el auto de vista al resolver los cuatro motivos de su recurso de apelación restringida no existe criterios sólidos que fundamenten los alcances de la resolución y que estos estén basados en la norma sustantiva y adjetiva; y, su omisión constituye defectos absolutos. Al respecto, señaló como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 30 de 26 de enero de 2007 y 335 de 10 de junio de 2011.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido, disponiendo que el mismo tribunal dicte uno nuevo, observando la doctrina legal contenida en los precedentes invocados.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 832/2016-RA, cursante de fs. 1201 a 1204 vta., este tribunal admitió únicamente los motivos segundo y quinto del recurso de casación formulado por la imputada Ninoska Jhovanka Toro Espada, para su análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 28 de 25 de septiembre de 2014, el Juez 8° de Sentencia Penal del Tribunal Departamental de Santa Cruz, declaró a Pascual Limachi Gonzales, absuelto de responsabilidad y pena de la comisión del delito de Estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen. Por otro lado, declaró a Ninoska Jhovanka Toro Espada autora del delito de estafa, tipificado por el art. 335 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena, con costas y cien días multa a razón de Bs 2.- por día, de acuerdo a los siguientes fundamentos inherentes a la acusada condenada:

La acusada, como agente empleó artificios o engaños; es decir, indujo al error al sujeto pasivo faltando a la verdad sobre la veracidad de algo, en este caso contar con una empresa de transporte internacional seria y responsable al punto de lograr que el querellante contrate con la acusada para efectuar el transporte de sus dos movilidades encerradas en un contenedor, logrando que se le entregue la documentación de estos vehículos, en otras palabras, logró la traslación de este patrimonio, obligándose a no subcontratar, subrogar o ceder y a través de la actividad probatoria demostró que el trabajo fue efectuado por terceras personas, aspecto que no informó al querellante. Por otra parte, la acusada mantuvo el engaño posterior a la celebración del contrato, aparentando tener bienes vehículos de transporte internacional propios, aparentando tener una empresa sólida y seria para efectuar el servicio que no puede entrar al ámbito civil porque se demostró que la acusada, después de haber firmado el mencionado documento de transporte del contenedor con sus propios vehículos, no otra cosa significa poner la cláusula no subcontratar en el mismo, hizo consentir al querellante para que contrate y no advirtió de la subcontratación al querellante de manera clara y precisa, lo cual implica la utilización de engaños y artificios que son elementos caracterizadores del delito de estafa, habiendo ocurrido en el traslado un accidente que disminuyó el patrimonio del querellante, provocado por terceras personas ajenas al querellante, con las cuales este no tenía ninguna obligación y mucho menos estos con el querellante provocándose un perjuicio en el patrimonio de éste, por lo que existen todos los elementos del tipo injusto de estafa en la conducta de la acusada, por lo que corresponde condenarla. Sobre que la supuesta inexistencia de disposición patrimonial, ya que el querellante no pagó la suma establecida para el transporte, por lo que no existiría el elemento constitutivo del tipo penal referido a la disposición patrimonial, aclara que no se puede considerar desde ese ámbito, ya que de acuerdo a la naturaleza del hecho, tratándose del transporte de vehículos contenido en un contenedor desde un país extranjero a este, la disposición patrimonial está demostrado al momento que mediante engaños y ardid se logra que el querellante entregue la documentación que respaldara a la acusada para liberar y transportar la mercadería, en este caso las dos movilidades, con la intención de obtener un beneficio económico relacionado con el cobro del transporte.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

La imputada Ninoska Jhovanka Toro Espada, a través de memorial de 16 de octubre de 2014, impugnó los siguientes aspectos de la resolución de mérito:

i) Durante la sustanciación del juicio oral, su defensa planteó excepción de incompetencia en razón de la materia, debido a que –a su juicio- no podían penalizarse obligaciones contractuales, refiriéndose su caso a un eminente daño civil, la que fue declarada improcedente. Asimismo, recurre de apelación del motivo establecido en el inc. 3 del art. 169 del Código Adjetivo Penal, concordante con el art. 407; por cuanto, durante la audiencia de juicio oral, el juez vulneró el principio del debido proceso, al haber sometido a un proceso penal por el supuesto e inexistente delito de estafa, por un hecho que corresponde al ámbito civil.

ii) Sobre el motivo referido a lo establecido en los incs. 1 y 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., asevera que: a) No se benefició nada con el accidente de tránsito, ni siquiera se le pagó el 50% que correspondía al flete, encontrándose las movilidades en la Aduana Interior Santa Cruz- Albo, no así en su poder. Su empresa tiene toda la documentación que avala su legal funcionamiento en orden, habiendo sido de conocimiento del acusador que ella representaba a una Empresa que realizaba trabajo de logística, por lo que no existen engaños y artificios. Tampoco, existe error; por cuanto, el acusador es una persona dedicada a esta actividad de importación de vehículo y los vehículos objeto de la

importación, pueden ser considerados como una acción de disposición patrimonial, peor las mismas se encuentran en la Aduana Interior de Santa Cruz- Albo; b) Las pruebas de cargo producidas por el acusador, fueron defectuosamente valoradas, por cuanto Luis Ramiro Zárate, en su declaración refirió que anteriormente ya conocía la forma de trabajo de Falabella Transport & Logistic y que esta empresa trabajaba con camiones de apoyo, habiendo afirmado que existe dolo; sin embargo, si el acusador se encuentra demandando por las movilidades que sufrieron daños por un accidente de tránsito, al decir dolo, manifestaría que el accidente fue planeado. El acusador afirmó que la empresa, en anterior oportunidad respondió de forma responsable y seria; entonces, el hecho endilgado no recae sobre la empresa, sino que se trata de un accidente, habiendo afirmado el querellante que todo el procedimiento aquella vez y ésta segunda ocasión fue el mismo; en consecuencia, no hay diferencia, pero él, de mala fe, falsificó un documento de transporte y se le ocurrió la idea de atacar al punto de que los camiones no son de propiedad de Falabella. El querellante dice ser Ingeniero, entonces entiende qué significa "Apoyo", contrario a lo manifestado en sus declaraciones; por cuanto, en las mismas manifestó que ya conocía del movimiento de transporte de Falabella y que conocía el tenor de la carta (de liberación), declaraciones que tilda de contradictorias. En cuanto a la testigo, existe incoherencia en cuanto a la existencia de varios camiones para trasladar un contenedor desde Arica. Asimismo, los declarantes fortifican la idea de que no conocía que una persona ajena a su empresa iba a recoger la carga; sin embargo, el que haya recogido la carga un camión de apoyo tal cual lo autorizó el importador (querellante), mediante la carta de liberación, no demuestra que se haya engañado a nadie, ya que todo fue legal mediante autorización expresa por parte del importador, quien reconoce haber firmado la referida nota. A través de la declaración de dicha testigo, se estableció que el acuerdo verbal que realizó la acusada con el querellante, fue cumplido; por cuanto, las movilidades llegaron a la Aduana Albo, lo único malo fue que ocurrió el accionante. Al referirse el juzgador a estas declaraciones, establece que la empresa parecía legalmente establecida, aspecto que en ningún momento fue desvirtuado; por cuanto, no se estableció que la empresa no cuenta con los requisitos para estar legalmente establecida y ser una empresa seria. Por lo expuesto, afirma (la recurrente) que no hubo dolo ni engaño; y, c) En cuanto a la prueba documental, señala que el informe técnico de tránsito, demuestra que sí fue un accidente, que sucedió por falta de precaución, cansancio y fatiga, no así que haya sido planificado de forma premeditada o dolosa por ella; la solicitud de transbordo de mercancías, demuestran que el chofer del camión que sufrió el accidente, solicitó a la Aduana Cochabamba, el transbordo de la carga y la continuación de tránsito aduanero, hasta la aduana de destino declarada, lo que prueba que el chofer, por instrucción suya, continuó con el transporte de la carga, de acuerdo a lo pactado verbalmente con el importador, actuación en la que no se advierte mala fe, por lo que el juzgador realizó una errónea valoración de la buena voluntad por parte de la acusada; entonces, el juzgador realizó una errónea valoración de la buena voluntad de la parte suya; la carta de informe de siniestro, mediante la cual demuestra la predisposición y buena fe de la acusada de solucionar el problema emergente del accidente de tránsito que habría suscitado con el contenedor que traía las dos movilidades del importador; carta de 22 de diciembre de 2011, a la que el juzgador le asigna un valor que demuestra el delito de estafa, siendo que la documentación que ella presentó, se le entregó con el único objeto de realizar el transporte de la carga y se usó dicha documentación para hacer el transporte, en ningún momento se usó para un fin distinto a ese; por cuanto, las movilidades se encuentran en Bolivia, Aduana Interior Santa Cruz- Albo; carta de 12 de enero de 2012, en la que hace referencia a un reclamo por un motivo inexistente, ya que nunca se le escondió al acusador el siniestro que sufrió el camión con el contenedor, solamente que hubo un retraso en la información, peor se tenía toda la intención de comunicar al importador sobre este hecho fortuito; cotización de 10 de diciembre de 2011, la que es valorada de manera errónea y contradictoria por el juzgador, ya que refiere que en la misma se indica que se hará un servicio de transporte y que en ninguna parte indica que el trabajo de logística para el transporte lo realizará por una tercera persona; sin embargo, sí se refiere a logística, lo que constituye el conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio, ahí se encuentra la contradicción en la errónea valorización de esta prueba; contrato privado de transporte de 10 de diciembre de 2011, la que la acusada no firmó, por lo que actualmente cursa en el Juzgado Tercero de Sentencia un proceso penal por falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado en contra del querellante, pero aun dándole valor a dicho contrato, como hizo el juez y denotando la mala fe del acusador, se puede evidenciar y demostrar que en su cláusula tercera, el mimo habla de las obligaciones de las partes, así como en su quinta cláusula habla de la jurisdicción; por ende, existe un contrato que se obliga a la realización de una obligación, situación que no puede ser tomada como elemento constitutivo del delito de estafa.

II.3. Del Auto de Vista recurrido.

La Sala Penal Primera, a través del auto de vista impugnado, resolvió el recurso de apelación restringida expuesto en el apartado precedente, con los siguientes fundamentos:

1) Con relación a la reserva de apelación sobre la excepción de incompetencia en razón de la materia, afirma que en el presente caso ya existe una acusación particular presentada por Luis Ramiro Zárate Gumucio en su condición de víctima en la cual se identifica a los presuntos autores, el presunto delito denunciado, se acumularon elementos e indicios de prueba que posteriormente fueron judicializados e insertados al juicio oral por su lectura, conforme al art. 333 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, existe un hecho concreto denunciado que fue juzgado en la vía penal, aspecto muy diferente a los supuestos actos de orden civil que competen a otra instancia y que su resultado no afecta al fondo del asunto; aspectos que, nada tiene que ver con el presente proceso penal, pues la recurrente pretende desconocer las facultades de la víctima; en consecuencia, al haberse acusado hechos penados por ley, que constituyen delitos de orden público a instancias de parte y están previstos en el Código Penal, como ser la estafa, no corresponde a la justicia en materia civil su conocimiento, sino a materia penal, ya que cualquiera sea la naturaleza del delito, el origen o las consecuencias del mismo, jamás deberá pretenderse que se tramiten procesos penales en la cuerda civil; en ese entendido, para establecer la competencia o incompetencia que plantea la recurrente, establece la naturaleza del hecho que se pretende juzgar y siendo que la querrela se encuentra dentro del orden penal público (convertida la acción), por los elementos típicos que en el hecho se encuentran, corresponde al juez de materia penal su conocimiento. La recurrente, no presentó ninguna prueba para demostrar sus agravios sufridos; es decir, la apelante no explica ni fundamenta de qué manera el fallo apelado le resulta perjudicial a su persona y cuáles son los agravios que sufrió con el fallo, conforme al art. 404 del Cód. Pdto. Pen.

2) En cuanto a los defectos invocados previstos en el art. 370-1 y 6 del Cód. Pdto. Pen., indica que la recurrente no es precisa ni concreta en indicar que el juez no observó la ley o la aplicó equivocadamente; es decir, existe una falta de fundamentación del recurso planteado por la acusada, no identificó de manera precisa cuáles son esos defectos conforme lo exige los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., la acusada no demostró de ninguna manera en qué consistió la supuesta errónea aplicación de la ley sustantiva. Respecto a la valoración defectuosa de la prueba, no existe tal valoración defectuosa, ya que el juez detalló y desmenuzó claramente cada prueba, tanto de cargo como de descargo de forma íntegra, para luego otorgarles el valor legal a fin de sustentar una sentencia, pues en este caso el juez otorgó pleno valor a las pruebas documentales de fs. 141, 142, 143 y 201, con las cuales se demuestra cómo la acusada utiliza el engaño y ardid para sonsacar dinero a su víctima, para lograr la contratación de los servicios de transporte de carga, lo que motivó que se entregue una suma de dinero a la acusada, inclusive no dio cumplimiento a la cláusula quinta del contrato, que dice que no está facultada para subcontratar, lo cual implica la existencia de engaño y artificios en la conducta de la acusada, esos elementos son característicos del delito de estafa, previsto en el art. 335 del Cód. Pen.

Por lo expuesto, declaró admisibles e improcedentes los recursos de apelación restringida planteados.

III. Verificación de la existencia de contradicción

La recurrente, asevera que el tribunal de alzada, incurrió en incongruencia omisiva sobre la apelación que efectuó contra el rechazo en audiencia de juicio, de todas las excepciones planteadas; y, en falta de fundamentación con relación a todos los motivos de apelación restringida formulada; en consecuencia, corresponde verificar si la denuncia contiene mérito o no.

III.1. Antes de analizar los precedentes invocados por el recurrente, es preciso remitirnos al razonamiento establecido en el A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, sobre la exigencia procesal de la situación similar a efectos de realizar la labor de contraste entre el auto de vista recurrido y los precedentes invocados. Así, estableció que el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., se refiere a una situación de hecho similar, en materia sustantiva, exigiendo que el hecho analizado sea similar y en materia procesal, se refiere a una problemática procesal similar con lo resuelto en el auto de vista recurrido, correspondiéndole al impugnante demostrar la aplicabilidad del razonamiento que invoca, a efectos de posibilitar la labor de contraste: "...es decir, para que el planteamiento del recurso sea eficaz, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentar su recurso dentro el plazo establecido por ley y señalar la contradicción en la que incurrió el tribunal de alzada, sino, asegurarse que los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, debiendo concurrir elementos comunes que hagan posible su catalogación como similares en cuanto a su naturaleza, contenido y finalidad, lo contrario implica la imposibilidad del Tribunal Supremo de cumplir con su competencia unificadora y nomofiláctica" (A.S. N° 56 de 5 de marzo de 2013).

III.2. Sobre la denuncia de falta de fundamentación del fallo de alzada.

Sobre la referida denuncia, constitutiva del segundo motivo, la recurrente invoca, por un lado el A.S. N° 30 de 26 de enero de 2007, pronunciado dentro de un proceso penal sustanciado por el delito de despojo, en el que la entonces Corte Suprema de Justicia, constató que el tribunal de apelación, concluyó que la prueba aportada por el querellante, no hubiera sido valorada de acuerdo a los arts. 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen., habiendo sido mencionadas solamente, aseveración que se tildó de carente de fundamentación al no haber individualizado esos elementos que no fueron valorados, inclusive asumiendo que se refiere a todo el elenco probatorio de cargo, lo que no se sujetaba a los datos del proceso por cuanto la sentencia de grado asignó valor a todos y cada uno de los documentos presentados por la querellante, habiendo afirmado el tribunal de apelación que de esta manera evidenciaría la existencia de defectos de la sentencia establecidos en el art. 370-1, 5 y 6 del Cód. Pdto. Pen., razonamiento en el que soslayó que delito de despojo, protege el bien jurídico de la libre posesión y sin ninguna perturbación, no del derecho de propiedad; a cuyo efecto, pronunció el precedente contradictorio pertinente.

Al respecto, se advierte que los supuestos fácticos resueltos en el auto supremo descrito, invocado como precedente, que se refiere al erróneo control que efectuó el tribunal de apelación, respecto a la existencia de los defectos de sentencia previstos en el art. 370-1, 5 y 6 del Cód. Pdto. Pen., a través de fundamentos que no estaban sustentados en los antecedentes de la causa, dista abismalmente del motivo traído en casación, que está específicamente referido a la falta de fundamentación suficiente respecto a los motivos de apelación restringida que planteó la recurrente; a cuyo efecto, este tribunal no puede ejercer la labor contraste jurisprudencial entre la resolución de apelación impugnada y el precedente invocado.

En cuanto a la cita del precedente contenido en el A.S. N° 335 de 10 de junio de 2011, se advierte que el mismo fue pronunciado en una causa penal sustanciada por el delito de despojo y otros, en el que se constató, entre otros motivos, que el auto de vista impugnado, no se encontraba debidamente fundamentado, puesto que no era completo, exhaustivo, ni lógico, al omitir la exposición clara, precisa y suficiente de los razonamientos efectuados sobre los justificativos y análisis de su conclusión de la existencia de defectos absolutos previstos en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., así como violaciones al debido proceso, y por consecuencia su determinación de anular totalmente la sentencia y disponer el reenvío del juicio, demostrando que no efectuó una valoración de las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento lógico, coherente y consecuente que exprese la elaboración de hechos fácticos concretos, claros y específicos, que lo lleven a derivar conclusiones jurídico-legales coherentes con tales hechos, en cuyo mérito este tribunal, dictó el siguiente entendimiento, plenamente aplicable al motivo de casación:

"Que es una premisa consolidada que toda resolución, como la emitida por el tribunal de alzada, debe ser debidamente fundamentada, vale decir, que es necesario que el tribunal de apelación, cumpla con los parámetros mencionados precedentemente: especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; y emita los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentran en el recurso de apelación restringida que corresponda, además de revisar de oficio si existen defectos absolutos, en cuyo caso, es necesario que en la fundamentación se vierta los criterios jurídicos del porque dicho acto se considera defecto absoluto y que principios constitucionales fueron afectados.

La falta de fundamentación en las resoluciones jurisdiccionales constituye un defecto absoluto, porque afecta al derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; de ahí, que es necesario que cada resolución brinde a las partes procesales y a terceras personas interesadas, los razonamientos jurídicos esenciales del por qué se ha dispuesto de una u otra manera la resolución del conflicto penal; además, con la fundamentación jurídica, el juez o tribunal legitima sus actos, esa motivación no puede ser sustituida por una repetición de frases hechas sobre el alcance del recurso o los requisitos de su fundamentación, sino que, en verdad debe descansar en la expresión del razonamiento requerido por la norma procedimental de forma imperativa”.

Dentro de ese marco jurisprudencial y del análisis de los antecedentes de la causa, se advierte que la recurrente, denunció en apelación restringida la concurrencia de los defectos de sentencia previstos en el art. 370-1 y 6 del Código Adjetivo Penal, cuya fundamentación fue ampliamente expuesta en el apartado II.1 inc. ii) de este auto supremo, en el que esencialmente impugnó, en cuanto a la falta de concurrencia de los elementos del tipo penal de estafa en su accionar, que no se benefició con el accidente de tránsito, no se le pagó el 50% que correspondía al flete, que las movibilidades que debía transportar se encuentran en el Aduana Interior Santa Cruz-Albo y no así en su poder, por lo que no existió disposición patrimonial; que la empresa tiene toda la documentación que avala su legal funcionamiento, por lo que no existieron engaños ni artificios; tampoco error, porque el acusador es una persona dedicada a la actividad de importación de vehículos.

En relación a ello, el tribunal de apelación, en el auto de vista recurrido se limitó a afirmar que la recurrente no precisó ni concretó cómo el juez no observó la ley o la aplicó equivocadamente, pues no precisó los defectos conforme existe el art. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., omitiendo demostrar de alguna manera en qué consistió la errónea aplicación de la ley sustantiva; sin embargo, de la exposición del motivo de apelación restringida, se puede advertir que la recurrente sostuvo la falta de concurrencia de los elementos constitutivos (disposición patrimonial, engaño, artificios y error) del tipo penal por el que fue condenada (Estafa), en las circunstancias de los hechos y sus consecuencias, precisando que no existió beneficio porque el querellante nunca le pagó la mitad convenida por el servicio pactado y que las movibilidades que sufrieron el accidente de tránsito, no se encontraban en su poder; que no existió engaños ni artificios porque su empresa está legalmente constituida, la que para efectuar el servicio trabajaba con logística; que tampoco existió error en el querellante porque este trabaja en el rubro de la importación de vehículos, aspectos sobre los que el tribunal de apelación no efectuó ninguna fundamentación de derecho dirigida a responder si las observaciones argüidas por la parte acusada tenían mérito. Por otro, tampoco es suficiente que el tribunal de apelación, de manera genérica aseveró el incumplimiento de los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen. de parte de la impugnante, sin explicar las razones por las que consideraba que la exigencia procesal del planteamiento de la apelación restringida fue incumplida, fundamentación que sin duda no constituye una clara, suficiente, precisa, coherente y legal pronunciamiento, por lo que la denuncia de la recurrente de casación tiene mérito.

En cuanto a la segunda parte de la impugnación de apelación, en el que la recurrente denunció la defectuosa valoración de las pruebas de cargo producidas, especificando de manera amplia las contradicciones internas en las que habrían incurrido los testigos Luis Ramiro Zárate y Claudia Mendoza Moreno, así como sobre la prueba documental consistente en el informe técnico de tránsito, la solicitud de transbordo de mercancías, la carta de informe de siniestro, la misiva de 22 de diciembre de 2011 y de 12 de enero de 2012, la cotización de 10 de diciembre de 2011 y el contrato privado de transporte de 10 de diciembre de 2010, en las que no se habría probado la comisión de su conducta en el tipo penal de estafa; por cuanto, no se habría demostrado el dolo, habiendo sido el hecho producto de un accidente, que no hubo demostración de la disposición patrimonial; por cuanto, la documentación que el querellante le entregó a ella solamente se lo hizo con el objeto de realizar el transporte de la carga, habiendo llegado las movibilidades a la Aduana Interior Santa Cruz- Albo, servicio en el que medió una cotización en la que sí se refirió la logística, que constituyen un conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio; y, también un contrato (que la recurrente tilda de falso), en el que si se considerara como legal, existe una cláusula donde se establecen las obligaciones de la parte; que sin embargo, no podría ser considerado como un elemento constitutivo del delito de estafa; a cuyo efecto, sostuvo que el juez habría valorado de manera errónea y contradictoria.

Sobre la referida temática, el tribunal de apelación en el auto de vista recurrido, afirma que no existe valoración defectuosa, ya que el juez detalló y desmenuzó claramente cada prueba, tanto de cargo como de descargo de forma íntegra para luego otorgarles el valor legal a fin de sustentar una sentencia, habiendo otorgado valor a las pruebas documentales de fs. 141, 142, 143 y 201 con las cuales se demuestra cómo la acusada utiliza el engaño y ardid para sonsacar dinero a su víctima, para lograr la contratación de los servicios de transporte de carga, lo que motivó que se entregue una suma de dinero a la acusada, inclusive no dio cumplimiento a la cláusula quinta del contrato, que dice que no está facultada para subcontratar, lo cual implica la existencia de engaño y artificios en la conducta de la acusada, esos elementos son característicos del delito de estafa, previsto en el art. 335 del Cód. Pen.; fundamentación que sin duda, soslaya cumplir con los criterios de claridad y completitud; por cuanto, no obstante que la acusada especificó las contradicciones en las que incurrieron las declaraciones testimoniales, así como las razones por las que consideró que la prueba detallada no fue debidamente valorada por el juez de mérito, el tribunal de apelación resolvió la temática sin efectuar un control fundamentado sobre la valoración cuestionada por la impugnante; por cuanto, ni siquiera se refirió a las supuestas contradicciones en las declaraciones testimoniales, expresando argumentos genéricos al sostener que el juez otorgó pleno valor a las pruebas, sin especificar de modo alguno porqué las pruebas de fs. 141 a 143 y 201, habrían sido correctamente valoradas, limitándose a hacer consideraciones genéricas respecto a que concurrieron el engaño y ardid para sonsacar dinero a la víctima para lograr la contratación de los servicios de transporte de carga, lo que motivó que se entregue una suma de dinero a la acusada, afirmación que no sustenta en ningún apartado de la sentencia, ni muchos menos responde a los cuestionamientos de la recurrente en sentido de no haber existido disposición patrimonial alguna; por cuanto, no se le entregó el 50% del monto del flete, ni las movibilidades que sufrieron el accidente de tránsito están en su poder, al encontrarse las mismas en la Aduana Interior Santa Cruz-Albo. El tribunal de apelación; tampoco sustenta su posición respecto a que el incumplimiento a la cláusula quinta del contrato, constituiría un ardid, engaño o artificios, dejando en definitiva la resolución de alzada carente de sustento jurídico y legal, por lo que corresponde declarar fundado el motivo analizado.

III.3. Sobre la denuncia de incongruencia omisiva.

Con relación al primer motivo de casación, admitido de forma excepcional con la finalidad de verificar la veracidad respecto a que el tribunal de apelación, en el auto de vista recurrido no se habría pronunciado sobre una apelación incidental, es necesario remitirse a los entendimientos jurisprudenciales establecidos por este tribunal, con relación al deber que tiene los jueces y tribunales de justicia de pronunciarse sobre todos y cada uno de los motivos de apelación, lo contrario se constituiría en un pronunciamiento *in petita* o *ex silentio*, lesivo de las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen. Así, el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, estableció: "...sin embargo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada".

Asimismo, la citada doctrina fundamentó que: "La incongruencia omisiva quebranta el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007 invocado como precedente por la recurrente; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual '...sufrir una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo' (Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416)".

En este orden, concluyó que: "Lo anterior significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. textualmente refiere: 'Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución', se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada".

En ese marco, considerando además los antecedentes expuestos en la presente resolución, es posible constatar que habiendo planteado la defensa de la acusada, en audiencia de juicio oral de 1 de septiembre de 2014 (fs. 866 a 874), excepción de incompetencia e incidentes de actividad procesal defectuosa y exclusión probatoria, los mismos fueron rechazados por el Juez 8° de Sentencia a través del auto de la misma fecha, determinación contra la que la parte imputada hizo reserva de apelación, haciendo efectivo dicho anuncio a tiempo de plantear apelación restringida contra la sentencia condenatoria emitida en su contra, impugnando concretamente el rechazo de la excepción de incompetencia y del incidente de actividad procesal defectuosa, constatándose que el tribunal de apelación, únicamente resolvió la excepción de incompetencia, argumentando que no corresponde a la justicia en materia civil su conocimiento, sino a materia penal ya que cualquiera sea la naturaleza del delito, el origen o las consecuencias del mismo, no podría pretenderse que sean atribuidos a la cuerda civil y constatándose que en el caso, el hecho se encuentra dentro del orden penal público, no obstante fue convertida la acción, por los elementos típicos que en el hecho se encuentran, corresponde al juez de materia penal su conocimiento. Añadiendo finalmente, que la defensa no demostró los agravios sufridos, no explicó ni fundamentó de qué manera el fallo apelado le resultaba perjudicial a su persona, conforme al art. 404 del Cód. Pdto. Pen., teniendo con ello una respuesta expresa a la apelación incidental efectuada con relación al rechazo de la excepción de incompetencia, por lo que no existe incongruencia omisiva en el auto de vista recurrido, sobre dicha temática.

Empero, es distinta la situación del rechazo al incidente por defectos absolutos, por cuanto de la lectura de la resolución de alzada, se advierte que el tribunal de apelación no resolvió dicha temática, guardando silencio, omisión que no es justificable de ningún modo, por cuanto ante la reserva de apelación y su materialización a través del recursos de apelación y en atención a los arts. 124 y 398 del Código Adjetivo Penal, tenía la obligación de pronunciarse expresamente sobre la impugnación, al no haberlo hecho, resulta con mérito la denuncia de la parte querellada sobre la incongruencia omisiva del auto de vista recurrido, por lo que corresponde declarar con lugar dicho motivo, dentro de los alcances establecidos en el presente apartado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 45 de 14 de julio de 2015, de fs. 1113 a 1116 vta., y determina que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Judicatura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



237

Ministerio Público c/ Milton Cadima Arnez
Lesiones graves y leves y otro
Distrito: Santa Cruz

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 13 de junio de 2016.

VISTOS.- El Tribunal 2° de Sentencia en lo Penal de la Capital, pronunció la sentencia mixta de fs. 444 a 449 declarando al acusado Milton Cadima Arnez, autor y culpable del delito de lesiones leves, previsto en el art. 271, 2° parte del Cód. Pen., condenándolo a cumplir la sanción de un año y seis meses de trabajo comunitario consistente en la prestación de servicio de chofer del Comando Departamental de la Policía los días sábados desde las 8:00 hasta las 12:00 del mediodía, de conformidad a lo previsto en el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., asimismo se lo condena al pago de costas al estado; sin embargo se lo absuelve del delito de tentativa de violación conforme al art. 363-2 del Cód. Pdto. Pen.; resolución condenatoria que fue objeto de los recursos de apelación restringida por parte del acusado Milton Cadima Arnez, tal como consta por memorial de fs. 457 a 462 de obrados, por lo que de la revisión inicial de los datos del proceso se evidencia que la apelación restringida interpuesta por el nombrado imputado, ha sido presentada dentro de los alcances del art. 407 de la L. N° 1970 y en el plazo previsto por el art. 408 del citado cuerpo de leyes, siendo viable ingresar a considerar los aspectos de fondo que argumenta el recurrente conforme a las atribuciones del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO.- Que formalizada y relacionada así la acusación, el trámite del juicio oral, la sentencia y la apelación restringida, corresponde verificar si de acuerdo a la conducta antijurídica del acusado se configura el tipo penal calificado por el acusador fiscal; en este sentido primero debemos analizar si existió el delito de lesiones leves previsto y sancionado por el art. 271, 2° parte del Cód. Pen.

CONSIDERANDO.- Que para tener mayores luces y conocimientos sobre el tipo de lesiones y su gravedad, debemos primeramente hacer una serie de puntuaciones:

Lesiones más frecuentes.- Desde el punto de vista jurídico una lesión es toda alteración anatómica o funcional en el cuerpo o en la salud de una persona, originada por un agente traumático. La OPS/OMS, considera "lesión" a cualquier daño, intencional o no intencional, al cuerpo debido a la exposición aguda a energía térmica, mecánica, eléctrica o química; o debido a la ausencia de calor u oxígeno que lleve a un daño corporal o psíquico temporal o permanente y que puede ser o no fatal.

Según el Código Penal Boliviano, las lesiones constituyen una variedad de delitos contra la vida de las personas y se clasifican de la siguiente manera:

Art. 271 (Lesiones Graves y Leves).- Se sancionarán con privación de libertad de 3 a 6 años a quien de cualquier modo ocasione a otra persona un daño físico o psicológico, no comprendido en el caso anterior del cual derive incapacidad para el trabajo de 15 a 90 días.

Si la incapacidad fuere hasta de 14 días, se impondrá al autor una sanción de trabajo comunitario de 1 a 3 años.

Para la atención de una persona con lesiones, deberá considerarse los siguientes aspectos:

Anamnesis Datos generales, registrando el número de carnet de identidad.

Examen físico.- Descripción minuciosa de todas las lesiones, naturaleza, localización, dimensiones, complicaciones. La identificación precisa anatómico-topográfico puede complementarse con tomas fotográficas.

Diagnóstico.- Debe determinar la patología propia (de acuerdo a la Clasificación Internacional CIE10) e incluir el pronóstico y calificación de lesiones de acuerdo a nuestro Código Penal, para la tipificación del delito por parte de autoridad competente.

Redacción del certificado médico.

Lesiones simples.- Dentro de las lesiones simples más frecuentes, es decir aquellas que son producidas por un mecanismo contundente, se encuentran:

Contusiones.- Las contusiones se dividen en simples y complejas:

Las contusiones simples: causan atrición de los tejidos por un agente contundente.

Las contusiones complejas: provocan solución de continuidad hasta llegar al aplastamiento.

Excoriación.- Se debe al desprendimiento de los estratos superficiales de la epidermis con indemnidad de la capa germinativa, a causa de fricción tangencial o lateral del agente contundente. Cuando el agente actúa verticalmente respecto a la piel, la epidermis es aplastada y se estampa la impresión del objeto traumatizante. Si este impacto es considerable y se ejerce sobre una superficie pequeña el resultado será una herida contusa.

La excoriación se observa en partes de cuerpo expuestas y que están sobre planos óseos.

Puede estar cubierta por costra serosa, serohemática y hemática. Un buen ejemplo son las excoriaciones lineales de la fase de arrastre de las víctimas de atropellamiento por vehículo automotor. Cuando se produce en mucosas se denomina erosión. Los arañazos o estigmas son excoriaciones producidas por las uñas.

Equimosis.- Consiste en una hemorragia en los tejidos subcutáneos, a menudo en la capa adiposa, que se transparenta como una mancha en la piel, siempre se producen en vida, por lo que es un "signo de vitalidad". Su importancia es que reproduce la forma del agente contundente (dibuja el agente productor). Un ejemplo lo constituye la marca de llantas en algunas víctimas de atropellamiento por automóvil. Como se debe a sangre extravasada, los cambios que la hemoglobina va experimentar en los tejidos, produce una sucesión de tonos que permite diagnosticar su antigüedad.

En términos generales, la equimosis desaparece a las tres semanas, no suele causar incapacidad temporal (excepto de tipo estético) ni secuelas. La equimosis por succión o "chupón" y suele observarse en delitos contra la libertad sexual, a veces se acompaña de marcas de dientes.

Heridas.- Las heridas son una solución de continuidad de la piel y se clasifican en:

Heridas Incisas	Heridas Contusas
Bordes limpios y generalmente regulares	Bordes irregulares y contundidos
No existen puentes de tejido entre sus bordes	Existen puentes de tejidos entre sus bordes
Se originan por un agente cortante	Originada por un agente u objeto contundente

El equivalente a la herida contusa en los huesos es la fractura y en las vísceras la laceración. Las fracturas pueden ser a su vez «expuestas» cuando los fragmentos óseos se exteriorizan a través de una herida contusa; y «cerradas», cuando las partes blandas no experimentan solución de continuidad que permita observar los fragmentos del hueso lesionado.

CONSIDERANDO.- Que una vez adentrado con los alcances del tipo penal de lesiones, debemos ahora centrarnos en el recurso de apelación restringida interpuesto por el acusado Milton Cadima Arnez, al respecto diremos que analizada que ha sido la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal 2° de Sentencia en lo Penal de la Capital, podemos advertir que ésta contiene la debida fundamentación de los hechos probados e improbados, es decir ha cumplido con la exigencia de los arts. 124 y 360-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen., dando razones jurídicas del porqué está condenando al acusado Milton Cadima Arnez por el delito de lesiones leves, previsto en el art. 271, 2° parte del Cód. Pen.; es decir el tribunal inferior ha llegado a la conclusión de que fue el imputado Milton Cadima Arnez quien le provocó lesiones leves a Victoria Pachajaya Choquemisa, en 29 de abril de 2013 en su domicilio, procedió a agredirla violentamente y le causa heridas en varias partes de su cuerpo, en este caso como lo informe la Dra. Ana Verónica Justiniano Gally, médico forense, se encontraron lesiones perigenital, equimosis digitales en el muslo, a nivel genital existen escoriaciones ungueales en el cuello, arañazos, eritemas, laceraciones, edema en la región del cuello, contusión en el hombro izquierdo, con una incapacidad de tres días, sin embargo la perito no encuentra ningún signo de haber sufrido agresión sexual; si bien es cierto que el tribunal inferior condenó al imputado solamente por el delito de lesiones leves y no así por el otro delito acusado, sin embargo lo ha hecho en aplicación del principio lura Novit Curia, ya que el tribunal tiene la facultad de aplicar el derecho que corresponda al hecho sometido a juzgamiento; esta tesis entiende que el juez o tribunal, sin modificar los hechos contenidos en la acusación, puede emitir sentencia por una calificación jurídica distinta a la propuesta en la acusación respetando el principio de congruencia referida en la abundante doctrina existente al respecto, con la finalidad de guardar compatibilidad con las exigencias que requiere un debido proceso, equilibrando la búsqueda de la eficiencia con la salvaguarda de los derechos y garantías de las partes, tal como la línea de jurisprudencia constitucional lo establece en la S.C. N° 0506/2005-R de 10 de mayo del 2005, que es vinculante y de aplicación obligatoria por los jueces y tribunales de justicia ordinarios; consecuentemente, de la valoración de las pruebas de cargo examinadas se infiere que la actuación del acusado en la comisión del delito de lesiones leves, fue con conocimiento pleno, en forma libre, voluntaria, espontánea y motivadamente. Así también está plenamente demostrada la existencia de una relación y coincidencia en tiempo, lugar, hechos y personas, elementos armonizantes y componentes del mencionado tipo penal, que hacen firme la decisión unánime del tribunal para condenar al nombrado acusado por la comisión del citado hecho delictivo.

CONSIDERANDO.- Que respecto al recurso de apelación restringida interpuesto por el acusado, debemos aclarar que inicialmente hace una amplia explicación y relato de los hechos que motivaron la presente acción penal, sin embargo éste no cumple con las condiciones exigidas por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., ya que no hace una expresión de agravios, no cita concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas ni cuál es la aplicación que se pretende; es decir, no indica separadamente cada violación con sus fundamentos respectivos, tal como lo exige el procedimiento de la materia en sus arts. 169, 370, 396-3 y 408, no señala los supuestos defectos absolutos ni los defectos de sentencia que establece el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo pese a ello, ingresamos a responder a sus argumentos indicando que evidentemente existe un certificado médico legal expedido por la Dra. Ana Verónica Justiniano Gally, quien informa que la víctima presenta diversas lesiones en diferentes partes del cuerpo, pero que son lesiones leves y que tienen un tiempo de incapacidad de tres días; si bien es cierto que dicho informe médico no indica quién es el autor de esas lesiones, sin embargo se llega a la conclusión por el análisis realizado por el tribunal respecto a los demás elementos de prueba insertados y judicializados por su lectura conforme a las previsiones del art. 333 del Cód. Pdto. Pen. y que concuerda con lo relatado a viva voz por la víctima Victoria Pachajaya Choquemisa, quien hizo uso de la palabra al final de la audiencia en su condición de víctima porque su querrela fue declarada abandonada y el proceso penal se sigue a instancias solamente del Ministerio Público; entonces vemos que el tribunal ha descartado la comisión del delito de tentativa de violación por no darse las condiciones exigidas por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

POR TANTO.- La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, y aplicando lo determinado por el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación restringida planteada por el acusado Milton Cadima Arnez a fs. 457 a 462 contra la sentencia condenatoria de fs. 444 a 449 dictada por el Tribunal 2° de Sentencia en lo Penal de la Capital.

Se advierte a las partes, que tienen el plazo de cinco días para recurrir de casación contra el presente fallo, en atención a lo previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Victoriano Morón Cuéllar.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Victoriano Morón Cuéllar.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Abg. Cesar Castro Calvimonte.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 4 de julio de 2016, cursante de fs. 490-500 vta., Milton Cadima Arnez, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 34 de 13 de junio de 2016, de fs. 475 a 477, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrado por los vocales Victoriano Morón Cuéllar y Mirael Salguero Palma, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Victoria Pachajaya Choquemisa contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de lesiones graves y leves; y, violación en grado de tentativa, previstos y sancionados por los arts. 271 y 308 con relación al 8 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 115/15 de 30 de noviembre del 2015 (fs. 444 al 449), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Milton Cadima Arnez autor y culpable de la comisión del delito de lesiones leves, previsto y sancionado por el art. 271 segundo párrafo del Cód. Pen., imponiendo la pena de un año y seis meses de trabajos comunitarios, mas costas; por otro lado, fue absuelto del delito de violación en grado de tentativa.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Milton Cadima Arnez, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 457 a 462), que fue resuelto por A.V. N° 34 de 13 de junio de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso planteado, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 833/2016-RA de 21 de octubre, se extraen los motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente denuncia la vulneración de la garantía de la verdad material, prevista en el art. 180-I de la C.P.E., bajo el razonamiento establecido en la S.C.P. N° 0140/2012 de 9 de mayo, refiriendo que tanto la sentencia como el auto de vista recurrido la violaron flagrantemente al no dar primacía a la verdad de los hechos, ya que en ningún momento se hubiese demostrado que su persona sea el autor material del delito de lesiones leves, pues si bien es evidente que se demostró la existencia de las lesiones; sin embargo, estas no fueron realizadas por su persona, señala que el argumento del tribunal dealzada en cuanto a la aplicación del lura Novit Curia, solo sería una argumentación ajena a la verdad material invocando al respecto el A.S. N° 067/2013-RRC de 11 de marzo, en el que se desarrolló justamente la aplicación del principio de la verdad material.

2) Se alega la violación al principio a una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales previsto en el art. 180 de la C.P.E., alegando que el auto de vista recurrido incurrió en contradicción a lo establecido por el A.S. N° 034/2013 ya que el argumento de aplicación del lura Novit Curia, respecto del principio de congruencia sería insuficiente y subjetivo, pero además en el fallo recurrido no se

hubiese pronunciado sobre la concurrencia o no del inc. 1 del art. 233 del Cód. Pdto. Pen., referido a la existencia de elementos que hagan presumir la probabilidad de autoría del imputado, situación que hace que su pretensión no haya sido atendida oportunamente, ya sea de forma positiva o negativa. Al respecto señala que en todo caso se vulneró el principio del In Dubio Pro Reo, ya que ante la duda correspondía absolverlo, esta falencias hubiesen generado la vulneración del debido proceso en cuanto a la garantía de la verdad material, derecho a una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales, la garantía del non bis in ídem y derecho a la valoración razonable de la prueba.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita: "Se pronuncie auto supremo Casando la resolución A.V. N° 34/2016 de 13 de junio de 2016 dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz y declarando mi inocencia y absuelto del delito de lesiones leves" (sic).

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 833/2016-RA de 21 de octubre de fs. 512 a 514 vta., este tribunal admitió únicamente los motivos segundo y tercero del recurso formulado por Milton Cadima Arnez, para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 115/15 de 30 de noviembre del 2015 (fs. 444 a 449), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Milton Cadima Arnez autor y culpable de la comisión del delito de lesiones leves, previsto y sancionado por el art. 271 segundo párrafo del Cód. Pen., imponiendo la pena de un año y seis meses de trabajos comunitarios, mas costas; por otro lado, fue absuelto del delito de violación en grado de tentativa.

Trabajo Comunitario consistente en la prestación del Servicio de Chofer del Comando Departamental de la Policía; señalando el Tribunal de Sentencia entre sus conclusiones que se ha demostrado que al promediar las 13:30 del día 29 de abril de 2013, el imputado agredió físicamente a su ex conviviente Victoria Pachajaya Choquemisa y que la agresión física inferida por el imputado a su ex cónyuge y denunciante le ocasionó lesiones leves; en consecuencia, señala que por la prueba de cargo y descargo producida en juicio por las partes, generaron certeza sobre la culpabilidad únicamente en la comisión del delito de lesiones leves; y, causó duda razonable en la comisión del delito de violación en el grado de tentativa por insuficiencia de prueba que demuestre el ilícito.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Milton Cadima Arnez, interpuso recurso de apelación restringida, señalando en síntesis que: i) La sentencia incurre en inobservancia y errónea aplicación de la ley adjetiva en cuanto a la falta de fundamentación del delito de lesiones leves, ya que el Tribunal de Sentencia no habría valorado debidamente con sano criterio y prudente arbitrio las pruebas, declarándolo culpable por el delito de lesiones existiendo una errónea valoración de los antecedentes probatorios producidos en juicio, es así que haciendo una relación fáctica de los hechos, advierte que el investigador no cumplió con realizar el informe conclusivo, que no hubo ampliación de las investigaciones, ya que no existió prueba en su contra.

Asimismo haciendo referencia a los hechos que tiene como probados el tribunal de juicio señala que en cuanto al primer hecho probado, el certificado médico forense llegó a la conclusión de que la víctima contaba con escoriaciones ungueales, superficiales, escoriaciones (araños) y edema con presión en el cuello, contusión en el hombro izquierdo y equimosis en el brazo derecho, observando que en el certificado no se puede establecer si fue víctima de agresión sexual ni tampoco se identificó quien fue el agresor, por lo que, no se pudo identificar que su persona es el autor de las lesiones leves, existiendo inobservancia de la prueba y se aplicó erróneamente la ley, ya que inclusive no se valora la declaración de su testigo de cargo; y, ii) Añade que el segundo hecho probado es totalmente erróneo, ya que si bien se demuestra que hubo lesiones, en ningún momento la perito habría certificado la agresión física, ni identificó al autor, menos que sea su persona el autor, más al contrario en la audiencia de inspección manifiesta que la víctima no permitió que se realice el acto porque cerro las puertas del lugar añadiendo que la denunciante no demostró con prueba alguna ya que nunca asistió a audiencia siendo desestimada su acusación particular y que al final del juicio en los alegatos y conclusiones al concederle la palabra ingresó en contradicciones, que de acuerdo a las actuaciones producidas en juicio no han generado, ni producido prueba de cargo suficiente mediante la cual se haya acreditado los tipos penales acusados.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, emitió el auto de vista impugnado, por el que declara admisible e improcedente la apelación restringida planteada por el acusado; al advertir en síntesis que la sentencia contiene la debida fundamentación de los hechos probados e improbados, observando el cumplimiento de los arts. 124-1, 2 y 3 del art. 360 del Cód. Pdto. Pen., dando razones jurídicas del porqué está condenando al acusado por el delito de lesiones leves, es decir el Tribunal de Sentencia llegó a la conclusión de que fue el imputado quien le provocó lesiones leves a la víctima el 29 de abril de 2013, en su domicilio, procediendo a agredirla violentamente y le causa heridas en varias partes de su cuerpo, de acuerdo al informe prestado por la Dra. Ana Verónica Justiniano Gally, médico forense, encontrando lesiones perigenital, equimosis digitales en el muslo, a nivel genital existen escoriaciones ungueales en el cuello, arañazos, eritemas, laceraciones, edema en la región del cuello, contusión en el hombro izquierdo, con una incapacidad de tres días; sin embargo, la perito no encontró signos de agresión sexual; añadiendo que si bien es cierto que el tribunal de mérito condenó al imputado solamente por el delito de lesiones leves y no así por el otro delito acusado, lo efectuó en aplicación del principio iura novit curia, al gozar de la facultad de aplicar el derecho que corresponda al hecho sometido a su juzgamiento, sin que modifique los hechos contenidos en la acusación, emitiendo Sentencia por una calificación jurídica distinta a la propuesta en la acusación, respetando el principio de congruencia, con la finalidad de guardar compatibilidad con las exigencias que requiere un debido proceso, equilibrando la búsqueda de la eficiencia con la salvaguarda de

los derechos y garantías de las partes citando al efecto la S.C. N° 0506/2005-R de 10 de mayo, misma que es vinculante y de aplicación obligatoria, consecuentemente de la valoración de las pruebas de cargo examinadas advierten que la actuación del acusado en la comisión del delito de lesiones leves fue con conocimiento pleno, en forma libre, voluntaria, espontánea y motivadamente, así también consideran que está plenamente demostrada la existencia de una relación y coincidencia en tiempo, lugar, hechos y personas, elementos armonizantes y componentes del mencionado tipo penal, que hacen firme la decisión del Tribunal de Sentencia para condenar al acusado por la comisión de hecho delictivo.

Asimismo añade que con relación a la alzada del acusado observa que hace una amplia explicación y relato de los hechos que motivaron la acción penal, sin embargo, no cumple con las condiciones del art. 408 del Cód. Pdto. Pen., ya que no hace una expresión de agravios, no cita concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, ni cuál es la aplicación que se pretende, es decir no indica separadamente cada violación con sus fundamentos respectivos, tal como lo exige el procedimiento en los arts. 169, 370, 396-3 y 408 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, no señala los defectos absolutos ni los defectos de sentencia previstos en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo, de ello manifiestan que ingresaron a responder a los argumentos indicando que evidentemente existe un certificado médico legal expedido por la Dra. Ana Verónica Justiniano Gally, quien informa lesiones leves y que tienen un tiempo de incapacidad de tres días, si bien es cierto que dicho informe médico no indica quien es el autor de esas lesiones, se refiere a los demás elementos de prueba insertados y judicializados por su lectura de acuerdo a las previsiones del art. 333 del Cód. Pdto. Pen. y que concuerda con lo relatado a viva voz por la víctima quien hizo uso de la palabra al final de la audiencia en su condición de víctima, porque su querrela fue declarada abandonada y el proceso penal siguió a instancias del Ministerio Público, entonces observan que el Tribunal de Sentencia ha descartado la comisión del delito de tentativa de violación, por no darse las condiciones exigidas por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

En el caso presente, el recurrente denuncia que se vulneró la verdad material porque tanto la sentencia como el auto de vista recurrido no dieron primacía a la verdad de los hechos, al no haberse demostrado que sea el autor; asimismo, afirma que se quebrantó el principio a una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales ya que el auto de vista recurrido incurrió en contradicción a lo establecido por el A.S. N° 034/2013, sobre la aplicación del lura Novit Curia respecto del principio de congruencia sería insuficiente y subjetivo, además de no pronunciarse sobre la concurrencia o no del inc. 1 del art. 233 del Cód. Pdto. Pen., en infracción del principio del In Dubio Pro Reo, ya que ante la duda correspondía absolvérselo; falencias que vulneran dice el debido proceso en cuanto a la garantía de la verdad material, derecho a una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales, la garantía del non bis in ídem y derecho a la valoración razonable de la prueba; a cuyo efecto, invoca como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 067/2013-RRC de 11 de marzo y 034/2013, por lo que, corresponde resolver las problemáticas planteadas.

Para dicho fin, en primer término se procederá a identificar el fundamento del precedente invocado e ingresar al análisis del motivo concreto del recurso planteado.

III.1. De los precedentes invocados y el análisis de los motivos admitidos.

Con relación a la impugnación efectuada en casación del primer motivo admitido, referido a que tanto la sentencia como el auto de vista recurrido vulneraron la garantía de la verdad material, al no dar primacía a la verdad de los hechos, que no se demostró que su persona sea el autor material del delito de lesiones leves, resultando la aplicación del lura Novit Curia ajena a la verdad material señalada, el recurrente invocó el siguiente auto supremo:

El A.S. N° 067/2013-RRC de 11 de marzo, pronunciado dentro de un proceso por el delito de difamación, calumnia e injuria, donde inicialmente se dictó sentencia absolutoria, apelada que fue por auto de vista se dispuso anular totalmente la sentencia ordenando la reposición del juicio por otro juez, recurrido de casación este fallo fue dejado sin efecto a raíz de que el tribunal de apelación al haber dispuesto el reenvío de la causa sin la debida revisión integral de la sentencia apelada, incurrió en un defecto absoluto no susceptible de convalidación conforme establece el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., al haber vulnerado derechos de acceso a la justicia y del debido proceso; habiéndose limitado aplicar mecánicamente normas procesales relativas a la forma de judicialización de la prueba, sin considerar la aplicación del principio constitucional de la verdad material y del principio procesal de la valoración integral de las pruebas ejercida por la juzgadora, habiéndose emitido la siguiente doctrina legal aplicable: "El art. 180-I de la C.P.E. establece como un principio constitucional el de la verdad material, desarrollada como la obligación que tiene todo juzgador en la labor efectuada sobre este principio, anteponiendo la verdad de los hechos antes que cualquier formalidad. Asimismo el art. 115-I de la referida Ley Fundamental, reconoce el derecho de acceso a la justicia, al disponer que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; este derecho, considerado como el que tiene, toda persona de recurrir ante un juez o tribunal superior competente e imparcial, para hacer valer sus pretensiones; también reconocido por los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 8; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8-2-h); y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14. En ese entendido, el tribunal de apelación al resolver un recurso de apelación restringida en el que se denuncia la existencia de defecto de sentencia porque se basó en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, debe bajo el principio de verdad material reconocido constitucionalmente, ponderar si la prueba observada o cuestionada como espuria tiene o no la característica de esencial o decisiva en el fallo emitido por el juez o Tribunal de Sentencia; más aún cuando de la prueba presentada por el acusador particular y de la integralidad de las pruebas judicializadas no se genere convicción en el juzgador de la responsabilidad del imputado, porque dicho accionar no constituyó delito. En consecuencia para disponer la anulación de la sentencia, no basta con la constatación de que se valoró una prueba que no fue judicializada de acuerdo a las formas previstas por la ley, sino también debe determinarse si eliminando hipotéticamente ese elemento de juicio, la resolución recurrida de apelación restringida, está fundada en otros elementos de convicción que le brinden el necesario respaldo jurídico; de modo que si este extremo resulta concurrente no corresponde la anulación de la sentencia y consecuente reenvío, porque lo contrario implicaría

nuevamente poner en funcionamiento todo el sistema judicial, para llegar al mismo resultado, en directo detrimento de los sujetos procesales a quienes se les privaría de acceder a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones”.

Del análisis del precedente invocado se advierte que la problemática dilucidada en el precedente invocado que antecede, en cierta manera tiene relación con el hecho fáctico del motivo de casación, donde se discute la vulneración o garantía de la verdad material, al no darse predominio a la verdad de los hechos, observándose la falta de demostración de que el recurrente sea autor material del delito endilgado, por lo que, existiendo una situación fáctica procesal similar entre el precedente invocado y el motivo de casación, corresponde ingresar a verificar la posible existencia o no de la contradicción denunciada.

A este fin, referir que en el recurso de casación en análisis, el recurrente en síntesis señaló que tanto en sentencia como en el auto de vista impugnado se vulneró la garantía de la verdad material prevista en el art. 180-I de la C.P.E., al soslayarse la verdad de los hechos acaecidos en la presente causa; por cuanto, aduce que no se hubiese demostrado que sea el autor material del delito de lesiones leves y que el argumento del tribunal de alzada sobre la aplicación del *lura Novit Curia* resultaría ajena a la verdad material; al respecto se debe tener presente que mediante sentencia el ahora recurrente fue declarado culpable de la comisión del delito de lesiones leves a raíz de la prueba producida en el proceso, apelada esta determinación el tribunal de alzada pese a observar ciertos defectos formales en la formulación del recurso de apelación restringida, se pronunció sobre lo expuesto en los agravios del entonces apelante, al señalar que la sentencia contenía la debida fundamentación de los hechos probados o no probados, observando el cumplimiento del art. 124-1, 2 y 3 del art. 360 del Cód. Pdto. Pen., es decir ejerciendo su labor de control el tribunal de apelación advirtió que el Tribunal de Sentencia expuso las razones jurídicas del porque está condenando al acusado señalado considerando que el certificado médico legal informa lesiones leves y que tienen un tiempo de incapacidad de tres días y si bien en dicho certificado no indica quien es el autor, considera los demás elementos de prueba insertados y judicializados por su lectura de acuerdo a las previsiones del art. 333 del Cód. Pdto. Pen. y que concuerdan con lo relatado a viva voz por la víctima en juicio; asimismo, se debe tener presente que el tribunal de alzada ha observado que el tribunal de juicio únicamente condena al ahora recurrente por el delito de lesiones leves y no por el delito de violación precisamente en resguardo al principio de verdad material, ya que no debe pasar por alto que el principio *iura novit curia* que faculta al juzgador a variar la calificación legal inicialmente efectuada, sin que esto implique un cambio de los hechos demostrados, obedeciendo precisamente a un condicionamiento fáctico, que fue precautelado en el caso de autos por el tribunal de mérito así como lo advertido por el tribunal de alzada, respetando el principio de congruencia, con la finalidad de guardar compatibilidad con las exigencias que requiere un debido proceso, por lo que, no es evidente que el fallo ahora impugnado se haya apartado del principio de la verdad material aludida; por consiguiente, el motivo en análisis no es contradictorio con el precedente invocado, habiéndose observado por el contrario el cumplimiento de los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., resultando en consecuencia infundado.

En cuanto al segundo motivo admitido, referido a que se habría vulnerado el principio a la debida fundamentación y motivación afirmando que el argumento del auto de vista impugnado de la aplicación del principio *iura novit curia* respecto al principio de congruencia sería insuficiente y subjetivo, además de no haberse pronunciado sobre la concurrencia o no del inc. 1 del art. 233 del Cód. Pdto. Pen., sobre los elementos que hagan presumir la autoría del recurrente, habiéndose vulnerado inclusive el principio *in dubio pro reo* aduciendo que ante la duda debió ser absuelto, falencias que asegura vulneraron el debido proceso respecto a la infracción de las garantías a la verdad material, debida fundamentación y motivación, non bis in ídem y valoración razonable de la prueba; con carácter previo se tiene que la parte recurrente se limita a invocar como precedente contradictorio el A.S. N° 034/2013 sin señalar la fecha o por lo menos cuál de las salas penales del Tribunal Supremo de Justicia hubiese emitido la referida resolución, sin embargo, privilegiando el derecho a la justicia se verificará los autos supremos emitidos por ambas salas, teniéndose el A.S. N° 034/2013 de 14 de marzo, (Emitido por la Sala Penal Primera) el cual es un auto de admisibilidad de un recurso de casación, consecuentemente carece de doctrina legal aplicable, necesaria para efectuar la debida contrastación y poder verificar una posible contradicción con el auto de vista impugnado, A.S. N° 034/2013 de 14 de febrero (Emitido por la Sala Penal Segunda) que si bien contiene doctrina legal aplicable, esta se refiere la imposibilidad de revalorizar prueba en segunda instancia y la de re victimizar a menores que sufrieron el delito de violación de niño, niña o adolescente, consiguientemente no resulta ser un precedente idóneo para efectuar la labor de contraste al advertirse hechos completamente distintos a los traídos en casación, estas falencias recursivas que no pueden ser subsanada por este tribunal, no obstante de ello de acuerdo a lo señalado en el análisis del primer motivo, se tiene que no es evidente la vulneración de derecho alguno, como afirma el recurrente, más al contrario, el tribunal de alzada pese al incumplimiento de las previsiones establecidas para la formulación del recurso de apelación restringida, ha fundamentado su decisión exponiendo los motivos por los que considera que la alzada no correspondía ser acogida, vertiendo criterio sobre la aplicación del principio *iura novit curia* referido al principio de congruencia, además de haber ejercido su labor de control sobre la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de mérito, razones por las que el presente motivo deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Milton Cadima Arnez de fs. 490-500 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.

**238**

Luciano Meyui Justiniano c/ Marina Bustos Gallardo de Ulloa
Despojo y daño simple
Distrito: Santa Cruz

AUTO DE VISTA**Santa Cruz, 13 de abril de 2016.**

VISTOS: El Juez 8° de Sentencia en lo Penal de la Capital, pronunció la sentencia de fs. 272 a 292 en los siguientes términos: declarando a la querellada Marina Bustos Gallardo de Ulloa, absuelta del delito de despojo y daño simple, previstos por los arts. 351 y 357 del Cód. Pen., en aplicación del art. 363-1 y 2 del Cód. Pdto. Pen.

Que contra el referido fallo judicial, el querellante Luciano Meyui Justiniano interpone el recurso de apelación restringida, tal como consta por memorial de fs. 304 a 321 de obrados.

Que verificada la deliberación respectiva, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

CONSIDERANDO: I.- Que el recurso de apelación restringida interpuesto por la nombrada querellante se encuentra previsto y justificado en la forma exigida por los arts. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen., se admite para su sustanciación conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del citado Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: II.- Que, la acción penal como poder jurídico que persigue la averiguación del hecho que se presume delictivo, así como su juzgamiento y la imposición de una pena, mediante ello se provoca la intervención y la decisión del juzgador acerca de una acusación del delito y de todas las demás situaciones que se determinan en el proceso y se puede definir como el acto mediante el cual se demanda la punición del culpable o el derecho subjetivo de pedir a la instancia juzgadora la aplicación de la ley penal para la actuación de su poder, deber de castigar que tiene el estado.

CONSIDERANDO: III.- Que en el proceso penal rige el principio de la libertad probatoria, la prueba lícitamente obtenida deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven o atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado, por lo que todo elemento probatorio deberá relacionarse con los extremos: objetivo o sea la existencia del hecho y subjetivo que se dirija a relacionar al acusado/acusada en la participación delictiva o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello, se conoce como pertinencia de la prueba.

CONSIDERANDO: IV.- Que conforme al nuevo orden procesal penal, el tribunal de alzada no puede revisar cuestiones de hecho, las cuales son verificadas en el juicio oral y público por el juez de la causa en su debida oportunidad; su función de controlador jurídico superior, en cuanto tiende a corregir en primer término, el vicio in iudicando, pero solamente in iure, presupone la intangibilidad del material fáctico sometido a juzgamiento ante el juez inferior; es decir que el tribunal ad quem no puede descender al examen de los hechos, modificarlos, complementarlos o desconocerlos, debiendo respetar los fijados por el juez o tribunal a quo, siempre y cuando cumplan con las reglas de la sana crítica, previstas en los arts. 124, 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: V.- Que del estudio minucioso de los datos del proceso elevados en originales, lo expuesto por los sujetos procesales y todo cuanto convino ver, se llega a establecer que, el Juez 8° de Sentencia en lo Penal de la Capital, al dictar el fallo judicial apelado de fs. 272 a 292, ha procedido en forma correcta y conforme a derecho, ya que ha tomado en cuenta e interpretado correctamente lo determinado por el art. 363-1 y 2 del Cód. Pdto. Pen., porque la prueba de cargo ofrecida por la parte querellante no es suficiente para demostrar que la responsabilidad penal de la imputada Marina Bustos Gallardo de Ulloa en los delitos de despojo y daño simple, ya que inicialmente se denunciaba que el querellante vivía con su familia en su domicilio de la Av. Moscú N° 157, UV. 135, Mzo. 29, Lote N° 8 frente a la iglesia Ebenezer, pasando el 7° anillo, sin embargo en 09 de octubre de 2013 habría sido echado o despojado de su inmueble sin motivo legal alguno por la querellada Marina Bustos Gallardo de Ulloa, quien alegaba haber inscrito en Derechos Reales a su nombre dicho inmueble, actuando en contravención al art. 1281 del Cód. Civ.; es así que durante el juicio oral llevado a cabo ante el Juez 8° de Sentencia en lo Penal de la Capital así como en la audiencia de inspección ocular, se ha llegado de establecer que evidentemente el querellante habitaba en el inmueble conjuntamente su familia, es un hecho, pero no se ha demostrado que el querellante y su familia hayan sido eyecionados o despojados del inmueble o que la autora haya sido la querellada Marina Bustos Gallardo de Ulloa, ya que no se ha demostrado que la querellada haya estado ocupando el inmueble en su condición de inquilina, o que haya emitido alguna certificación de óbito del fallecimiento de la ciudadana Matilde Justiniano Añez el 08 de noviembre de 1998, o se ha presentado la prueba documental ni pericial correspondiente; es decir no existe ningún contrato de alquiler o anticrético por la suma de \$us. 800.- ni que exista reconocimiento de firmas del supuesto contrato de alquiler; solo se ha demostrado que la querellada vivía por la zona en ese inmueble y que cumplía la función de médico de la zona, según lo admiten los testigos;

por lo que el querellante no ha demostrado la violencia ni el engaño realizado en el supuesto despojo y daño simple denunciado y los medios utilizados por la imputada, como ser violencia, amenazas, el engaño, abuso de confianza y otros medios.

Que respecto al recurso de apelación restringida, debemos indicar que el querellante simplemente se aboca a citar una doctrina sobre el delito de despojo, mencionando y detallando los nombres de los testigos, la inspección ocular, la relación de los hechos, transcribiendo las declaraciones de los testigos, hace una amplia descripción del tipo penal de despojo, sus alcances y la forma de comisión; sin embargo el recurrente simplemente cita el art. 370 y todos los incs. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 del Cód. Pdto. Pen. pero no los desarrolla de manera precisa cómo incurre el Juez en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, como se llega a individualizar a la imputada Marina Bustos Gallardo de Ulloa, la falta de enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstanciada, de qué forma se incurre en falta de fundamentación o motivación de la sentencia, cuáles habrían sido las pruebas que han sido insertadas de forma ilegal al juicio oral, cuáles son la prueba que fueron defectuosamente valoradas por el juez, cuál es la contradicción entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia, si existe fecha o no en la sentencia, de qué forma se incurre en inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia, de qué forma se da la incongruencia entre la acusación y la sentencia; en suma, la apelación restringida interpuesta por el querellante, además de ser ampulosa y subjetiva, no cumple con las condiciones exigidas por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., ya que no hace una expresión de agravios, no cita concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas ni cuál es la aplicación que se pretende; es decir, no indica separadamente cada violación con sus fundamentos respectivos, tal como lo exige el procedimiento de la materia en sus arts. 169, 370, 396-3 y 408, no menciona ni fundamenta los agravios sufridos ni los defectos absolutos que pudiera tener el juicio oral en su tramitación y de qué manera le causa agravios a su persona como víctima.

Que el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., establece que los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada (sentencia), que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos en la nueva sentencia, así como los errores u omisiones formales y los que se refieran a la imposición o cómputo de penas; asimismo sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria; consiguientemente, al no existir quebrantamiento a ninguno de los casos previstos en el art. 370 de la L. N° 1970, corresponde a este Tribunal Superior declarar improcedente la apelación restringida interpuesta por la parte querellante.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación restringida de fs. 304 a 321 interpuesta por el querellante Luciano Meyui Justiniano contra la sentencia absolutoria de fs. 272 a 292 dictada por el Juez 8° de Sentencia en lo Penal de la Capital.

En uso de las facultades previstas en el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., por la vía de la complementación y enmienda se deja sin efecto la consideración y resolución de la sentencia respecto al delito de daño simple, previsto por el art. 357 del Cód. Pen., manteniendo vigente la absolución por el delito de despojo previsto en el art. 351 del Cód. Pen.

Se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial como lo establece el art. 17 del Cód. Pdto. Pen., luego de su legal notificación.

Vocal relator: Dr. Zenón Rodríguez Zeballos.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Zenón Rodríguez Zeballos.- Sigfrido Soleta Gualoa.

Ante mí: Abg. Cesar Castro Calvimonte.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 16 de mayo de 2016, cursante a de fs. 377 a 388, Luciano Meyui Justiniano representado legalmente por Pelagio Menacho Espinoza, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 30 de 13 de abril de 2016, de fs. 340 a 342, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz integrado por los vocales Zenón Rodríguez Zeballos y Sigfrido Soleta Gualoa, dentro del proceso penal seguido por el recurrente contra Marina Bustos Gallardo de Ulloa, por la presunta comisión de los delitos de despojo y daño simple, previstos y sancionados por los arts. 351 y 357 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 23/15 de 16 de noviembre de 2015 (fs. 272 a 292), el Juez 8° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Marina Bustos Gallardo de Ulloa, absuelta de la comisión de los delitos de despojo y daño simple, tipificados en los arts. 351 y 357 del Cód. Pen., con costas a la parte querellante a calificarse en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusador particular Luciano Meyui Justiniano representado legalmente por Pelagio Menacho Espinoza, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 304 a 321), que fue resuelto por A.V. N° 30 de 13 de abril de 2016, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso planteado y dejó sin efecto la consideración y resolución de la sentencia respecto al delito de daño simple, previsto en el art. 357 del Cód. Pen., manteniendo vigente la absolución por el delito de despojo, dando lugar a la interposición del recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 855/2016-RA de 31 de octubre, se extrae el siguiente motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente acusa que el auto de vista recurrido en su Considerando IV, incurrió en error incumpliendo lo previsto en el A.S. N° 813/2015 de 6 de noviembre, para ello realiza la transcripción de fundamentos de la sentencia en cuanto a la valoración de las pruebas testificales, documentales e inspección ocular, así como la fundamentación de derecho expuesto en esta y las conclusiones arribadas en base a la valoración integral de la prueba, señalando que la prueba producida en juicio fue suficiente para demostrar en forma cierta y evidente los medios utilizados por la imputada en el despojo; es decir, la violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza y otros medios que sirvieron para desalojar o expulsar al querellante y privarle de esa forma de la posesión que ejercía. A partir de dichas definiciones, concluye señalando que el tribunal de alzada no consideró que el tipo penal de despojo no solo se comete mediante violencia, engaño abuso de confianza, sino mediante otros medios, entendimiento asumido por el A.S. N° 338 de 5 de abril de 2007, precedente que acredita que no necesariamente debe exigirse el cumplimiento de todos los elementos establecidos, debiendo la conducta del imputado subsumirse en uno de los elementos ya sea al de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que se produzca invadiendo el inmueble o manteniéndose en él; al respecto, alega que el tribunal de alzada incurrió en error al señalar que el querellante no hubiese tenido la posesión del inmueble ni demostró haber sido despojado por Marina Bustos Gallardo, sin expresar si este aspecto está como hecho probado o no en la sentencia o cómo llega a esta conclusión, sin considerar que no solo se despoja de la posesión sino también de la tenencia o el ejercicio de un derecho real constituido.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita que en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se disponga que la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, pronuncie nuevo auto de vista de conformidad a la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso

Mediante A.S. N° 855/2016-RA de 31 de octubre de fs. 396 a 398, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Luciano Meyui Justiniano representado legalmente por Pelagio Menacho Espinoza, para el análisis de fondo del motivo planteado.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y determinado el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 23/2015 de 16 de noviembre de 2015, el Juez 8° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, resolvió absolver de responsabilidad y pena a la imputada Marina Bustos Gallardo de Ulloa, por la comisión de los delitos de despojo y daño simple, previstos en los arts. 351 y 357 del Cód. Pen., con el argumento de que luego de la valoración de las pruebas y reconocidos los hechos probados y conclusiones orales, se infiere que en el domicilio de calle Av. Moscú N° 157 UV.135, Mzo. 29, Lote 8 frente a la Iglesia Ebenezer, vivía el recurrente con algunos miembros de su familia adquirido en 1997, donde igualmente vivía la acusada, que los artificios mencionados en la acusación y que hubieren sido utilizados por la imputada, solamente quedaron como ideas subjetivas porque no han sido materialmente acreditados. Se tiene demostrado que Luciano Meyui Justiniano, ha transferido el bien inmueble mencionado en favor de la acusada por ante notario y con la presencia de testigos a ruego en razón a que Luciano Meyui Justiniano no sabía firmar, habiendo ejercido su derecho real sobre el mencionado inmueble desde la fecha de transferencia 9 octubre de 2013, a partir de la cual la acusada impidió el ingreso del querellante a ese domicilio, generando duda respecto a quien efectivamente impidió el ingreso a partir de esa mencionada fecha, pues el mismo querellante reconoció que fue la hija mayor de la acusada, quien del otro lado de la reja manifestó directamente a Luciano Meyui Justiniano que no podía ingresar al inmueble, estando igualmente la puerta cerrada. Lo cierto es que existe un derecho propietario consolidado a favor de la acusada sobre el inmueble, cuyo origen de obtención se cuestiona, aspecto que no puede ser tratado en esta vía, pero que el hecho de la negativa de ingreso parte de otra persona, detalle que es tomado en cuenta dado el carácter intuitu personae de la conducta en materia penal, respecto a los artificios mencionados como la obtención de cédula de identidad, cambio de apellido, supuesta confabulación en el matrimonio del querellante, la firma de un divorcio o una supuesta anticresis, en observación a la verdad material, no han sido demostrados en estos actos la participación de la acusada, por lo que, no se la podría condenar por simples conjeturas, siendo que lo cierto es que ambos estaban en posesión del bien inmueble y a la fecha de supuesta comisión 9 de octubre de 2013, la propietaria era y sigue siendo Marina Bustos Gallardo, en cuanto a la mención del medio comisivo del engaño a personas mayores y en la obtención del derecho propietario, estos aspectos quedan en la incertidumbre porque la prueba no es suficiente para determinar con precisión la autoría de la acusada y constituyen hechos que deben ser tratados en otra vía.

De acuerdo al desarrollo del juicio, luego de la valoración y apreciación de la prueba de cargo y descargo ofrecida practicada e incorporada al juicio oral, mediante una apreciación conjunta de toda la prueba judicializada, tomando en cuenta el principio del in dubio pro reo y lo dispuesto por el art. 363 del Cód. Pdto. Pen., concluye que no genera convencimiento íntimo y personal de la certeza sobre la autoría y responsabilidad penal de la imputada, que por la duda existente no puede concluirse que Marina Bustos Gallardo de Ulloa, sea responsable de la comisión del delito de despojo, no pudiendo la acusación particular destruir el estado de inocencia de la parte imputada.

II.2. De la apelación restringida.

Luciano Meyui Justiniano representado por Pelagio Menacho Espinoza, presenta recurso de apelación restringida, argumentando que fue demostrado durante la sustanciación del juicio oral que el 9 de octubre de 2013, que fue echado sin motivo ni causa legal por Marina Bustos Gallardo del inmueble donde vivía con su familia.

Denuncia valoración integral de pruebas y conclusiones erradas del juzgador, arguyendo que en las conclusiones establecidas en la valoración integral de la prueba, se ha demostrado que Marina Bustos Gallardo de Ulloa, mediante abuso de confianza, extorsión y engaño a persona mayor, logrando apoderarse de la propiedad y ejercitar un derecho real mediante un despojo planificado, efectuando una imaginaria compraventa, falsificando ideológica y materialmente el documento, viciando el consentimiento de quien no sabe leer, impidiendo el ingreso al inmueble, restringido los servicios básicos de luz y agua, demostrando que no se ha transferido el inmueble a favor de la acusada que mencionó una serie de artificios demostrados con la inspección judicial y que el acusador particular tenía la posesión sobre el inmueble. Que se ha dictado sentencia con criterios subjetivos y transgresión de principios, valores, derechos y garantías constitucionales, en base a incoherencias dando la razón a la acusación y luego la quita para favorecer a la acusada, contrariando sus propias convicciones expresadas en la parte considerativa, que evidencia un claro acomodo inclinado a favorecer a la acusada que ha maquinado y consumado un resultado que le beneficia, faltando a la verdad material que constituye un defecto absoluto vinculado a la violación de la tutela judicial efectiva y al debido proceso que debe ser reparado por el tribunal de apelación.

La sentencia no cumple con la aplicación objetiva de la ley, menos la verdad material, no es congruente con la acreditación de hechos y participación individual directa dolosa de la acusada.

Alega la existencia de contradicción entre la parte considerativa y dispositiva, en la parte considerativa se hace referencia a hechos propuestos en la acusación no acreditados en el juicio que le favorecen como víctima, pero no existe motivación y congruencia que debe contener una sentencia en cumplimiento de los arts. 173 y 124 del Cód. Pdto. Pen., al haberse parcializado sobre aspectos propuestos en la acusación que no fueron incorporados al juicio en forma total ni legal y que no existe la duda razonable para ser absuelta porque no se ha hecho referencia a los fundamentos de la defensa y acusación en las conclusiones, que la prueba fue valorada ilegalmente y resolvió los motivos acusados sin fundamentar.

Finalmente, arguye vulneración de derechos y garantías que deben ser revisados de oficio por los tribunales de alzada, errores y omisiones que hubieren cometido los tribunales inferiores a tiempo de sustanciar el juicio oral y en la emisión de la sentencia que no se ajusta a derecho, en el caso el hecho existió en el lugar, forma y circunstancias debidamente comprobadas, así como la autora y responsable es la imputada que analizando lo expuesto, el tribunal de apelación luego de la revisión minuciosa del cuaderno procesal, por principio de aplicación objetiva de la ley, la legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso, debe revocar la sentencia y declarar la autoría de Marina Bustos Gallardo de Ulloa por el delito de Despojo.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

El recurso de apelación restringida interpuesto por el querellante, fue resuelto por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró improcedente el recurso argumentando que, de acuerdo al nuevo orden procesal penal, el tribunal de alzada no puede revisar cuestiones de hecho o descender al examen de los hechos, modificarlos complementarlos o desconocerlos en su labor de control jurídico, debiendo respetar los fijados por el juez y tribunal a quo, cuando se cumple con las reglas de la sana crítica de acuerdo a los arts. 124, 171, 173 del Cód. Pdto. Pen.

Del estudio minucioso de los datos el proceso y todo cuanto convino ver, llega a establecer que el Juzgador inferior ha procedido en forma correcta y conforme a derecho, interpretando lo determinado por el art. 363-1 y 2 del Cód. Pdto. Pen., siendo que la prueba de cargo no fue suficiente para demostrar la responsabilidad penal de la imputada, que durante el juicio y audiencia de inspección ocular se estableció que Luciano Meyui Justiniano, habitaba el inmueble conjuntamente su familia, pero no se ha demostrado que estos hayan sido eyeccionados o despojados del inmueble y que la autora sea la imputada, igualmente no se demostró la calidad de inquilina o la emisión de alguna certificación de óbito del fallecimiento de Matilde Justiniano Añez, no existe ningún contrato de alquiler o anticrético, no se tiene demostrado por el querellante la violencia o el engaño en el supuesto despojo y daño simple, tampoco los medios utilizados por la imputada, como ser violencia, amenazas el engaño, abuso de confianza u otros medios.

El querellante se aboca a citar la doctrina sobre el delito de despojo, mencionando nombres de testigos, inspección ocular, relación de hechos, transcribir declaraciones testificales, descripción del tipo penal de despojo, alcances y forma de comisión, citando simplemente el art. 370 del Cód. Pdto. Pen. en todos sus incisos, sin desarrollar de manera precisa cómo se incurre en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, cómo individualiza a la imputada, falta de enunciación de hecho o su determinación, de qué forma se incurre en falta de fundamentación, cuáles las pruebas defectuosamente valoradas y cuál la contradicción entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia; en suma, la apelación además de ser ampulosa y subjetiva, no cumple las condiciones exigidas por el art. 308 del Cód. Pdto. Pen., ya que no hace una expresión de agravios, no cita concretamente las leyes que se consideran violadas o erróneamente aplicadas ni cual la aplicación que se pretende, no indica separadamente cada violación con los fundamentos respectivos de acuerdo a los arts. 169, 370, 396-3 y 408 del Cód. Pdto. Pen., no fundamenta los agravios sufridos ni defectos absolutos en el procedimiento y la forma o manera que le causa agravios en su condición de víctima; por lo que, no existe quebrantamiento de ninguno de los casos previstos en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

III. Verificación de contradicción del auto de vista impugnado con el precedente invocado

Esta Sala Penal admitió el presente recurso de acuerdo al A.S. N° 855/2016-RA de 31 de octubre, ante la denuncia de que el tribunal de alzada no consideró que el tipo penal de despojo no sólo se comete mediante violencia, engaño y abuso de confianza, sino mediante otros medios, además de incurrir en el error de señalar que el querellante no hubiese tenido la posesión del inmueble, ni demostrado haber sido despojado por la imputada, no expresó si este aspecto está establecido como hecho probado o no en la sentencia, tampoco consideró que no solo se despoja de la posesión sino también de la tenencia o el ejercicio de un derecho real constituido, por lo que, corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por el art. 42-I-3 de la L.O.J. y 419 del Cód. Pdto. Pen., las salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia (ahora Tribunales Departamentales de Justicia), sean contrarios a otros precedentes pronunciados por otras cortes superiores o por la sala penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., preceptúa: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance" (sic). En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios; será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen.

III.2. Del precedente invocado y el análisis del caso concreto.

El motivo alegado por el recurrente da cuenta que la prueba producida en juicio, fue suficiente para demostrar los medios utilizados por la imputada en el despojo en cuanto al uso de violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza y otros de los que se valió para expulsar al querellante, a lo que el tribunal de apelación no consideró que el delito de despojo no solo se consuma mediante el uso de estos medios de comisión, además incurrió en el error de señalar que el querellante no hubiese tenido la posesión del inmueble, ni demostrado haber sido despojado por la imputada, tampoco consideró que no solo se despoja de la posesión sino también de la tenencia o el ejercicio de un derecho real constituido sobre el inmueble.

El recurrente invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 338 de 5 de abril de 2007, emergente del proceso penal por el delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., que en sentencia declaró la absolución de la imputada, siendo confirmado por el tribunal de alzada al haberse resuelto por la improcedencia del recurso de apelación. Recurrido en casación, el mencionado auto supremo en respuesta a los argumentos del recurrente determinó, que tanto la sentencia como el auto de vista, incurren en errónea aplicación de ley sustantiva, al interpretar que el tipo penal de despojo solo se configura, cuando un agresor despoja a otro de la posesión o tenencia de un bien, y bajo el fundamento de la doctrina legal del A.S. N° 254 de 22 de julio de 2005, que señaló: "...de la inteligencia de esta norma se desprende que no puede exigirse, el cumplimiento de todos los elementos establecidos por el art. 351 del Cód. Pen. de manera conjunta, es decir que la conducta del imputado debe subsumirse en uno de los elementos ya sea al de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre el..."; en consecuencia, estableció la siguiente doctrina legal aplicable: "Generar una interpretación unificadora, última y final de la ley, que se convierta en una especie de principio rector de la obra jurisdiccional a desarrollar por los tribunales y jueces de la república, es asumir con independencia y legalidad igualitaria el norte de la decisión.

Que, el art. 351 del Cód. Pen. Tipifica el delito de despojo señalando: 'El que en beneficio propio o de un tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza, o cualquier otro medio, despojare a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes, incurrirá...'.

Que, de la norma transcrita se desprende que no necesariamente debe exigirse el cumplimiento de todos los elementos establecidos, debiendo la conducta del imputado subsumirse en uno de los elementos ya sea al 'de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él'.

Que, los tribunales del país en materia penal deben tener presente al realizar la subsunción de las conductas acusadas de ilícitas tomando en cuenta la estructura de la 'teoría del delito' y de cada uno de los elementos del delito de acuerdo a la 'Escuela Moderna del delito' basada en la escuela 'finalista del delito' y la 'Teoría del riesgo', a fin de no caer en 'errores injudicando' tal el caso de la sentencia y de autos en que se incurre en error de interpretación penal al exigir la concurrencia de algunos elementos del tipo objetivo y obviar otros, violando el principio rector del sistema penal como es el de 'legalidad' y del 'debido proceso'".

En ese contexto, el recurrente acusa al tribunal de alzada, no haber precisado que la forma de comisión del delito de despojo, comprende además los actos referidos al uso de la violencia, engaño, abuso de confianza y otros medios que sirvieron para expulsar al acusador particular del inmueble donde habitaba conjuntamente algunos miembros de su familia, aludiendo que dicha observación se encontraba plasmada en el Considerando IV del auto de vista impugnado; ahora bien, del análisis del referido auto de vista impugnado en la parte aludida, la misma -aunque carente de numeración-, no constituye una respuesta en específico a un agravio en particular que se haya consignado en el recurso de apelación restringida, constituye una referencia a un postulado general respecto de las facultades y límites que competen al tribunal de apelación en el conocimiento y resolución de los recursos de apelación restringida, en la cual establece las advertencias y restricciones para ingresar a revisar cuestiones de hecho verificados en el juicio oral de competencia del juzgador de la causa,

que por la intangibilidad del material fáctico, no puede el tribunal de alzada descender al examen de los hechos, modificarlos o complementarlos, mismos que deben ser respetados siempre y cuando resulten del cumplimiento de las reglas de la sana crítica y de acuerdo a los arts. 124, 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen. Posición que tiene el respaldo y aval de la abundante jurisprudencia que al respecto ha sido impartido por este tribunal, dejando establecido que el control que realizan los tribunales de apelación con relación a las sentencias pronunciadas por los jueces y Tribunales de Sentencia, no comprende la aplicación de las consecuencias que derivan de los hechos demostrados en juicio, propios del ejercicio de los Jueces o Tribunales de la causa si se encuentran dentro de los límites legales permitidos, que el control procede cuando ese poder discrecional, ha rebasado los límites concedidos por la norma o fuera del marco discrecional legalmente otorgado; por ello que, el recurso de apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se incurrió durante la sustanciación del juicio o en la emisión de la sentencia, el fallo que resuelve un recurso de apelación restringida, no debe revisar cuestiones de hecho calificadas en la sentencia menos proceder a una nueva revalorización de pruebas, siendo que la función del tribunal de alzada es el de garantizar el debido proceso actuando en sujeción a los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen., por lo que en esta parte, el recurrente atribuyó vanamente un supuesto error a la labor del tribunal de alzada, sin que exista ninguna relación al motivo expresado en los términos alegados por el motivo en análisis.

Ahora bien, en el inmediato sucesivo Considerando (quinto), el auto de vista en lo pertinente, alegando que luego de haber procedido al estudio minucioso de los datos del proceso y analizando la sentencia, concluyó que: "...por lo que el querellante no ha demostrado la violencia ni el engaño realizado en el supuesto despojo y daño simple denunciado y los medios utilizados por la imputada, como ser violencia, amenazas, el engaño, abuso de confianza y otros medios" (sic), de donde se advierte que el enfoque realizado por el tribunal de alzada por un lado, no consideró ni analizó los elementos constitutivos del tipo previsto en el art. 351 del Cód. Pen., por otro, tampoco podría haberse circunscrito al análisis de los aspectos que recientemente afloran del recurso de casación al aludir a los medios utilizados por la imputada para consolidar el despojo como son la violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza y otros medios; ello porque no podría exigirse al tribunal de apelación una respuesta a aspectos que no han sido contemplados debidamente en el recurso de apelación restringida como agravio en específico en forma clara y precisa, denotando antecedentes, fundamentos y consecuencias resultantes del acto jurídico considerado como defectuoso y apoyado en la norma legal supuestamente vulnerada o inobservada, que igualmente respalde su reclamación y sugiera la aplicación pretendida, situación que no se observa una vez analizado el recurso de apelación restringida que pese al extenso contenido, en la posición global realizada, no precisó un agravio en particular que puntualice los aspectos extrañados, para igualmente exigir una respuesta puntual de parte del tribunal de alzada y determinar que de esta surge alguna situación agravante a los intereses de las partes, en este caso de la parte recurrente que no existe; por lo que, la observación alegada por el acusador particular contra la labor del tribunal de alzada, carece de sustento legal.

En cuanto a las cuestiones relativas a que el tribunal de alzada hubiese afirmado que Luciano Meyui Justiniano, no tuvo la posesión del inmueble ni demostrado haber sido despojado por la acusada Marina Bustos Gallardo de Ulloa; en el primer aspecto, se tiene que de la revisión del contenido del auto de vista impugnado, no se observa un pronunciamiento puntual en los términos acusados por el recurrente, pero el sentido aproximado a esta alusión se encuentra en lo expresado "...es así que durante el juicio oral llevado a cabo ante el Juez 8° de Sentencia en lo Penal de la Capital así como en la audiencia de inspección ocular, se ha llegado de establecer que evidentemente el querellante habitaba el inmueble conjuntamente su familia, es un hecho,..."(sic), de esta manera, el tribunal de alzada, contrariamente al entendimiento expresado en el motivo de casación, estableció un criterio que confirma el reconocimiento inicial de la calidad de poseedores que paralelamente tenían tanto el acusador particular como la imputada sobre el inmueble en cuestión, cuya titularidad fuera acreditada por la acusada, de modo que la observación en los términos aludidos por el recurrente igualmente carece de sustento. Respecto al segundo elemento, el tribunal de alzada enunció "...pero no se ha demostrado que el querellante y su familia hayan sido eyecionados o despojados del inmueble o que la autora haya sido la querellada..."(sic); estos puntos de vista, constituyen un reflejo del fundamento central asumido por el juzgador expresado en la sentencia para disponer la absolución de la imputada respecto del delito atribuido, no es posicionamiento propio o emergente del tribunal de apelación; por ende, no contrasta el desenlace que resuelve la controversia jurídica, reiterando que sobre estas observaciones, no se expuso un agravio concreto y definido en el recurso de apelación como se tiene explicado supra.

Finalmente, cabe agregar que la figura penal del despojo establecido en el art. 351 del Cód. Pen., de acuerdo a lo establecido en el precedente contradictorio invocado, para su consumación no es exigible la concurrencia de todos los medios de comisión consignados como la violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza u otros medios que denoten el cumplimiento de las condiciones de antijuridicidad exigidos por la norma, así como tampoco el sujeto pasivo asumir únicamente la calidad de poseedor en sentido jurídico estricto, sino que la misma norma incluye también a su ámbito de protección, al que ejercita la tenencia del inmueble o al que sufre el desapoderamiento o privación de un derecho real constituido sobre él, se entiende inmueble que detenta, en este sentido y de acuerdo a la observación realizada por el recurrente, ciertamente son modalidades que desencadenan en la figura del despojo al cumplimiento de uno de los elementos constitutivos del tipo penal descrito; pero en el caso de autos, si bien el recurso de apelación restringida denota un panorama expositivo de los elementos constitutivos del tipo penal de despojo, no contempla un motivo traducido en agravio determinado; por ello que el auto de vista impugnado, no ingresó a considerar mayor fundamento al respecto, siendo que este aspecto recién fue contemplado en el recurso de casación, con la pretensión de generar discusión en torno a la teoría del delito que circunda a esta figura penal que no corresponde, no obstante no haber sido específicamente denunciada en apelación restringida; por lo que, los fundamentos esbozados, no demuestran ninguna situación de contradicción entre la resolución recurrida y el precedente invocado; en consecuencia, corresponde declarar infundado el recurso de casación.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen. y lo previsto por el art. 42-I-1 de la L.O.J., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Luciano Meyui Justiniano, representado legalmente por Pelagio Menacho Espinoza, de fs. 377 a 388.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



239

Ministerio Público y otro c/ Ximena Whaded Montenegro Abujder y otro
Asesinato y complicidad
Distrito: Santa Cruz

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 22 de abril de 2016.

VISTOS: El Tribunal 5° de Sentencia de en lo Penal de la Capital, pronunció la sentencia mixta de fs. 1436 a 1450 declarando a la acusada Ximena Whaded Montenegro Abujder, autora y culpable del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen., condenándola a cumplir la pena de 30 años de presidio en el Centro de Rehabilitación de Palmasola, sin derecho a indulto, más al pago de costas procesales a calificarse en ejecución de sentencia; asimismo declara al acusado José Ayrton Menacho Abujder, absuelto del delito de complicidad y encubrimiento en asesinato, previsto en el art. 23 con relación al 252 y 171 del Cód. Pen., en aplicación del art. 363-2 del Cód. Pdto. Pen.; resolución que fue objeto de los recursos de apelación restringida por parte del querellante Víctor Alfredo Ferrufino Daza y la acusada Ximena Whaded Montenegro Abujder, tal como consta por los memoriales de fs. 1468 a 1471 y fs. 1472 a 1485 vta. de obrados, por lo que de la revisión inicial de los datos del proceso se evidencia que las apelaciones restringidas interpuestas por los recurrentes, han sido presentadas dentro de los alcances del art. 407 de la L. N° 1970 y en el plazo previsto por el art. 408 del citado cuerpo de leyes, siendo viable ingresar a considerar los aspectos de fondo que argumentan los recurrentes conforme a las previsiones otorgadas por el art. 398 del citado Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: Que formalizadas y relacionadas así las acusaciones, el trámite del juicio oral, la sentencia y las apelaciones restringidas, corresponde verificar si de acuerdo a las conductas antijurídicas de los acusados se configura el tipo penal calificado por el acusador fiscal y particular; en este sentido primero debemos analizar si existió el delito de asesinato previsto y sancionado por el art. 252 del Cód. Pen.

CONSIDERANDO: Que el delito de asesinato, previsto en el art. 252 del Cód. Pen., es uno de los delitos más graves en el cual la vida es el bien jurídico protegido, es el primer derecho fundamental del que goza toda persona humana, así lo consagra la Constitución Política del Estado, concordante con los arts. 4-1, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de manera que el art. 252 del Cód. Pen., señala claramente que: "Será sancionado con la pena de presidio de treinta años, sin derecho a indulto, el que matare:

- 1) A sus descendientes o cónyuge o conviviente, sabiendo que lo son.
- 2) Por motivos fútiles o bajos.
- 3) Con alevosía o ensañamiento.
- 4) En virtud de precio, dones o promesas.
- 5) Por medio de sustancias venenosas u otras semejantes.
- 6) Para facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados.
- 7) Para vencer la resistencia de la víctima o evitar que el delincuente sea detenido".

Que el asesinato es un acto que es considerado un delito contra la vida para el derecho y normalmente es la infracción más grave que recogen los códigos penales de la mayoría de los países. Para determinar si dicha infracción es una variante agravada del homicidio o un delito autónomo, lo decisivo son las circunstancias que integran el tipo penal, que pueden ser de carácter objetivo, ya sea por alevosía, utilización de veneno, explosivos, precio, promesa o recompensa, o de carácter subjetivo, premeditación, ensañamiento, sadismo, etc. Con la concurrencia

de una de ellas es suficiente para calificar una muerte dolosa de asesinato. El asesinato (también denominado en otros países homicidio calificado) es un delito contra la vida humana, de carácter muy específico, que consiste en matar a una persona concurriendo ciertas circunstancias, y entre ellas tenemos a la alevosía, precio, recompensa o promesa remuneratoria y ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. La diferencia que existe entre el asesinato y el homicidio se da cuando el homicidio es el delito que alguien comete por acabar con la vida de una persona sin premeditación ni preparación anticipada, en cambio el asesinato requiere de un mayor número de requisitos. Si bien el tema se ha discutido mucho, el asesinato no se trata de un simple homicidio agravado, sino de un delito distinto (de acuerdo con la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia), en el que las circunstancias señaladas son elementos constitutivos del mismo. En el asesinato existe una mayor intensidad del propósito criminal que en el homicidio, por los medios perjudiciales utilizados de un modo especial o por la inconfundible malicia y peligrosidad que se revela. Existe, sin embargo, materia jurisprudencial y doctrinal en contrario, lo que refleja las discusiones que aún hoy este tema suscita. Por todo ello, no existe el asesinato imprudente, sino que lleva siempre aparejada la intencionalidad, el dolo.

Que ahora la recurrente Ximena Whaded Montenegro Abujder pretende que se la condene por el delito de homicidio culposo previsto en el art. 260 del Cód. Pen. indicando que su conducta no se adecua al delito de asesinato previsto en el art. 252 del Cód. Pen.; por lo que al referirnos al homicidio culposo, podemos indicar que consiste en causar la muerte, un ser humano a otro, obrando con culpa, o sea, sin intención o dolo, pero con negligencia. Por ejemplo, a alguien limpiando un arma se le escapa un tiro, y mata a otra persona, que estaba junto a él. Un automovilista circula rápido y no puede frenar cuando se le cruza un peatón, y le da muerte. El anestesista, que causa la muerte de un paciente al administrar mal la anestesia, por descuido. El accionar culposo del homicida es el que debe ser el causante de la muerte, pues si este hecho igual sucedería por culpa concurrente de la víctima, la figura delictiva no se configura. No puede haber compensación de culpas, pues a pesar de que el sujeto pasivo haya también participado con su culpa, el homicidio culposo existirá si del accionar del actor, se derivó en la muerte de la víctima. Por ejemplo, no podemos alegar para quitar responsabilidad a quien limpiaba el arma, que también la víctima tuvo culpa, por sentarse a su lado mientras hacía tan peligrosa tarea, en este caso el que limpia su arma tiene que prevenir el peligro que representa. El simple hecho de la no observancia de ciertas ordenanzas o reglamentos no coloca al autor del hecho en la posición de homicida culposo, sino que debe existir una relación de causa efecto entre la conducta culposa, y la muerte consecuente. El Código Penal boliviano legisla sobre este delito de acción pública en su art. 260, para el que tiene prevista una pena de 6 meses a tres años, pero si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo, la sanción será de uno a cinco años de reclusión. También el Código Penal prevé la inhabilitación especial para el que en ejercicio de su arte o profesión le causare a otro la muerte por su impericia, negligencia o imprudencia o por no atender a los deberes a su cargo. Procede la inhabilitación siempre que se necesiten conocimientos especializados en el desempeño de una acción. No necesariamente debe ser un profesional médico, o policía, sino también puede inhabilitarse para manejar a un conductor de vehículos. Al no requerirse el dolo, para configurar el homicidio culposo, no puede existir ni la tentativa, ni la participación. Los agravantes y atenuantes pueden aplicarse, en la medida que sea compatible con el obrar con culpa. En el homicidio culposo no existe la intención de matar. El daño resulta como consecuencia de alguna imprevisión.

CONSIDERANDO: Que por su parte respecto al grado de participación de complicidad, diremos que la idea fundamental de la complicidad es la cooperación que se presta a otro en la realización de un hecho punible doloso, ya sea comisivo u omisivo. El cómplice y el inductor carecen del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito. El cómplice no genera la resolución criminal en el autor porque de ser así pasaría a ser inductor; sin embargo, su actuar puede reforzar la decisión ya asumida. Si bien es común que el autor conozca de la ayuda que se le presta, no es necesario que esto suceda. Aquí estamos frente a los casos de complicidad oculta; esta característica es una nota distintiva más de la complicidad respecto a la coautoría, donde se requiere un acuerdo común, sea expreso o tácito. No obstante, debe anotarse que una cosa es que el autor no conozca la ayuda que recibe y otra muy distinta es que el cómplice ignore o desconozca que presta una ayuda efectiva. Esto último nunca puede ocurrir pues de ser así estaríamos frente a una complicidad imprudente que resulta impune en nuestro ordenamiento. La complicidad técnica o fáctica se manifiesta, por ejemplo, en la entrega de un arma, en el dar un instrumento, en el actuar de campana, el señalar donde se encuentra la víctima, el indicar la dirección donde se realizan abortos, etc. Su característica principal es consistir en aportaciones materiales que básicamente se reducen a "dar o hacer algo". La complicidad psíquica está dada por los "consejos", mediante los cuales el autor refuerza la decisión criminal o recibe ideas que facilitan o posibilitan el hecho. Ese es el caso de cuando se explica cómo abrir una caja fuerte, como cometer una estafa o, en general, cuando se describe cómo llegar a una ejecución más segura, eficiente rápida del hecho o la serie de datos que refieren como obtener la mayor ventaja posible (asesoría técnica o profesional). La delimitación de una y otra forma de complicidad, si bien teóricamente es clara, en la práctica se torna borrosa puesto que una ayuda fáctica puede, en la medida que el autor conozca de ella, constituir un fortalecimiento moral o psicológico que genera una complicidad intelectual.

Esto tiene importancia cuando el autor no emplea o no acepta la ayuda que se le ofrece (complicidad frustrada) pero entiende dicho acto como un fortalecimiento de su voluntad criminal. En estos casos la ayuda material que se promete brindar (complicidad fáctica) termina fortaleciendo la resolución criminal (complicidad psíquica), perdiendo así su característica inicial. Pese a lo apuntado sigue siendo discutible si debe ser sancionado como cómplice el que presencia la comisión de un delito o el que acompaña sin más al autor, no desplegando aporte alguno sobre el hecho. La respuesta definitiva al problema planteado tiene que obtenerse del análisis del caso concreto y del contexto situacional. Sin embargo, debemos estar de acuerdo con Roxin cuando sostiene que la sensación tranquilizante para el autor, proporcionada por quien está allí (en el lugar de los hechos) inactivo no entraría a considerarse como una actividad a favor del hecho por lo que no puede considerarse como una forma de complicidad. Un acto de estar presente pasivamente no es ninguna complicidad punible, al faltar una posición de garantía. Como tampoco lo es si el autor se siente motivado a continuar sus actividades delictivas por la idea de que el que está presente no lo va a delatar y no se va interponer en su camino. Distinto, sin embargo, es el caso, y por tanto será punible, aquel que aparece en el escenario criminal y está dispuesto a intervenir en el hecho si fuera necesario, al existir un acuerdo previo con el autor. Si bien la mayoría de casos de complicidad suelen ser cometidos por conducta positiva; nada impide que exista, también, complicidad por omisión, siempre que subsista una posición y deber de garantía. Este parecer mayoritario en la doctrina y jurisprudencia alemana no deja de generar opiniones

encontradas en la ciencia penal española. En tanto la jurisprudencia y una parte de la doctrina admiten la complicidad omisiva siempre que concorra un deber de garantía, otro sector doctrinario la admite sin exigir éste requisito adicional como es el deber de garante. No faltan autores que la niegan y excluyen de modo rotundo como forma de complicidad. Cómplice, en Derecho Penal, es una persona que es responsable penal de un delito o falta pero no por haber sido el autor directo del mismo, sino por haber cooperado a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. La figura del cómplice aparece en todos los ordenamientos jurídicos, si bien puede tener un tratamiento diferente y pueden existir matices con respecto a distintas formas de complicidad. En este sentido, en ocasiones se distingue entre:

Cooperador necesario: El que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Cómplice propiamente dicho: Aquel que coopera en la ejecución del delito, aunque sin su cooperación el delito podría haberse llevado a cabo en cualquier caso (el cómplice no domina el hecho).

En ocasiones las penas para cada uno de estos tipos de cómplice son distintas, asimilándose el cooperador necesario a la figura del autor. El cómplice, por su parte, suele tener una pena atenuada. Sin embargo en tratándose de delitos de 1008, cuando se incauta una gran cantidad de sustancias controladas, la pena puede ser aumentada de acuerdo al criterio del juez o tribunal.

Para que haya complicidad debe existir acuerdo de voluntades:

Antecedente: antes de la conducta.

Concomitante: al momento del hecho o conducta.

Subsiguiente: un acuerdo anterior para que el autor actué posteriormente.

Esta situación jurídica está claramente comprendida dentro de los alcances del art. 23 del Cód. Pen., cuando se establece que cómplice es: el que dolosamente facilita o coopera del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho. Será sancionado con la pena prevista para el delito, atenuada conforme al art. 39, el cómplice es sancionado con dos terceras partes de la pena imponible al autor principal.

Que respecto al encubrimiento previsto en el art. 171 del Cód. Pen., diremos que este delito presupone la existencia de otro, por eso algunos códigos no lo consideran autónomo sino como una forma de participación.

Nuestro Código Penal la igual que otros lo considera autónomo aunque para existir suponga la comisión de un delito anterior; el sujeto pasivo y el bien jurídico lesionado es la administración de justicia. Sujeto activo puede ser cualquiera; este delito puede revestir dos formas: el ayudar a eludir la justicia a través de cualquier medio, ocultando al culpable, dándole recursos o medios para que escape, etc., también se comete el delito al no denunciar un delito de los llamados públicos, puesto todos estamos obligados a hacerlo, seamos o no afectados directamente por ellos. Siempre es delito formal, se consuma en el momento que se ayuda a eludir la acción de la justicia o se obstaculice su acción.

CONSIDERANDO: Que del estudio minucioso de los datos del proceso elevados en originales, lo expuesto por los sujetos procesales y todo cuanto convino ver, se llega a determinar que, el Tribunal 5° de Sentencia en lo Penal de la Capital, al dictar el fallo judicial condenatorio de fs. 1436 a 1450, ha procedido en forma correcta y conforme a lo previsto por los arts. 342, 360-1, 2 y 3 y 365 del Cód. Pdto. Pen., ya que ha tomado en cuenta que la prueba aportada es suficiente para generar la convicción plena sobre la responsabilidad penal de la acusada apelante Ximena Whaded Montenegro Abujder en la comisión del grave delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen.; en ese sentido, se evidencia que en el presente caso resultó ser víctima el ciudadano Alfredo Ferrufino Castro, quien fallece como producto del disparo de un arma de fuego calibre 22 corto que fue accionado por la acusada Ximena Whaded Montenegro Abujder; a esta conclusión se llega porque el médico forense Dr. Hugo Cuéllar Villagra informó que se le extrajo un proyectil de arma de fuego del interior de la cabeza del occiso que había ingresado por el ojo izquierdo y el proyectil quedó adentro, por lo que su muerte fue rápida, instantánea, el médico informó que el occiso no tenía otras lesiones en el cuerpo; por lo que ese certificado médico tiene todo el valor legal por haber sido emitido por una autoridad legalmente designada para el efecto; estos hechos vienen a constituir el delito de asesinato, previsto en el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen.; por lo que se llega a la conclusión que la muerte de Alfredo Ferrufino Castro fue por motivos bajos o fútiles, además que era cónyuge de la acusada.

CONSIDERANDO: Que se establece que la sentencia se basa en hechos ciertos y existentes en obrados, y que la valoración de la prueba se la hizo tomando en cuenta las exigencias de los arts. 124, 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen., es decir que el tribunal inferior asignó el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor para fundar una sentencia condenatoria, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencia ofrecida en el juicio oral, además las pruebas fueron introducidas e incorporadas al juicio con todas las formalidades de ley y con la correspondiente intermediación ante el tribunal conformado por los jueces técnicos, sin incurrir en los defectos previstos por el art. 370-3, 4, 5 y 6 del Cód. Pdto. Pen.; es así que el Tribunal 5° de Sentencia en lo Penal de la Capital, al dictar la sentencia condenatoria contra Ximena Whaded Montenegro Abujder, obró con sujeción a lo previsto por los arts. 20 y 252-1 y 2 del Cód. Pen., y 171, 333, 344, 346, 347, 350, 358, 360, 361 y 365 del Cód. Pdto. Pen., toda vez que las pruebas presentadas por el Ministerio Público y el acusador particular fueron incorporadas y producidas en juicio oral, gozando de toda legitimidad y credibilidad, ya que fueron acumuladas al proceso respetando el debido proceso, por lo que las pruebas han sido introducidas al juicio oral en forma lícita, en estricta aplicación de los arts. 12, 13, 171, 173, 177, 178, 193, 294, 204, 206, 216, 217, 218, 219, 341, 349, 350 y ss. del Cód. Pdto. Pen.; asimismo se evidencia que dentro de sus declaraciones testificales se observó con plena claridad, datos precisos, concluyentes e incuestionables, con plena credibilidad que los componentes del tribunal pudieron apreciar de forma armónica en su conjunto, y que dichas declaraciones testificales se relacionan con el hecho principal; toda esta prueba generó en el tribunal la plena convicción de la culpabilidad y participación activa de la acusada en el grave delito de asesinato.

CONSIDERANDO: Que la recurrente dice que la sentencia condenatoria no contiene la enunciación del hecho, objeto de juicio o su determinación circunstanciada; al respecto diremos que no es cierto lo afirmado por la recurrente, ya que de la simple lectura de la sentencia podemos apreciar que en el acápite de introducción de la causa el tribunal inferior hace una detallada y precisa la enunciación y relación de los hechos que motivaron la presente acción penal, detallando los hechos con fechas y otros datos sobre los cuales se ha iniciado la acción penal a instancias del Ministerio Público y Víctor Alfredo Ferrufino Daza, con lo cual se demuestra que no se da el defecto previsto en el art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen. como pretende la acusada recurrente.

Que asimismo la recurrente dice que la sentencia se basa en elementos o medios probatorios no incorporados legalmente al juicio oral; al respecto diremos que no es evidente ya que todas las pruebas de cargo, tanto documentales, periciales y testificales, así como materiales han sido insertados y judicializados al proceso penal por su lectura conforme lo manda el art. 333 del Cód. Pdto. Pen., y en su obtención de dichas pruebas también se han seguido los pasos procedimentales correspondientes, se han dado a conocer mediante notificaciones a los sujetos procesales a fin de no causar indefensión; sin embargo pese a ello, podemos verificar que la recurrente en su debida oportunidad no hizo reserva de recurrido, no ha reclamado oportunamente su saneamiento, además la recurrente no ha explicado qué leyes se han violentado, no ha explicado en qué consiste la violación, si es inobservancia o si es errónea aplicación de la ley sustantiva, debió explicar en qué consiste el error y de qué forma debía ser aplicada la ley, pues no basta simplemente citar disposiciones legales; en este caso no se ha indicado ni mucho menos se ha presentado precedentes contradictorios, y se violenta la omisión del art. 416 del Cód. Pdto. Pen.

Que asimismo la recurrente dice que la sentencia carece de fundamentación, que es contradictoria y que se habría incurrido en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.; al respecto diremos que tal afirmación no es evidente, ya que este tribunal de alzada considera que la sentencia condenatoria impugnada cumple con lo normado por el art. 124 y 360-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen., puesto que contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico, es decir se ha fijado clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre la cual se ha emitido el juicio respecto al delito de asesinato previsto en el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen., que es lo que se conoce como fundamentación fáctica. Además del análisis de la sentencia impugnada, se puede extraer que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia del juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la citada ley como alega la recurrente, toda vez que el tribunal inferior al valorar las pruebas de cargo y de descargo ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba destilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena é incontestable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia; es decir ha dado razones jurídicas del porqué está emitiendo una sentencia condenatoria contra la imputada por el delito de complicidad en asesinato; no existe el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., ya que en la fundamentación y motivación de la misma no se evidencia ninguna contradicción, la parte considerativa es correlativa con la parte resolutoria de la sentencia y cumple con todos los requisitos previstos en el art. 360 del citado Cód. Pdto. Pen.

Que en cuanto a la valoración de la prueba, la recurrente hace afirmaciones bastantes subjetivas unilaterales y pretende que este tribunal ingrese a considerar y analizar nuevamente las pruebas que ya fueron de análisis ante el Tribunal 5° de Sentencia en lo Penal de la Capital, situación que no está permitida en alzada, ya que este tribunal solo está permitido verificar si dichas pruebas cumplen con la sana crítica que señalan los arts. 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen. y debe también verificar si no violentan derechos fundamentales de la acusada; y en este caso luego de la revisión se evidencia que las pruebas de cargo, documentales, periciales, testificales como materiales cumplen con su objetivo principal, cual es la de demostrar objetivamente la consumación del delito acusado de asesinato, y que se relaciona muy íntimamente con la conducta de la acusada Ximena Whaded Montenegro Abujder; por cuya razón el tribunal inferior aplicó debidamente el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

Que el cambio de tipicidad que pretende la acusada del delito de asesinato por el delito de homicidio culposo no se da en este caso, porque en primer lugar ella admite y afirma que es la autora del disparo con arma de fuego, ese es un hecho real comprobado, sin embargo tampoco es menos cierto que al ser la víctima su cónyuge se adecúa a lo previsto por el inc. 1 del art. 252 del Cód. Pen., y al haberlo victimado por motivos bajos o fútiles también se adecua al inc. 2 de la citada disposición legal; entonces al existir ensañamiento y dolo en la conducta de la acusada, no se puede argüir la existencia de un simple delito de homicidio culposo, porque ella actuó con premeditación ya que había llevado un arma de fuego preparada para hacer uso en su debida oportunidad, entonces en este caso existe dolo.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la apelación restringida interpuesta por el querellante Víctor Alfredo Ferrufino Daza, debemos indicar que éste recurre solo parcialmente contra la sentencia absolutoria; al respecto diremos que el recurrente dice que no se valoró la prueba de cargo, pero que pretende que este tribunal de alzada lo haga, desconociendo el procedimiento penal que no permite hacer una nueva valoración de la prueba en alzada; en cuanto a la impugnación de la Entrevista de Campo, diremos que no existe reserva de recurrir en su debida oportunidad, y al contrario el tribunal al judicializar dicha prueba ha obrado con sujeción a lo que establece el art. 333 del Cód. Pdto. Pen.; asimismo el recurrente dice que en la sentencia no se ha transcrito todo lo llevado a cabo en las actas de juicio oral, al respecto debemos aclarar que la sentencia no es un acta de audiencia, ya que en la sentencia solo se debe detallar, fundamentar y motivar del porqué se está condenando o del porqué se está absolviendo a un acusado, no se debe confundir el acta con una sentencia, ya que todos los actos llevados en el juicio oral se encuentran registrados en el sistema, y el tribunal solo considera lo pertinente y útil para fundamentar su sentencia; en todo caso, el tribunal inferior a tiempo de dictar su sentencia absolutoria explicó adecuadamente cuál fue la prueba generada en el tribunal que determinó que la conducta del acusado José Ayrton Menacho Abujder no se habría adecuado al tipo penal acusado de complicidad en asesinato, y cuales han sido las pruebas que son consideradas como insuficientes para no generar plena convicción en el tribunal sobre la culpabilidad del acusado; de lo que se deduce que el tribunal inferior ha valorado correctamente la prueba producida en el juicio, bajo los

principios establecidos en los arts. 329, 330, 333, 334, 350 y 355 del Cód. Pdto. Pen., asimismo ha fundamentado y motivado su sentencia cumpliendo con lo establecido por el art. 124 de la L. N° 1970, al haber realizado una correcta valoración de la prueba usando las facultades que otorgan los arts. 171 y 173 de la L. N° 1970.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, y aplicando lo determinado por el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLES e IMPROCEDENTES las apelaciones restringidas planteadas por el querellante Víctor Alfredo Ferrufino Daza y la acusada Ximena Whaded Montenegro Abujder a fs. 1468 a 1471 y fs. 1472 a 1485 vta. contra la sentencia mixta de fs. 1436 a 1450 por el Tribunal 5° de Sentencia en lo Penal de la Capital.

Se advierte a las partes, que tienen el plazo de cinco días para recurrir de casación contra el presente fallo, en atención a lo previsto el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Zenón Rodríguez Zeballos.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Zenón Rodríguez Zeballos.- Sigfrido Soletto Gualoa.

Ante mí: Abg. Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 9 de junio de 2016, cursante de fs. 1552 a 1564, Ximena Whaded Montenegro Abujder, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 34 de 22 de abril de 2016, de fs. 1542 a 1547, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Zenón Rodríguez Zeballos y Sigfrido Soletto Gualoa, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Víctor Alfredo Ferrufino, contra la recurrente y José Ayrton Menacho Abujder, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252 con relación a los incs. 1 y 2 del Cód. Pen. y complicidad en el citado tipo penal.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 82 de 6 de octubre de 2015 (fs. 1436 a 1450), el Tribunal Quinto de Sentencia de Santa Cruz, declaró a Ximena Whaded Montenegro Abujder, autora de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto, con costas y daños a ser regulados en ejecución de sentencia; absolviendo, al co-imputado José Ayrton Menacho Abujder, del delito complicidad y encubrimiento, tipificados en los arts. 23 con relación al 252 y 171 del Cód. Pen., suspendiendo las medidas cautelares interpuestas en su contra, sin costas para el Ministerio Público.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusador particular Víctor Alfredo Ferrufino Daza (fs. 1468 a 1471) y la imputada Ximena Whaded Montenegro Abujder (fs. 1472 a 1485 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 34 de 22 de abril de 2016, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisibles e improcedentes los citados recursos, motivando la interposición de recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 870/2016-RA de 7 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) La recurrente inicialmente denuncia la falta de fundamentación del auto de vista, porque resuelve los recursos de apelación restringida, sin establecer previamente los puntos que fueron objeto de análisis, concluyendo directamente de manera subjetiva, que los recursos fueron interpuestos dentro de los alcances del art. 407 de la L. N° 1970 y concluir que es viable ingresar a considerar el fondo de los argumentos, sin que esté claro si analizó la existencia del delito por el desfile probatorio o por la adecuación típica de su conducta al tipo penal, preguntándose qué aspectos habrían abierto la competencia del tribunal de apelación, o cuál es su objeto de revisión, para concluir de manera directa que el Tribunal Quinto de Sentencia, al dictar el fallo procedió de forma correcta y conforme a lo previsto por los arts. 342, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen., conclusión a la que llega sin hacer un ejercicio adecuado del caso concreto, por lo que a su criterio se habría actuado de oficio, lo cual dificultaría la delimitación de los parámetros en un eventual recurso de casación, situación que afectaría el debido proceso. Cita como precedente contradictorio el A.S. N° 26/2013 de 8 de febrero.

2) Denuncia que el auto de vista recurrido, tampoco se habría pronunciado sobre la denuncia, referente a que la sentencia se habría basado en medios no incorporados legalmente al juicio, porque no explica en que consiste la legalidad o licitud de las pruebas observadas de irregulares, situación que provoca un estado de indefensión.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado, debiendo el tribunal de alzada dictar un nuevo fallo considerando los fundamentos jurisprudenciales con relación a la modificación del delito de asesinato dispuesto en primer grado, por el delito de homicidio culposo.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 870/2016-RA de 7 de noviembre, cursante de fs. 1578 a 1580 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Ximena Whaded Montenegro Abujder, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 82 de 6 de octubre de 2015, el Tribunal Quinto de Sentencia de Santa Cruz, declaró a Ximena Whaded Montenegro Abujder, autora de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto, con costas y daños a ser regulados en ejecución de sentencia; y, absuelto al co-imputado José Ayrton Menacho Abujder, del delito complicidad y encubrimiento, tipificados en los arts. 23 con relación al 252 y 171 del Cód. Pen., en base a los siguientes argumentos:

i) De acuerdo a los hechos probados, se tiene que la imputada subsumió su conducta al delito de asesinato, debido a que se demostró que era conviviente de la víctima con quien vivía en el mismo lugar donde le causó y provocó la muerte, también se demostró que fruto de dicha relación tuvieron una pequeña niña; por tanto, la imputada sabía perfectamente que era su cónyuge o concubino y al haberle ocasionado la muerte, su conducta se adecuó al delito de asesinato.

ii) Sobre el motivo fútil, señala que éste surge cuando la conducta de un acusado o acusada al momento de materializar el ilícito penal, lo hace despreciando valores que tiene una sociedad organizada y le da poco o ningún interés a los bienes que esta lesionando, no aprecia los derechos fundamentales como es el derecho a la vida, que es el bien supremo que protege el estado. En el caso presente al haber hecho un disparo mortal a su pareja o conviviente que era el padre de su pequeña hija, lo hace con un desprecio a la vida, porque esa vida significa la vida de su pequeña hija, significa la vida de su núcleo familiar donde ella compartía y vivía; consiguientemente, su conducta también se subsume dentro del alcance de este tipo penal.

iii) Respecto a la alevosía y ensañamiento; al haberse causado la muerte con un disparo mortal, es muy difícil sostener que haya habido en la conducta de la acusada una alevosía o ensañamiento, por lo que no es aplicable esta descripción normativa penal, menos los demás incisos que reconoce la norma penal en el art. 252 del Cód. Pen.

iv) En cuanto se refiere a la situación jurídica del co-imputado José Ayrton Menacho Abujder, al no tener el tribunal el convencimiento y certeza de su participación en los hechos ilícitos acusados, corresponde aplicar el art. 363-3 del Cód. Pdto. Pen. y dictar sentencia absolutoria.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Notificada la imputada Ximena Whaded Montenegro Abujder, interpone recurso de apelación restringida contra la sentencia pronunciada, con los siguientes argumentos:

1) Denuncia que la sentencia condenatoria no contiene la enunciación del hecho, objeto de juicio o su determinación circunstanciada, aspecto establecido en el art. 370-3 y 407 del Cód. Pdto. Pen.

2) La sentencia se basa en elementos o medios probatorios no incorporados legalmente al juicio, incurriendo en el defecto comprendido en el art. 370-4 del Cód. Pdto. Pen.

3) La existencia del defecto de la sentencia establecido en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, que la sentencia se basó en hechos inexistentes, no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba; así como en el desarrollo de dicho motivo, haciendo referencia a que la sentencia carece de fundamentación, que es contradictoria y que se habría incurrido en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

4) Finalmente, la impetrante solicita se cambie la tipificación del hecho que se atribuye de asesinato por el de homicidio culposo, teniendo en cuenta que existió errónea aplicación de la ley sustantiva prevista en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Santa Cruz, resolvió el recurso de apelación restringida a través del auto de vista impugnado, declarando admisible e improcedente el recurso planteado por la imputada, en base a los siguientes aspectos:

a) No es cierto lo afirmado por la recurrente, ya que de la simple lectura de la sentencia se puede apreciar que en el acápite de introducción de la causa, el tribunal inferior hace una detallada, precisa enumeración y relación de los hechos y otros datos sobre los cuales se inició la acción penal a instancias del Ministerio Público y Víctor Alfredo Ferrufino Daza, con lo cual se demuestra que no se da el defecto previsto en el art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen., como pretende la recurrente.

b) El segundo motivo no es evidente, porque todas las pruebas de cargo tanto documentales, periciales y testificales, así como materiales, fueron insertadas y judicializadas al proceso penal por su lectura conforme lo manda el art. 333 del Cód. Pdto. Pen. y en la obtención de dichas pruebas también se siguió los pasos procedimentales correspondientes; también, señala que se dio a conocer estas actuaciones mediante notificaciones a los sujetos procesales a fin de no causarles indefensión; sin embargo, pese a ello se verificó que la recurrente en su debida oportunidad no hizo reserva de recurrir, lo que quiere decir que no reclamó oportunamente su saneamiento; además, la recurrente no explicó qué leyes se violentaron, así como tampoco explicó en que consiste la violación denunciada, si es inobservancia o si errónea aplicación de la ley sustantiva, por lo que debió explicar en qué consistió el error y de qué forma debía ser aplicada la ley, pues no basta simplemente citar disposiciones legales, en este caso no se indicó ni mucho menos se presentó precedentes contradictorios y por ello que se omitió lo previsto por el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.

c) Respecto del tercer motivo refirió que no es evidente lo denunciado, ya que este tribunal de alzada considera que la sentencia condenatoria impugnada cumple con lo normado por el art. 124 y 360-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico; es decir, se ha fijado clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se emitió el juicio respecto al delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen., que es lo que se conoce como fundamentación fáctica. Además del análisis de la sentencia impugnada, se puede extraer que se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en audiencia del juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la citada ley como alega la recurrente; toda vez, que el tribunal inferior al valorar las pruebas de cargo y de descargo ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos con la ciencia, consciencia y experiencia; es decir, ha dado razones jurídicas del porqué está emitiendo una sentencia condenatoria contra la imputada por el delito de asesinato; en consecuencia, no existe el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., ya que en la fundamentación y motivación de la misma no se evidencia ninguna contradicción, porque la parte considerativa es correlativa con la parte resolutive de la sentencia y cumple con todos los requisitos previstos por el art. 360 del Cód. Pdto. Pen.

d) Con relación al cuarto motivo refirió relativo a la valoración de la prueba, señala afirmaciones bastante subjetivas, unilaterales y pretende que el tribunal ingrese a considerar y analizar nuevamente las pruebas, que ya fueron de análisis ante el Tribunal Quinto de Sentencia en lo Penal de la Capital, situación que no está permitida en alzada, ya que al tribunal de alzada sólo le está permitido verificar si dichas pruebas cumplen con la sana crítica que señalan los arts. 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen. y debe también verificar si no violentan derechos fundamentales de la acusada y en este caso, luego de la revisión, se evidencia que las pruebas de cargo, documentales, periciales, testificales, como materiales cumplen con su objetivo principal, cual es la de demostrar objetivamente la consumación del delito acusado de asesinato y que se relaciona muy íntimamente con la conducta de la causada; por cuya razón, el tribunal inferior aplicó debidamente el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

e) No es posible la pretensión de calificar el hecho como homicidio culposo, porque en primer lugar la imputada admite y afirma que es la autora del disparo con arma de fuego, siendo un hecho real comprobado; sin embargo, tampoco es menos cierto que al ser la víctima su cónyuge se adecua a lo previsto por el inc. 1 del art. 252 del Cód. Pen. y al haberlo victimado por motivos bajos o fútiles también se adecua el inc. 2 de la referida disposición legal; entonces, al existir ensañamiento y dolo en la conducta de la acusada, no se puede argüir la existencia de un simple delito de homicidio culposo, porque ella actuó con premeditación ya que había llevado un arma de fuego preparada para hacer uso en su debida oportunidad, por lo que en este caso existió dolo.

III. Verificación de contradicción entre el auto de vista con el precedente invocado y de vulneración de derechos y garantías

En el presente recurso de casación la parte imputada denuncia que: 1) El auto de vista es contradictorio con el precedente invocado porque el tribunal de alzada no se pronunció sobre todos los puntos impugnados en la apelación restringida; y, 2) Se incurrió en incongruencia omisiva porque no se habría pronunciado respecto de la denuncia de que la Sentencia se basó en medios incorporados de manera ilegal, consistente en las declaraciones informativas marcadas como 1 a 8 recibidas en el lugar del hecho, por lo que corresponde verificar dichos extremos.

III.1. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal Superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia del precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional; toda vez, que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos Autos de Vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este tribunal, el A.S. N° 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: "El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: 'El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema', en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: 'Si existe contradicción la resolución

establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida’.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: ‘...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación’, norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.Ó.J., que instituye como atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: ‘Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance’. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: ‘Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar’.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal’.

III.2. Consideraciones doctrinales y normativas sobre la incongruencia omisiva.

El art. 115-I de la C.P.E., hace hincapié en la protección oportuna y efectiva de los derechos e interés legítimos, cuando señala que: “Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Este derecho en su contenido evidencia distintas dimensiones como el derecho de libre acceso al proceso, el derecho a la defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre las pretensiones planteadas, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas y el derecho a los recursos previstos por ley.

En ese contexto, se incurre en el defecto de la incongruencia omisiva (*citra petita* o *ex silentio*) al no pronunciarse una autoridad jurisdiccional sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., temática que fue ampliamente desarrollada por este tribunal en el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, refiriendo que: “...sin embargo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la Resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada.

La incongruencia omisiva quebranta el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del Tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual, ‘...sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo’ (Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416).

Igualmente, refiere el versado Couture, que: 'El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: tantum devolutum quantum appellatum' (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo - Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300).

Lo anterior significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. textualmente refiere: 'Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución', se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada".

III.3. Control de legalidad y logicidad de la sentencia.

Conforme la reiterada doctrina legal establecida por el máximo Tribunal de Justicia, se ha dejado sentado que el sistema recursivo contenido en el Código de Procedimiento Penal, fue establecido con la finalidad de que los sujetos procesales, que se consideraran agraviados con la emisión de un fallo, puedan acudir ante un Tribunal superior a efectos de hacer valer sus pretensiones, efectivizándose así las garantías jurisdiccionales, principios y garantías constitucionales contenidos en los arts. 109, 115, 116 y 180-I, II de la C.P.E. relativos a los arts. 8.2 inc. h) de la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica), y art. 14-5 de la L. N° 2119 de 11 de septiembre de 2000 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En etapa de alzada, la normativa procesal penal, establece que el recurso de apelación restringida constituye el único medio para impugnar la Sentencia; consecuentemente, el control de la legalidad ordinaria y logicidad del fallo de mérito, debe ser ejercido por el tribunal de apelación conforme disponen los arts. 51-2 del Cód. Pdto. Pen. y 58-1 de la L.ÓJ. Debe añadirse que este control debe estar sustentado en la Ley, observando, siempre conforme lo alegado en el recurso de alzada, que la sentencia no haya incurrido en los defectos descritos en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que pudieran tener como consecuencia la configuración de defectos absolutos invaliables por vulneración a normativa penal sustantiva o adjetiva y con ella infracción de derechos y garantías establecidas en la Constitución Política del Estado.

III.4. Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de resolver las temáticas planteadas y a los fines de verificar si el tribunal de alzada, al momento de pronunciarse respecto de la apelación restringida interpuesta por Ximena Whaded Montenegro Abujder incurrió en los defectos que se invoca, corresponde ingresar al análisis de los argumentos planteados:

Con relación al primer motivo, debe quedar claro que si bien la recurrente refiere la existencia de una falta de fundamentación al inicio de este motivo; sin embargo, del contenido integral de su planteamiento se establece que es vinculado a la existencia de incongruencia omisiva, motivo por el cual el auto supremo de admisión emitido en la presente causa estableció que el marco del análisis en el fondo de esta denuncia versaría solamente sobre la denuncia de que: "el auto de vista es contradictorio con el precedente invocado porque el tribunal de alzada no se pronunció sobre todos los puntos impugnados en la apelación restringida", vale decir sobre una supuesta incongruencia omisiva; de donde se tiene, que la recurrente invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 26/2013 de 8 de febrero, que fue dictado dentro de un proceso penal por la presunta comisión de los delitos de homicidio en grado de tentativa, lesiones gravísimas y graves, previstos y sancionados por los arts. 251, con relación al 8, 270-2, 4 y 5, y 271-1 del Cód. Pen., en el que se constató que el tribunal de alzada omitió pronunciarse sobre la denuncia de ausencia de fundamentación probatoria y se alejó considerablemente de los aspectos cuestionados en el recurso de apelación restringida, deviniendo en un defecto absoluto invaliable que vulneró el derecho a recurrir, al debido proceso y la tutela judicial efectiva; en consecuencia, en base a esos antecedentes, estableció la siguiente doctrina legal aplicable:

"De acuerdo a la jurisprudencia contenida en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2006 y el entendimiento desarrollado por el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, todo Auto de Vista debe ser debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida; asimismo es preciso dejar sentado de que toda fundamentación debe circunscribirse a absolver de manera puntual y objetiva el fondo de la denuncia o denuncias realizadas, sin que la argumentación vertida sea evasiva, incongruente o haga alusión a aspectos distintos a los denunciados, toda vez que ésta circunstancia deja en estado de indeterminación e incertidumbre a las partes, al no haberse absuelto de manera efectiva sus acusaciones.

En ese entendido, no existe fundamentación en el auto de vista cuando en el mismo se evidencia que el tribunal de alzada no se pronunció sobre todos los puntos impugnados que se encuentre en el recurso de apelación restringida, aspecto que deriva en vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) que vulnera lo establecido por los artículos 124 y 398 del Cód. Pdto Pen. constituyendo defecto absoluto invaliable que vulnera el derecho a recurrir, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y los Tratados y Convenios Internacionales.

En consecuencia, se evidencia la existencia de un fallo dictado sin la observancia de las reglas del debido proceso y las garantías constitucionales, que constituye defecto absoluto al tenor del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., lo que amerita en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., dejar sin efecto el auto de vista recurrido, para que las omisiones observadas sean subsanadas".

Analizado el precedente, corresponde contrastarlo con el auto de vista, con la finalidad de establecer el supuesto fáctico análogo (en este caso procesal-incongruencia omisiva) respecto a una problemática similar, de donde se puede advertir que se denuncia que el auto de vista no respondió a todos los puntos apelados y el precedente justamente trata del mismo hecho fáctico; es decir, que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre uno de los puntos apelados, en consecuencia se advierte la similitud del hecho

fáctico de orden procesal, por lo que corresponde verificar si lo denunciado por la recurrente tiene o no sustento; de ahí, que es preciso verificar si el auto de vista se pronunció o no respecto de todos los puntos apelados por la imputada; al respecto, se extraen los motivos expuestos por la ahora recurrente en su recurso de apelación restringida siendo estos: i) Que la sentencia condenatoria no contiene la enunciación del hecho, objeto de juicio o su determinación circunstanciada, aspecto establecido en los arts. 370-3 y 407 del Cód. Pdto. Pen.; ii) La sentencia se basa en elementos o medios probatorios no incorporados legalmente al juicio, incurriendo la sentencia en el defecto comprendido en el art. 370-4 del Cód. Pdto. Pen.; iii) La existencia del defecto de la sentencia establecido en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, que la sentencia se basó en hechos inexistentes, no acreditados y valoración defectuosa de la prueba; así también, en el desarrollo de dicho motivo hace referencia a que la sentencia carece de fundamentación, que la misma es contradictoria y que se incurrió en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.; y, iv) Finalmente, la impetrante solicita se le cambie la tipificación del hecho que se atribuye de asesinato por el homicidio culposo, teniendo en cuenta que existió errónea aplicación de la Ley sustantiva, prevista en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. De estos motivos de apelación restringida corresponde verificar si el tribunal de alzada, se pronunció respecto de cada uno de ellos, a los fines de verificar lo denunciado por la recurrente; al respecto, se tiene que el auto de vista contiene en su fundamentación de manera puntual a los argumentos planteados, otorga una respuesta a cada una de las denuncias de la siguiente manera:

Con relación al primer motivo señaló: "...que no es cierto lo afirmado por la recurrente ya que de la simple lectura de la sentencia se puede apreciar que en el acápite de introducción de la causa el tribunal inferior hace una detallada precisa enumeración y relación de los hechos y otros datos sobre los cuales se inició la acción penal a instancias del Ministerio Público y Víctor Alfredo Ferrufino Daza, con lo cual se demuestra que no se da el defecto previsto en el art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen. como pretende la recurrente".

Así también, sobre el segundo motivo refirió: "...no es evidente porque todas las pruebas de cargo, tanto documentales, periciales y testificales, así como materiales fueron insertadas y judicializadas al proceso penal por su lectura conforme lo manda el art. 333 del Cód. Pdto. Pen. y en obtención de dichas pruebas también se han seguido los pasos procedimentales correspondientes, se han dado a conocer mediante notificaciones a los sujetos procesales a fin de no causar indefensión; sin embargo, pese a ello se verificó que la recurrente en su debida oportunidad no hizo reserva de recurrir, lo que quiere decir que no reclamó oportunamente su saneamiento; además, la recurrente no explicó que leyes que se violentaron, así como tampoco explicó en que consiste la violación, si es inobservancia o si errónea aplicación de la ley sustantiva, por lo que debió explicar en qué consiste el error y de qué forma debía ser aplicada la ley, pues no basta simplemente citar disposiciones legales; en este caso no se indicó ni mucho menos se presentó precedentes contradictorios y por ello que se violenta la omisión del art. 416 del Cód. Pdto. Pen."

Por otro lado, en el tercer motivo estableció que no es evidente lo denunciado ya que el tribunal de alzada consideró que la sentencia condenatoria impugnada cumplió con lo establecido en los arts. 124 y 360-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen., puesto que contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico, porque fijó de manera clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se emitió el juicio respecto al delito de asesinato previsto por el art. 252-1 y 2 del Cód. Pen. (Fundamentación fáctica). Además, señala que del análisis de la sentencia impugnada, se observó que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia del juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la citada ley como fue lo alegado por la recurrente; toda vez, que el tribunal inferior al valorar las pruebas de cargo y de descargo desarrolló una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos con la ciencia, consciencia y experiencia; de esta manera concluyó que en la sentencia se dio las razones jurídicas del porque está emitiendo una resolución condenatoria contra la imputada por el delito de asesinato; por esos motivos, el auto de vista afirma que no se incurrió en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen. Finalmente, precisó que la resolución apelada contó con la debida fundamentación y motivación, sin advertirse contradicción alguna, porque la parte considerativa es correlativa con la parte resolutive de la sentencia y cumple con todos los requisitos previsto por el art. 360 del Cód. Pdto. Pen.

Respecto del cuarto motivo denunciado por la recurrente, el auto de vista refiere que: "...en cuanto a la valoración de la prueba señala afirmaciones bastante subjetivas unilaterales y pretende que este tribunal ingrese a considerar y analizar nuevamente las pruebas que ya fueron de análisis ante el Tribunal Quinto de Sentencia en lo Penal de la Capital, situación que no está permitida en alzada, ya que al tribunal de alzada solo le está permitido verificar si dichas pruebas cumplen con la sana crítica que señalan los arts. 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen. y debe también verificar si no violentan derechos fundamentales de la acusada; y en este caso luego de la revisión se evidencia que las pruebas de cargo, documentales, periciales, testificales, como materiales cumplen con su objetivo principal, cual es la de demostrar objetivamente la consumación del delito acusado de asesinato y que se relaciona muy íntimamente con la conducta de la causada; por cuya razón el tribunal inferior aplicó debidamente el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.". De la misma forma el auto de vista con relación a la aplicación de la ley sustantiva es clara en especificar que en este caso no se puede establecer su errónea aplicación, porque: "... en primer lugar ella admite y afirma que es la autora del disparo con arma de fuego, ese un hecho real comprobado, sin embargo tampoco es menos cierto que al ser la víctima su cónyuge se adecua a lo previsto por el inc. 1 del art. 252 del Cód. Pen. y al haberlo victimado por motivos bajos o fútiles también se adecua el inc. 2 de la referida disposición legal; entonces al existir ensañamiento y dolo en la conducta de la acusada, no se puede argüir la existencia de un simple delito de homicidio culposo, porque ella actuó con premeditación ya que había llevado un arma de fuego preparada para hacer uso de su debida oportunidad por lo que en este caso existió dolo"; aspectos que, hacen ver que en el presente motivo no es evidente lo denunciado por la recurrente debido a que se dio respuesta a cada uno de los puntos cuestionados en su recurso de apelación restringida identificándolos uno por uno y resolviéndolos de la misma forma; en consecuencia, este motivo deviene en infundado.

Con relación al segundo motivo, en el que se denuncia que el auto de vista no se habría pronunciado, con relación a la denuncia de que la sentencia se basó en los medios incorporados de manera ilegal consistente en las declaraciones informativas marcadas como 1 a 8, declaraciones informativas del imputado recibidas en el lugar del hecho situación que le dejaría en estado de indefensión y generaría incongruencia omisiva. Con la finalidad de verificar lo denunciado corresponde analizar el auto de vista y el recurso de apelación restringida para verificar si existió respuesta a este punto en particular.

En consecuencia, del recurso de apelación restringida en el punto dos se señala que la sentencia se basó en medios probatorios no incorporados legalmente y hace referencia a las pruebas ya mencionadas 1 a 8; al respecto, se tiene que el auto de vista en su punto dos también, argumenta puntualmente que no es evidente lo manifestado porque todas las pruebas de cargo, tanto documentales, periciales y testificales, así como materiales fueron insertadas y judicializadas al proceso penal por su lectura conforme lo manda el art. 333 del Cód. Pdto. Pen., de la misma forma aclara que la obtención de las pruebas señaladas se siguió los pasos procedimentales correspondientes, afirmando también que se dio a conocer las actuaciones referidas a las cuestionadas pruebas mediante notificaciones a los sujetos procesales a fin de no causarles indefensión; empero, la recurrente en su debida oportunidad no hizo reserva de recurrir, lo que quiere decir que no reclamó oportunamente su saneamiento, este aspecto hace ver que el tribunal de alzada dio una respuesta puntual con relación a la denuncia instaurada por la recurrente; en consecuencia, en ningún momento omitió responder al planteamiento realizado en su recurso de apelación restringida.

En consecuencia, el tribunal de alzada cumplió con su labor de control de legalidad encomendada por ley y actuó conforme a la doctrina legal aplicable referida en el punto iii de la presente resolución; por tanto, se advierte que el auto de vista no incurrió en vulneración de derechos o garantías de la recurrente, ni actuó en contradicción con el precedente invocado, al no incurrir en incongruencia omisiva debido a que se pronunció a cada uno de los motivos denunciados en el recurso de apelación restringida interpuesto por la imputada, por lo que corresponde declarar infundado el recurso intentado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ximena Whaded Montenegro Abujder, cursante de fs. 1552 a 1564.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



240

Eduardo Mercado Castro c/ Cira Gallardo Quispe

Despojo

Distrito: Tarija

AUTO DE VISTA

Tarija, 19 de julio de 2016.

RESULTANDO: Mediante Sentencia N° 09/2016 de 11 de abril de 2016, el Juzgado de Sentencia 1° de Yacuiba, resolvió declarar absuelta de culpa y pena a Cira Gallardo Quispe.

Contra dicho fallo, el acusador interpone recurso de apelación restringida, sorteado en 11 de julio de 2016, pronunciándose la presente resolución dentro de término legal.

En los límites del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se prefijan los siguientes agravios:

CONSIDERANDO: I.- De los agravios expuestos por el recurrente

I.1 Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva, 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

I.2 Defecto de sentencia previsto en el art. 370-6 Cód. Pdto. Pen.; dada cuenta que no se valoró los documentos que acreditan el derecho propietario del inmuebles, debidamente registrado que determina su oponibilidad con terceros, ni la inspección realizada al mismo, como de la testifical recepcionada.

I.3 La sentencia no cumple con la debida fundamentación, incurriendo en defecto de sentencia incurso en el art. 370-5 Cód. Pdto. Pen.

I.4 Existe contradicción entre la parte considerativa y dispositiva de la sentencia pronunciada, 370-8 Cód. Pdto. Pen.

I.5 El juicio no se sustanció con la continuidad exigida por ley.

CONSIDERANDO: II.- De las normas y criterios legales aplicables

II.1 El estado garantiza la efectividad del derecho a la tutela judicial en el art. 115 C.P.E.: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Esa potestad del estado, la ejerce el juez o tribunal de conformidad con el art. 178 y ss. C.P.E., que se materializa en la sentencia, como resolución final y definitiva del proceso judicial sujeta al cumplimiento de requisitos sustanciales, dada su importancia y consecuencias que conllevaba, no solo para las partes intervinientes sino para la sociedad en su conjunto. Por ello, su elaboración se sustenta en una serie de operaciones mentales circunscritas a dos fases estrechamente ligadas, una externa y otra interna.

La primera cumple el estudio y la deliberación, mientras que la segunda abarca el razonamiento adecuado a valorar los elementos probatorios conducentes a la decisión final que debe enmarcarse en un acto de equidad y de justicia.

II.2 El recurso de apelación restringida previsto en el art. 407 Cód. Pdto. Pen., tiene por objeto esencial el controlar la correcta aplicación de la ley tanto sustantiva como adjetiva y dar una eficaz tutela a las garantías constitucionales, dada su limitación a "inobservancia o errónea aplicación de la ley", es decir, pronunciarse cuando el vicio versa acerca de la incorrección de juicio asumido por el tribunal, o cuando se vulnera la actividad procesal a través de la cual se produjo la decisión.

II.3 En ese ámbito el pronunciamiento de la sentencia se sustenta en una serie de operaciones mentales circunscritas a dos fases estrechamente ligadas, una externa y otra interna. La primera, cumple el estudio y la deliberación, mientras que la segunda abarca el razonamiento de justipreciar los elementos probatorios conducentes a la decisión final, como el epílogo de un debido proceso, legal y justo, en el que bajo el principio de igualdad se haya dado cobertura a la tutela judicial efectiva al titular del bien jurídico protegido, la víctima; frente al ejercicio pleno del derecho a la defensa del imputado. Como requisito sustancial, la motivación debe ser fáctica y probatoria. La primera, referida a la relación verosímil y coherente de los hechos, y la segunda en dos fases, una descriptiva de los medios y elementos probatorios, y otra intelectual, por la cual en virtud a las reglas de la sana crítica asignando valor a cada uno de esos elementos, en una apreciación conjunta y armónica de toda la prueba, el juez o tribunal de sentencia, opta por una decisión absolutoria o condenatoria, en estricta observancia del art. 173 del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: III.- Análisis del Caso concreto

III.1 A efectos de resolver el primer agravio, referido a la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva; porque al decir del recurrente, el juez ad quo no consideró que en éste caso el tipo penal de despojo no solo se da cuando el agresor despoja a otro de la posesión, sino que también se produce el despojo cuando se despoja a otro del ejercicio de un derecho real constituido.

Al respecto, la S.C. N° 1008/2005, de 29 de agosto, señaló que los motivos por los cuales se puede interponer este recurso son: (...) la inobservancia o errónea aplicación de la ley, especificando la S.C. N° 1075/2003-R, de 24 de julio que: conviene precisar qué alcances tienen, en el contexto del código las expresiones "inobservancia de la ley" y "errónea aplicación de la ley". El primer supuesto se presenta cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o, lo que es lo mismo, ha creado cauces paralelos a los establecidos en la ley (así, S.C. N° 1056/2003-R). En el segundo caso, si bien se observa la norma, la autoridad judicial la aplica en forma errónea. En éste punto, corresponde puntualizar que la inobservancia de la ley o su aplicación errónea, puede ser tanto de la ley sustantiva como la ley adjetiva, así, la norma sustantiva puede ser erróneamente aplicada por: 1) errónea calificación de los hechos (tipicidad), 2) errónea concreción del marco penal o, 3) errónea fijación judicial de la pena (S.C. N° 727/2003-R). Los supuestos de errónea aplicación de la ley adjetiva son 1) los defectos de procedimiento en general y 2) los expresamente establecidos en los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen.

Conforme a esto, los supuestos previstos en los dos preceptos referidos -excepto el inc. 1 del art. 370, que alude a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva- están referidos a: 1) inobservancia de la ley adjetiva, 2) errónea aplicación de la ley adjetiva, cuando no se comprueben los hechos acusados conforme a los parámetros exigidos por ley (de modo integral, conforme a las reglas de la sana crítica)".

III.2 Al respecto cabe señalar que contrariamente al referido razonamiento sostenido por el ad quo, el art. 351 del Cód. Pen. con relación al delito de despojo prescribe: "El que en beneficio propio o de tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio, despoje a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes incurrirá... etc.". De lo que se colige que el delito de despojo se configura no solamente porque se ejerzan acciones violentas o perturbaciones a la posesión de un inmueble -también se puede despojar de forma pacífica-. Asimismo, entre los elementos objetivos del "tipo de despojo", se advierte que la víctima no necesariamente debe "demostrar la posesión del inmueble", sino, también puede subsumirse la conducta del sujeto activo en el marco descriptivo del precitado tipo penal cuando se despoja a la víctima que tiene "constituido un derecho real" sobre el inmueble objeto del despojo (como el derecho de propiedad).

En ese criterio el Tribunal Supremo de Justicia en el A.S. N° 197/2013 del 11 de julio, ha establecido como doctrina legal aplicable: "El art. 351 del Cód. Pen. al tipificar el delito de despojo prescribe: "El que en beneficio propio o de un tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza, o cualquier otro medio, despojare a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho

real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes, incurrirá...".

De la norma legal sustantiva transcrita se desprende que existen varias formas comisivas del delito de despojo y que para su configuración no necesariamente debe exigirse que el actor actúe con violencia o que su conducta se subsuma a todos los elementos objetivos establecidos en el tipo; el ilícito de despojo se consuma, ya sea despojando a otra persona "de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes" y que para dicho fin también se "emplee indistintamente la violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio". (AA.SS. Nos. 254 de 22 de julio de 2005 y 338 de 5 de abril de 2007)".

Existiendo en el presente caso errónea aplicación de la ley sustantiva, al fundar el juicio de absolución por la falta de concurrencia de circunstancias que no son exigidas para la comisión del tipo penal; como haber exigido la demostración de la posesión del inmueble por parte del acusador; cuando presentan prueba acreditando derecho de propiedad sobre el inmueble, que no merece consideración por parte del ad quo o al haber considerado que en la posesión de los acusados no se habría demostrado la exclusión de la posesión; en la circunstancia que evidentemente transgrede la doctrina legal aplicable del Tribunal Supremo de Justicia en el análisis que efectúa de los elementos constitutivos del delito de despojo al momento de subsumir los hechos probados con relación al tipo penal acusado.

III.3 La Doctrina legal aplicable del A.S. N° 94/2013, de 2 de abril de 2013; señala: "Asimismo, el recurso de apelación restringida constituye un medio para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la sentencia, no siendo el medio idóneo que faculte al tribunal de alzada para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que determinan los jueces o Tribunales de Sentencia; por ello, el tribunal de alzada está obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: Anular total o parcialmente la sentencia y ordenar la reposición del juicio por otro juez o tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; cuando la nulidad sea parcial, se indicara el objeto concreto del nuevo juicio, y; cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, resolverá directamente.

Sobre el último aspecto descrito precedentemente, el tribunal de alzada aplicando debidamente el principio de economía procesal y sobre todo el de legalidad debe observar lo prescrito en el art. 413 parte in-fine del Cód. Pdto. Pen., que textualmente dice: "...Cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no sea necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente", el supuesto que posibilita la disposición legal citada está facilitando subsanar errores de derecho existentes en el proceso, sin que se modifiquen los hechos probados en juicio que se hallan sujetos al principio de intangibilidad, una interpretación contraria importaría que por una indebida aplicación de norma sustantiva o indebida interpretación de la ley tenga que efectuarse un nuevo juicio oral, aspecto que llevaría a que los juicios orales tengan duraciones demasiado largas y dificultosas, restringiendo el derecho que tienen los sujetos procesales a un juicio pronto, oportuno y sin dilaciones, en observancia de la garantía jurisdiccional consagrada en el art. 115-II de la C.P.E.; sin perjuicio de destacar que esa posibilidad no puede ser entendida como una facultad que le permita al tribunal de alzada cambiar diametralmente la parte dispositiva de la sentencia, esto es cambiando la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa.

III.4 Asimismo quedando claro que el tribunal de alzada no puede modificar la situación jurídica del acusado de manera directa; la decisión asumida trae consigo que se aplique lo dispuesto en el A.S. N° 103/2013 de 10 de abril de 2013, que señala: "...bajo los principios de economía procesal y razonabilidad, podría según el caso, determinar innecesario pronunciarse sobre todos los motivos del recurso, esta posibilidad sólo resulta admisible cuando del análisis de uno de los agravios, detectara defecto absoluto no susceptible de convalidación y que aun resolviendo los demás agravios, no cambiaría la decisión final.

POR TANTO: En observancia de la línea doctrinal del Tribunal Supremo de Justicia, normas invocadas y en aplicación de los arts. 51.2, 406 y 413 del Cód. Pdto. Pen., se resuelve:

Declarar CON LUGAR el recurso de apelación restringida, interpuesto por el recurrente Eduardo Mercado Castro. En consecuencia en aplicación de las normas señaladas y siguiendo la línea adoptada por el Tribunal Supremo de Justicia, se anula la Sentencia N° 9/2016, de 11 de abril de 2016, pronunciada por el juez de Sentencia 1° en lo Penal de Yacuiba; disponiéndose la reposición del juicio por el Juzgado de Sentencia 2° de Yacuiba.

De conformidad con los arts. 123 y 417 de la L. N° 1970, se advierte a las partes que tienen el plazo de cinco días desde su legal notificación para interponer recurso de casación.

Vocal relatora.- Dra. Blanca Carolina Chamón Calvimontes.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Blanca Carolina Chamón Calvimontes.- Ernesto Félix Muy.

Ante mí: Abg. Greta Hurricha K.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 15 de agosto de 2016, cursante de fs. 107-108 vta., Cira Gallardo Quispe, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 80/2016 de 19 de julio, de fs. 102 a 105, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, integrada por los Vocales Carolina Chamón Calvimontes y Ernesto Félix Mur, dentro del proceso penal

seguido por Eduardo Mercado Castro contra la recurrente, por la presunta comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 9/2016 de 11 de abril (fs. 85 a 88), el Juez 1° de Sentencia de Yacuiba del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a la imputada Cira Gallardo Quispe, absuelta de pena y culpa de la comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen.

b) Contra la referida sentencia, el acusador particular Eduardo Mercado Castro interpuso recurso de apelación restringida (fs. 90 a 92 vta.), resuelto por A.V. N° 80/2016 de 19 de julio, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, que declaró con lugar el recurso planteado y anuló la sentencia apelada, disponiendo la reposición del juicio por el Juzgado 2° de Sentencia de Yacuiba, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del recurso de casación y del A.S. N° 811/2016-RA de 17 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente denuncia que el auto de vista recurrido vulneró arbitrariamente el debido proceso en su vertiente de la motivación; toda vez, que incidió en grave error al declarar con lugar la apelación del acusador arguyendo que: “se comete delito de despojo cuando se despoja a la víctima que tiene constituido un derecho real sobre el inmueble objeto del despojo como el derecho de propiedad”, argumento que considera ligero y apresurado, ya que no observó que su persona se halla en posesión del terreno hace más de diez años, teniendo la posesión real y material antes de la compra del terreno que hubiere efectuado el acusador, posesión que es protegida por las leyes vigentes que regulan el derecho de la posesión, que se constituye en un medio para adquirir el derecho propietario a través de la usucapión decenal, conforme lo prevén los arts. 87-I, 110 y 138 del Cód. Civ.

Añade que su persona no despojo nada; toda vez, que nunca ingresó al terreno con engaños, violencia, amenazas ni expulsó a sus ocupantes, sino ingresó en posesión de un terreno contiguo a su lote, que se encontraba abandonado por el vendedor del acusador, generándose la prescripción adquisitiva y extintiva para el vendedor del acusador; aspectos que, no fueron considerados por el auto de vista recurrido, que se excluyó del principio de verdad material, alegando de manera muy apresurada que se cometió el delito, porque se habría restringido de un derecho real ante la existencia de un título de propiedad, no observando que el título del acusador era reciente a su posesión que data más de diez años y que a la fecha se halla en trámite judicial de adquirir el derecho propietario, situación que vulnera los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, dejándole en total indefensión de su posesión como medio de adquirir la propiedad, que sería contrario al A.S. N° 338 de 5 de abril de 2007.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita la revocatoria del auto de vista recurrido, manteniéndose firme la sentencia de primera instancia.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 811/2016-RA de 17 de octubre, cursante de fs. 121 y vta., este tribunal admitió el recurso formulado por la imputada Cira Gallardo Quispe, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Conforme se tiene de los hechos, circunstancias y objeto del juicio, la presente causa es iniciada mediante querrela presentada por Eduardo Mercado Castro, que refiere que el 18 de noviembre de 2014, debido a la confianza con su vecina Cira Gallardo Quispe (imputada), quien tenía conocimiento de que él había adquirido dos lotes al lado de su casa, vía telefónica le solicitó permiso, primero para sembrar y luego para guardar un camión y que su persona asintió sin problemas, cuando grande fue su sorpresa al ausentarse a Cochabamba donde tiene su fuente laboral, se enteró por comentarios de los vecinos que la imputada señalaría que no le devolvería el predio, ya que estaba haciendo un trámite de usucapión y que recurra donde quiera, llegando incluso a la agresión verbal con la querellada y sus familiares, además de haber arruinado el alambrado que existía en sus lotes.

Con dichos antecedentes, el Juez 1° de Sentencia de Yacuiba del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, por Sentencia N° 9/2016 de 11 de abril declaró a la imputada Cira Gallardo Quispe, absuelta de la comisión del delito de despojo, bajo los siguientes fundamentos: i) La acusación presentada por Eduardo Mercado Castro en contra de Cira Gallardo Quispe es por el delito de despojo; ii) Se evidencia de acuerdo a la prueba documental de cargo, que fue el 18 de noviembre de 2013, que el querellante adquiere los Lotes 10 y 11 mediante escritura pública de compra y venta firmada ante notario de fe pública con la vendedora Haydee Cavero Viuda de Alemán; aspecto que, prueba que Eduardo Mercado Castro haya asumido en algún momento antes del hecho la calidad de poseedor o tenedor de los terrenos o haya ejercido efectivamente un derecho real respecto al terreno o lote que hoy denuncia despojado; lo que si se evidencia a partir del análisis de la prueba documental de cargo aparejada (PC-1 y PC-2), es que desde el 20 de noviembre de 2013, según el formulario del registro de propiedad inmueble, dependiente del órgano judicial el querellante adquirió la propiedad de los mismos, aspecto irrelevante en el caso de autos; toda vez, que lo que se acusa es la presunta comisión del delito de despojo, que específicamente establece como bien jurídicamente protegido la posesión o tenencia; iii) Que no habiendo introducido los elementos de prueba suficientes para crear en el juzgador convicción plena de que

el querellante ha cumplido con el primer elemento sustancial que hace al tipo penal de despojo referido al desapoderamiento, resulta impertinente e innecesario ingresar a analizar si aquella posesión tenencia o ejercicio de un derecho real a la que hace referencia la norma se ha producido invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes o determinar si aquello se dio con violencia, amenazas, engaños, abuso de confianza u otros; iv) Que de acuerdo a la querrela el despojo se hubiere producido luego de que la imputada el 18 de noviembre de 2014, mediante una conversación telefónica hubiere solicitado permiso al querrellado para sembrar maíz y guardar un camión; vale decir, que hubiere cometido el ilícito utilizando para este efecto el mecanismo del abuso de confianza; toda vez, que hubiere aprovechado ilegalmente la autorización otorgada por el querellante para realizar aquellas actividades; no obstante, no se introdujo elemento de prueba alguno, sólo la referencia a dicha presunta solicitud de autorización realizada en audiencia, elemento que resulta irrelevante sin una base probatoria adicional convincente; v) Que de la inspección judicial el suscrito asumió convicción de la existencia de un lote de terreno ubicado al lado del inmueble de propiedad de la imputada, la existencia de una construcción pequeña en la parte izquierda del fondo del terreno –un cuarto y su corredor o galería-, un alambrado que circunda de diez años atrás, dos puertas de ingreso, la primera ubicada en la esquina izquierda del lote ubicado frente a un tinglado y la segunda puerta pequeña que establece comunicación con el inmueble de la familia de la imputada; y, vi) Que a través de la prueba de descargo se evidencia que la imputada reside en el barrio 12 de agosto, desde hace más de diez años atrás y que junto a su familia siempre se ocupó del mantenimiento del terreno motivo del presente proceso.

II.2. Del recurso de apelación restringida del acusador particular.

Notificado con la sentencia, interpuso recurso de apelación restringida bajo los siguientes argumentos:

1) Violación al art. 173 del Cód. Pdto. Pen. con relación al art. 370 incs.: 1) (Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva), 5) (Que no exista fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria), 6) (que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba); y, 8) (Que exista contradicción en su parte dispositiva o entre esta y la parte considerativa) de la referida ley; puesto que, no se hizo una apreciación conjunta y armónica de la prueba documental, testifical y de la inspección ocular; en cuanto, al grado de participación de la acusada en el hecho delictivo, existiendo: a) error en la valoración de la prueba de inspección ocular, ya que el juez realizó una verificación del lote de terreno señalando qué cosas se ha introducido al lote, como si fuera una inspección en un proceso ordinario civil de usucapión, no consignando en el acta cómo sucedieron los hechos para determinar la forma y circunstancia como invadió su terreno la acusada con el objeto de despojar. La eyección sufrida por los legítimos propietarios de los lotes de terreno que se encuentra contiguo con el bien inmueble de la querrellada, la misma que apertura una puerta de madera para invadir su propiedad; b) error en la valoración de la prueba documental de cargo PC-1, PC-2, PC-3 y PC-4, al valorar el juez la prueba documental consistentes en los títulos de propiedad de dos lotes de terreno urbano, debidamente registrados en derechos reales ha considerado como irrelevantes, prueba que fue defectuosamente valorado; por cuanto, dicha prueba se constituye en relevante porque conforme prevé el art. 1538 del Cód. Civ., surte efectos contra terceros al estar inscrito en Derechos Reales, haciéndose público el mismo; en cambio la querrellada no ha demostrado poseer los dos lotes de terreno a título de propietaria, sino invadió su inmueble haciendo creer a los vecinos que era propietaria, no considerando el juez que por el solo hecho de tener título de propiedad debidamente registrado en Derechos Reales se encuentra en posesión real y corporal; empero, erróneamente arguyó que para sufrir el despojo, la persona debe estar materialmente poseyendo el inmueble, cuando la imputada invadió sus dos terrenos aprovechando que están contiguos a su bien inmueble, aperturando una puerta para su ingreso, para posteriormente tramitar en forma dolosa una usucapación decenal que es un derecho expectantico aún no consolidado en vista de que no existe sentencia firme. Así mismo, las pruebas PC-3 y PC-4 no fueron consideradas para su valoración, resultando prueba contundente que acredita la posesión de sus dos lotes de terreno despojados, consistente en la sentencia emitida por el Juez de Instrucción 2º en lo Civil y Familia dentro del proceso de adquirir la posesión de sus dos lotes de terreno y la Resolución Judicial de 13 de mayo de 2013, donde anula obrados hasta la demanda de la usucapación decenal impuesta por la imputada en su contra; c) errónea valoración de la prueba testifical, ya que de las declaraciones de los testigos de descargo Adela Molina Cumbayuri, María Sonia Vargas y Erminda Zambrana, de manera clara manifestaron que la imputada vivía con su marido en el lote de terreno y su hija Eliana y que existe una puerta en el medio del lote, por donde invadieron los dos lotes de terreno contiguo a su bien inmueble, despojo que fue demostrado en juicio oral, ya que los testigos de descargo conocían que la imputada se ha introducido a los dos lotes de terreno e hizo plantaciones de árboles frutales, un pequeño cuarto, hizo colocar agua potable y creer a los vecinos que era dueña de los lotes de terreno, aspectos erróneamente valorados por el juez.

2) Violación al principio de continuidad del juicio; puesto que, comenzó el juicio el 22 de octubre de 2015 y concluyó el 11 de abril de 2016, teniendo una duración de casi 6 meses, ocasionando dispersión de la prueba y su valoración, aspecto contrario al A.S. N° 239 de 1 de agosto de 2005.

3) Violación del art. 359 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que en su caso el juzgador no valoró lo manifestado por su persona, ni por los testigos de descargo quienes manifestaron que la imputada vive juntamente con su esposo e hija en los dos lotes de terreno, aperturando una puerta para invadir los dos lotes contiguos a su bien inmueble, no obstante, se emitió sentencia absolutoria apartándose de la verdad absoluta de acuerdo a la testifical de descargo, inspección ocular y documental de cargo legalmente admitida a los que el juez motivadamente debió dar su valor; sin embargo, vulneró el art. 370-5 y 6 del Cód. Pdto. Pen., generándole incertidumbre y no certeza.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, emitió el auto de vista impugnado, por el que declaró con lugar el recurso planteado por el acusador particular; en consecuencia, anuló la sentencia, disponiendo la reposición del juicio, bajo los siguientes argumentos:

Respecto a la Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva; contrariamente, al referido razonamiento sostenido por el ad quo, el art. 351 del Cód. Pen., se configura no solamente porque se ejerzan acciones violentas o perturbaciones a la posesión de un inmueble; sino, también se puede despojar de forma pacífica. Asimismo, entre los elementos objetivos del tipo penal de despojo, se advierte que la víctima no

necesariamente debe demostrar la posesión del inmueble; sino, también puede subsumirse la conducta del sujeto activo en el marco descriptivo del precitado tipo penal cuando se despoja a la víctima que tiene "constituido un derecho real", sobre el inmueble objeto del despojo como el derecho de propiedad, transcribiendo parte de la doctrina legal del A.S. N° 197/2013 de 11 de julio, refiere que existen varias formas comisivas del delito de despojo y que para su configuración no necesariamente debe exigirse que el actor actúe con violencia o que su conducta se subsuma a todos los elementos objetivos establecidos en el tipo; el ilícito de despojo se consuma ya sea despojando a otra persona "de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes" y que para dicho fin también se emplee indistintamente la violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio. (AA.SS. Nos. 254 de 22 de julio de 2005 y 338 de 5 de abril de 2007). Que en el presente caso existe errónea aplicación de la ley sustantiva, al fundar el juicio de absolución por la falta de concurrencia de circunstancias que no son exigidas para la comisión del tipo penal; como haber exigido la demostración de la posesión del inmueble por parte del acusador, cuando presentan prueba acreditando derecho de propiedad sobre el inmueble, que no merece consideración por parte del juez o al haber considerado que en la posesión de los acusados no se habría demostrado la exclusión de la posesión, en la circunstancia que evidentemente transgrede la doctrina legal aplicable del Tribunal Supremo de Justicia en el análisis que efectúa de los elementos constitutivos del delito de despojo al momento de subsumir los hechos probados con relación al tipo penal acusado.

Transcribiendo el A.S. N° 94/2013 de 2 de abril, afirma que queda claro que el tribunal de alzada no puede modificar la situación jurídica del acusado de manera directa, y esa decisión asumida trae consigo que se aplique lo dispuesto en el A.S. N° 103/2013 de 10 de abril que señala: "bajo los principios de economía procesal y razonabilidad, podría según el caso, determinar innecesario pronunciarse sobre todos los motivos del recurso, esta posibilidad sólo resulta admisible cuando del análisis de uno de los agravios, detectara defecto absoluto no susceptible de convalidación y que aun resolviendo los demás agravios, no cambiaría la decisión final".

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado

En el caso presente, la parte recurrente denuncia que el auto de vista recurrido vulneró el debido proceso en su vertiente de la motivación; toda vez, que arguyó que se cometió el delito de despojo, cuando se despoja a la víctima que tiene constituido un derecho real sobre el inmueble objeto del despojo como el derecho de propiedad, argumento que considera ligero y apresurado, ya que no observó que su persona se halla en posesión del terreno más de diez años, teniendo la posesión real y material antes de la compra del terreno que hubiere efectuado el acusador, posesión que se hallaría protegida por la leyes del derecho de la posesión que se constituye en un medio de adquirir el derecho propietario a través de la usucapación decenal, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. Del precedente invocado.

El A.S. N° 338 de 5 de abril de 2007, fue dictado por la Sala Penal Primera de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación en una causa seguida por el delito de Despojo, que sentó la siguiente doctrina legal aplicable: "(...).

Que el art. 351 del Cód. Pen. tipifica el delito de despojo señalando: "El que en beneficio propio o de un tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza, o cualquier otro medio, despojare a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes, incurrirá...".

Que de la norma transcrita se desprende que no necesariamente debe exigirse el cumplimiento de todos los elementos establecidos, debiendo la conducta del imputado subsumirse en uno de los elementos ya sea al "de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él".

Que los tribunales del país en materia penal deben tener presente al realizar la subsunción de las conductas acusadas de ilícitas tomando en cuenta la estructura de la "teoría del delito" y de cada uno de los elementos del delito de acuerdo a la "Escuela Moderna del delito" basada en la Escuela "finalista del delito" y la "Teoría del riesgo", a fin de no caer en "errores injudicando" tal el caso de la sentencia y de autos en que se incurre en error de interpretación penal al exigir la concurrencia de algunos elementos del tipo objetivo y obviar otros, violando el principio rector del sistema penal como es el de "legalidad" y del "debido proceso".

Por lo señalado, corresponde regularizar procedimiento, disponiendo que la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, dicte nuevo auto de vista aplicando la doctrina legal adoptada en el presente auto supremo, garantizando a la vez los principios de universalidad, legalidad y probidad Jurisdiccional que debe caracterizar a todo Tribunal de Justicia".

III.2. Sobre la labor de subsunción penal y su control por el tribunal de alzada

Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al juez o Tribunal de Sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una tarea lógica del juzgador para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el tribunal de juicio es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se conforma de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el hecho probado, y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de

la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la sentencia se justifique objetivamente; además, de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en juicio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al tribunal de apelación, por ello la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada, y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el Tribunal de Casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, que los jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.3. Análisis del caso concreto.

Sintetizada la denuncia, en la que la recurrente reclama que el auto de vista recurrido vulneró el debido proceso en su vertiente de la motivación; puesto que, incurrió en grave error al declarar con lugar la apelación del acusador particular alegando que se cometió el delito, porque se habría restringido de un derecho real ante la existencia de un título de propiedad, argumento que considera ligero y apresurado, no habiendo a su criterio el tribunal de alzada considerado que su persona se encuentra en posesión del terreno más de diez años, antes de la compra que hubiere efectuado el acusador, donde su persona no despojo nada, ya que nunca ingresó al terreno con engaños, violencia o amenazas ni expulsó a sus ocupantes, sino ingresó en posesión de un terreno contiguo a su lote que se encontraba abandonado por el vendedor del acusador, generándose la prescripción adquisitiva y extintiva, dejándole en total indefensión de su posesión como medio de adquirir la propiedad a través de la usucapión.

Ingresando al análisis del presente recurso, conforme se precisó en los antecedentes procesales vinculados al recurso, ante la emisión de la sentencia absolutoria, el acusador particular formuló recurso de apelación restringida a cuyo efecto se emitió el auto de vista recurrido que ante la denuncia de inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, arguyó que contrariamente, al razonamiento sostenido por el ad quo, el art. 351 del Cód. Pen., se configura no solamente porque se ejerzan acciones violentas o perturbaciones a la posesión de un inmueble; sino, que también se puede despojar de forma pacífica. Asimismo agregó el tribunal de alzada, que entre los elementos objetivos del tipo penal de despojo, la víctima no necesariamente debe demostrar la posesión del inmueble; sino, también puede subsumirse la conducta del sujeto activo en el marco descriptivo del precitado tipo penal cuando se despoja a la víctima que tiene "constituido un derecho real", sobre el inmueble objeto del Despojo como el derecho de propiedad.

Transcribiendo parte de la doctrina legal del A.S. N° 197/2013 de 11 de julio, refiere el tribunal de alzada que existen varias formas comisivas del delito de despojo y que para su configuración no necesariamente debe exigirse que el actor actúe con violencia o que su conducta se subsuma a todos los elementos objetivos establecidos en el tipo; el ilícito de despojo se consuma ya sea despojando a otra persona "de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes" y que para dicho fin también se emplee indistintamente la violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio.

Concluyó el auto de vista recurrido, que en el presente caso existe errónea aplicación de la ley sustantiva, al fundar el juicio de absolución por la falta de concurrencia de circunstancias que no son exigidas para la comisión del tipo penal; como haber exigido la demostración de la posesión del inmueble por parte del acusador, cuando presentan prueba acreditando derecho de propiedad sobre el inmueble, que no merece consideración por parte del juez o al haber considerado que en la posesión de los acusados no se habría demostrado la exclusión de la posesión, en la circunstancia que evidentemente transgrede la doctrina legal aplicable del Tribunal Supremo de Justicia en el análisis que efectúa de los elementos constitutivos del delito de despojo al momento de subsumir los hechos probados con relación al tipo penal acusado.

De lo precedentemente expuesto, se tiene que el tribunal de alzada, no vulneró el debido proceso en su vertiente de la motivación al momento de emitir el auto de vista recurrido como alega la recurrente; sino, que de manera lógica, razonada concluyó que para la configuración del delito de despojo, la víctima no necesariamente debía demostrar la posesión del inmueble; sino, que también se subsume la conducta del

sujeto activo cuando despoja a la víctima que tiene constituido un derecho real, sobre el inmueble objeto del despojo como el derecho de propiedad; argumentos, que no resultan ligeros ni apresurados, sino, fundamentan lo establecido por el art. 351 del Cód. Pen. que señala: "El que en beneficio propio o de tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio, despojare a otro de la posesión o tenencia de un inmueble, o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él..." (el subrayado es propio), habiendo aclarado además el tribunal de alzada, que el delito de despojo no sólo se configura porque se ejerzan acciones violentas o perturbaciones a la posesión de un inmueble; sino, señaló que también se puede despojar de forma pacífica, fundamentos que resultan suficientes para entender por qué el tribunal de alzada declaró con lugar el recurso de apelación restringida del acusador particular, no incurriendo en contradicción con el auto supremo invocado por la recurrente; sino, por el contrario el auto de vista recurrido adecuó su acto a la doctrina legal vinculante de dicho precedente; toda vez, que estableció que se configura el delito de despojo cuando la conducta del imputado se subsuma en uno de los elementos ya sea de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él.

Por los argumentos expuestos se concluye que el tribunal de alzada al momento de emitir el auto de vista recurrido, no vulneró el debido proceso en su vertiente de la motivación; toda vez, que con argumentos coherentes y no ligeros ni apresurados fundamentó del por qué la procedencia del recurso de apelación restringida interpuesto por la parte acusadora, no incurriendo en contradicción con el A.S. N° 338 de 5 de abril de 2007 como afirma la recurrente; toda vez, que el tribunal de alzada obró conforme los entendimientos de dicha doctrina legal aplicable, adecuando además su acto al deber de control sobre la subsunción efectuada por el tribunal de juicio que fue explicado en el apartado III.2 de este auto supremo; donde la subsunción jurídica, efectuada por el juez o Tribunal de Sentencia permite su control al tribunal de apelación, aspecto que fue cumplido de manera coherente, puesto que aclaró que el delito de despojo se configura no sólo cuando se ejerzan acciones violentas o perturbaciones a la posesión de un inmueble, los que alega no habría ocurrido la recurrente; sino, que explicó el tribunal de alzada que también se puede despojar de manera pacífica; en consecuencia, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pcto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Cira Gallardo Quispe.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



241

Heibert Vilte Murillo c/ Sabino Hilaquita Villca

Despojo

Distrito: Tarija

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 8 de septiembre de 2016, cursante de fs. 99 a 101 Vta., Heibert Vilte Murillo, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 90/2016 de 23 de agosto, de fs. 83 a 85 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, integrada por los vocales Ernesto Félix Mur y Blanca Carolina Chamón Calvimontes, dentro del proceso penal seguido por el recurrente contra Sabino Hilaquita Villca, por la presunta comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 12/2016 de 3 de mayo (fs. 61 a 65), el Juez 1° de Sentencia en lo Penal de Yacuiba del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró al imputado Sabino Hilaquita Villca, absuelto de responsabilidad y pena, de la comisión de delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., con costas.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusador particular interpuso recurso de apelación restringida (fs. 67 a 70 vta.), resuelto por A.V. Nº 90/2016 de 23 de agosto, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, que declaró sin lugar la apelación restringida y confirmó la sentencia apelada, motivando la formulación del recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. Nº 856/2016-RA de 31 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente arguye la nulidad de notificaciones con la fijación de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación restringida; toda vez, que presentada la apelación se solicitó la fundamentación oral del recurso; sin embargo, nunca fue notificado para dicha actuación y habiéndose llevado a cabo dicha audiencia y preguntado a la oficial de diligencias, ésta indicó que se habría confundido de oficina y abogado, lo cual puede corroborarse con las diligencias de notificación ante otro abogado, de esta manera afirma que se vulneró el derecho a fundamentar, a la defensa técnica y material e igualdad y derechos consagrados en la C.P.E. en sus arts. 115, 119 y 121-II, lo que tilda de actividad procesal defectuosa.

I.1.2 Petitorio

El recurrente solicita la admisión del recurso de casación y deliberando en el fondo, se declare sin efecto el auto de vista impugnado, disponiendo se dicte una nueva resolución en base a la doctrina legal imperante.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. Nº 856/2016-RA de 31 de octubre, cursante de fs. 108 a 110 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Heibert Vilte Murillo, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia Nº 12/2016 de 3 de mayo, el Juez 1º de Sentencia en lo Penal de Yacuiba del Tribunal Departamental de Tarija, declaró al imputado Sabino Hilaquita Villca, absuelto de responsabilidad y pena de la comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., con el argumento de que analizada la totalidad de la prueba testifical y documental, arribó a la convicción irrefutable, que de manera alguna el querellante demostró haberse encontrado en algún momento ejerciendo posesión del terreno objeto del litigio; que durante la inspección judicial se observó que la construcción de la vivienda del querellante es en el límite de ambos predios, en la parte trasera de la edificación del lote vecino y que se encuentra construido un cuarto de madera en el interior de su lote; aspectos que, denotaban que desde antes de la construcción existió un límite entre ambas propiedades.

La prueba documental resultó insuficiente para crear en el juzgador la convicción del ejercicio efectivo de la posesión respecto de la totalidad del terreno en conflicto, dado que el terreno que habita junto a su familia, se encuentra fuera del alcance de aquel que ocupa el imputado. Que acreditada la insuficiencia de prueba para evidenciar la configuración del tipo penal de despojo, resultaba impertinente profundizar en el análisis, el resto de los elementos del delito, como la utilización de amenazas, engaño o abuso de confianza para la invasión o expulsión de sus ocupantes, incluso de aquellos atisbos que vislumbraban su existencia, siendo que por sí solos eran insuficientes para acreditar a plenitud la comisión del delito de despojo.

II.2. Del recurso de apelación restringida.

El acusador particular Heibert Vilte Murillo, denunció: a) Error en la valoración de la prueba testifical, aduciendo que los testigos de cargo Nicolasa Medina Villca, Heriberto Villegas Vargas, Dionicio Bustamante Durán, Freddy Ortega Tarifa y Gabriel Favio Ordoñez López, fueron claros y concisos al señalar que el querellante vive con su familia, desde hace aproximadamente doce a quince años, al lado de la fábrica de Cerámica Lapacho, con una extensión de dos hectáreas, que se encontraba cerrado con alambres y que anteriormente sembraba maíz en todo el terreno, que el acusado ingresó al terreno hace unos cuatro a seis años ganándose la confianza del padre de Heibert Vilte, empezando a adueñarse llevando movildades viejas para ocupar, construir, sembrar y dividir el terreno con alambrado. Elementos que se encuentran respaldados por otros medios de prueba documental y de inspección ocular, que demostraron con certeza la responsabilidad penal por el delito de despojo, pero que no fueron tomados en cuenta por el juzgador; b) Acusa error en la valoración de la prueba de inspección judicial no tomada en cuenta, que demuestra la posesión y el comportamiento como propietario y dueño del terreno sobre toda la extensión evidenciado por el plano referencial; y, c) Error en la valoración de la prueba de inspección ocular, que no consignó en el acta como sucedieron los hechos, para determinar la forma y circunstancia de la invasión al terreno por parte del querellado, que procedió a dividir con alambres y postes ingresando vehículos viejos y realizando construcciones. Sabino Hilaquita Villca, no demostró poseer el terreno, habiendo el juzgador interpretado erróneamente que no se tiene acreditada la posesión, cuando la prueba testifical y documental fueron uniformes, habiéndose violado la normativa procesal prevista en los arts. 1, 11, 359, 362, 365, 370-1, 3, 4, 5, 6, 8 y 11 del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, por auto de vista impugnado, declaró sin lugar el recurso de apelación restringida confirmando en su integridad la sentencia, argumentando que para lograr una condena, es indispensable el despliegue de actividad probatoria de cargo, con identidad cualitativa, significativa y suficiente para deducir culpabilidad del acusado; por cuanto, de no alcanzar ese grado de certeza sobre la responsabilidad penal del encausado inexorablemente dará lugar a la absolución. Del examen analítico del fallo, coincidiendo con el criterio del juzgador a quo y ser categóricos en considerar que la conducta es típica cuando se adecua en todos

sus elementos a una descripción punitiva, que en el caso del despojo el hecho alcanza la dimensión punitiva empleando cualquiera de los tres medios de ejecución, sea invadiendo, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes, siendo que el primer elemento es la acreditación de la posesión sobre el inmueble; al respecto, el juzgador asevera que analiza toda la prueba de cargo testifical y documental arribando a conclusiones que a criterio del tribunal de alzada se hallan adecuadamente razonadas, desprendiéndose que no son evidentes los agravios esgrimidos por el apelante, ratificando que el juzgador realizó una correcta valoración de los elementos de prueba incorporados a juicio de acuerdo al art. 173 del Cód. Pdto. Pen. y sin incurrir en las vulneraciones alegadas, haciendo hincapié que al tribunal de alzada no le está permitido revalorizar la prueba, de facultad exclusiva de los jueces o tribunales de instancia de acuerdo al principio de intermediación.

III. Verificación de denuncia de vulneración de derechos y garantías constitucionales

En el presente caso, el recurrente denuncia la nulidad de notificaciones con la fijación de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación restringida, al no haber sido notificado para dicha actuación y ante el reclamo realizado al juzgado, recibió la respuesta de la oficial de diligencias, en sentido de que se habría confundido de oficina y abogado; aspecto que, puede corroborarse con las diligencias de notificación realizada ante otro abogado, habiéndose de esta forma vulnerado su derecho a fundamentar, a la defensa técnica y material e igualdad; por lo que, corresponde el análisis de fondo de la problemática planteada.

III.1. En cuanto al debido proceso y la audiencia de fundamentación.

La Constitución Política del Estado reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en un fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados por la Constitución. Entre uno de los elementos constitutivos del debido proceso se encuentra el derecho a recurrir de los fallos, previsto en el art. 180-II de la C.P.E., así como en los Convenios y Tratados Internacionales ratificados por el país, que son parte de la jerarquía normativa definida en el art. 410-II de la Ley Fundamental. Así también lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, que señaló en su párrafo 158: "La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona".

Dentro de la estructura de recursos, se tiene la apelación restringida, que es planteada contra la sentencia emitida dentro del proceso, ante la posible inobservancia o errónea aplicación de la ley, conforme las previsiones del art. 407 del Cód. Pdto. Pen., correspondiendo al tribunal de apelación imprimir el trámite regulado por los arts. 411 y ss. del citado Código, para finalmente resolver el recurso en alguna de las formas establecidas por ley.

En ese sentido, una vez remitidas las actuaciones ante el tribunal de alzada, éste debe garantizar que las partes procesales, puedan ejercitar los derechos que la ley les otorga, debiendo convocar a audiencia pública en los supuestos de que se haya ofrecido prueba o se haya solicitado expresamente su realización conforme previene el art. 411 del Cód. Pdto. Pen., quedando sujeta esta actuación a las reglas del juicio oral en lo que fuere pertinente conforme a la previsión del art. 412 de la citada Norma Adjetiva Penal. Cabe destacar que esta audiencia de fundamentación, tiene la finalidad de dar la oportunidad a las partes a exponer sus posiciones, razón por la cual bajo los principios de igualdad y de contradicción, el tribunal de alzada debe escuchar las respectivas posturas expresadas en este acto, pudiendo incluso concluir la última intervención, interrogar libremente conforme prevé el citado artículo, sin que el ejercicio de esa potestad implique prejuzgamiento.

También debe tenerse en cuenta, que en la señalada audiencia de fundamentación, los integrantes del tribunal de alzada, a partir del principio de intermediación procesal característico del sistema procesal acusatorio, pueden adquirir conocimiento no sólo de los antecedentes del proceso, sino también de las circunstancias personales de las partes, útiles a los fines de la confrontación objetiva del razonamiento expresado por el a quo en el fallo cuya revisión se tramita, de manera que esta actuación tiene finalidades particulares y no se constituye en un acto meramente formal.

En esa línea de análisis, si el tribunal de alzada pese a la presentación de pruebas y la solicitud expresa del apelante, no lleva a cabo la audiencia de fundamentación oral del recurso, incurre en un defecto absoluto previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., vulnerando el derecho al debido proceso y a la defensa; este criterio se ha mantenido uniforme, si se tiene en cuenta que el A.S. N° 455 de 14 de noviembre de 2005, sostuvo que el tribunal de apelación "al omitir la petición de audiencia de ampliación y fundamentación oral del recurso de apelación restringida, vulnera el derecho a la defensa y, consecuentemente, a la garantía constitucional del 'debido proceso'".

Por su parte, el A.S. N° 61 de 27 de enero de 2007, estableció que "La celebración de la audiencia de fundamentación oral del recurso de apelación restringida, como parte del derecho a la defensa del recurrente, necesariamente debe ser celebrada por el tribunal que resolverá la causa, a efecto de garantizar los principios de publicidad, oralidad e intermediación." Asimismo, la doctrina legal aplicable estableció nítidamente que ante la petición expresa de audiencia de fundamentación oral, el tribunal de alzada está compelido a efectuar este actuado, por su vinculación a los derechos del debido proceso, defensa y a la tutela judicial efectiva, conforme al entendimiento descrito en el A.S. N° 061/2013-RRC de 08 de marzo, en sentido que: "El segundo párrafo del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., establece que los tribunales de alzada están obligados a observar en los recursos que les corresponda resolver, la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo; en ese entendido, con la finalidad de que se cumpla con la norma citada, es menester ratificar que, ante la petición expresa del recurrente de fundamentar su recurso en forma oral, cumpliendo lo dispuesto por los arts. 408 y 411 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de apelación tiene la ineludible e insoslayable obligación de señalar día y hora de audiencia para escuchar los fundamentos del recurso de apelación restringida; omitir esta obligación implica desconocer y restringir los derechos y garantías constitucionales del recurrente que hacen al debido proceso, al

derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, lo que constituye defecto absoluto no susceptible de convalidación, conforme dispone el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.”.

III.2. Análisis del caso concreto.

La denuncia efectuada por el recurrente, da a conocer el hecho de no haber sido notificado con la disposición que señala la audiencia de fundamentación y complementación del recurso de apelación restringida por el tribunal de apelación, en virtud a que esta diligencia fue efectuada en un domicilio procesal incorrecto; aspecto que, ante el reclamo realizado hubiere sido admitido por la oficial de diligencias del Juzgado de Sentencia de Yacuiba; en ese sentido, corresponde acudir al análisis de los antecedentes del proceso y en tal cometido se advierte, que ante el planteamiento del recurso de apelación restringida por parte del acusador particular y absuelto el traslado por el imputado, el Juzgado de Sentencia en lo Penal de Yacuiba, remitió el recurso y antecedentes al tribunal de alzada; luego de su radicatoria en la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, mediante decreto de 26 de julio de 2016, de fs. 76, dispuso el señalamiento de audiencia de fundamentación para el 9 de agosto de 2016 a horas 8:30; al mismo tiempo, ordenó la emisión de la Nota Cite: 713/2016 SDS de 27 de julio, dirigida al juzgado de origen de Yacuiba, para la notificación de las partes, señalando en dicha nota expresamente los domicilios procesales.

Del acta de audiencia de fs. 78, se evidencia haberse instalado la audiencia de fundamentación de apelación restringida, en la que el Presidente de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, extrañando la falta de devolución de las diligencias de notificación por el Juzgado de Sentencia de Yacuiba, determinó la imposibilidad de materializar el acto procesal, señalando nueva fecha de audiencia para el 22 de agosto de 2016, hecho que fue dado a conocer al juzgado de origen mediante el mismo mecanismo Nota Cite: 766/2016 SPS de 9 de agosto, instando dar cumplimiento a la notificación de las partes con el nuevo señalamiento de audiencia, actuado que efectivamente fue cumplido de acuerdo a las diligencias, cursantes de fs. 81, siendo nuevamente remitido conjuntamente los antecedentes al tribunal de apelación, que procedió a la dictación del correspondiente auto de vista.

Esta secuencia procedimental denota las siguientes deficiencias vinculadas a la denuncia que se analiza; en primer término, las diligencias cumplidas por el Juzgado 1º de Sentencia de Yacuiba, cursantes a fs. 81; no obstante, denotar como domicilios procesales la misma dirección, tanto para el acusador particular e imputado como es la calle Comercio entre calles San Pedro y Juan XXIII, de la ciudad de Yacuiba, practicada mediante cédula judicial, como en anteriores oportunidades fueron suscritas por sus respectivos abogados patrocinantes en calidad de testigos; en el caso, las mencionadas diligencias están firmadas por “Dr. Martín Alarcón”, sin que se pueda evidenciar a quien de las partes representa, patrocina o en su caso debe interpretarse que se constituye en testigo común para ambas notificaciones o como advierte el recurrente, se presenta una situación de confusión de haberse notificado en una oficina y abogado distinto, siendo el aspecto fundamental que hubiere impedido a la parte recurrente asumir conocimiento de la realización de la audiencia de fundamentación en alzada.

Al respecto, corresponde tener presente que de acuerdo a lo dispuesto por la norma procesal contenida en el art. 161 del Cód. Pdto. Pen.; “Las notificaciones se practicarán por cualquier medio legal de comunicación que el interesado expresamente haya aceptado o propuesto, excepto las notificaciones personales”, igualmente pueden ser considerados como medio legal de notificación lo dispuesto por el art. 162 del mismo cuerpo adjetivo penal, relativo a aquellos que han sido admitidos por las partes denominados domicilios procesales, con la salvedad de las notificaciones con resoluciones que por su naturaleza, deben ser practicados en forma personal como las señaladas en el art. 163 del Cód. Pdto. Pen.; de modo que en casos de resoluciones que no se encuentren comprendidos dentro del alcance de esta normativa, como decretos de mero trámite o providencias de señalamiento de audiencias, no se tiene la exigencia de que las diligencias se efectúen de forma personal, sino que pueden ser ejecutadas en los lugares o domicilios constituidos por las partes para efectos del proceso, con la entrega de la resolución a los abogados patrocinantes o defensores de las partes, como se pretendió en el caso de autos, pero ante la supuesta confusión que parte de la encargada de la ejecución de diligencias del Juzgado de Sentencia de Yacuiba, de haber procedido a la notificación a otra oficina y otro abogado en el caso del acusador particular, implica un incumplimiento; además, del contenido procesal del cometido determinado en la nota emitida por el tribunal de alzada, por parte del Juzgado de origen de Yacuiba, que definitivamente no cumplió con la efectiva notificación a la parte apelante con el señalamiento de audiencia de fundamentación.

Asimismo, se tiene que el Juzgado de Yacuiba, consideró cumplida la diligencia encargada y remitió antecedentes al tribunal de alzada, que por decreto de 17 de agosto de 2016 de fs. 82 vta., dispuso “Arrímese a obrados las notificaciones diligenciadas” (sic), e inmediatamente después pasó a emitir directamente el auto de vista impugnado, sin que conste ni se tenga conocimiento de que la audiencia prefijada para el 22 de agosto de 2016, destinada a la fundamentación de apelación restringida, fuera efectivamente llevada a cabo o en su defecto fue omitida en su realización, pues no existe un acta que proporcione los detalles respectivos. En esa consideración, corresponde señalar que, la audiencia de fundamentación prevista en el art. 412 del Cód. Pdto. Pen., es un derecho de las partes y tiene la importancia del caso sobre todo para la parte solicitante, pues pueden emerger aspectos complementarios o en su caso ahondar la fundamentación de los aspectos, que se hubieren consignado en el recurso de apelación restringida, que serán puestos a consideración del tribunal de apelación y observarse las circunstancias establecidas en la previsión del párrafo tercero del art. 412 del Cód. Pdto. Pen., referidos a la absolución de interrogantes que se podría realizar a los recurrentes sobre los aspectos insuficientes de la fundamentación o de la solución propuesta, la doctrina que sustenta sus pretensiones o la jurisprudencia que se utilizó, sin que ello implique prejuzgamiento.

Las irregularidades observadas referentes a la errónea notificación al acusador particular con la fecha de realización de la audiencia de fundamentación y complementación convocada por el tribunal de alzada, como la omisión en la realización de dicha audiencia, implican la vulneración del debido proceso, pues el recurrente al tener la calidad de parte en el proceso penal y haber interpuesto recurso de apelación restringida con domicilio real y procesal, constituido para que en él se practiquen las diligencias de notificación con las resoluciones que se emitan de parte del órgano jurisdiccional, no tuvo la posibilidad de conocer la decisión adoptada por el tribunal de alzada, por cuanto la diligencia no fue efectivamente ejecutada generando consecuencias legales que le impedirían el conocimiento oportuno de las actuaciones y

órdenes impartidas por la autoridad judicial, específicamente el señalamiento de audiencia para efectos de lo previsto por los arts. 411 y 412 del Cód. Pdto. Pen., constituyendo una restricción a las garantías establecidas en los arts. 12 y 79 del Cód. Pdto. Pen., al limitar la labor de acusación en igualdad de condiciones; por lo que, al advertirse que la inobservancia de normas procesales referidas a la notificación de las resoluciones judiciales, causaron un grave perjuicio, constituyendo un defecto absoluto no susceptible de convalidación conforme a la previsión del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., al acarrear restricción de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y en el Código Procesal Penal, corresponde acoger la pretensión de nulidad de los actos procesales defectuosos y vulneratorios, al haberse provocado menoscabo en los intereses de la parte que los enuncia, correspondiendo dejar sin efecto el auto de vista recurrido, para que las observaciones advertidas sean subsanadas.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 90/2016 de 23 de agosto, cursante de fs. 83 a 85 vta. y determina que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, previa subsanación de las observaciones detalladas en el presente fallo, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida.

Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución, a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norika N. Mercado Guzmán.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



242

Ministerio Público y otra c/ Armando Ortiz Ozuna
Violación de Niño, Niña o Adolescente
Distrito: Tarija

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 14 de septiembre de 2016, cursante de fs. 385 a 397 vta., Armando Ortiz Ozuna, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. 23/2016 de 4 de agosto, de fs. 358 a 360 y su Complementario de fs. 367, pronunciados por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, integrada por los Vocales José Luis Lenz Mamani y Adolfo Nilo Velasco Albornoz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Maribel Cecilia Rearte Gareca contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., con la Agravante establecida por el art. 310-2 de la misma Norma Legal Sustantiva.

I. Del recurso de casación

1.I. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 22/2012 de 16 de julio (fs. 195 a 199 vta.), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Armando Ortiz Osuna, autor de la comisión del delito de violación a niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con la agravante establecida en el inc. 23 del art. 310 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinticinco años de privación de libertad sin derecho a indulto, con costas a favor del estado y el pago de resarcimiento civil emergente del delito, averiguable en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Armando Ortiz Ozuna, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 216 a 224 vta.), resuelto por A.V. N° 9/2013 de 25 de octubre (fs. 248 a 250), dejado sin efecto por A.S. N° 24/2014-RRC de 24 de marzo (fs. 282 a 284 vta.); en cuyo mérito, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija (con la convocatoria de un vocal de la sala civil), dictó el A.V. N° 23/2016 de 4 de agosto (fs. 358 a 360), que declaró sin lugar el recurso de apelación restringida, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 857/2016-RA de 31 de octubre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente denuncia que tanto en el auto de vista recurrido como su complementario, se incumplió lo dispuesto en el A.S. N° 24/2014-RRC de 24 de marzo (emitido dentro de la presente causa), que dejó sin efecto el A.V. N° 09/2013, disponiendo de manera expresa que previa la verificación de audiencia de fundamentación complementaria y sorteo se pronuncie nueva resolución sin espera de turno; sin embargo, esta disposición hubiese sido incumplida por el tribunal de alzada a tiempo de emitir la resolución hoy impugnada pues, en esta se señalaría que no se efectuó la misma por incomparecencia de su persona y su abogada, sin considerar que el imputado se encuentra recluido en el penal de Morros blancos y que para poder asistir a dichas audiencias se requiere de órdenes judiciales para su traslado situación no acontecida, derivando en consecuencia en un defecto absoluto previsto en el art. 169-3 y 4 del Cód. Pdto. Pen.; además, de derechos y garantías constitucionales previstos tanto en el ordenamiento legal interno como internacional. Invoca como precedentes los AA.SS. Nos. 190/2012 de 24 de julio y 61 de 27 de enero de 2007.

2) Denuncia la existencia de defecto absoluto por la no atención y resolución a si petición de explicación, complementación y enmienda del auto de vista recurrido, ya que la misma hubiese sido respondida a través de un simple decreto con fecha de 1 de septiembre en la que sin explicar, enmendar y menos complementar procede a confirmar la sentencia vulnerando el derecho a una resolución fundamentada, pues el mismo no hubiese sido emitido mediante auto que sea una parte de la sentencia vulnerando el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., además de haber sido firmado por solo el vocal relator José Luis Lenz incumplimiento la doctrina legal aplicable, sobre que dicha resolución debe ser suscrita por el tribunal, pues este es parte de la sentencia. En ese sentido invoca el A.S. N° 152/2012-RRC de 5 de julio.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el A.V. N° 23/2016 y su complementación.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 857/2016-RA de 31 de octubre, cursante de fs. 404 a 407, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el recurrente, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso de la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 22/2012 de 16 de julio, el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Armando Ortiz Osuna, autor de la comisión del delito de violación a niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con la agravante establecida en el inc. 23 del art. 310 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinticinco años de privación de libertad sin derecho a indulto, con costas a favor del estado y el pago de resarcimiento civil emergente del delito, averiguable en ejecución de sentencia, en base al siguiente argumento: Se probó que el acusado trabajaba como guardia de seguridad de la Universidad Juan Misael Saracho y siempre le molestaba a Jimena Rearte Gareca, que colaboraba en la fotocopiadora de su hermana dentro de dicha Universidad, dándose la tarea de perseguirle al baño, frecuentemente se ofrecía llevarle al colegio; es así, que una noche en junio de 2009, convenció a la menor a abordar un taxi y se dirigieron a un cuarto, donde decía quererla, mientras estaba recostada en la cama logró quitarle el pantalón y la ropa interior y pese a los esfuerzos de la menor el acusado abusó sexualmente a la fuerza. En el tiempo, los abusos sexuales seguían; pero, la hermana de la víctima empezó a darse cuenta que la menor salía con el acusado hasta que se embarazó, sin avisar a nadie por temor, dando a luz el 3 de noviembre del 2010. Según los resultados del dictamen pericial, se concluye que de las comparaciones genéticas de las muestras biológicas colectadas en la víctima, bebé e imputado, no se excluye a Armando Ortiz Osuna como padre biológico, por lo que en aplicación del art. 173 del Cód. Pdto. Pen. y analizando minuciosamente toda la prueba judicializada, se concluye que el acusado es autor de la comisión del delito de violación.

II.2. De las audiencias de fundamentación de apelación restringida.

Por decreto de 28 de noviembre de 2014 (fs. 345), se señaló audiencia de fundamentación complementaria, que fue suspendida por inasistencia del abogado defensor del imputado conforme se evidencia del acta de 11 de diciembre 2014, señalándose nueva audiencia para el 16 de diciembre de 2014, que también fue suspendida porque la abogada del acusado informó que ya no ejercía patrocinio, señalándose audiencia para el 22 de diciembre del mismo año (fs. 347), que fue suspendida porque uno de los vocales se encontraba de vacaciones, programándose nueva audiencia para el 2 de enero del 2015, que finalmente fue suspendida por lo siguiente: "Que al no haberse hecho presente la parte apelante que ha solicitado la audiencia de fundamentación complementaria se declara decaído el derecho a la fundamentación complementaria y se resolverá el medio impugnatorio previo sorteo y sin espera de turno" (fs. 349).

II.3. Convocatoria a Vocal de la Sala Civil del Tribunal Departamental.

Mediante Resolución de 22 de abril de 2016 (fs. 355), el Presidente de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, en aplicación a los principios de celeridad, tutela judicial efectiva, jerarquía normativa y al art. 1 de la L. N° 586, convocó a Adolfo Nilo Velasco Albornoz, vocal de la Sala Civil Primera de Familia, Niñez y Adolescencia, para conocer y resolver la presente causa. Resolución que fue notificada al imputado Armando Ortiz Ozuna mediante diligencia de 4 de julio del 2016 (fs. 356).

II.4. A.V. N° 23/2016 de 4 de agosto.

Por A.V. N° 23/2016 de 25 de agosto, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, se declaró sin lugar el recurso de apelación restringida, aclarando antes de ingresar al fondo lo siguiente: "En 2 de enero de 2015 se declara decaído el derecho a la fundamentación complementaria ante la inasistencia a la audiencia del imputado apelante Armando Ortiz Ozuna y de su abogada (fs. 349) con la concurrencia de los vocales de la Sala Penal Primera" (sic).

II.5. De la explicación, Complementación y Enmienda.

Por memorial de 30 de agosto de 2016, Armando Ortiz Ozuna, solicitó explicación, complementación y enmienda, argumentando que sorprende la participación de un vocal de la sala civil al emitir el nuevo auto de vista, sin estar presente en la audiencia de fundamentación, pese a que el auto supremo que dejó sin efecto el A.V. N° 9/2013, estableció que debía emitirse un nuevo auto de vista con los vocales de la sala penal que estuvieron presentes en la audiencia de fundamentación, que se llevó a cabo cuando correspondía.

Ante la negativa de uno de los vocales de la sala penal de emitir el nuevo auto de vista conforme a la doctrina legal emitida por el Tribunal Supremo, se vulneró el debido proceso en su vertiente tutela judicial efectiva y a ser juzgado por tribunales y jueces competentes, pues ante la negativa de los vocales de la sala penal se convocó a uno de la sala civil, designación con la que no fue notificado, negando el derecho a la defensa utilizando los medios ordinarios y extraordinarios que correspondían.

El hecho de que no asistió a la audiencia es porque se encuentra recluido, privado de libertad en la cárcel, pues dependía de la orden que debió darse para que asista, orden que nunca llegó; por lo que solicita se explique, complemente y enmiende: "la negativa de la sala penal para volver a emitir el auto de vista dejado sin efecto por el más alto Tribunal de Justicia, asimismo enmiende en cuanto a que mi persona no asistió a la audiencia..." (sic).

II.6. Resolución de la solicitud de explicación, complementación y enmienda.

Mediante resolución de 1 de septiembre de 2016, el presidente de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija señaló: "En mérito a la solicitud de explicación complementación y enmienda se tiene que el A.V. N° 23/2016 punto 3.- este tribunal de alzada ya se ha pronunciado con relación a lo que peticiona, por lo que no habiendo más que complementar se confirma la resolución" (sic.).

III. Verificación de la existencia de contradicción

En el caso presente la parte imputada formula recurso de casación denunciando que no se cumplió con un fallo emitido por esta sala que dispuso la verificación de audiencia de fundamentación del recurso de apelación y que la solicitud de complementación, explicación y enmienda fue resuelta a través de un simple decreto, correspondiendo resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Sobre la denuncia de falta de realización de la audiencia de fundamentación.

La parte recurrente invoca el A.S. N° 024/2014-RRC de 24 de marzo, que fue pronunciado dentro del presente proceso; donde el A.V. N° 09/2013 de 25 de octubre, fue dejado sin efecto, en base a la siguiente doctrina legal aplicable: "... se vulneró la garantía del debido proceso, así como el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse emitido el auto de vista con un vocal, que pese a haber quedado como relator, como consecuencia del sorteo efectuado, no participó en la audiencia de fundamentación complementaria del recurso de apelación restringida en vulneración al principio de inmediación; lo que supone a su vez, la concurrencia de defectos absolutos no susceptibles de convalidación conforme el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., invocado por el recurrente en su recurso; en cuyo mérito, siendo que las normas procesales que efectivizan derechos fundamentales que hacen al debido proceso, como el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, son de orden público y de cumplimiento obligatorio, corresponde dejar sin efecto la resolución recurrida de casación".

De la misma forma, invocó el A.S. N° 61 del 27 de enero de 2007, pronunciado dentro de un proceso seguido por el delito de estafa (conversión de acciones); auto de vista que fue dejado sin efecto, ya que el recurrente denunció como defecto absoluto el hecho de que el recurso fue recibido y tramitado hasta el momento de celebración de la audiencia de fundamentación oral, en la Sala Penal Primera de la Corte de Santa Cruz, cuando el proceso fue sorteado en el sistema informático para la Sala Penal Segunda, por lo que pese a estar justificada la remisión del recurso de apelación restringida, quedó establecido que la audiencia de fundamentación fue celebrada por un tribunal incompetente, acto que no fue renovado por el tribunal a quo, como era su deber ya que esa audiencia fue expresamente solicitada por el recurrente y a los efectos de la inmediación y el derecho a la defensa, ese acto debió necesariamente ser celebrado por el tribunal que resolverá el recurso, por lo que la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

"En los casos en que por error se hubieran celebrado actos procesales por un juez o tribunal incompetente, los mismos deberán ser renovados por el juez o tribunal competente, excepto los casos de convalidación establecido en el art. 47 del Cód. Pdto. Pen.

La celebración de la audiencia de fundamentación oral del recurso de apelación restringida, como parte del derecho a la defensa del recurrente, necesariamente debe ser celebrada por el tribunal que resolverá la causa, a efecto de garantizar los principios de publicidad, oralidad e inmediación".

También invocó el A.S. N° 190/2012 de 24 de julio, que fue pronunciado dentro de un proceso penal seguido por la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes, prevaricato y negativa o retardo de justicia tipificados por los arts. 154, 173 y 177 Cód. Pen., auto de vista que fue dejado sin efecto porque el tribunal de alzada, omitió su obligación de señalar audiencia en sujeción a lo dispuesto por el art. 411 del Cód. Pdto. Pen., infringiendo dicha normativa procesal y con ella restringiendo los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva, incurriendo en defecto absoluto tal cual establecen los arts. 167 y 169-3 de la L. N° 1970, por lo que la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“Se vulnera lo dispuesto por los arts. 411 y 412 del Cód. Pdto. Pen., además de la garantía del debido proceso, del que dimanar los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva en lo concerniente al derecho de acceso a los recursos inherentes al principio de impugnación, garantizado por el parág. II del art. 180 de la C.P.E., cuando el apelante ofrece prueba y el tribunal de alzada omite señalar audiencia a efectos de su consideración, incurriendo de esa manera en defecto absoluto invalorable”.

Considerando que los AA.SS. Nos. 024/2014-RRC de 24 de marzo y 61 del 27 de enero de 2007, contienen similitud con la denuncia efectuada por el recurrente, corresponde ingresar al fondo; aclarando sin embargo, que con relación al A.S. N° 190/2012 de 24 de julio, éste no será tomado en cuenta al no tener una situación análoga a las denuncias del recurrente, ya que dicha doctrina refiere en lo principal, a la falta de señalamiento de audiencia, pero en el presente caso se denuncia la no realización de la audiencia de fundamentación, aspecto distinto.

Ingresando al fondo y siempre en el marco de análisis delimitado por el auto supremo de admisión, se tiene que el recurrente denuncia que tanto el auto de vista recurrido como su complementario, incumplieron con lo dispuesto en el A.S. N° 024/2014-RRC de 24 de marzo, que dejó sin efecto el A.V. N° 09/2013, que ordenó de manera expresa que previa la verificación de audiencia de fundamentación complementaria y sorteo, se pronuncie nueva resolución sin espera de turno; sin embargo, esta disposición hubiese sido incumplida por el tribunal de alzada que a tiempo de emitir la resolución hoy impugnada, señaló que el recurrente y su abogado no comparecieron a dicha audiencia, sin considerar que él se encuentra recluido en el penal de Morros Blancos y que para poder asistir a la citada audiencia se requiere de órdenes judiciales para su traslado situación no acontecida, derivando en consecuencia en un defecto absoluto.

Ahora bien, según informan los datos del proceso, en cumplimiento al auto supremo referido dictado en el presente proceso, se tiene que el tribunal de alzada señaló audiencia de fundamentación oral del recurso de apelación restringida, que fue suspendida en dos oportunidades, la primera porque el imputado se encontraba sin su abogado y la otra por renuncia de su abogada defensora, por lo que se programó audiencia para el 2 de enero del 2015, siendo finalmente suspendida con el argumento de: “Que al no haberse hecho presente la parte apelante que ha solicitado la audiencia de fundamentación complementaria se declara decaído el derecho a la fundamentación complementaria... y se resolverá el medio impugnatorio previo sorteo y sin espera de turno” (sic); posteriormente a ello, por Resolución de 22 de abril de 2016, el Presidente de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, en aplicación a los principios de celeridad, tutela judicial efectiva, jerarquía normativa y al art. 1 de la L. N° 586, convocó a Adolfo Nilo Velasco Albornoz, vocal de la Sala Civil Primera de Familia, Niñez y Adolescencia, para conocer y resolver la presente causa, actuado que fue notificado al imputado Armando Ortiz Ozuna el 4 de julio del 2016.

En este sentido, se constata que el imputado tenía pleno conocimiento de la audiencia a realizarse el 2 de enero de 2015, justamente porque fue notificado con esa audiencia y además se constituye en la parte solicitante de la audiencia de fundamentación; sin embargo de ello, desde la indicada donde se declaró “decaído” su derecho de fundamentación y se dispuso que se resuelva medio impugnatorio que formuló hasta la Resolución del 22 de abril de 2016, transcurrió más de un año, sin que el imputado haya activado algún medio impugnatorio contra las decisiones referidas, pretendiendo hacerlo recién mediante el recurso de casación, pues el imputado -como se dijo- siendo el solicitante de la audiencia de fundamentación actuó con total pasividad al no reclamar cualquier defecto que consideraba contrario a sus intereses, pues ante la suspensión de la audiencia tenía mucho más de doce meses para hacerlo, por lo que menos podría argumentarse que se le dejó en un estado de indefensión, ya que en el marco del principio de legalidad, se tiene que el art. 16 de la L.Ó.J. es claro al establecer que los magistrados y los vocales deberán proseguir con el desarrollo del proceso, sin retrotraer las etapas concluidas, excepto cuando existiera irregularidad procesal reclamada oportunamente; en concordancia con ello, el art. 17 de la misma ley, igualmente refiere que la nulidad sólo procede ante irregularidades procesales reclamadas oportunamente en la tramitación de los procesos; ambas disposiciones diseñadas por el legislador encuentran su esencia en el principio de convalidación, en virtud del cual toda nulidad no observada oportunamente se convalida por el consentimiento, permitiendo que el acto quede ejecutoriado y firme en la producción de sus efectos.

En este sentido, el recurrente no acreditó que exista memorial alguno después del 2 de enero de 2015 (suspensión de la audiencia) hasta el 4 de agosto de 2016, que se dictó el auto de vista ahora impugnado, por el cual haya reclamado, el por qué no fue conducido, programado una nueva audiencia, o finalmente impugnado por alguna irregularidad por la convocatoria a un vocal de la sala civil, menos podría indicar el recurrente que no ha existido un tiempo razonable o proporcional para poder realizar los referidos reclamos; en todo caso, la convocatoria a otro Vocal, fue consecuencia de la aplicación de principios constitucionales y la aplicación objetiva del espíritu de la L. N° 586 de Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal, es más, dicho actuado, fue notificado al imputado el 4 de julio de 2016 y luego de un mes recién fue emitido el auto de vista ahora impugnado.

Consiguientemente, se constata que no existe contradicción con los precedentes invocados, ya que fue el propio imputado quien se puso en ese estado, al no haber activado oportunamente ningún reclamo sobre algún acto que considere vulneratorio a sus derechos, en todo caso -como se dijo- se encontraba en todo momento habilitado para activar algún medio de defensa a las decisiones asumidas judicialmente, pretendiendo recién buscar una nulidad, contrariamente al principio de celeridad, preclusión y convalidación, por lo que el motivo deviene en infundado.

III.2. Sobre la denuncia de falta de fundamentación de la solicitud de explicación, complementación y enmienda.

La parte recurrente invocó el A.S. N° 152/2012-RRC de 5 de julio, que fue pronunciado dentro de un proceso penal seguido por la presunta comisión de los delitos de peculado, encubrimiento e incumplimiento de deberes; auto de vista que fue dejado sin efecto, por cuanto la decisión del tribunal de alzada de declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación restringida con el argumento de que su presentación fue extemporánea, no consideró que el recurrente formuló una solicitud de complementación, explicación y enmienda y que el plazo de quince días previsto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., comenzó a correr al día siguiente de practicada la notificación con la resolución judicial por la cual el Tribunal de Sentencia, se pronunció respecto a la solicitud planteada por el recurrente en ejercicio de la facultad concedida por el art. 125 in fine del citado Código; por lo que, la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable: “...la notificación con esa resolución determina el

inicio del cómputo del plazo para la interposición del recurso de apelación restringida; lo que implica, que el término de quince días previsto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., empieza a correr al día siguiente de practicada la notificación con el auto que resuelva la solicitud de complementación, explicación y enmienda, conforme las previsiones del art. 130 párrafo tercero del citado Código, sin que sea relevante que la determinación del juez o Tribunal de Sentencia conceda o rechace la pretensión.

Este entendimiento asumido por este tribunal encargado de desarrollar la interpretación de la legalidad ordinaria, se funda en la necesidad de asumir una interpretación acorde al principio de favorabilidad en consideración a que la Constitución Política del Estado, al establecer normas relativas a la jurisdicción ordinaria, garantiza en su art. 180-II el principio de impugnación en los procesos judiciales que, de acuerdo a la doctrina, se considera fundamental en todo procedimiento; por tanto, cualquier acto del órgano jurisdiccional que resulte lesivo al interés de las partes y en consecuencia le cause agravios, le permite impugnar los mismos con el propósito que se enmienden los errores o vicios en los que se haya incurrido. Tal es la relevancia de este principio, que en instrumentos internacionales se asume que la impugnación se constituye a su vez en una garantía judicial conforme lo determina el art. 8-2-h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14-5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, este entendimiento garantiza la igualdad de las partes para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asisten, en los términos señalados en el art. 119 de la C.P.E., pues asumir el criterio de supeditar el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso de apelación restringida a la decisión que vaya a tomar el juez o Tribunal de Sentencia respecto a la solicitud de complementación, explicación y enmienda, generaría discrecionalidad cuando no arbitrariedad de parte del tribunal competente, cuando quede a su criterio resolver sobre la admisibilidad o no del recurso de apelación restringida”.

Por lo referido, puede advertirse que el precedente invocado y su doctrina legal aplicable, fue generada en una problemática totalmente distinta a la planteada en el presente recurso; es decir, no concurre una situación de hecho similar, ya que en el presente caso, el recurrente denunció la existencia de defecto absoluto por la no atención y resolución a su petición de explicación, complementación y enmienda del auto de vista recurrido, ya que el mismo hubiese sido respondido a través de un simple decreto por el cual sin explicar, enmendar y menos complementar procedió a confirmar la sentencia vulnerando el derecho a una resolución fundamentada; además, de haber sido firmado por solo el vocal relator pese de que dicha resolución debe ser suscrita por el tribunal; sin embargo, el precedente invocado por el recurrente, fue generado porque el tribunal de alzada declaró inadmisibile el recurso de apelación restringida por extemporaneidad, sin considerar que el plazo para establecer la admisibilidad o no del recurso, debió computarse desde el día siguiente de la notificación con la resolución que resolvió la complementación, explicación y enmienda. En este sentido, este tribunal no puede visualizar la existencia de contradicción en los términos previstos por el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., siendo necesario destacar que en casos semejantes al presente, este tribunal dejó sentado el siguiente criterio contenido en el A.S. N° 396/2014-RRC de 18 de agosto de 2014 (entre otros), respecto a los requisitos que deben cumplir los precedentes contradictorios: “Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal Superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.Ó.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo”. Por lo referido, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Armando Ortiz Ozuna, de fs. 385 a 397.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 21 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



243

Sociedad Constructora e Inmobiliaria Jardines del Urubó S.A. c/ Juan Fuertes Larrea y otros
Apropiación indebida
Distrito: Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 10 de marzo de 2016, cursante de fs. 1863 a 1870, Cristhian Fernando Calvo Colque en representación legal de la Constructora Inmobiliaria Jardines del Urubó S.A., solicita se promueva la acción de inconstitucionalidad concreta del art. 417 del Cód. Pdto. Pen., dentro del proceso penal seguido por la Empresa representada por el accionante, contra Juan Fuertes Larrea, Alba Gabriela Iturricha de Vidal, Hendrik Jan Laats, Vivian Moreno Urey y Mayra Cobo Nayar, por la presunta comisión del delito de apropiación indebida, previsto y sancionado por el art. 345 del Cód. Pen.

I. Argumentos de la acción de inconstitucionalidad concreta contra el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Los fundamentos de inconstitucionalidad expuestos en el memorial presentado por Cristhian Fernando Calvo Colque, se sintetizan de la siguiente manera:

Expresa que la norma cuestionada es el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., que indica: "(Requisitos). El recurso deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto de vista impugnado ante la sala que lo dictó, la que remitirá los antecedentes a la Corte Suprema de Justicia dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. En el recurso de señalará la contradicción en términos precisos y como única prueba admisible se acompañará copia del recurso de apelación incidental en el que se invocó el precedente. El incumplimiento de estos requisitos determinará su inadmisibilidad" (sic), en la que no se establece la posibilidad de emplazamiento; y consiguientemente, presentar argumentos propios de la parte afectada al recurso de casación presentado por la parte contraria sin brindar la posibilidad en igual de oportunidades de pronunciarse a ambas partes, lo que constituye una omisión al derecho esencial de contradicción o bilateralidad de ser oído emergente del derecho a la igualdad y el debido proceso; a cuyo efecto, cita como normas infringidas de la Constitución Política del Estado, las referidas al derecho a la igualdad entre todos, igualdad de oportunidades, la prohibición y sanción de toda forma de discriminación, a las garantías a ser oído y el derecho inviolable a la defensa, previstos en el preámbulo de la referida Norma Fundamental, arts. 8-I, 9, 14-I, 109-I, 115-I, 119-I, 180-I; y, arts. 8 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Continúa manifestando, previa cita de las SS.CC. Nos. 0626/2014 y 2189/2010-R de 19 de noviembre, respecto a lo establecido sobre las vertientes del derecho a la igualdad, en las que se hace hincapié a la igualdad procesal o igualdad de oportunidades, siendo lo mismo que igualdad ante la ley, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 01 de octubre de 1999, estableció que para que exista debido proceso legal es preciso que los justiciables puedan hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y condiciones de igualdad procesal con otros justiciables, entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el principio de igualdad de armas, es parte del debido proceso legal, y que: "todo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar el caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúe en desventaja sustancial vis-a-vis con su oponente" (Caso Kaufman C/ Bélgica nº 5362/72 y caso Bendenou c/ Francia, A 284), siendo la vertiente del principio de igualdad procesal más relevante, justamente el principio de contradicción o de bilateralidad del contradictorio que se resume en el aforismo ógase a la otra parte, el que está inmerso en la legislación boliviana, en los arts. 30-13 de la L. N° 025 y 12 del Código Adjetivo Penal, resultando que el principio de igualdad se encuentra ligado a otros derechos como lo refirió la S.C.P. N° 1221/2016-S2 de 22 de noviembre, esencialmente al derecho al debido proceso, habiendo establecido también el principio de contradicción, en la S.C.P. N° 0355/2015-S2 de 8 de abril.

En conclusión el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., no establece un mecanismo legal que permita al oponente a cuestionar u observar los fundamentos del recurso de casación del contrario, considerando que también implícitamente se encuentra vinculado al derecho a la defensa del oponente. Así el promotor de la presente acción precisa en cuanto a la diferencia de los supuestos de hecho, que en el caso concreto existe una diferencia marcada a situaciones de hecho prevista en la misma norma procesal penal que determina la figura de emplazamiento prevista en la apelación restringida y apelación incidental conforme consta en los arts. 405 y 409 del Cód. Pdto. Pen., que tiene la finalidad que la parte adversa (sea víctima, Ministerio Público o imputado), tengan la oportunidad de cuestionar los fundamentos de la parte contraria, no teniendo una diferencia de trato entre las distintas partes procesales, inclusive la víctima, que ya no requiere su constitución en querellante para el procedimiento común, pudiendo participar en cada una de las fases del proceso como lo señala el art. 11 del Cód. Pdto. Pen., modificado por la L. N° 007.

En cuanto, a la finalidad de la diferencia del trato, asevera que no es posible concebir que la finalidad de trato sea distinta para las distintas partes procesales, ya que cada una participa activamente en el proceso y es escuchada en las fases de la etapa preparatoria, juicio, alzada, pero no en la fase de casación, la norma cuestionada, sólo prevé que luego de interpuesto el recurso, debe ser elevado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, olvidando la participación de la parte adversa a quien de alguna manera podría afectar el resultado de la

decisión final sin tener la posibilidad de cuestionar cada uno de los motivos expuestos en el recurso de casación, por lo que la finalidad de la diferencia de trato no tiene asidero alguno; tampoco, encuentra la validez constitucional del sentido propuesto (que la diferenciación sea admisible), ya que la misma Constitución y la Convención invocada (en los artículos citados) obligan al estado a brindar las mismas condiciones y oportunidades a las personas ante la ley, resultando obvio que emergente del debido proceso, vinculado a la igualdad, es necesario que las partes tengan la posibilidad de ser oídas ante la autoridad competente para que en función a ello se tome una decisión ecuatoria a las pretensiones de las partes, a cuyo efecto invoca la S.C. N° 0121/2006-R de 1 de febrero, de cuyo razonamiento concluye que no es posible dar una diferencia de trato distinta a las partes y soslayar el principio de contradicción inmerso en la doctrina contenida en la referida sentencia constitucional; por cuanto, el proceso como tal en sí tiene un carácter dialéctico considerando que también la misma norma penal indica claramente que las partes gozarán de igualdad de oportunidades (art. 12 del Cód. Pdto. Pen.), misma que se desconoce en el artículo cuestionado -417 del Cód. Pdto. Pen.-, que no operativiza ese principio esencial que forma parte del debido proceso y la igualdad.

En lo referente a la eficacia de la relación entre hechos, norma y fin; es decir, que exista racionalidad en el trato diferente, calidad distinta a la razonabilidad, implicando la primera a una finalidad legítima, mientras que la segunda, a una finalidad lógica; en el caso concreto, asevera que no hay justificación racional para las asimetrías en el trato de las partes ya que cualquiera (el imputado o la víctima), puede ser la parte adversa de un recurso de casación que puede agravar su situación jurídica en el sentido de sus pretensiones iniciales o la efectivización del proceso; con relación a la proporcionalidad, que implica que la relación o concatenación de todos los anteriores factores sea proporcional, que no se ponga en total desventaja a un sector, que la solución contra la desigualdad evidente no genere una circunstancia de nueva desigualdad, señala que en el caso normativo expuesto, el hecho de limitar la contradicción del recurso de casación es una situación de desigualdad de las partes, ya que tanto la víctima como la parte imputada tienen las mismas probabilidades de ser vulnerables a un recurso de casación, que pueda modificar su posición jurídica frente al otro adversario, pues no hay un privilegio de uno frente al otro.

II. Respuestas a la acción de inconstitucionalidad

Los imputados, Juan Fuertes Larrea, Alba Gabriela Iturri de Vidal, Hendrik Jan Laats, Vivian Moreno Urey y Mayra Cobo Nayar, pese a su legal notificación, no se pronunciaron sobre la acción de inconstitucional concreta interpuesta por el querellante.

III. Análisis y resolución de la acción formulada

Sometidos a análisis los fundamentos expuestos en la solicitud de promover la acción de inconstitucionalidad concreta contra el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., así como la ausencia de respuesta de la parte acusada, corresponde exponer los siguientes argumentos de orden constitucional, legal y jurisprudencial.

III.1. Marco normativo y jurisprudencial sobre la admisibilidad o rechazo de la acción de inconstitucionalidad concreta.

De conformidad con lo establecido en el art. 132 de la C.P.E.: "Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Ley".

En este orden, el art. 73.2 del C.P.C., configura la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto, determinando que ésta "procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales".

En consecuencia, este mecanismo de control normativo de constitucionalidad, se encuentra diseñado en el ordenamiento jurídico constitucional, como un proceso constitucional abierto a toda persona individual o colectiva a través del cual se somete a juicio de constitucionalidad una disposición legal o cualquier resolución no judicial, con la finalidad de verificar su compatibilidad con las normas de la Constitución Política del Estado, para determinar si existe contradicción con sus preceptos y de ser así realizar su depuración del ordenamiento jurídico, buscando en esencia impedir que a tiempo de resolver el proceso judicial o administrativo se aplique una norma contraria con la Constitución.

Es por ello que tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional, han establecido determinados requisitos que deben cumplirse para posibilitar su activación dentro de los procesos judiciales o administrativos. Así el Auto Constitucional N° 0509/2012-CA de 27 de abril, estableció que "Dentro del marco normativo desarrollado precedentemente, se establece que el legislador consignó los siguientes requisitos de contenido para la procedencia del incidente de inconstitucionalidad: a) Debe ser promovido dentro de la tramitación de un proceso judicial o administrativo por la autoridad encargada del proceso, ya sea, el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio a solicitud de alguna de las partes que intervienen en el proceso; b) La mención de la disposición legal cuya constitucionalidad se cuestiona y el precepto constitucional que se considera infringido; c) La existencia de duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la disposición legal aplicable al caso concreto y la vinculación necesaria entre la validez constitucional de la norma con la decisión que deba adoptar la autoridad judicial o administrativa; es decir, para la procedencia de este recurso no basta con cuestionar la constitucionalidad de la disposición legal sino que además la misma tenga que ser necesariamente aplicada a la resolución del caso concreto a ser dilucidado dentro del proceso judicial o administrativo; y, d) La presentación del incidente hasta antes de la ejecutoria de la sentencia".

Respecto a la relevancia de la norma impugnada en la decisión del proceso judicial o administrativo, el Auto Constitucional N° 0132/2014-CA de 24 de abril, haciendo referencia a lo expuesto en el Auto Constitucional N° 0312/2012-CA de 9 de abril, determinó lo siguiente "...La expresión de los fundamentos jurídico-constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas Constitucionales que se considera estarían siendo infringidas (...) también es imprescindible que se exprese y justifique en qué medida la decisión que debe adoptar el juez o tribunal depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada; en consecuencia, la inobservancia de estos requisitos hace inviable el ejercicio de un verdadero control de constitucionalidad y determina el rechazo del recurso".

Similar entendimiento fue expresado en los Autos Constitucionales Nos. 0035/2014 de 29 de enero y 0100/2014-CA de 10 de marzo. Así el primero de ellos, determinó que si la acción de inconstitucionalidad concreta se la plantea contra una norma que no será aplicada en la resolución final del asunto, deberá ser rechazada por el juez o tribunal respectivo, señalando lo siguiente: "...a través del A.C. N° 0713/2012-CA de 22 de agosto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, estableció en virtud del A.C. N° 0438/2006-CA de 18 de septiembre, lo siguiente:...los aspectos que de manera ineludible deben ser considerados para formular el incidente de inconstitucionalidad son: a) La existencia de un proceso judicial o administrativo dentro del cual se pueda promover la acción; b) Que la ley, decreto o resolución de cuya constitucionalidad se duda, tenga que ser aplicada a la decisión final del proceso; pues al tratarse de un recurso que se plantea dentro de un proceso concreto, lo que se busca es que en la resolución del mismo, no se aplique una norma que se considera inconstitucional, por lo que, si es planteado contra una norma que no será aplicada a la resolución final del asunto, deberá ser rechazado por el juez o tribunal respectivo".

La cita jurisprudencial precedente, permite concluir a este Tribunal Supremo, que la autoridad judicial o administrativa, de acuerdo con lo previsto en el art. 80-II del C.P.C., promoverá la acción de inconstitucionalidad concreta siempre y cuando exista una disposición legal, cuya sospecha sobre su constitucionalidad sea razonable y fundada y aplicable en el proceso judicial; entonces, además de existir la duda razonable sobre su constitucionalidad, deberá verificarse, si la norma será aplicada en la resolución del caso concreto a ser dilucidado dentro del proceso judicial.

III.2. Análisis del caso concreto.

Con el marco normativo y jurisprudencial que precede, este tribunal ingresa a analizar, si en la presente causa, corresponde o no promover la acción de inconstitucionalidad concreta planteada por el acusador Cristhian Fernando Calvo Colque en representación legal de la Constructora Inmobiliaria Jardines del Urubó S.A.; por lo que es menester previamente analizar de manera objetiva, si la pretensión constitucional cumple con los requisitos diseñados por el legislador para dicho efecto.

Así, se advierte que el accionante, además de haber citado la norma ordinaria cuya constitucionalidad cuestiona, art. 417 primer párrafo del Cód. Pdto. Pen. en cuanto a la frase: "...la que remitirá los antecedentes a la Corte Suprema de Justicia dentro de las cuarenta y ocho hora siguientes", especifica que las normas constitucionales infringidas, son todas aquellas en las que se reconoce el principio de igualdad y esencialmente el principio de igualdad de partes en el proceso, precisando el Preámbulo y los arts. 8-I, 9, 14-I, 109-I, 115-I, 119-I y 180-I de la norma fundamental; y, arts. 8 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; constatándose que la presente causa se encuentra en etapa de casación, por lo que se entiende que todavía no mereció ejecutoria; en consecuencia, se tiene por cumplidos parte de los requisitos de admisibilidad exigidos en la jurisprudencia constitucional.

Pues, en cuanto a la explicación fundada sobre la presunta inconstitucionalidad de la disposición legal descrita al caso concreto y la vinculación necesaria entre la validez constitucional de la norma con la decisión que deba adoptar la autoridad judicial o administrativa, estrechamente vinculada a la demostración de la relevancia de la norma impugnada en la decisión del proceso -en este caso- judicial, se advierte que el accionante explica que la referida norma procesal penal, en cuanto a la tramitación del recurso de casación, no prevé el emplazamiento; es decir, el mecanismo legal que permita a la parte contraria y afectada con el recurso de casación, cuestionar u observar los fundamentos de éste, soslayando otorgar la posibilidad de pronunciarse a ambas partes, a diferencia de lo previsto en el caso de la tramitación de las fases preparatoria, de juicio y apelación, lo que lesionaría el principio de igualdad de partes, estrechamente ligado al derecho al debido proceso y al principio de contradicción, provocando una posible afectación en la decisión final de la causa, pudiendo modificar su posición jurídica frente al adversario. Argumento que resulta insuficiente para acreditar la relevancia de la aplicación de la referida norma legal en la decisión final del fallo; por cuanto, el accionante omite establecer las razones por las que considera que el traslado a la parte adversa en el recurso de casación, con la consiguiente respuesta de ésta al medio impugnativo tendría alguna incidencia en la decisión final de fallo, cuando este tribunal en reiterados pronunciamientos, conforme a la naturaleza del sistema penal acusatorio, estableció que el recurso de casación dada su función nomofiláctica, tiene como función que el Tribunal Supremo de Justicia desarrolle la tarea de unificar la jurisprudencia, a fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme de la ley penal, por razones de seguridad jurídica y respecto al derecho a la igualdad, de forma que todo ciudadano tenga la certeza y seguridad que la norma procesal y material será efectivamente aplicada por igual, labor reconocida en la norma procesal penal y en la Ley del Órgano Judicial, correspondiendo a la Sala Penal de este Máximo Órgano colegiado a efectuar un análisis en base al derecho objetivo, para establecer la existencia o no de contradicción entre el fallo impugnado con los precedentes invocados, constituyendo dicha labor eminentemente de derecho, que -por su naturaleza-, no admite posturas de contradicción; por cuanto, tal extremo es objeto de análisis y determinación por el juez o Tribunal de Sentencia y revisable por el tribunal de apelación, a través del recurso de apelación restringida, sujeto a su propia tramitación y alcances.

En este mismo sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional, a través de la S.C.P. N° 0895/2012 de 22 de agosto, a tiempo de resolver la constitucionalidad de los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., cuestionados por la exigencia de la presentación de los precedentes contradictorios; sin embargo, dichas consideraciones son plenamente aplicables a la presente causa, al haber efectuado un análisis doctrinal y normativo de la naturaleza y alcance del recurso de casación en materia penal, estableciendo el siguiente razonamiento:

"...el recurso de casación se limita a analizar cuestiones de derecho, sin que se pueda abordar cuestiones de hecho. Así, respecto a la casación en general, Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas, refiere: 'Acción de casar o anular. Este concepto tiene extraordinaria importancia en materia procesal, porque hace referencia a la facultad que en algunas legislaciones está atribuida a los más altos tribunales de esos países (Tribunal Supremo, Corte Suprema de Justicia, Corte de Casación) para entender en los recursos que se interponen contra las sentencias definitivas de los tribunales inferiores, revocándolas o anulándolas; es decir, casándolas o confirmando. Por regla general, el recurso de casación se limita a plantear cuestiones de derecho, sin que esté permitido abordar cuestiones de hecho, y, naturalmente, tampoco el tribunal de casación puede entrar en ellas.

La casación tiene como principal finalidad unificar la jurisprudencia, pues sin esa unificación no existe verdadera seguridad jurídica... (sic).

En ese orden y precisando la definición anterior, Piero Calamandrei, en el desarrollo de 'La Casación Civil', define este recurso como "...un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales de derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de Derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que mantengan un error de derecho en la resolución de mérito...".

Concretamente en materia procesal penal, Rafael Hinojosa Segovia, refiriéndose a la naturaleza jurídica y objeto de este instituto procesal, señala: "El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía constitucional. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados por la ley.

(...)

Ahora bien, el ordenamiento jurídico procesal penal en Bolivia, concretamente el art. 50 del Cód. Pdto. Pen., asigna a la Corte Suprema de Justicia, la competencia exclusiva de conocer y resolver los recursos de casación. Los Tribunales Departamentales -según las normas contenidas en el art. 51 del Cód. Pdto. Pen.- conocerán los recursos de apelación restringida, que conforme lo dispone el art. 407 del mismo Código, se interpone por inobservancia o errónea aplicación de la ley y, en relación a la producción de prueba, ésta sólo puede producirse si se trata de aspectos procesales como manda el art. 410 del Cód. Pdto. Pen.

Por su parte, la norma prevista por el art. 416 del Cód. Pdto. Pen. establece que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de los distritos judiciales -hoy Tribunales Departamentales de Justicia- contrarios a otros precedentes pronunciados por dicha instancia o por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente a tiempo de interponer la apelación restringida. Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diversos alcances. Determinando el procedimiento a seguir, el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., dispone: 'El recurso deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto de vista impugnado ante la sala que lo dictó, la que remitirá los antecedentes a la Corte Suprema de Justicia dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. En el recurso se señalará la contradicción en términos precisos y como única prueba admisible se acompañará copia del recurso de apelación restringida en el que se invocó el precedente. El incumplimiento de estos requisitos determinará su inadmisibilidad' (subrayado añadido). En ese orden, la jurisprudencia constitucional del extinto Tribunal Constitucional definió la casación como: '...un recurso extraordinario y excepcional que tiene una doble función, de un lado, la de unificar la jurisprudencia nacional; y, del otro, la de proveer la realización del derecho objetivo, función que en la doctrina se ha denominado nomofiláctica o de protección de la ley' (S.C. N° 1468/2004-R, de 14 de septiembre), ampliando ese entendimiento la S.C. N° 1401/2003-R, señaló que: '...el recurso de casación es un medio de impugnación que la ley concede a las partes, para que el más alto Tribunal de la Justicia ordinaria del país, resuelva, en base al derecho objetivo, la probable contradicción existente entre el fallo dictado en el caso concreto impugnado, con otro dictado por la misma sala penal, por otra corte, o por la sala penal de la Corte Suprema. Lo que significa que el recurso de casación es un medio de defensa al que pueden acceder las partes para impugnar un auto de vista no ejecutoriado que consideren desfavorable'. De acuerdo a las normas, doctrina y jurisprudencia glosadas precedentemente, se concluye que la configuración procesal que el legislador le ha dado al recurso de casación en materia penal en Bolivia puede sintetizarse en tres puntos: 1) Uniformización jurisprudencial en el sentido de constituir un recurso en perspectiva de mantener líneas de aplicación de la ley uniformes, en miras a constituir un estado de igualdad procesal entre los ciudadanos, para que éstos acudan al órgano judicial y razonablemente obtengan respuestas similares a problemáticas similares (ius litigatoris); 2) El respeto y mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico a través de un control de legalidad (ius constitutionis); y, 3) La protección de la objetiva aplicación de la Ley (nomofilaquia)".

En ese entendido, corroborándose que el promotor de la presente acción de inconstitucionalidad no explicó de modo alguno cuál sería la trascendencia de su cuestionamiento en la tramitación del recurso de casación prevista en el art. 417 del Código Adjetivo Penal, constitutiva de la falta de traslado a la parte adversa con el recurso de casación, que incida en la decisión final de dicho medio de impugnación, que está limitado a efectuar un análisis de derecho en base a la confrontación de los precedentes invocados con la resolución de apelación impugnada, esta sala rechaza la pretensión del acusador, actual promotor de la acción.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida en el art. 80-II del C.P.C., resuelve: RECHAZAR la solicitud de promover la acción de inconstitucionalidad concreta presentada por Cristhian Fernando Calvo Colque en representación legal de la Constructora Inmobiliaria Jardines del Urubó S.A.

De conformidad al art. 80-III del C.P.C., remítase al Tribunal Constitucional Plurinacional la presente resolución junto con las fotocopias legalizadas de los antecedentes pertinentes, debiendo proseguir la tramitación de la causa.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 27 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



244

Ministerio Público y otro c/ Luis Jaime Barrón Poveda y otros
Sedición y otros
Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de febrero del 2017, cursante de fs. 11650 a 11656 vta., Jhon Clive Cava Chávez, opone excepción de extinción de la acción penal por prescripción, respecto de los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y leves, coacción y, vejaciones y torturas, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público a instancias de Sergio Hugo Velásquez Marín, apoderado legal de Ángel Ballejos Ramos y otros contra el excepcionista y otros, por la presunta comisión de los delitos de asociación delictuosa, desórdenes y perturbaciones, instigación pública a delinquir, vejaciones y torturas, sedición, lesiones graves y leves, coacción, amenazas, privación de libertad y fabricación, comercio o tenencia de sustancias explosivas y homicidio en grado de tentativa; previstos y sancionados por los arts. 132, 134, 130, 295, 123, 271, 294, 293, 292, 211 y 251 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Argumentos de la excepción de extinción de la acción penal por prescripción

El imputado Jhon Clive Cava Chávez, formula excepción de extinción de la acción penal por prescripción, bajo los siguientes argumentos:

Señala que, mediante memorial presentado el 26 de agosto de 2013, interpuso excepción de extinción de la acción penal por prescripción, respecto de los delitos de instigación pública a delinquir, lesiones leves, amenazas y privación de libertad, previstos y sancionados por los arts. 130, 271, 193 y 292, todos del Cód. Pen., dando lugar a la emisión de los Autos Nos. 091/2013 de 2 de septiembre (fs. 5973 a 5979) y complementario 92/2013 de 2 de agosto (fs. 5980 y vta.), por los que, el Tribunal de Sentencia a cargo del proceso, aceptó la excepción interpuesta y dispuso la extinción de los precitados delitos con relación a su persona. En esa misma oportunidad, se dejó en claro que no se había presentado prescripción por los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y vejaciones y torturas, previstos por los arts. 132, 271 y 295 del Cód. Pen., más allá de que, el Tribunal de Sentencia de Padilla se hubiera pronunciado sobre una petición no formulada.

Cabe tomar en cuenta que respecto de su persona, a través de la Sentencia N° 004/2016 de 2 de marzo y Autos Complementarios Nos. 012/2016 de 8 de marzo y 22/2016 de 24 de marzo, dictados por el Tribunal Primero de Sentencia de Padilla del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, lo condenó por los tipos penales de asociación delictuosa, lesiones graves, coacción agravada y vejaciones y torturas, previstos y sancionados por los arts. 132 primer párrafo, 271, 294 y 295 del Cód. Pen.

Consiguientemente el excepcionista solicita, que la excepción de extinción de la acción penal por prescripción sobre los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves, coacción agravada y vejaciones y torturas, formulada al presente sea tomada en cuenta, teniendo presente que el instituto jurídico de la prescripción debe ser acreditado en abstracto; puesto que, no persigue la finalidad de verificar la inocencia o culpabilidad del peticionario, al margen de que la injusta sentencia impuesta esté siendo objeto de análisis en recurso de casación, por ello, es que se referirá a la misma simplemente a efectos de precisar determinados presupuestos incontrovertibles y razonamientos que respaldan los fundamentos a esgrimirse y que a efectos de claridad en la fundamentación se desarrollarán individualmente.

I.1. Sobre el quantum penal de los delitos.

- a) Art. 132 del Cód. Pen., asociación delictuosa, con una pena de seis meses a dos años o prestación de trabajo de un mes a un año.
- b) Art. 271 del Cód. Pen., lesiones graves y leves con una pena de uno a cuatro años, conforme al Código Penal vigente al momento de acaecidos los hechos.
- c) Art. 294 del Cód. Pen., coacción, con una pena de seis meses a dos años, con una agravante de uno a cuatro años.
- d) Art. 295 del Cód. Pen., vejaciones y torturas, con una pena de seis meses a dos años, con una primera agravante de dos a cuatro años y una segunda agravante de dos a seis años.

Sobre el plazo establecido por la ley para que los delitos prescriban, tomando en cuenta los términos establecidos en el art. 29 del Cód. Pdto. Pen. y remitiéndonos al detalle anterior, se tiene:

- 1) Art. 132 del Cód. Pen., asociación delictuosa, conforme al art. 29-3 del Cód. Pdto. Pen., en su primera parte, prescribe en tres años y conforme al art. 29-4 del Cód. Pdto. Pen., en su segunda parte, prescribe en dos años.
- 2) Art. 271 del Cód. Pen., lesiones graves y leves, conforme al art. 29-2 del Cód. Pdto. Pen., respecto a las lesiones graves, prescribe en cinco años.
- 3) Art. 294 del Cód. Pen., coacción, conforme al art. 29-3 del Cód. Pdto. Pen., en su primera parte, prescribe en tres años, y conforme al art. 29-2 del Cód. Pdto. Pen., en su segunda parte, prescribe en cinco años.

4) Art. 295 del Cód. Pen., vejaciones y torturas, conforme al art. 29-3 del Cód. Pdto. Pen., el tipo básico prescribe en tres años, de acuerdo al art. 29-2 del Cód. Pdto. Pen., la primera agravante prescribe en cinco años y conforme al art. 29-1 del Cód. Pdto. Pen., la segunda agravante prescribe en ocho años.

Sobre el inicio del término de la prescripción, conforme prevé el art. 30 del Cód. Pdto. Pen., éste empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o en que cesó su consumación en el caso de delitos permanentes.

Agrega que bajo tales presupuestos y contrastando los mismos con el caso, se tiene acreditado que los hechos ocurrieron el 24 de mayo de 2008, tal cual dimana de la denuncia formulada por Ángel Ballejos Ramos, así como de las acusaciones fiscal y particular; en consecuencia, esa sería la fecha de inicio del término de las prescripciones solicitadas. En ese orden, el excepcionista precisa lo siguiente:

i) Con relación al delito de asociación delictuosa, de la descripción que realiza el art. 132 del Cód. Pen., se extrae que es un delito instantáneo, ya que se consuma en el momento en el que se forma parte de la asociación, extremo que se extrae de la frase “El que formare parte de una asociación de cuatro o más personas...”; por lo tanto, tomando en cuenta la teoría del caso, el Comité Interinstitucional sería la Asociación Delictuosa, donde las acusaciones fiscal y particular señalan: “Se tiene como antecedente que en el mes de marzo de la gestión 2007, a iniciativa de Favio Porcel Arancibia, en su calidad de Diputado Nacional por el Departamento de Chuquisaca, se reunieron en Sucre las principales autoridades locales, departamentales, nacionales, públicas y privadas, cívicas, vecinales, organizaciones sociales y otros del Departamento de Chuquisaca para asistir al Segundo Foro Ciudadano. Emergente del mismo, se constituye el denominado Comité Interinstitucional. Es decir que, en relación a este delito en particular, el inicio del término de la prescripción sería a partir de marzo de 2007; en consecuencia, dado el carácter instantáneo del delito de asociación delictuosa al presente, habrían transcurrido nueve años, con lo cual, se sobrepasó abundantemente el término de la prescripción exigido por el adjetivo penal, tanto en su primera como en su segunda parte.

De otro lado, si se asume la tesis que refiere y considera al delito de asociación delictuosa como de carácter permanente, tal como señala la sentencia de mérito, con la que no se encuentra de acuerdo; empero, sin que signifique admitir esos falaces argumentos, se permite referirse a los mismos. En ese orden, se tiene que el fallo de mérito afirmó que el Comité Interinstitucional se habría constituido de manera lícita hasta el 14 de diciembre de 2007 y que posteriormente a su conformación, se hubiera tornado en ilegal hasta desembocar en los hechos del 24 de mayo de 2008, momento en el cual, habría dejado de existir; extremos que se extraen de la sentencia en sus páginas 80 a 86.

Entonces, si hipotéticamente se asume tal razonamiento y se lo contrasta con la primera tesis esbozada sobre el carácter instantáneo del delito de Asociación Delictuosa, el término de la prescripción, hubiera comenzado a correr a partir del 15 de diciembre de 2007; en consecuencia, al presente también habrían transcurrido nueve años, cumpliéndose el término de la prescripción establecido en el adjetivo penal en relación al art. 132 del Cód. Pdto. Pen., en sus dos partes. Ahora bien, si se asume la segunda tesis que hace alusión al carácter permanente del delito de asociación delictuosa, el cómputo de la prescripción se iniciaría desde la fecha de desintegración de la asociación delictuosa, que como refiere la misma sentencia, sería el 25 de mayo de 2008, que contrastada con los términos que establece el adjetivo penal, se llega a la conclusión que al presente habrían transcurrido también nueve años, con lo que también se hubiera cumplido el plazo establecido por el Código de Procedimiento Penal, en mención de sus dos partes; por lo que al presente, dicho delito, en relación a Jhon Clive Cava Chávez, habría prescrito.

II) En lo que respecta al delito de lesiones graves y leves, consignado en el art. 271 del Cód. Pen., es instantáneo, ya que se consuma en el momento en que se produce la afectación al bien jurídico. Con ese antecedente, se puede colegir tanto de la acusación fiscal como de la particular y de la propia sentencia, que las acciones que habrían producido las lesiones graves, se hubieron suscitado el 24 de mayo de 2008, de donde se tiene que, al presente transcurrieron ocho años, sobrepasando el término de cinco años establecido por el adjetivo penal; por lo que a la fecha también habría prescrito con relación a su persona.

III) Ingresando al delito de coacción, establecido en el art. 294 del Cód. Pen., el mismo se divide en dos partes, una primera que constituye el tipo básico y una segunda parte que constituye el tipo agravado, en ambos casos, el delito es instantáneo, es decir, se consuma en el momento en que se cumplen los verbos rectores “obligare” y “usando arma”, respectivamente, en tal antecedente, de una revisión de la denuncia, acusaciones y sentencia, se establece que el término de inicio para el cómputo de la prescripción es el 24 de mayo de 2008; en consecuencia, al presente transcurrieron ocho años; con lo que se habrían cumplido los términos establecidos por el adjetivo penal en relación a dicho ilícito, tanto en el tipo básico como en el agravado, por ello, la fecha de ese delito también habría prescrito.

IV) En lo que toca al delito de vejaciones y torturas, previsto por el art. 295 del Cód. Pen., en cuyo texto constan tres partes, la primera que hace alusión exclusiva a la acción de “vejar”, la segunda que se refiere a la acción de torturar; y la tercera que se refiere a la agravante en caso de lesiones o en caso de muerte. En cualquiera de los casos se trata de un delito instantáneo que se consuma con el resultado. Bajo tales antecedentes, de una revisión de la denuncia, acusaciones y sentencia, se establece que el término se inició para el cómputo de la prescripción, el 24 de mayo de 2008; en consecuencia, al presente habrían transcurrido ocho años; con lo cual, se habrían cumplido los términos establecidos por el adjetivo penal, en relación a dicho ilícito en sus tres partes, y por ende, también habría prescrito.

I.2. Sobre la interrupción de la prescripción.

Tal cual precisa el art. 31 del Cód. Pen., la única causal de interrupción de la prescripción establecida por ley, es la declaratoria de rebeldía, la cual hace que el tiempo transcurrido, vuelva a computarse nuevamente.

Bajo ese contexto, se tiene acreditado que Jhon Clive Cava Chávez, a la fecha, no cuenta con declaratoria de rebeldía alguna, tal cual se demuestra por el Certificado de Antecedentes Penales 0565893 de 16 de febrero de 2017; por lo que, se tiene cumplido el presupuesto procesal mencionado.

I.3. Sobre la suspensión del término de la prescripción.

Respecto de este presupuesto, el art. 32 del Cód. Pdto. Pen., dispone cuatro causales expresas que suspenden el término transcurrido, haciéndolo inoperable hasta que desaparezcan los motivos que suspendieron dicho cómputo, momento en el cual, se suma el tiempo transcurrido al tiempo operado antes de su suspensión.

En la especie, se tiene acreditado que a la fecha, el proceso penal que dio origen a la presente solicitud, no fue sometido a ninguna causal de suspensión de término de la prescripción con relación a Jhon Clive Cava Chávez, conforme se evidencia del Certificado de Antecedentes Penales 0565893 de 16 de febrero de 2017; por tanto, no existe ninguna suspensión condicional del proceso que se hubiera declarado respecto del precitado ni se encuentra pendiente de presentación, ningún fallo que resuelva alguna cuestión prejudicial, conforme se extrae de la Sentencia N° 004/2016 de 2 de marzo y Autos Complementarios Nos. 012/2016 de 8 de marzo y 22/2016 de 24 de mayo. Asimismo se evidencia que dentro del proceso en cuestión, no se tramitó ninguna forma de antejuicio o conformidad con gobierno extranjero; y finalmente, no se encuentran delitos que hubieran alterado el orden constitucional e impedido el normal ejercicio de las autoridades legalmente constituidas.

I.4. Sobre la prescriptibilidad de los delitos invocados.

Conforme se extrae de lo establecido por los arts. 111 y 112 de la C.P.E., los delitos de genocidio, lesa humanidad, traición a la patria, crímenes de guerra y los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del estado, son imprescriptibles.

Ahora bien, de un contraste general realizado sobre las acusaciones fiscal y particular y la sentencia, en la presente causa, se tiene por acreditado que no se trata de delito de genocidio, ya que el mismo se encuentra tipificado en el art. 138 del Cód. Pen., mismo que no fue objeto de investigación y mucho menos acusado; por lo que, no concurre dicha causal de imprescriptibilidad.

En lo que respecta al carácter de “Lesía Humanidad”, se debe necesariamente recurrir a la parte de la regulación que hace el Estatuto de la Corte Penal Internacional o “Estatuto de Roma”, que en su art. 7-1 prescribe:

1. A los efectos del presente estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad”, cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...”.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política...”.

En esa misma línea argumentativa debe quedar claro, que los elementos, “ataque generalizado”, “sistemático”, y “población civil”, son de carácter normativo, sujeto a una valoración racional y respaldada en fuentes internacionales de derecho.

Por tanto, se debe tener en cuenta que de una revisión de las acusaciones fiscal y particular, así como de la sentencia, resulta evidente que los elementos característicos del crimen de “Lesía Humanidad”, no concurren en el caso de autos por lo que, tampoco concurre esta causal de imprescriptibilidad.

En lo que respecta a los delitos de traición a la patria, crímenes de guerra y aquellos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del estado, también resulta evidente que dichas causales no concurren, y por ende, no son aplicables al caso en cuestión, siendo viable plenamente la aplicación del instituto de la prescripción sobre los delitos invocados.

II. Respuestas a la excepción opuesta

Por decreto de 23 de agosto de 2017 de fs. 11657, conforme a lo dispuesto por el art. 314 del Cód. Pdto. Pen., modificado por el art. 8 de la L. N° 586 de 30 de octubre de 2014, se corrió traslado a las partes procesales, así se tiene de las diligencias de 16 de marzo de 2017 de fs. 11660 a 11663 de obrados, mereciendo la respuesta del representante del Ministerio Público conforme el siguiente detalle.

II.1. El Ministerio Público.

Por memorial presentado el 21 de marzo de 2017, el Ministerio Público a través de Jhonny Escobar Paredes, fiscal de materia, respondió a la excepción de prescripción presentada por Jhon Clive Cava Chávez, con los siguientes argumentos:

1) La nueva estructura de la Constitución Política del Estado, da mayor relevancia al principio de la eficacia, extremo sustentado por el art. 178-I que prioriza la atención de bienes jurídicos universales y colectivos; así en su art. 112 dispone que ninguna persona va a gozar de un régimen de inmunidad, así lo establece en su parte in fine, y es así que otorga especial relevancia al reconocimiento constitucional de los derechos de la víctima, esto está expresado en el art. 113-I en el que señala que la vulneración de los derechos, concede a las víctimas, el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna; en el art. 121-II, se establecen las garantías constitucionales de las víctimas, norma concordante con el art. 11 del Cód. Pdto. Pen. Es a través de este contexto normativo, que deben interpretarse las normas constitucionales, a ello debe sumarse que el art. 22 de la C.P.E., refiere que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables y por ello, respetarlas y protegerlas es deber primordial del estado.

De lo señalado, se desprende que la normativa penal boliviana y la vasta jurisprudencia y doctrina legal aplicable, se circunscribe a la teoría del no plazo o teoría del plazo razonable; en ese orden, los arts. 7-5 y 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sustentan este aspecto, para concluir que un proceso penal debe llevarse sin dilaciones. Asimismo, se estableció en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentido “...que para determinar si la duración de un proceso ha sido razonable se tiene que sujetar a tres aspectos básicos, 1 que es la complejidad del caso, 2 el comportamiento del interesado y 3 la forma como el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales” (sic).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Jenny Lacayo y Bulacio, se pronunciaron sobre este plazo razonable que debe tener un proceso penal y se cuestionó el derecho de la víctima a ser escuchada dentro de lo que se llama la tutela judicial efectiva, también en otros casos, la SS.CC. Nos. 110/2010-R de 10 de mayo, refiere que las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son parte del bloque de constitucionalidad y de aplicación por los jueces de Bolivia.

En el caso 24 de mayo, hubieron dilaciones indebidas como de los acusados Flavio Huallpa, Lenin Sandoval y Franz Quispe que dieron otros domicilios y no se los pudo notificar con las imputaciones y se tuvieron que publicar edictos para cumplir con las diligencias; luego se presentaron objeciones a la querrela, incidentes de actividad procesal defectuosa; hechos que provocaron dilaciones porque se rechazaron todos los incidentes; de igual forma, algunos acusados se presentaron sin abogados defensores; y en el caso concreto del excepcionista Jhon Cava, refiere que sus acciones dilatorias se iniciaron cuando dio origen a la desintegración del Tribunal Primero de Sentencia de la capital, logrando que el juicio vaya a otro Tribunal de Sentencia al asiendo judicial de Padilla y empiece el juicio nuevamente; pues como se desprende de la entrevista informativa realizada a Arturo Jaime Guerra Gonzáles, fue el mismo Jhon Cava que en su domicilio real, redactó la renuncia a su cargo de juez ciudadano y que luego consigue trabajo en el Gobierno Municipal de Sucre; razón por la cual, el 5 de junio de 2012, dicho juez, no se hizo presente en la audiencia de juicio oral dentro del caso 24 de mayo de 2008, FIS-0801076, dejando sin quórum y por consiguiente desintegrando el tribunal que tuvo que trasladarse a la localidad de Padilla, ocasionando perjuicio a las víctimas, y por ende, dilación en la causa para beneficiarse de una pretendida prescripción.

Cabe referir que los actos dilatorios, eran de defensa conjunta entre todos los coacusados, quienes utilizaron una infinidad de incidentes, con la finalidad de desintegrar el Tribunal de Sentencia de Padilla, pues mediante Auto N° 055/2013 de 4 de mayo, se rechazó el incidente amañado denominado "intromisión del poder político del MAS"; por lo que, de la revisión minuciosa de las actas de juicio oral ofrecidas como prueba, se puede establecer la defensa conjunta de los abogados y coacusados, que ante un exceso de previsión hicieron uso arbitrario contraviniendo a los autos supremos dictados por el Tribunal de Justicia de Bolivia, pues el Tribunal de Sentencia de Padilla, durante más de dos años, se dedicó solamente a revolver las más de ciento ochenta excepciones e incidentes planteados por los acusados, de los cuales, el 98% fueron rechazados con costas. Actuar que tenía el objetivo de cansar a los jueces ciudadanos para que el caso se remita ante el Tribunal de Sentencia de Monteagudo. En el cuerpo 23 cursa un auto que resuelve la recusación planteada por la parte acusadora contra el juez ciudadano Teófilo Armingol Avendaño Barrón, que declara fundada para que se lo aparte del proceso; puesto que, los acusados Jhon Cava y Jaime Barrón lograron tener acercamiento con el mismo para ser favorecidos, extremos probados por el Ministerio Público durante el juicio oral, con prueba plena.

Alega que los AA.SS. Nos. 163 de 2 de febrero de 2007, 284 de 22 de julio de 2006, 308 de 19 de septiembre de 2008 y 54 de 19 de febrero de 2010, señalan que para la prescripción, se debe considerar la actuación de los acusados y los derechos de las víctimas.

Por lo relacionado, solicita que se rechace la prescripción; toda vez, que en virtud a la doctrina del plazo razonable, no es suficiente el transcurso del tiempo, sino que además se debe tomar en cuenta varios factores como la dilación por parte de los acusados, las vacaciones judiciales y renuncia de jueces ciudadanos; situaciones que no pueden ser computadas para efectos de la prescripción.

2) Por otra parte, el Tribunal de Sentencia de Padilla, mediante varias providencias determinó la suspensión de plazos procesales a fs. 159 del primer cuerpo del cuaderno de actas del juicio oral; de igual forma, el Presidente del Tribunal de Sentencia de Padilla, el "19 de diciembre", volvió a suspender los plazos procesales, "pero el Auto N° 077/2013 de 5 de julio de 2013, a fs. 776 en la parte in fine, señala que existe suspensión de plazos procesales desde 19 de septiembre de 2012" (sic), ya que los acusados a través de sus abogados defensores o en uso de su defensa material, solicitaron de forma sistemática, que el juicio se desarrolle sólo tres días al principio, ya que supuestamente se estaba vulnerando su derecho al trabajo, familia, que tenían hijos, que para el juicio deberían trasladarse desde Sucre, y que es lejos y otros argumentos, pese a la oposición del Ministerio Público, del querellante y las víctimas, el tribunal se vio obligado a aceptar que el juicio se desarrolle tres días a la semana; posteriormente, desde el 2014 las audiencias de llevaban sólo dos veces a la semana, conforme consta en las actas del juicio, donde se establece también, que el querellante Ángel Ballejos Ramos se opone a la forma en que se desarrollaban las audiencias, ya que las víctimas no eran consideradas por el tribunal pese a solicitar reiteradamente que la audiencia se celebre en forma continua como dispone el art. 334 del Cód. Pdto. Pen., al igual que el Ministerio Público.

3) Asimismo, es aplicable la teoría concursal real e ideal de los tipos penales con relación a los hechos ocurridos en el caso 24 de mayo, ya aplicada en el Auto N° 077/2013 y en la Sentencia N° 004/2016 de 2 de febrero, vinculada a lo prescrito por el art. 46 del Cód. Pen., en cuyo texto establece una sentencia única en todos los casos, lo que se encuentra plasmado en la página 145, en el Considerando VII, en la determinación de la pena, páginas 149 y 150, en el punto 9.1, se refiere al concurso real y concurso ideal de los tipos penales con relación a los hechos ocurridos en el caso 24 de Mayo; debe tomarse en cuenta que la sentencia dictada como resultado del juicio oral, público y contradictorio y el auto de vista que no sólo la ratifica sino que agrava la pena por varios delitos, aplicando el concurso ideal; y para el concurso real, establecen que de encontrar algún aspecto vinculado a estos dos institutos por parte del tribunal, al momento de dictar sentencia, la misma versa sobre el delito más grave; en este sentido, Jhon Cava fue condenado a siete años y seis meses de privación de libertad. En ese sentido se tiene la doctrina legal aplicable contenida en los AA.SS. Nos. 540/2009 de 5 de noviembre y 272/2007 de 9 de marzo, en cuyo texto señalan que de ninguna manera opera la prescripción planteada por el mencionado imputado, pues no sólo dicho sujeto procesal tiene derechos, sino también las víctimas que son más de un centenar y se debe aplicar el equilibrio entre sujetos procesales, ya que se trata del debido proceso como de la tutela judicial efectiva, por lo que, aplicando la teoría concursal no sería viable lo estipulado por el art. 29 del Cód. Pdto. Pen.

4) El art. 34 del Cód. Pdto. Pen. establece, que "tendrán aplicación preferente las reglas sobre la prescripción contenidas en Tratados y Convenios Internacionales", de manera concordante con el art. 410-II de la C.P.E., que establece un orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas, señalando en primer término a la propia Constitución y en segundo lugar a los Tratados Internacionales. En ese entendido, la Corte Penal Internacional establece en su art. 29 que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, entre estas conductas consideradas

como “crimen lesa humanidad”, en el art. 7-1-f) se estableció que la tortura es causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura al dolor o a los sufrimientos que deriven de sanciones ilícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; descripción análoga al delito tipificado en el art. 295 del Cód. Pen.

En ese sentido, corresponde aplicar el principio de consunción o de absorción; toda vez, que el delito de coacción ya engloba estructuralmente las acciones del delito de vejaciones y torturas. En ese mismo sentido, se pronunció en el A.V. N° 369/2016 de 9 de noviembre, que resolvió la apelación restringida en el presente caso, denominado 24 de Mayo, que sobre la temática de la prescripción señaló que respecto de la dilación en la tramitación del proceso, sería atribuida a los coprocesados, así como a la existencia de concurso de delitos y a la normativa internacional contenida en el Estatuto de Roma, que también se identificó en el motivo del recurso de casación.

En conclusión, corresponde rechazar la excepción formulada por el “hoy impugnante”, por no estar ajustada a derecho, fundamentalmente a la doctrina legal establecida por la sala penal del Tribunal Supremo, en los términos del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., a través de los AA.SS. Nos. 011/2014 de 6 de septiembre “y de 12 de noviembre de 2013”, en los que concluyó que, tratándose de procesos en los que exista concurso de delitos (ideal o real), no resulta posible determinar la prescripción de sólo uno o algunos de los delitos imputados o acusados, precisamente por la unidad de juzgamiento; al margen de que los hechos juzgados en la presente causa penal, se hallan subsumidos en el art. 7 del Estatuto de Roma, en la forma explicada y razonada con mayor amplitud, coherencia y pertinencia, en la Sentencia de mérito, que también imposibilita la prescripción.

A lo que debe agregarse lo previsto por el art. 11 de la C.P.E., en cuyo texto define que los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra son imprescindibles, los cuales conforme señala la S.C. N° 1907/2011-R señala que: “Desde la nueva visión constitucional, existen delitos cuya inocuidad merece un tratamiento específico, respecto a la variable ‘tiempo’, por una parte, se prevé que a estos ilícitos no les afecte el transcurso del tiempo, y por otra parte, que en ningún caso pueda admitirse su impunidad. Estas premisas se aplicarán al caso concreto, limitando los beneficios procesales para el encausado y ampliando las formas y plazos para los tribunales de justicia (...) 2. Se ha constitucionalizado la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de otros delitos que atenten contra bienes jurídicos colectivos” (sic).

De donde se infiere, en criterio del Ministerio Público que se está frente a un delito de lesa humanidad que tiene el carácter de ser imprescriptible, ya que la acción o comportamiento humano conjunto de los coautores, en el delito de Vejaciones y Torturas, tiene el mismo bien jurídico protegido que el delito de Coacción; pues se llega a la conclusión que la actividad desplegada por los acusados, entre ellos Jhon Cava, fue realizar un ataque generalizado a un grupo de la sociedad civil, que en este caso estaban dirigidos a los campesinos que el 24 de mayo de 2008, llegaron de los diversos municipios de Chuquisaca, a objeto de recoger dos ambulancias y otros beneficios para sus comunidades.

5) El excepcionista persigue hacer un cómputo del tiempo de la prescripción, de manera individual para cada delito, tratando de generar una confusión, dejando de lado que los delitos que ahora pretende que sean declarados prescritos, fueron objeto de condena en concurso ideal y real, tal como se demuestra por la acusación particular, fiscal y la sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia de Padilla, el cual no ha sido modificado por el auto de vista que es objeto de recurso de casación, lo que sin lugar a dudas conllevaría que el tiempo de la prescripción se incremente, ya que existe pluralidad de delitos con responsabilidad penal y cuya actuación de todos los coacusados es en coautoría. Extremo contemplado en el A.S. N° “199901 Sala Penal 1-032”.

II.2. El Acusador Particular Ángel Ballejos Ramos.

Pese a la notificación del acusador particular Ángel Ballejos Ramos, con la excepción de extinción de la acción penal opuesta por el coimputado Jhon Clive Cava Chávez, conforme consta de la diligencia de notificación a fs. 11663, a la fecha de la resolución de la presente excepción no presentó respuesta alguna al respecto.

III. Análisis y resolución de la excepción opuesta

Planteada la excepción de prescripción y con la respuesta brindada por el Ministerio Público corresponde a este tribunal resolver el planteamiento del imputado a través de una resolución fundada conforme las previsiones del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

III.1. De la competencia de este tribunal para resolver cuestiones incidentales referidas a la extinción de la acción penal.

La S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, estableció el siguiente entendimiento: “Pues bien, al estar fijados los entendimientos desarrollados precedentemente, los fundamentos de la S.C. N° 1716/2010-R, no constituyen argumentos suficientes para determinar que la única autoridad competente para asumir el conocimiento de los incidentes de extinción de la acción penal, sean las autoridades jurisdiccionales que emitieron la sentencia de primera instancia, sino que, en virtud a lo establecido por el art. 44 del Cód. Pdto. Pen., el juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas”. En este sentido, es menester dejar establecido que, la autoridad competente para asumir el conocimiento y resolver los incidentes de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción, es el juez o tribunal donde radica la causa principal, así, si el planteamiento de la excepción se da en etapa de apelación o casación, las decisiones emergentes de las salas penales y del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud los entendimientos plasmados precedentemente, pero fundamentalmente por la naturaleza de la etapa procesal, no admiten impugnación; en efecto, lo que se pretende es evitar las exageradas dilaciones que conllevan las peticiones y envíos de expedientes entre el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales o jueces conocedores de la causa principal, que a cuya consecuencia, en muchos casos, se han postergado innecesariamente las decisiones oportunas en cuanto al fondo del proceso se refiere, muchas veces por las comunicaciones inoportunas de los jueces y tribunales conocedores de la causa principal, como ocurrió en el caso analizado; asimismo, como se expresó, la interposición de los incidentes ante las prenombradas autoridades, en la práctica sirvió para paralizar el pronunciamiento de fondo, ya que inclusive, estando sorteada la causa, el Máximo Tribunal de

justicia ordinaria, se vio impedido de emitir la resolución mientras no esté resuelta la excepción ante el Juez de instancia, lo que sin duda constituye una clara vulneración de los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de acceso a la justicia y una afrenta a la vigencia del principio de celeridad y también de concentración de actos. En este sentido, cuando el justiciable decida plantear extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, deberá formularlo ante el juez o tribunal que conoce la causa principal; sin embargo, también es imperioso aclarar que, si el incidente fuere suscitado ante el Juez de Instrucción en lo Penal o, ante los tribunales o Jueces de Sentencia Penal, sus decisiones efectivamente son impugnables, ya que la naturaleza de la etapa procesal así lo permite. El presente entendimiento implica la reconducción de la línea jurisprudencial establecida en la S.C. N° 1716/2010-R a los entendimientos asumidos en la S.C. N° '0245/2006', que emergió de los razonamientos establecidos en las SS.CC. Nos. '0101/2004, 1868/2004-R, 0036/2005, 0105-R, 1365/2005-R y AC 0079/2004-ECA".

En el caso de autos, se advierte que como emergencia de la formulación del recurso de casación por parte del propio excepcionista en contra del A.V. N° 48/2014 de 19 de agosto, la causa se encuentra radicada ante esta sala penal, de modo que en observancia del entendimiento jurisprudencial glosado, tiene competencia para resolver la excepción opuesta.

III.2. De la prescripción.

El Código de Procedimiento Penal, señala de forma expresa que de conformidad al art. 27-8 concordante con el art. 29-1 al 4 de dicha ley: "La acción penal prescribe: 1) En ocho años para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de seis o más de seis años; 2) En cinco años, para los que tengan señaladas penas privativas de libertad cuyo máximo legal sea menor de seis y mayor de dos años; 3) En tres años, para los demás delitos sancionados con pena privativas de libertad; y, 4) En dos años para los delitos sancionados con penas no privativas de libertad"; disposición legal concordante y complementada por el art. 101 del Cód. Pen. (derogado por la disposición final sexta del Código de Procedimiento Penal; posteriormente incorporada por el art. 14 de la L. N° 2033 de 29 de octubre de 1999) que en su apartado segundo señala: "En los delitos sancionados con pena indeterminada, el juez tomará siempre en cuenta el máximo de la pena señalada".

La prescripción se computa desde la media noche del día en que se cometió el delito o cesó su consumación y no se interrumpe por el inicio de la acción penal, ya que esa interpretación vulneraría el principio de inocencia que favorece a todo imputado y la jurisprudencia vigente con relación a esta temática.

Sobre el cómputo de la prescripción, se debe tomar en cuenta lo establecido en el art. 29 del Cód. Pdto. Pen. que determina los plazos para la prescripción de la acción penal, atendiendo al máximo legal de la pena privativa de libertad (presidio o reclusión) prevista para los distintos tipos penales establecidos en el Código Penal. Los términos señalados en esa norma, de acuerdo al art. 30 del Cód. Pdto. Pen., empiezan a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación, y pueden interrumpirse por la declaratoria de rebeldía del imputado conforme lo prevé el art. 31 del Cód. Pdto. Pen. y suspenderse en los siguientes casos previstos en el art. 32 del Cód. Pdto. Pen.:

1. Cuando se haya resuelto la suspensión de la persecución penal y esté vigente el periodo de prueba correspondiente.
2. Mientras esté pendiente la presentación del fallo que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas.
3. Durante la tramitación de cualquier forma de antejuicio o de la conformidad de un gobierno extranjero de la que dependa el inicio del proceso; y,
4. En los delitos que causen alteración del orden constitucional e impidan el ejercicio regular de la competencia de las autoridades legalmente constituidas, mientras dure ese estado.

Ahora bien, de acuerdo a la norma procesal vigente, sólo esas causales suspenden la prescripción; en consecuencia, fuera de ellas, la prescripción continúa corriendo, independientemente de que se hubiera iniciado o no la acción penal correspondiente, lo que sin duda marca una clara diferencia con la anterior normativa sobre el particular, que en el art. 102 del Cód. Pen., establecía que la prescripción se interrumpía con el inicio de la instrucción penal y se la computaba nuevamente desde la última actuación que ésta registrara.

Efectivamente, el anterior sistema procesal, permitía la prolongación indefinida de los procesos y el sometimiento del imputado a la exclusiva voluntad del Ministerio Público y/o del querellante, quienes, de manera arbitraria, podían hacer abandono del proceso penal y reactivarlo después de mucho tiempo, sólo con la finalidad de evitar la prescripción, lo que determinaba la constante zozobra del imputado y la vulneración de sus derechos y garantías, fundamentalmente del derecho a la seguridad jurídica.

El vigente Código de Procedimiento Penal, conforme se tiene dicho, cambió radicalmente el sistema anterior, puesto que ya no establece entre sus causales de interrupción o prescripción de la acción penal, el inicio de la acción penal; consecuentemente, es posible interponer esta excepción en cualquier momento del proceso, conforme ha quedado establecido en la jurisprudencia del tribunal contenida en la S.C. N° 1510/2002-R de 9 de diciembre, que de manera expresa determinó que la denuncia no constituye causal de interrupción o suspensión de la prescripción al no estar contemplada en los arts. 29 y 31 del Cód. Pdto. Pen. Entendimiento que fue reiterado en la S.C. N° 0187/2004-R de 9 de febrero, en la que se determinó que: "...para la interrupción o suspensión de la prescripción, necesariamente tienen que presentarse uno de los supuestos descritos, entre los que no se encuentra el inicio de la acción penal, debiendo contarse el plazo desde el día en que supuestamente se consumó el delito, sin interrupción". En similar sentido se ha pronunciado la S.C. N° 0101/2006-R de 25 de enero.

Más adelante, al referirse a la otra excepción, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la precitada S.C. N° 0101/2004, sobre el derecho a la conclusión de los procesos en un plazo razonable, estableció la siguiente doctrina constitucional:

"...Si bien nuestra Constitución no establece de manera expresa el derecho fundamental del imputado a la conclusión del proceso penal dentro de un plazo razonable, de manera implícita lo consagra al proclamar en forma genérica que la 'celeridad' es una de las

‘...condiciones esenciales de la administración de justicia’, entendimiento que se extrae del contenido del art. 116-X Constitucional. Nos parece que una interpretación en sentido contrario sólo podría tener sustento si se aceptara que tal proclamación carece de significado, lo que no es posible tratándose de una norma jurídica, y aún más, de la norma fundamental del país, siempre cargada de significado y fines.

A su vez, la normativa internacional sobre derechos humanos (los Pactos), que según la doctrina de este tribunal integran el bloque de constitucionalidad y por tanto tienen rango constitucional (Así SS.CC. Nos. 1494/2003-R, 1662/2003-R, 69/2004, entre otras), de manera expresa reconocen tal derecho, conforme a lo siguiente:

1) Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) ‘Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’.

2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3) ‘Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas’.

De lo anterior se extrae que la finalidad que persigue el legislador constituyente boliviano al introducir, en concordancia con los preceptos internacionales aludidos, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es que el imputado pueda definir su situación ante la ley y la sociedad dentro del tiempo más corto posible, desde un punto de vista razonable; poniendo fin a la situación de incertidumbre que genera todo juicio, y la amenaza siempre latente a su libertad que todo proceso penal representa. Con esto se persigue evitar que la dilación indebida del proceso, por omisión o la falta de la diligencia debida de los órganos competentes del sistema penal, pueda acarrear al procesado lesión a otros derechos, entre ellos, el de la dignidad y la seguridad jurídica, que resulten irreparable’.

Debe agregarse, que el art. 314 del Cód. Pdo. Pen., establece que las excepciones se tramitarán por la vía incidental por una sola vez, estableciendo como carga procesal para quien las oponga a ofrecer prueba idónea y pertinente; lo que implica, que no será suficiente el planteamiento de la excepción, sino el ofrecimiento de prueba destinada a acreditar los argumentos o fundamentos en los que se base la pretensión, se entiende encaminada a demostrar que la excepción resulta fundada.

Sobre la carga e importancia de la prueba para sustentar una pretensión se tiene desarrollado por Carnelutti: Como aquella que no sólo sirve para el conocimiento del hecho, sino también como la certeza o convicción que aquella proporciona, siendo en sentido amplio, un equivalente sensible del hecho que habrá de valorarse o por Chiovenda: Consiste en crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, suministrando los medios para tal fin.

III.3. Delitos de Lesa Humanidad.

Los delitos de lesa humanidad se refieren a actos determinados de violencia contra cualquier persona, privándola de lo que es más esencial para ella, su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad; son consecuencia de persecución contra un grupo identificable o personas indistintamente de la composición de ese grupo; trascienden al individuo porque cuando éste es lesionado, la humanidad es atacada y anulada.

La doctrina menciona que los delitos de lesa humanidad son desarrollados desde hace algunos siglos; sin embargo, tomaron relevancia en el siglo XX donde se dieron muchos actos de violencia, especialmente en la Primera y Segunda Guerra Mundial. El art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado y ratificado por el Estado Boliviano con la firma de 17 de julio de 1998 mediante la L. N° 2398 de 24 de mayo de 2002, estableció que los delitos internacionales son imprescriptibles; por tanto, los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos. Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.

Lo peculiar de los delitos de lesa humanidad, es que, siendo “comunes”, como ejemplo, asesinato, violación de la libertad sexual y torturas; en determinados contextos y bajo ciertas exigencias, pueden convertirse en delitos de lesa humanidad. Una de las principales consecuencias de ello, como recientemente se señaló, es que se tornan imprescriptibles y que los Estados tienen la obligación de perseguir al delincuente sin importar su nacionalidad o el lugar en el que se cometieron los hechos y los responsables no podrán gozar de los posibles beneficios del indulto o amnistía. Por eso, la constatación de un comportamiento como delito de lesa humanidad es de mucha trascendencia para el destino de la persona que presuntamente lo ha cometido, debido a las restricciones de libertad que ello implicaría.

Los crímenes de Lesa Humanidad se encuentran regulados por el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los distingue de los delitos ordinarios, de la siguiente manera:

1. Tienen que haber sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático.
2. Tienen que ir dirigidos contra una población civil.
3. Tienen que haberse cometido de conformidad con la política de un estado o de una organización.

Asimismo, existen tipos penales que tienen potencialidad de convertirse en delitos de lesa humanidad, porque siendo comunes tipificados por la normativa penal, bajo determinados presupuestos se podrían convertir en los precitados; pues, el hecho de que el agente cometa un delito de tortura, desaparición forzada o violación sexual, no significa pero sé que se trate de crimen de lesa humanidad, sino sólo cuando cumpla los requisitos típicos adicionales, esto es, que los hechos formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Entonces, la potencialidad significa la posibilidad de que un delito sea considerado de lesa humanidad, en la medida que cumplan con los elementos típicos que exige el art. 7-1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI); por tanto, un comportamiento para ser considerado de lesa humanidad es que se trate de un ataque generalizado o sistemático que debe estar dirigido contra una población civil y el agente debe tener conocimiento de la misma.

Los delitos con potencialidad de convertirse en lesa humanidad, son aquellos que se encuentran contenidos en el catálogo que proporciona el precitado art. 7-1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; a saber: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación y otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género y otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, o cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de Apartheid; y, k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental física. En este último inciso, se verifica la existencia de una cláusula abierta de discrecionalidad para el operador jurídico, que indudablemente podría incluir al delito de terrorismo con posibilidades de convertirse de lesa humanidad.

III.4. La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

Conforme al desarrollo precedente, se concluye que la prescripción en el derecho penal es el instituto jurídico por medio del cual, se produce la extinción de la persecución de los delincuentes en razón del transcurso del tiempo.

Con relación a este instituto jurídico, tal como se adelantó precedentemente, el art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional estableció que los crímenes de lesa humanidad tienen la especial característica de ser imprescriptibles; por tanto, pueden ser perseguidos en todo tiempo; además de lo cual, señala que no sólo se juzga a los autores materiales de los crímenes sino a toda la cadena de dichos actos; desde quien los materializó, hasta quien estuvo enterado de las acciones y permitió que se llevaran a cabo.

La misma disposición se encuentra consignada en la “Convención Sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad”, establecida por la Resolución 2391 (XXII) de la Asamblea General de la ONU de 26 de noviembre de 1968 y ratificada como Ley de la República 2116 de 11 de septiembre de 1968.

III.5. Sobre el delito de Vejaciones y Torturas.

Por ser de interés para el análisis del caso concreto, con la finalidad de cumplir con el silogismo jurídico a efectos de determinar si la causa penal objeto de la presente petición, merece la extinción por efecto de la prescripción, o al contrario, jurídicamente no resulta aceptable el cómputo del tiempo transcurrido para la determinación de la solicitada extinción; resulta necesario analizar el tipo penal de vejaciones y torturas, prescrito por la legislación del país así como por las normas internacionales.

En ese orden, se tiene que el art. 15 de la C.P.E., dispone que: “Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte”.

Así a continuación, el mismo artículo, en su párrafo I establece que: “El estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado”.

Más adelante, el art. 114 de la C.P.E. en sus dos párrafos, agrega lo siguiente: “I. Queda prohibida toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción o cualquier forma de violencia física o moral. Las servidoras públicas y los servidores públicos o las autoridades públicas que las apliquen, instiguen o consientan, serán destituidos y destituidos, sin perjuicio de las sanciones determinadas por la ley.

II. Las declaraciones, acciones u omisiones obtenidas o realizadas mediante el empleo de tortura, coacción, exacción o cualquier forma de violencia, son nulas de pleno derecho”.

En el mismo orden normativo, concordante con las normas precitadas, el art. 295 del Cód. Pen., dispone que: “Será sancionado con privación de libertad de seis meses a dos años, el funcionario que vejare, ordenare o permitiere vejear a un detenido.

La pena será de privación de libertad de dos a cuatro años, si le infligiere cualquier especie de tormento o torturas.

Si éstas causaren lesiones, la pena será de privación de libertad de dos años a seis años; y si causaren la muerte, se aplicará la pena de presidio de diez años”.

De lo señalado, es posible concluir que tanto la Constitución Política del Estado como el Código Penal, prohíben toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción o cualquier forma de violencia física o moral; por lo que, el Código Penal se encuentra destinado a tipificar conductas que de algún modo atentan contra la libertad y dignidad humanas. El sujeto activo según el texto glosado, sólo puede ser un funcionario público y el pasivo puede ser cualquier persona.

Vejar significa maltratar, molestar, perseguir, perjudicar, hacer padecer. El solo hecho de sufrir la privación de libertad ya es padecimiento. La vejación y la tortura generalmente persiguen un fin, como es que sea privado de libertad, diga o haga algo. Aunque la vejación y la tortura en sí mismas y sin más fin que hacer sufrir a las víctimas también son usuales.

Tortura significa tormento, suplicio, padecimiento, que al igual que la vejación puede ser con o sin finalidad.

Tanto las vejaciones como las torturas pueden ser materiales como morales, estas últimas si bien aparentemente no provocan ninguna lesión corporal, muchas veces son más crueles que éstas. Como se expresó, es autor de estos delitos, el funcionario que las comete directamente, que las ordena y permite que las hagan. Por tanto, pueden ser cometidos por comisión o por omisión, como es el no impedir vejear, torturar o simplemente desentenderse de que se cometan o no. Quien recibe la orden para vejear y/o torturar también comete delito si la ejecuta.

En el analizado art. 295 del Cód. Pen., existen tres agravantes; una primera, relativa a que cuando en lugar de vejar se causan tormentos o torturas; una segunda, si se causan lesiones en la víctima, y un tercer grado de agravación, si se provoca la muerte.

Complementariamente a lo prescrito por la legislación nacional, las normas internacionales también se ocuparon de legislar el tema en concreto. Así la Convención contra la Tortura, de las Naciones Unidas de Nueva York, 1984, en su art. 1 señala lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’, todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su art. 7-2-e) dispone que por tortura “...se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.

III.6. Unidad de hecho y concurso de delitos.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 44 del Cód. Pen., se entiende por concurso ideal, el que con una sola acción y omisión violare diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí, y será sancionado con la pena del delito más grave, pudiendo el juez aumentar al máximo hasta una cuarta parte.

Sobre el concurso real, el art. 45 del Cód. Pen., dispone lo siguiente: “El que con designios independientes, con una o más acciones u omisiones, cometiere dos o más delitos, será sancionado con la pena del más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad”.

El art. 46 del mismo cuerpo legal agrega que: “En todos los casos de pluralidad de delitos, corresponde al juez que conozca el caso más grave, dictar la sentencia única, determinando la pena definitiva para la totalidad de los mismos, con sujeción a las reglas del Código de Procedimiento Penal”.

Sobre el particular, la S.C. N° 0680/2000- R de 10 de julio, desarrolló lo que sigue: “Que por tratarse de un concurso ideal de delitos previsto por el art. 44 del Cód. Pen., la pena en abstracto es de más de 6 años, dado que según las reglas previstas por el precepto antes señalado, en estos casos se aplica la pena del delito más grave pudiendo aumentarse a este máximo una cuarta parte; así lo determinó el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 598/00-R. Es decir, 1 año y 3 meses en el presente caso, con lo que la pena a aplicarse a los recurrentes tiene un máximo de 6 años y tres meses.

Que, consiguientemente, la prescripción no se ha operado dado que se requieren ocho años para la prescripción de los delitos que tengan señalada una pena de 6 o más años”.

Dicho entendimiento, emergente de lo previsto por los arts. 44 y 45 del Cód. Pen., los cuales, al establecer el concurso ideal y el concurso real, establece para el primer caso, una hipótesis de conducta (acción y omisión) única, en tanto que el concurso real, es de dos o más conductas (acciones u omisiones). Al regular el concurso ideal con la fórmula; “el que con una sola acción u omisión violare diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí, será sancionado con la pena del delito más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte”, el Código Penal adopta el principio de absorción, por el que la pena del delito más grave que ha ingresado al concurso, es la pena aplicable.

En consecuencia, el criterio para determinar cuándo hay un solo hecho jurídicamente considerado y cuándo una pluralidad no coincide con el número de resultados, sino con el concepto de unidad de conducta (activa y omisiva). Ahora bien, corresponde entonces interpretar el elemento normativo “unidad de acción”, previsto en el Código Penal. Sobre este punto es preciso señalar que en la doctrina, la tesis de la unidad de acción ha sido un concepto discutido, dado que la expresión no es muy precisa, considerando desde el punto de vista fáctico que en el concurso ideal, los eventos lesivos, que siempre son elementos fácticos, son plurales. La determinación de si en un caso concreto se trata de una sola acción jurídicamente considerada o de varias, no sólo determina la consecuencias diversas de los concursos en cuanto a la determinación de la pena, sino que tiene implicaciones constitucionales, puesto que se hallan en juego, el principio de legalidad y la prohibición de doble punición, en el ámbito procesal, el principio del *ne bis in idem*.

Dado que el mismo art. 44 del Cód. Pen. prevé que de una misma conducta se presente una tipicidad plural, es posible afirmar categóricamente que el número de resultados nada tiene que ver con el número de conductas, pues una sola conducta puede tener pluralidad de resultados, no es tampoco el número de tipos penales el que determinará el número de conductas jurídicamente consideradas. Consiguientemente, para determinar si penalmente estamos frente a una o varias conductas, para nada sirven el número de tipos penales que concurren, el número de resultados producidos, ni el número de movimientos realizados por el sujeto.

Siguiendo la doctrina mayoritaria, a juicio de este tribunal, la unidad de acción se determina atendiendo a dos factores: el final y el jurídico, es decir, que la unidad de acción requiere el factor final como fundamental y primario dato óptico, es decir, la unidad de plan y la unidad de resolución que son los requisitos para que haya unidad de conducta, que jurídicamente son objeto de única desvaloración.

El concurso ideal no se identifica con la unidad de conducta, pues el primero es sólo uno de los supuestos en que existe unidad de acción, dándose casos en que la unidad de conducta, pese a la pluralidad de acontecimientos fácticos, existe un factor normativo que determina su consideración como una conducta única.

Por otra parte, en la fórmula del concurso ideal contenida en el art. 44 del Cód. Pen., en cuyo texto dispone que: “...el que con una sola acción y omisión violare diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí, será sancionado con la pena del delito más grave,

pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte”, cabe resaltar que éste excluye los casos de unidad de ley o también denominados de concurso aparente, que de acuerdo a los criterios aceptados por la mayoría de la doctrina, son los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad. Este último abarca el supuesto del llamado hecho anterior impune, que comprende los casos en que las etapas posteriores de realización del delito (iter criminis) desplazan a las anteriores, así quedan en posición subsidiaria los actos preparatorios tipificados respecto a los ejecutivos, los actos ejecutivos quedan subsidiados por el delito consumado. El criterio valorativo respecto de qué es lo subsidiado se extrae de la cuantía penal, que es indicadora del grado de afectación, se entiende por grado de afectación más intenso al que está conminado con la pena más grave y por consiguiente desplaza a los menos graves.

En el concurso ideal hay una conducta con pluralidad de resultados, un delito jurídicamente considerado, y por consiguiente, una única pena que absorbe las de las otras tipicidades menos graves que concurren en la misma acción. Allí funcional el principio de absorción, que requiere la determinación de la escala penal que absorbe a las otras penas, es decir la escala penal de la pena mayor. El Código Penal adopta también el criterio de la aspersion conforme al cual, la pena del delito más grave que absorbe a la de los demás es agravada, es decir, se selecciona entre las escalas penales correspondientes a cada uno de los tipos penales, la que tiene la penalidad mayor, y luego se asperja con las restantes, agravándola.

III.7. Análisis de la solicitud.

Una vez realizadas las consideraciones doctrinales, jurisprudenciales y normativas precedentes, corresponde a continuación, ingresar al análisis de la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción respecto de los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y leves, coacción y vejaciones y torturas, planteada por el coimputado Jhon Clive Cava Chávez.

Inicialmente resulta necesario referirse a lo afirmado por el excepcionista en su memorial de demanda, en sentido que, no obstante de no haber solicitado expresamente la extinción del proceso penal por prescripción por los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y vejaciones y torturas, previstos por los arts. 132, 271 y 295 del Cód. Pen., el Tribunal de Sentencia, mediante Auto N° 091/2013 de 2 de septiembre, complementado por el 92/2013 de 2 de agosto, de manera ultra petita, se hubiera referido a los mismos, negando su prescripción.

Con relación a lo señalado, corresponde analizar los argumentos empleados por dicho tribunal en las precitadas resoluciones, en las cuales, se evidencia que, entre otros fundamentos, se sostuvo lo siguiente: “...cuando hay varios delitos, se tomará en cuenta el delito más grave a los efectos de la prescripción, en este caso, vejaciones y torturas, en esta excepción la defensa solicitó solo por cuatro delitos, pero por la unidad de hecho están ligados al delito mayor, que es la teoría concursal” (sic).

Sobre el mismo tema, más adelante señaló: “Que, de otro lado, la Constitución Política del Estado, en su art. 111 C.P.E. determina ‘los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra son imprescriptibles’, mientras que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su art. 29 determina el carácter de imprescriptibilidad así como el art. 5-1-b) referido a los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional señala expresamente ‘los crímenes de lesa humanidad’, y dentro de ese ámbito penal en su art. 7-1 a los efectos del presente estatuto se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquier de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; f) tortura, k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Estatuto de Roma aprobado y ratificado por el Estado Boliviano con la firma de 17 de julio de 1998 en sus 128 artículos, mediante L. N° 2398 del 24 de mayo de 2002.

Así mismo, el Estado Boliviano es también signatario de la ‘Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad’ establecida por la Resolución 2391 (XXII) de la Asamblea General de ONU de 26 de noviembre de 1968 y ratificada como Ley de la República N° 2116 de 11 de septiembre de 2000.

El art. 34 del Cód. Pdto. Pen. dispone que tendrán aplicación preferente las reglas sobre prescripción contenidas en tratados y convenios internacionales vigentes; norma que tiene relación directa con el art. 410-II de la C.P.E. que establece la primacía de la Constitución frente a cualquier disposición normativa, también reconoce el bloque de constitucionalidad integrado por Tratados y Convenios internacionales en materia de derechos humanos y las formas de derecho comunitario ratificados por el país.

De los antecedentes normativos arriba citados, se concluye que el delito de vejaciones y torturas previsto y sancionado por el art. 295 del Cód. Pen. Boliviano no prescribe, así ya se tiene dispuesto por este Tribunal de Sentencia por Auto N° 013/2013 de 25 de febrero de 2013. Ahora bien de la prueba aportada por el Ministerio Público se tienen varios informes, así el informe de 13 de junio de 2013 de la Lic. Silvia Rafaela Díaz Peralta en su calidad de trabajadora social se dice que: ‘...se debe mencionar que los actos descritos se constituyen en actos inhumanos provocados de forma intencional... en suma el trato degradante e inhumano descrito en la acusación ha significado la violación de sus derechos humanos...’, el informe de 2 de julio de 2013 de la Lic. N. Paola Gonzáles Coronado en su calidad de Psicóloga Forense del Instituto de Investigaciones forenses entre otras consideraciones refiere ‘...permite inferir que la descripción circunstanciada de los hechos (narrados en la acusación) nomina el compromiso de la integridad personal de quienes han sido objeto de dichas acciones las cuales se han traducido en una situación amenazadora (trato o castigo infringido), ambas variables guardan relación con el trato inhumano...’, el informe de Felicidad del C. Alfaro Heredia en su calidad de Psicóloga del SEDAVI del Ministerio de Justicia entre otros aspectos dice ‘...revisada en extensión y en profundidad el documento adjunto al requerimiento, así definido como acusación, se encuentra que en la misma se describen actos de distinta naturaleza; de los cuales los siguientes se consideran actos inhumanos...’, el informe de 7 de junio de 2013 del Lic. Oliver Rodríguez Gutiérrez en su condición de psicólogo, entre otras cosas refiere ‘...siguiendo la línea conceptual generada por el ejercicio de la Corte Interamericana, lo descrito SI corresponde a un tratamiento o actuación inhumana... Informes que tienen valor probatorio por proceder de funcionarios en ejercicio de sus funciones y haber sido incorporados en observancia al inc. 3 del art. 333 del Cód. Pdto. Pen.

En línea con lo expuesto por la Comisión Europea de Derechos Humanos, los actos descritos en la acusación, proporcionada para este informe, contiene los requisitos para ser considerados trato degradante (pues el tratamiento descrito dado al individuo incluye humillación de forma grosera frente a otros, además de ser conducido a actuar contra su voluntad y conciencia) y para ser considerado un trato o acto inhumano posee las características de haber sido aplicado deliberadamente y carecer de justificación en las circunstancias particulares del caso, faltando únicamente el determinar la presencia de un sufrimiento mental...’, en cuyo mérito y toda vez que lo que se juzgan son hechos y no calificaciones jurídicas corresponde concluir que los hechos descritos en la acusación en cuanto a los delitos de coacción así como lesiones graves y leves, constituyen actos inhumanos esto más allá de considerar el nomen juris de dichos tipos penales toda vez que lo que se juzga son hechos y no tipos penales, esto sin perjuicio de su comprobación o no en este razonamiento corresponde referir que se considera actos inhumanos los hechos descritos en la acusación en cuanto a los delitos de coacción y lesiones graves y leves, y por ende determina su carácter de delitos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad” (sic).

En ese orden, complementó lo siguiente: “...la imprescriptibilidad de los tipos penales no solo abarca con relación a aquellos actos lesivos de violaciones graves de derechos humanos, sino también al concepto de las violaciones en general de los derechos humanos, señalados en el art. 7-1-K) como tratos inhumanos del Estatuto de Roma, sin considerar que tales hechos contenidos en la acusación están siendo prejuzgados en la presente resolución, hecho que ocurrirá una vez que concluya el desfile probatorio y se dicte sentencia, como ya se ha anotado precedentemente.

De otra parte, es necesario considerar de acuerdo al auto apertura de proceso N° 118/2010 de fs. 5598 (ofrecida como prueba de la excepción) el acusado Jhon Clive Cava Chávez está siendo enjuiciado por una pluralidad de delitos, como sedición, instigación pública a delinquir, asociación delictuosa, lesiones graves y leves, privación de libertad, amenazas, coacción y vejaciones y torturas, que conforme a la acusación tanto pública como particular los hechos atribuidos hubieran acontecido el 24 de mayo de 2008 lo que establece la existencia de una unidad de hecho, que en una eventual sentencia condenatoria por varios de estos delitos, lo que se debe fijar es una pena única, pues no se puede imponer una pena de forma separada, esto conforme previene el art. 46 Cód. Pen., lo que determina que se está frente a un concurso de delitos, que en la eventualidad de sentencia condenatoria será determinada si es real o ideal, aclarando que también existe la posibilidad de dictarse una sentencia absolutoria, aspecto que obviamente dependerá del desfile probatorio y la libre valoración integral de la prueba que haga este tribunal; no obstante en abstracto se debe referir que la pena de todos y cada uno de los delitos por los cuales se enjuicia a Jhon Clive Cava Chaves deben ser sometidos a las reglas del concurso ideal y real, será relevante, si ocurriere, que la pena a aplicarse en estos casos es la pena del delito más grave que en abstracto podría ser vejaciones y torturas o lesiones graves que tiene una apena que en su máximo legal llegan a 6 años, esto indistintamente que se pueda aumentar una cuarta parte conforme al concurso ideal o una mitad conforme al concurso real; por cuyo razonamiento tampoco corresponde la prescripción”.

Cabe hacer notar que contra los Autos Nos. 091/2013 y su complementario 06/2013, el excepcionista Jhon Clive Cava Chávez no planteó recurso de impugnación alguno, por lo tanto, como efecto de lo previsto por el art. 126 de Cód. Pdto. Pen., ambos quedaron ejecutoriados.

Lo relacionado precedentemente acredita que el coimputado Jhon Clive Cava Chávez, en una oportunidad anterior, previamente a la realización del juicio oral, planteó excepción de prescripción con relación a los delitos de instigación pública a delinquir, lesiones leves, amenazas y privación de libertad, ante el Tribunal de Sentencia, dando lugar a la emisión del Auto N° 091/2013 y su complementario 92/2013, los mismos que; de un lado, aceptaron la excepción de extinción de la acción penal por prescripción planteada por el precitado, por los delitos de instigación pública a delinquir, lesiones leves, amenazas y privación de libertad; y de otro lado, desarrollaron el razonamiento glosado precedentemente, en lo que se refiere a los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y leves, coacción y vejaciones y torturas, aplicando la doctrina del no plazo, la teoría del concurso ideal y real, y de la imprescriptibilidad.

Asimismo, para arribar a tal conclusión, el Tribunal de Sentencia aplicó, entre otros argumentos, varias teorías desarrolladas y consideradas por este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes fallos, entre ellas la teoría de unidad de juzgamiento, señalando que Jhon Clive Cava Chávez está siendo enjuiciado por una pluralidad de delitos como son sedición, instigación pública a delinquir, asociación delictuosa, lesiones graves y leves, privación de libertad, amenazas, coacción y vejaciones y torturas, y que todos ellos derivan de una unidad de hecho, y que ello debe concluir, conforme dispone el art. 46 del Cód. Pen., con una sentencia con una pena única y definitiva para la totalidad de los delitos inculcados, con sujeción a las reglas del Código de Procedimiento Penal, por tanto, no resulta coherente imponerse una pena en forma separada.

De lo referido, es posible concluir que en base a la teoría de la argumentación desarrollada en base a la unidad de juzgamiento, es decir, que de una misma conducta se presente una tipicidad plural, el número de resultados nada tiene que ver con el número de conductas, puesto que una sola conducta puede tener una pluralidad de resultados.

En la fórmula del concurso ideal contenida en el art. 44 del Cód. Pen., en cuyo texto dispone que “el que con una sola acción y omisión violare diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí, será sancionado con la pena del delito más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte”; existe una conducta con pluralidad de resultados, un delito jurídicamente considerado, y por consiguiente, una única pena que absorbe las de las otras tipicidades menos graves, que concurren en la misma acción.

En consideración a lo desarrollado precedentemente, resulta lógico y aceptable desde el punto de vista legal, que el tribunal de origen hubiera ingresado a analizar todos los tipos penales por los que se encuentra procesado el coimputado Jhon Clive Cava Chávez, aun cuando algunos de ellos no hubieran sido objeto de solicitud de extinción de la acción penal por prescripción, puesto que al considerarse la unidad de juzgamiento, de la cual derivará, conforme al concurso ideal previsto por el art. 44 del Cód. Pen., una sola sentencia y pena que abarque el análisis de todos los tipos penales en concurso, absorbiendo eventualmente, la pena más grave a las menos graves que concurren en la misma acción. Por lo tanto, no resultaba viable realizar un análisis independiente de cada tipo penal a efectos de considerar la prescripción.

Entonces, bajo ese marco normativo, con los argumentos expuestos en los citados autos, acudiendo al apoyo de la legislación nacional e internacional sobre derechos humanos, el Tribunal de Sentencia arribó a la conclusión que el delito de vejaciones y torturas, previsto en el art. 295 del Cód. Pen., alcanza la calidad de crimen de lesa humanidad, y que por lo tanto, resulta imprescriptible, y por ende, al haberse determinado la aplicación de la teoría de la absorción, los demás tipos penales, con excepción de los que fueron extinguidos en aplicación y ejercicio del derecho a la igualdad, quedarían impregnados por la pena mayor; como sería la correspondiente al delito de torturas, el cual, de acuerdo al desarrollo explicado, resultaría imprescriptible.

El razonamiento precedente, tal como se señaló, en ningún momento mereció cuestionamiento alguno, por parte del coimputado; por lo tanto, asumió ejecutoria, y mal podría ahora ser modificado como consecuencia de la presentación de una nueva solicitud de extinción de la acción penal por prescripción en esta etapa; puesto que, dicho extremo en todo caso debió haber sido impugnado en su oportunidad, lo contrario implica una aceptación tácita, que mal podría ser modificado en instancias posteriores, porque ya fue objeto de análisis, dando lugar a resoluciones que a la fecha se encuentran legalmente ejecutoriadas.

Cabe aclarar que en el presente caso, el fondo del análisis no deriva en el cómputo del tiempo de la prescripción propiamente dicho, al contrario, existe un razonamiento firme, que establece la imprescriptibilidad de un delito imputado, como es el de vejaciones y torturas al habersele otorgado la calidad de crimen de lesa humanidad, extremo que no mereció ningún tipo de impugnación; por lo tanto, el transcurso del tiempo resulta irrelevante para el análisis de la extinción pretendida.

En consecuencia, verificadas las condiciones de la imprescriptibilidad del hecho, objeto de la presente investigación correspondería aplicar el art. 111 de la C.P.E., declarando infundado el petitorio de prescripción conforme al art. 315 del Cód. Pdto. Pen., modificado por la L. N° 586.

Finalmente, y para fines pedagógicos resulta útil para la justificación de la determinación asumida en el presente fallo, revisar lo establecido por la S.C. N° 0680/2000-R de 10 de julio, que se pronunció sobre el concurso de delitos, similar razonamiento fue aplicado en el A.S. N° 11/2014 de 26 de septiembre, que dispone que ante la eventual existencia de acusación de varios delitos emergentes de un solo hecho, y por tanto, la posibilidad de concurso de delitos, ideal o real (arts. 44 y 45 del Cód. Pen.), no es posible aplicar el instituto de la prescripción de forma separada para cada delito investigado o cada hecho aislado, ya que podría conducirse a un resultado incoherente de enjuiciamiento aislado de sólo una parte de la realidad delictiva. Por los argumentos explicados en la presente resolución, corresponde que la excepción opuesta sea declarada sin mérito.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida en los arts. 44 in fine y 315 del Cód. Pdto. Pen., resuelve: Declarar **INFUNDADA** la excepción de extinción de la acción penal por prescripción de los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y leves, coacción y vejaciones y torturas, previstos y sancionados por los arts. 132, 271, 294 y 295 del Cód. Pen., opuesta por el coimputado Jhon Clive Cava Chávez, con costas; conforme a lo dispuesto por el art. 268 del Cód. Pdto. Pen., con los efectos previstos por el art. 315-III del Cód. Pdto. Pen.

En cumplimiento de la S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, se advierte a las partes que la presente resolución no es recurrible.

Notifíquese a las partes conforme al art. 163 del Cód. Pdto. Pen.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 27 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



245

**Ministerio Público y otro c/ Corsino Yujra Mollinedo y otro
Almacenaje y otros
Distrito: La Paz**

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de julio de 2016, cursante de fs. 147 a 150 vta., Juan Yujra Quispe, interpone recurso de casación impugnando el A.V. N° 61/2016 de 3 de mayo, de fs. 135 a 137 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Hidrocarburos contra

Corsino Yujra Mollinedo y Marcela Quispe Huanca, por la presunta comisión del delito de almacenaje, comercialización y compra ilegal de Diésel Oil, Gasolinas y Gas Licuado de Petróleo, previsto y sancionado por el art. 226 Bis del Cód. Pen.

I. Antecedentes del proceso: De la revisión de los antecedentes venidos en casación se establece lo siguiente:

a) Por Sentencia N° 64/2014 de 25 de abril (fs. 49 a 50), el Juez Mixto de Instrucción de Guaqui, Provincia Ingavi del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a los imputados Corsino Yujra Mollinedo y Marcela Quispe Huanca, autores de la comisión del delito de almacenaje, comercialización y compra ilegal de Diésel Oil, Gasolinas y Gas Licuado de Petróleo, previsto y sancionado por el art. 226 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión. Asimismo, dispuso la confiscación de 150 litros de gasolina que deben ser entregados a YPF, además del vehículo marca Toyota, tipo Minibús con Placa de Control 2706LIE de color amarillo.

b) Contra la mencionada sentencia, Juan Yujra Quispe propietario del vehículo confiscado (fs. 74 a 77), interpuso recurso de apelación restringida que fue resuelto por A.V. N° 61/2016 de 3 de mayo, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró improcedente el citado recurso y confirmó la sentencia apelada.

c) Por diligencia de 19 de julio de 2016 (fs. 138), fue notificado el recurrente con el referido auto de vista; y, el 22 del mismo mes y año, interpuso el recurso de casación, que es objeto del presente análisis de admisibilidad.

II. Sobre el motivo del recurso de casación: De la revisión del recurso de casación, se extrae el siguiente motivo:

Previamente, hace conocer que en procedimiento abreviado se emitió Sentencia condenatoria en contra de Corsino Yujra Mollinedo y Marcela Quispe Huanca, disponiéndose además, la confiscación de un vehículo de su propiedad a favor de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos; por lo que, interpuso recurso de apelación restringida y por A.V. N° 374/2014 de 30 de diciembre, se dispuso la devolución de su vehículo, siendo notificado posteriormente con otro A.V. N° 61/2016 de 3 de mayo, que declara improcedente su recurso y confirma la sentencia.

En cuanto al motivo, alega que de acuerdo a la normativa del art. 71 del Cód. Pen., el Ministerio Público jamás acreditó con documentación idónea, el derecho propietario del vehículo confiscado, menos fundamentó la solicitud de confiscación del motorizado, vulnerando los arts. 73 del Cód. Pdto. Pen., 56 y 57 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP). Que el auto de vista impugnado, se pronunció por la improcedencia del recurso planteado basado en una ley especial y que el Juez de Instrucción de Guaqui a petición fiscal, declaró la confiscación del vehículo sin observar la normativa pertinente; advierte que su persona no está sometida a investigación penal y al interponer recurso de apelación como incidentista, pretende recobrar su motorizado que en principio fue tutelado, siendo que el auto de vista impugnado, incurre en graves defectos absolutos y vulnera derechos y garantías constitucionales, como el debido proceso, la defensa y debida fundamentación, limitando su derecho a la propiedad con el consiguiente perjuicio.

III. Requisitos que hacen viable la admisión del recurso de casación

El art. 180-II de la C.P.E., garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales, que se constituye a su vez en una garantía judicial conforme lo determinan los arts. 8-2-h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; debiendo los sujetos procesales, a tiempo de interponer los distintos recursos que la norma adjetiva prevé, observar las condiciones de tiempo y forma establecidas por la ley conforme la disposición contenida en el art. 396-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este contexto, el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., establece que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista, dictados por los Tribunales Departamentales de Justicia, que sean contrarios a otros precedentes pronunciados por las salas penales de estos tribunales o del Tribunal Supremo de Justicia; entendiéndose que existe contradicción cuando en una situación de hecho similar, el sentido jurídico que se asigna al auto de vista impugnado no coincida con el o los precedentes invocados, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance; pues debe tenerse presente, que en el actual régimen de recursos establecido por el Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación dada su función nomofiláctica, tiene como función que el Tribunal Supremo de Justicia desarrolle la tarea de unificar la jurisprudencia, a fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme de la ley penal, por razones de seguridad jurídica y respecto al derecho a la igualdad, de forma que todo ciudadano tenga la certeza y seguridad que la norma procesal y material será efectivamente aplicada por igual; además, esta labor se halla reconocida por el art. 42 de la L.O.J., que establece entre otras atribuciones de las salas especializadas de éste tribunal, la de sentar y uniformar jurisprudencia, resultando en el caso particular de las salas penales, que ante la interposición del recurso de casación, les corresponde en base al derecho objetivo, establecer la existencia o no de contradicción entre el fallo impugnado con los precedentes invocados.

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

I) Interposición del recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la notificación con el auto de vista impugnado o en su caso con el auto de complementación, ante la sala que emitió la resolución impugnada.

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

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

III) Como única prueba admisible se acompañará copia del recurso de apelación restringida, pues el precedente contradictorio deberá ser invocado a tiempo de su interposición; a menos que la sentencia le fuera inicialmente favorable a la parte y por lo tanto aquella resolución judicial no le genere agravio alguno, sino que éste surge en apelación cuando se dictó el auto de vista; caso en el cual, el recurrente tiene la carga procesal de invocar el precedente contradictorio en el momento de interponer el recurso de casación.

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

IV. Análisis sobre el cumplimiento de dichos requisitos

A los efectos de resolver sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación sujeto al presente examen, es necesario señalar que si bien el derecho de impugnación está reconocido constitucionalmente, no es menos cierto que está regulado por las normas de desarrollo constitucional, como la disposición contenida en el art. 394 del Cód. Pdto. Pen., que dispone: "Las resoluciones judiciales serán recurribles en los casos expresamente establecidos por este Código"; lo que implica, que en el examen de admisibilidad, debe considerarse la legitimación objetiva en el entendido de que es la norma la que limita los recursos a los establecidos en cada caso por la ley procesal penal, para los supuestos expresamente previstos; también, este tribunal debe verificar entre otros aspectos, la concurrencia de impugnabilidad subjetiva, entendida como el poder de recurrir que la norma otorga exclusivamente a determinados sujetos procesales, teniendo en cuenta que el segundo párrafo del art. 394 del Cód. Pdto. Pen., señala que: "El derecho de recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por ley, incluida la víctima aunque no se hubiese constituido en querellante" (sic).

Es así, que respecto a la legitimación activa para impugnar una resolución judicial, el A.S. N° 175/2012-RA de 27 de julio, estableció lo siguiente: "...por A.S. N° 093/2012-RA de 9 de mayo, esta Sala Penal Segunda del Tribunal Supremo de Justicia, al referirse a la legitimación activa para interponer el recurso de casación, señaló que el art. 180-II de la C.P.E., reconoce y garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales, derecho que en materia penal es de carácter personalísimo, que debe ser ejercido por quien tenga legitimidad activa, conforme se entiende de lo dispuesto por el primer párrafo del art. 394 del Cód. Pdto. Pen.; de esta norma se infiere que, tiene legitimación activa para recurrir de una resolución judicial dictada en un juicio penal, el sujeto procesal que hubiera sufrido algún agravio, entre estos están el imputado, la parte acusadora, la víctima y en su caso el defensor público quien no requiere de mandato conforme dispone el art. 109 del Cód. Pdto. Pen."

En esa línea de entendimiento, en la resolución de un recurso de casación formulado por quien alegaba ser propietario del vehículo confiscado sin ser parte procesal, el A.S. N° 268/2014-RRC de 26 de junio, estableció que: "El art. 255 del Cód. Pdto. Pen. establece el Qué, cuándo, quienes, hasta cuándo, ante quienes y el procedimiento para interponer los incidentes por los propietarios de los bienes incautados, siendo el Juez Cautelar a cargo de la investigación ante quien se debe plantear el incidente por ser quien ejerce el control jurisdiccional en la etapa preparatoria del proceso penal (arts. 54 y 279 del Cód. Pdto. Pen.); la resolución del mismo es recurrible, solo en apelación incidental, sin recurso ulterior, es decir no procede apelación restringida, mucho menos recurso de casación.

Con lo expuesto y en el caso específico, concluimos que la recurrente, no es parte, ni es víctima en el proceso, conforme prevé la norma supra transcrita, esta persona, como señala el procedimiento, debió interponer un incidente y apelar en la vía incidental, sin recurso ordinario ulterior.

El Tribunal Supremo de Justicia, al tener competencias específicas, no puede arrogarse funciones que no le competen, consecuentemente, el recurso de casación, no es la vía legal para reclamar el derecho que la recurrente considera suprimido por carecer de legitimación activa (...)"

En el caso de autos, del memorial de recurso de casación se evidencia que el recurrente dejó establecido haberse seguido el proceso penal en contra de Corsino Yujra Mollinedo y Marcela Quispe Huanca, que culminó con la emisión de sentencia en procedimiento abreviado, habiendo posteriormente formulado recurso de apelación por considerarse legítimo propietario del motorizado incautado; enfatizando que su persona, no está sometida a investigación penal e interpuso recurso de apelación restringida como "incidentista" para recobrar su vehículo confiscado; esta posición, permite definir que el impetrante, no estuvo inmerso en el proceso penal fenecido; por ende, no asumió ninguna calidad de sujeto procesal en el caso mencionado, siendo que su incursión obedece al reclamo para la devolución del motorizado confiscado del que aduce derecho propietario en calidad de incidentista, de donde se establece que Juan Yujra Quispe, carece de legitimación activa para la interposición del recurso de casación y a través de esta vía, pretender impugnar la negativa a su reclamación dispuesta por A.V. N° 61/2016 de 3 de mayo, pues no es correcto dar continuidad a un procedimiento incorrecto, que es emergente de un procedimiento anómalo imprimido a partir del planteamiento del recurso de apelación restringida, cuando el ordenamiento jurídico, establece otro mecanismo procesal y el respectivo medio de impugnación, para hacer valer sus derechos en tratándose de situaciones que involucran aspectos referidos a la incautación de bienes, aspectos que relevan del análisis del motivo expresado en el recurso; en consecuencia, no corresponde determinar la admisión del recurso de casación.

Para resolución de la causa según decreto de convocatoria de cursante a fs. 158, interviene la Dra. Rita Nava Durán, Magistrada de la sala civil de este tribunal.

Se constituye en disidente, la Magistrada Maritza Suntura Juaniquina, con los fundamentos contenidos en el libro correspondiente que cursa en la secretaría de la sala.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la concurrencia de la magistrada Dra. Rita Nava Durán y con la facultad conferida en el art. 418 del Cód. Pdto. Pen., declara INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por Juan Yujra Quispe, cursante de fs. 147 a 150 vta.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 27 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



246

Ministerio Público c/ Wilfredo Eloy Viracochea Vidaurre
Tráfico de sustancias controladas
Distrito: Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de julio de 2016, cursante de fs. 923 a 928 vta., Wilfredo Eloy Viracochea Vidaurre, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 35 de 12 de mayo de 2016, de fs. 884 a 887, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (L. N° 1008).

I. Antecedentes del proceso.- De la revisión de los antecedentes venidos en casación se establece lo siguiente:

a) Por Sentencia N° 15/14 de 4 de agosto de 2014 (fs. 851 a 857), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Wilfredo Eloy Viracochea Vidaurre, absuelto de culpa y pena de la comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008.

b) Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida (fs. 864 a 867), que fue resuelto por A.V. N° 35 de 12 de mayo de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible y procedente el recurso planteado; en consecuencia, dispuso la anulación total de la sentencia apelada y ordenó la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia llamado por ley.

c) Por diligencia de 15 de julio de 2016 (fs. 888), fue notificado el recurrente con el referido auto de vista; y, el 22 del mismo mes y año, interpuso el recurso de casación, que es objeto del presente análisis de admisibilidad.

II. Motivos del recurso de casación: De la revisión del memorial del recurso de casación, se extraen los siguientes motivos:

1) El recurrente acusa que el auto de vista impugnado no se encuentra debidamente fundamentado y motivado, cuando afirma que la sentencia está sustentada en hechos inexistentes y no acreditados, sin indicar cuáles son esos hechos inexistentes y cuáles los hechos no acreditados referidos de manera genérica, dando a entender que aparentemente fueron dos los defectos de sentencia que llevaron al tribunal de alzada a anular la sentencia, pues por un lado se alega que no tiene fundamentación, insuficiente y contradictoria incurriendo en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.; y por otro lado, que la sentencia se sustenta en hechos inexistentes y no acreditados, dado que las pruebas han sido debidamente ofrecidas por el Ministerio Público pero que no han sido valoradas en su conjunto. Por otra parte, el auto de vista impugnado es contradictorio e incongruente al indicar aspectos referidos a la aprehensión, flagrancia y declaración testifical de Sandro Peñarrieta Flores, respecto de las posiciones de los jueces ciudadanos en los hechos probados de la sentencia, vulnerando el debido proceso en su vertiente a la fundamentación y motivación de las resoluciones establecidas en el art. 115-I de la C.P.E. y el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., incurriendo en el defecto absoluto del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen. Cita como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 342 de 28 de agosto de 2006 y de "28 de marzo de 2007" y 319/2012-RRC de 4 de diciembre.

2) Acusa que el auto de vista impugnado, no se pronunció sobre todos los puntos alegados por las partes incurriendo en incongruencia omisiva, pues a la interposición del recurso de apelación por el Ministerio Público, no se tomó en cuenta sus alegaciones de contestación al recurso de apelación, que tenía el deber de pronunciarse, en contradicción con el A.S. N° 325/2012-RRC de 12 de diciembre, violando el derecho a la tutela judicial efectiva.

3) El auto de vista impugnado es ultra petita, al introducir defectos de sentencia que no fueron cuestionados en apelación como el establecido en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., y afirmar que la sentencia se sustenta en hechos inexistentes y no acreditados, igualmente cuando afirma que el Tribunal de Sentencia a tiempo de valorar la prueba no desarrolló una operación intelectual de forma conjunta y armónica; si bien el recurrente de apelación, denunció valoración defectuosa de la prueba, invocó este defecto sin cumplir con los requisitos establecidos en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo, el tribunal de alzada de forma ultra petita tomó en cuenta este defecto al momento de emitir el auto de vista impugnado, contradiciendo el A.S. N° 423/2013 de 13 de septiembre y los AA.VV. Nos. 431 de 15 de octubre de 2005 y 83/2013 de 26 de marzo.

4) Al haber sido absuelto por existir paridad de votos, se aplicó correctamente el principio de favorabilidad; por lo que, el tribunal de alzada al anular la sentencia, desconoció este principio además del in dubio pro reo que deriva del principio de inocencia y provoca defecto absoluto de acuerdo al art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

5) El auto de vista impugnado, al afirmar que la Sentencia se sustenta en hechos inexistentes y no acreditados en la audiencia de juicio oral, en el fondo está revalorizando la prueba en contradicción con el A.S. N° 74/2013 de 20 de marzo.

III. Requisitos que hacen viable la admisión del recurso de casación

El art. 180-II de la C.P.E., garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales, que se constituye a su vez en una garantía judicial conforme lo determinan los arts. 8-2-h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; debiendo los sujetos procesales, a tiempo de interponer los distintos recursos que la norma adjetiva prevé, observar las condiciones de tiempo y forma establecidas por la ley conforme la disposición contenida en el art. 396-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este contexto, el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., establece que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista, dictados por los Tribunales Departamentales de Justicia, que sean contrarios a otros precedentes pronunciados por las salas penales de estos tribunales o del Tribunal Supremo de Justicia; entendiéndose que existe contradicción cuando en una situación de hecho similar, el sentido jurídico que se asigna al auto de vista impugnado no coincide con el o los precedentes invocados, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance; pues debe tenerse presente, que en el actual régimen de recursos establecido por el Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación dada su función nomofiláctica, tiene como función que el Tribunal Supremo de Justicia desarrolle la tarea de unificar la jurisprudencia, a fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme de la ley penal, por razones de seguridad jurídica y respecto al derecho a la igualdad, de forma que todo ciudadano tenga la certeza y seguridad que la norma procesal y material será efectivamente aplicada por igual; además, esta labor se halla reconocida por el art. 42 de la L.O.J., que establece entre otras atribuciones de las salas especializadas de éste tribunal, la de sentar y uniformar jurisprudencia, resultando en el caso particular de las salas penales, que ante la interposición del recurso de casación, les corresponde en base al derecho objetivo, establecer la existencia o no de contradicción entre el fallo impugnado con los precedentes invocados.

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

i) Interposición del recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la notificación con el auto de vista impugnado o en su caso con el auto de complementación, ante la sala que emitió la resolución impugnada.

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

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

III) Como única prueba admisible se acompañará copia del recurso de apelación restringida, pues el precedente contradictorio deberá ser invocado a tiempo de su interposición; a menos que la sentencia le fuera inicialmente favorable a la parte y por lo tanto aquella resolución judicial no le genere agravio alguno, sino que éste surge en apelación cuando se dictó el auto de vista; caso en el cual, el recurrente tiene la carga procesal de invocar el precedente contradictorio en el momento de interponer el recurso de casación.

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

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

los derechos al debido proceso y a la defensa; y, d) Las disposiciones relativas a la nulidad de actos procesales previstas por el art. 17 de la L.O.J.

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

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

IV. Análisis sobre el cumplimiento de dichos requisitos

En el caso de autos, el recurso fue interpuesto dentro del plazo de los cinco días hábiles; habida cuenta, que el recurrente fue notificado con el auto de vista impugnado el 15 de julio de 2016, interponiendo su recurso de casación el 22 del mismo mes y año, en cumplimiento del requisito temporal previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., por lo que, corresponde verificar el cumplimiento de los demás requisitos de admisibilidad.

En cuanto al primer motivo, el recurrente denuncia que el auto de vista impugnado no se encuentra debidamente fundamentado cuando afirma que la sentencia está sustentada en hechos inexistentes y no acreditados, pero sin indicar los hechos inexistentes y no acreditados genéricamente referidos, siendo que en apariencia fueron dos los defectos para anular la sentencia, por un lado se alega que no tiene fundamentación, insuficiente y contradictoria, y por otro que la sentencia se sustenta en hechos inexistentes y no acreditados. Asimismo, acusa que el auto de vista impugnado es contradictorio e incongruente al referir aspectos de la aprehensión, flagrancia y declaración testifical de Sandro Peñarrieta Flores, respecto a las posiciones de los jueces ciudadanos en los hechos probados de la sentencia. En el motivo en análisis, el recurrente invoca como precedentes los AA.SS. Nos. 342 de 28 de agosto de 2006 y de 28 de marzo de 2007 y 319/2012-RRC de 4 de diciembre realizando una transcripción parcial de la parte de la doctrina legal aplicable; sin embargo, no realiza la explicación precisa y clara de la situación de contradicción entre los precedentes con el auto de vista impugnado, incumpliendo la exigencia establecida en el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., sin que este tribunal pueda suplir de oficio dicha omisión cuya carga procesal le correspondía al recurrente, determinando en consecuencia la imposibilidad de un análisis de fondo de este motivo. En cuanto al A.S. N° de "28 de marzo de 2007", no proporciona datos completos imposibilitando su ubicación, motivo por el cual no es tomado en cuenta.

No obstante, este tribunal advierte que el recurrente argumentó la presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales como al debido proceso, identificando el hecho concreto que le causa agravio y el argumento del auto de vista impugnado que le habría provocado la restricción y el resultado dañoso emergente de la labor del tribunal de alzada; por lo que, se observa el cumplimiento de los presupuestos de flexibilización establecidos en el acápite anterior de la presente resolución, haciendo viable la admisión de este motivo en forma extraordinaria.

En el segundo motivo denuncia incongruencia omisiva de parte del tribunal de alzada, respecto a la omisión de pronunciamiento en cuanto a las alegaciones realizadas en la contestación al recurso de apelación restringida. Al respecto, invoca el A.S. N° 325/2012-RRC de 12 de diciembre, que por la glosa realizada estaría referido a la incongruencia omisiva o fallo corto, por que estando precisada aún de manera escueta la contradicción al sostenerse que el tribunal de apelación no se pronunció sobre todos los puntos alegados por las partes, corresponde el análisis de fondo del presente motivo.

Respecto al tercer motivo, el recurrente denuncia que el tribunal de alzada obró ultra petita al considerar defectos de sentencia no cuestionados en apelación ya que si bien el recurrente de apelación, denunció valoración defectuosa de la prueba, invocó este defecto sin cumplir con los requisitos establecidos en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo, el tribunal de alzada de forma ultra petita tomó en cuenta este defecto al momento de emitir el auto de vista impugnado. En el presente motivo, el recurrente invoca el A.S. N° 423/2013 de 13 de septiembre, realizando la explicación de la posible situación de contradicción con la resolución recurrida al indicar el precedente que el tribunal de alzada debe circunscribirse a los puntos cuestionados en la apelación, siendo que el auto de vista va más allá incumpliendo lo establecido en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen.; por lo que, se advierte un fundamento aunque escueto, que proporciona elementos básicos que permiten ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada.

Se deja constancia que los A.V. N° 431 de 15 de octubre de 2005 y 83/2013 de 26 de marzo, no serán tomados en cuenta, en razón a que no se ha adjuntado copia alguna de dichos fallos como tampoco constancia que acredite que hayan adquirido ejecutoria o fueron modificados como consecuencia de algún recurso de casación.

En cuanto al cuarto motivo, por el que se denuncia que el tribunal de alzada al anular la sentencia que dispuso la absolución en aplicación del principio de favorabilidad, desconoce el principio del in dubio pro reo y el principio de inocencia, debido proceso y principio de legalidad, provocando defecto absoluto de acuerdo al art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; se advierte que el recurrente omite invocar precedente, menos realiza explicación alguna situación contradictoria con el auto de vista, omisión insoslayable que importa incumplimiento del requisito procesal establecido en el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.

Sin embargo, ante la denuncia de vulneración de derechos y garantías constitucionales susceptibles de provocar defectos absolutos, en observación de los presupuestos descritos en la parte final del acápite anterior, el motivo cumple con las hipótesis establecidas para la admisión por vía de flexibilización; en consecuencia, es posible el análisis de fondo del motivo atendiendo esta vía excepcional.

Como quinto motivo, se denuncia que el auto de vista impugnado, al afirmar que la sentencia se sustenta en hechos inexistentes y no acreditados en la audiencia de juicio oral, en el fondo está revalorizando la prueba en contradicción con el A.S. N° 74/2013 de 20 de marzo. Al respecto, el recurrente si bien invoca el precedente, omite realizar la explicación fundamentada en términos claros y precisos de la situación de contradicción entre el precedente y el auto de vista impugnado, efectuando una alegación genérica, incumpliendo una carga procesal que ineludiblemente le correspondía y que este tribunal no puede suplirla de oficio lo que imposibilita el análisis de la problemática.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 418 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por Wilfredo Eloy Viracochea Vidaurre de fs. 923 a 928 vta., únicamente para el análisis de fondo de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto; asimismo, en cumplimiento del mencionado artículo en su segundo párrafo, se dispone que por secretaría de sala se haga conocer a las salas penales de los Tribunales Departamental de Justicia del Estado Plurinacional, mediante fotocopias legalizadas, el auto de vista impugnado y el presente auto supremo.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 27 de marzo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



247

Ministerio Público c/ Hilarión Ayala Guillen
Tráfico de sustancias controladas
Distrito: Cochabamba

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 16 de junio de 2016, cursante de fs. 321 a 322, Hilarión Ayala Guillen, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 9 de mayo de 2008, de fs. 195-196, pronunciado por la Sala Penal Segunda de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, integrada por los vocales Juan Mejía Coca y Eloy Avendaño Menchaca, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al inc. m) del 33, ambos de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (L. N° 1008).

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia de 22 de julio de 2003 (fs. 157 a 158 vta.), el Juzgado 1° de Partido de Sustancias Controladas de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, declaró a Hilarión Ayala Guillen, autor del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, imponiendo la pena de once años de presidio, más el pago de quinientos días multa a razón de Bs 1.- por día, más costas, daños y perjuicios ocasionados el estado.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Hilarión Ayala Guillen (fs. 162) y el Ministerio Público (fs. 166 a 167), interponen recursos de apelación, que fueron resueltos por Auto de Vista de 9 de mayo de 2008, dictado por la Sala Penal Segunda de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, que confirmó la sentencia emitida, con la complementación de que la pena impuesta debía ser cumplida en el Penal del Abra.

I.2. Motivo del recurso de casación.

Al amparo del art. 298-4 del Cód. Pdto. Pen. de 1972 (Abrog.), el imputado recurre de casación contra el Auto de Vista de 9 de mayo de 2008, alegando la infracción del art. 48 de la L. N° 1008 y 135 de la norma procesal penal, argumentando que en el auto de vista recurrido el tribunal ad quem, al confirmar la sentencia de primera instancia que le impuso la pena de once años de presidio, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, incurrió en errónea calificación de los hechos derivando en una pena indebida al no guardar relación con los hechos sucedidos y que fueron motivo de procesamiento, pues no se consideró que su persona fue aprehendida el 9 de febrero de

2001 en la localidad de Illatacu a la altura del cementerio, cuando se encontraba esperando junto a cuatro bolsas de marihuana que debían ser entregadas a una persona por el monto de Bs 400.-, pues así lo hubiere señalado en su declaración informativa, en la que señaló que simplemente colaboró en el transporte de las bolsas (con marihuana) junto a otras tres personas y que a tiempo de su aprehensión no se encontraban junto a él; con ello, a decir del recurrente se acreditaría que su persona no estaba cometiendo el delito de tráfico de sustancias controladas, sino que su conducta se subsumiría en el tipo penal de transporte de sustancias controladas, previsto en el art. 55 de la L. N° 1008, reiterando que simplemente colaboró con el transporte de las sustancias controladas.

I.2. Del Requerimiento Fiscal.

Radicada la causa en este tribunal y previa orden de vista fiscal, cumpliendo lo dispuesto por el art. 306 del Cód. Pdto. Pen. Abrog. (fs. 326), el Ministerio Público emitió el respectivo Requerimiento (fs. 329 a 332), solicitando se declare infundado el recurso interpuesto por Hilarión Ayala Guillen, alegando en el marco de los arts. 48 con relación al 33 inc. m) de la L. N° 1008, que la conducta y participación real del acusado se encuentra en el acto de fabricar, acondicionar, transportar, poseer dolosamente, almacenar y esconder 42.000 gramos de marihuana, configurando el tipo penal de tráfico de sustancias controladas, con la agravante prevista en la segunda parte (volumen mayor), esto con relación al alcance contemplado en el art. 33-m) de la L. N° 1008.

Señala que el hecho que motivó el procesamiento y la correspondiente condena del acusado se encuentra directa y estrechamente vinculada con el tipo penal de tráfico de sustancias controladas en calidad de autor y no así al delito de transporte de sustancias controladas, por existir una autoría consumada con los actos de esconder, transportar, poseer dolosamente y almacenar la droga.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia de 22 de julio de 2003, se declaró a Hilarión Ayala Guillen, autor del delito de tráfico de sustancias controladas, previstos y sancionados por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008.

La sentencia señalada tuvo como argumentos para disponer la condena del recurrente, el hecho de que por información procesada en la sección de inteligencia de la D.D.F.E.L.C.N., se llegó a tener conocimiento de que varias personas estarían dedicándose a la actividad ilícita de narcotráfico en la localidad de Illatacu de la Provincia Quillacollo. En base a dicha información a hrs. 10:30 del 9 de febrero de 2001, se constituyeron con presencia del Fiscal de Materia a dicha localidad donde se realizó el operativo antinarcótico, aprehendiendo a Hilarión Ayala Guillen, en posesión flagrante de cuatro bolsas de yute, conteniendo en su interior unas yerbas verduzcas en estado seco y con olor característico a marihuana, que sometida a la prueba de narco-test dio positivo para marihuana con un peso total de 42.000 gramos.

En conclusión, se sostuvo que el procesado fue aprehendido en posesión flagrante de cuatro bolsas de marihuana, quedando así establecida la consumación del delito de tráfico de sustancias controladas.

II.2. Del recurso de Apelación restringida.

La resolución referida precedentemente, fue apelada por el imputado, bajo el argumento de que si bien las bolsas de marihuana estaban a unos metros del procesado al momento de su detención, no necesariamente ese acto implicaría la posesión de sustancias controladas, ya que como se tendría demostrado por las diligencias de policía judicial y la propia declaración del encausado, se tendría que tanto él y otras personas dentro de un vehículo llegaron al lugar del hecho, habiendo dejado al imputado al cuidado de las bolsas para que luego alguien lo recogiera; en ese entendido, al estar el encausado en un lugar público y en espera del recojo de la mercancía se entendería que estaba simplemente a cuidado de la sustancia controlada, constituyéndose en un simple tenedor de la cosa pero de ninguna manera estaba en posesión real; vale decir, que no ostentaba la calidad de dueño ni pretendía serlo.

Finalmente, en el hipotético caso de encontrarse suficientes pruebas para declarar al procesado autor del delito de tráfico de sustancias controladas –en cualquiera de sus modalidades- debe tomarse en cuenta que no se llegó a consumir el delito por causas ajenas a la voluntad del encausado; es decir, no se llegó al fin de entregar a otro la mercancía; consiguientemente, no se cumplió el iter criminis.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

El recurso de apelación contra la sentencia, fue resuelto a través del Auto de Vista 9 de mayo de 2008, de acuerdo a los siguientes argumentos:

Verificados los antecedentes cursantes en autos, se tendría la existencia de Tráfico de Sustancias Controladas considerando que su declaración el imputado señaló que lo hizo por necesidad (tanto en el declaración informativa como confesoria) habiendo sido encontrado en flagrancia, configurándose el ilícito de tráfico de sustancias controladas, pues debe tenerse presente que el sujeto activo de dicho delito es el traficante quien realiza cualquiera de las modalidades o clases de conductas comprendidas en la definición del inc. m) del art. 33 de la L. N° 1008.

Con el análisis precedente, se tiene que con este delito se sanciona todos los procedimientos realizados para obtener sustancias controladas a partir de la materia prima hasta su refinación siendo el sujeto activo aquella persona que fabrica en forma ilícita sustancias controladas: “teniéndose que la comercialización no se encuentra implícita y se estaría dejando impune el delito de tráfico que practicante implica todo lo señalado por el art. 33-m) de la L. N° 1008” (sic) como son los emergentes de las acciones de producir, fabricar, tener en depósito o almacenamiento, vender o realizar transacciones; en ese sentido, debe sancionarse a aquel o aquellos que van contra el bien jurídico tutelado que es la comunidad generacional, porque el tráfico de droga afecta a la humanidad al lesionar la salud pública.

En conclusión, el análisis efectuado por el juzgado de origen fue correcto en base a la valoración de las pruebas, indicios y presunciones presentadas en el proceso para llegar a la condena del delito de tráfico de sustancias controladas.

III. Resolución del recurso

Previamente es menester señalar que la primera disposición final del vigente Código de Procedimiento Penal, establece que entrará en vigencia plena veinticuatro meses después de su publicación y se aplicará a todas las causas que se inicien a partir del 31 de mayo de 2001; es así, que en aplicación de tal normativa, la extinta Corte Suprema de Justicia, por Circular 37-1 de 12 de noviembre de 2001, instruyó que todas las causas ingresadas a los despachos judiciales hasta el 30 de mayo de 2001, serán tramitadas y concluidas con el régimen procesal anterior y que todas las denuncias o querellas en trámite en la Policía Técnica Judicial o Fiscalía, anteriores a la vigencia plena del actual Código de Procedimiento Penal, ingresen a los despachos judiciales después del 31 de mayo de 2001, serán tramitadas y concluidas de acuerdo al nuevo sistema procesal penal. Asimismo, la S.C. N° 0812/2003- R de 17 de junio de 2003, precisó que: "...de la línea jurisprudencial emergente de la interpretación de la primera disposición final de la L. N° 1970, se extrae claramente que la iniciación de la causa se da cuando se dicta el auto inicial de la instrucción, pues antes de ello, no se puede hablar del inicio de la misma...".

En el caso de autos, se tiene de los antecedentes, que el presente proceso tuvo su inicio el 3 de marzo de 2001 (fs. 27), por lo que su trámite se sujetó a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal abrogado.

III.1. El recurso de casación en el Código de Procedimiento Penal de 1972.

En previsión de lo dispuesto por el art. 296 del Cód. Pdto. Pen. Abrog., aplicable al caso de autos, procede el recurso de nulidad o casación, por inobservancia o quebrantamiento de las formas procesales prescritas bajo pena de nulidad, y por violación de la ley sustantiva en la decisión de la causa; a este efecto, en cuanto al contenido de los recursos de casación, es menester observar los requisitos prescritos en los arts. 301 y 303 del citado cuerpo legal. En ese sentido, conforme señala el art. 301 del Cód. Pdto. Pen. Abrog., el recurso de casación se debe fundamentar, cumpliendo con requisitos insoslayables, como la especificación de los motivos del recurso, con cita de la ley o leyes procesales cuya inobservancia se impugna o de las leyes sustantivas o de fondo cuya violación se acuse en el recurso y señalar en que consiste el quebrantamiento o vulneración de esas normas; asimismo, el art. 303 del Cód. Pdto. Pen. Abrog., establece que el término para interponer el recurso de casación es de diez días, que correrá de momento a momento, desde la notificación a la parte interesada con el auto de vista pertinente. Además, el art. 307-1 del Cód. Pdto. Pen. Abrog., refiere que corresponderá la improcedencia del recurso de casación, entre otros motivos, por el incumplimiento de los requisitos señalados en el art. 301 del mismo cuerpo de leyes.

De las normas legales citadas, se advierte que las mismas imponen al recurrente, a efectos de la procedencia de su recurso, cumplir con los requisitos establecidos en la referida normativa penal; de modo que su incumplimiento provoca que el recurso sea declarado improcedente, imposibilitando ingresar al análisis de fondo del recurso.

III.2. Análisis del caso concreto.

En el presente proceso, se constata que el recurrente cumplió con el requisito relativo al plazo para la interposición del recurso de casación, ya que fue notificado con el auto de vista impugnado el 6 de junio de 2016 a horas 15:35 (fs. 312) e interpone su recurso el 16 del mismo mes y año a hrs. 12:06; en consecuencia, haciendo el cómputo correspondiente se tiene que el recurso fue presentado dentro el término de diez días previsto por el art. 303 del Cód. Pdto. Pen. Abrog.

Respecto al único motivo traído en casación, referido a la denuncia de incorrecta tipificación del tipo penal de tráfico de sustancias controladas del examen prolijo de las circunstancias y pruebas adheridas al proceso, las que han sido valoradas en su conjunto y con prudente arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica, por los tribunales de grado conforme dispone el art. 135 del Cód. Pdto. Pen. de 1972, se tiene que la conducta del procesado Hilarión Ayala Guillen, se encuadra en el tipo penal previsto por el art. 48 de la L. N° 1008, por los datos siguientes:

1. Por información procesada en la sección de inteligencia de la D.D.F.E.L.C.N. conforme el actuado de fs. 1, se llegó a tener conocimiento de que varias personas estarían dedicándose a la actividad ilícita de narcotráfico en la localidad de Illatacu de la Provincia Quillacollo.

2. En base a dicha información a hrs. 10:30 del 9 de febrero de 2001, se constituyeron con presencia del fiscal de materia a dicha localidad donde se realizó el operativo antinarcótico, aprehendiendo a Hilarión Ayala Guillen, en posesión flagrante de cuatro bolsas de yute conteniendo en su interior unas yerbas verduzcas, en estado seco y con olor característico a marihuana, que sometidas a la aprueba de narco-test dieron positivo para marihuana con un peso total de 42.000 grs.

3. El volumen de la droga incautada, de acuerdo a las actas de incautación y pesaje, cursantes a fs. 3 y 5 de obrados, constituyen en su conjunto el cuerpo del delito y son reveladores de la magnitud y gravedad del delito de tráfico; por cuanto, de no haberse logrado la aprehensión del procesado, estas sustancias controladas (marihuana) hubiesen sido comercializadas y distribuidas ocasionando graves daños a la salud pública de los ocasionales consumidores.

4. La sustancia controlada encontrada de acuerdo al examen de laboratorio cursante a fs. 17, dio como resultado "Positivo para marihuana (Cannabis Sativa)"

5. De lo desarrollado se concluyó que el procesado fue aprehendido de forma flagrante en posesión flagrante de cuatro bolsas de marihuana, quedando así establecida la consumación del delito de tráfico de sustancias controladas, debiendo tomarse en cuenta que dicho delito en su entendimiento objetivo y subjetivo, es en esencia de carácter doloso; toda vez, que el sujeto sabe que lo que realiza lo hace voluntariamente y conoce que es prohibido y a pesar de ello busca el resultado querido hasta lograrlo.

Ahora bien, con lo desarrollado supra se tiene respecto de los elementos de convicción jurídica formada por los tribunales inferiores, en relación al grado de participación que tuvo tenido el inculcado en la comisión del delito atribuido, que indudablemente lo identifican como autor directo del delito previsto por el art. 48 con relación al inc. m) del art. 33 de la L. N° 1008; particularmente, en sus elementos de poseer dolosamente y el de entregar, ya que analizado su argumento de que únicamente coadyuvó con el transporte de la sustancia controlada y que debía ser entregada a un tercera persona a la cual no identifica, resultan especulaciones no demostradas en el debate con pruebas que desvirtúen la documental acusatoria, infiriéndose por estas consideraciones que los tribunales a tiempo de dictar sus fallos, no han violado ninguna norma legal y menos las pretendidas por el recurrente, que afanosamente y sin sustento respaldatorio pretende una recalificación penal por el delito de transporte de sustancias controladas, siendo así que de acuerdo a la teoría del dominio del hecho, también es autor aquel que ejercita un rol y asegura su ejecución ilícita; en el caso concreto, el procesado desnuda su autoría, al confesar que la sustancia controlada se encontraba en su "poder" (posesión dolosa) y debía ser "entregada" a una tercera persona de la cual debía recibir una remuneración.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con el requerimiento fiscal de fs. 329 a 332, con la atribución conferida por el art. 59-1 de la L.O.J. abrogada y en aplicación del art. 307-2 del Cód. Pdto. Pen. 1972, declara INFUNDADO el recurso de casación formulado por Hilarión Ayala Guillen.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 1 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



248

Oliver Mijail Cueto Argote c/ Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio y otra
Difamación y otros
Distrito: Cochabamba

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 17 de enero de 2017, cursante de fs. 912 a 919 vta., Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio y Paola Alejandra Aparicio Bermúdez, interponen recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 5 de diciembre de 2016, de fs. 804 a 808, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, dentro del proceso penal seguido por Oliver Mijail Cueto Argote contra las recurrentes, por la presunta comisión de los delitos de difamación, calumnia e injuria, previstos y sancionados por los arts. 282, 283 y 287 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Antecedentes del proceso: De la revisión de los antecedentes venidos en casación se establece lo siguiente:

a) Por Sentencia N° 0018/2015 de 7 de abril (fs. 563 a 574), el Juez Quinto de Partido en lo Penal Liquidador y de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio, autora de la comisión del delito de injurias, previsto y sancionado por el art. 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis meses de prestación de trabajos y multa de sesenta días a razón de Bs 3.- por día, con costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia en favor de la víctima y absuelta de los delitos de difamación y calumnia, sin costas; y, absolvió a Paola Alejandra Aparicio Bermúdez, de los delitos endilgados en su contra, sin costas; dando lugar a la solicitud de enmienda y complementación por parte de ésta última, solicitando la fijación de costas y que se declare la malicia y temeridad de la parte querellante a efectos de la responsabilidad correspondiente. Petición que fue rechazada mediante Resolución N° 0175/2015 de 10 de abril (fs. 587 a 588 vta.).

b) Contra la mencionada sentencia, las imputadas Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio y Paola Alejandra Aparicio Bermúdez, formularon a su turno recursos de apelación restringida (fs. 765 a 768 y 772 a 744), que fueron resueltos por Auto de Vista de 5 de diciembre de 2016, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedentes los recursos planteados; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada y su complementario.

c) Por diligencias de 10 y 11 de enero de 2017 (fs. 810), las recurrentes fueron notificadas con el auto de vista impugnado; y, el 17 del mismo mes y año interpusieron el recurso de casación, que es objeto del presente análisis de admisibilidad.

II. Sobre el motivo del recurso de casación

En el recurso de casación interpuesto, se alega que Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio fue condenada por el delito de Injurias, y se le impuso una pena de seis meses de prestación de trabajo en la “Honorable Alcaldía Municipal de Quillacollo”, mediante una sentencia que no cuenta con fundamentación y que además hace una mala valoración de la prueba, pues la prueba consistente en las declaraciones testificales de cargo, de Oliver Mijail Cueto Argote, Tatiana Corina Argote Gandarillas, Víctor Hugo Cueto Argote y Martha Judith Poveda Fuentes, fueron parcializadas; puesto que, todos resultan ser parientes consanguíneos de la víctima y la última su suegra; pese a lo cual, el juez determinó que tales declaraciones son creíbles y merecen fe probatoria, sin tomar en cuenta que favorecieron a la presunta víctima al ser sus parientes.

Asimismo reclama que la prueba extraordinaria de cargo se judicializó mediante un CD, medio magnetofónico que se considera sólo a los fines de determinar la personalidad de la imputada, y que fue obtenido de manera irregular e ilegal al no ser producto de una orden fiscal y menos judicial, y que menos observó la cadena de custodia.

Alega que el juez de la causa tiene animadversión en su contra, y que por ese motivo, pronunció una sentencia escueta, sin fundamentación y traducida en una mala valoración de la prueba, a lo que se suma, la irregularidad de que en el mismo expediente cursan piezas procesales correspondientes a otro proceso penal por feminicidio; extremo que tendría que considerarse para establecer la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo.

Finalmente señala que la eventual víctima indicó que se le ocasionó un gran perjuicio, ya que tendría su residencia en España y siendo que el juzgador estableció que se le pagaran daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia: "...lo que hace ver existe una total parcialidad por parte del juez a favor de la víctima y que incluso en este tipo de delitos que son dentro de la familia de carácter patrimonial el juez ad quo pretende que se pague daños y perjuicios" (sic).

Invoca los AA.SS. Nos. 0145/2013-RRC de 28 de mayo, 30 de 26 de enero de 2007, 151 de 2 de febrero de 2007, 337/2010 de 1 de julio, 251/2012 de 12 de octubre, 116/2007 de 31 de enero, 412/2006 de 10 de octubre, 314/2006 de 25 de agosto, 30 de 26 de enero de 2007, 151 de 2 de febrero de 2007, 518 de 20 de septiembre de 2004, 88 de 18 de marzo de 2008, 320 de 14 de junio de 2003, 302 de 25 de agosto de 2006 y la S.C. N° 0960/2006-R de 2 de octubre; cuya doctrina legal estaría referida a la valoración probatoria; agregando finalmente que se está agravando su situación y se le perjudica con una escueta sentencia que no tiene fundamentación y que no hace una valoración de la pruebas, respetando los principios procesales y que por último, existen vicios de nulidad insubsanables.

III. Requisitos que hacen viable la admisión del recurso de casación

El art. 180-II de la C.P.E., garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales, que se constituye a su vez en una garantía judicial conforme lo determinan los arts. 8-2-h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; debiendo los sujetos procesales, a tiempo de interponer los distintos recursos que la norma adjetiva prevé, observar las condiciones de tiempo y forma establecidas por la ley, conforme a la disposición contenida en el art. 396-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este contexto, el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., establece que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por los Tribunales Departamentales de Justicia que sean contrarios a otros precedentes pronunciados por las salas penales de estos tribunales o del Tribunal Supremo de Justicia; entendiéndose que existe contradicción cuando en una situación de hecho similar, el sentido jurídico que se asigna al auto de vista impugnado no coincida con el o los precedentes invocados, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance; pues debe tenerse presente, que en el actual régimen de recursos establecido por el Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación dada su función nomofiláctica, tiene como función que el Tribunal Supremo de Justicia desarrolle la tarea de unificar la jurisprudencia, a fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme de la ley penal, por razones de seguridad jurídica y respecto al derecho a la igualdad, de forma que todo ciudadano tenga la certeza y seguridad que la norma procesal y material será efectivamente aplicada por igual; además, esta labor se halla reconocida por el art. 42 de la L.Ó.J., que establece entre otras atribuciones de las salas especializadas de este tribunal, la de sentar y uniformar jurisprudencia, resultando en el caso particular de la sala penal, que ante la interposición del recurso de casación, les corresponde en base al derecho objetivo, establecer la existencia o no de contradicción entre el fallo impugnado con los precedentes invocados.

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

I) Interposición del recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la notificación con el auto de vista impugnado o en su caso con el auto de complementación, ante la sala que emitió la resolución impugnada.

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

Esto significa que, no basta la simple mención, invocación, transcripción del precedente, ni la fundamentación subjetiva del recurrente respecto a cómo cree que debió ser resuelta la alegación; sino, la adecuación del recurso indefectiblemente a la normativa legal, para que a

partir de ello, este Tribunal de Justicia, pueda cumplir con su competencia (art. 419 del Cód. Pdto. Pen.), sin que pueda considerarse a este medio de impugnación una nueva oportunidad de revisión del fallo de mérito.

iii) Como única prueba admisible se acompañará copia del recurso de apelación restringida, pues el precedente contradictorio deberá ser invocado a tiempo de su interposición; a menos que la sentencia le fuera inicialmente favorable a la parte, y por lo tanto, aquella resolución judicial no le genere agravio alguno, sino que éste surge en apelación cuando se dictó el auto de vista; caso en el cual, el recurrente tiene la carga procesal de invocar el precedente contradictorio en el momento de interponer el recurso de casación.

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

IV. Análisis sobre el cumplimiento de dichos requisitos

De la revisión de antecedentes, se tiene que el presente recurso de casación fue presentado dentro del plazo de cinco días y ante la sala que emitió la resolución recurrida, teniendo en cuenta que las recurrentes fueron notificadas con el auto de vista impugnado, el 10 y 11 de enero de 2017, presentando su recurso el 17 del mismo mes y año; cumpliendo de esa manera, con el requisito temporal previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., correspondiendo verificar el cumplimiento de los demás requisitos.

Previo a ingresar al análisis de admisibilidad del caso concreto, corresponde señalar que la labor de este Tribunal Supremo de Justicia se encuentra restringida a efectuar un control eminentemente de derecho sobre el contenido y lo resuelto en el auto de vista cuestionado, siempre en correlación a las actuaciones realizadas por el tribunal de alzada, así se desprende de lo establecido en los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., referidos a la procedencia y requisitos indispensables que viabilizan la admisibilidad del recurso de casación; en los que se dispone que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por los Tribunales Departamentales de Justicia y autos supremos dictados por las salas penales del Tribunal Supremo de Justicia que sienten o ratifiquen doctrina legal.

En ese entendido, de la revisión de las denuncias contenidas en el recurso, se puede establecer que se circunscriben exclusivamente a la supuesta falta de fundamentación y mala valoración probatoria de la sentencia de mérito, reclamando por las presuntas ilegalidades cometidas por el juez de la causa, al extremo de demandar sobre temas inherentes al trato otorgado por dicha autoridad e incluso a piezas procesales correspondientes a otro proceso penal por feminicidio, que se hubieran anexado incorrectamente al cuaderno procesal (extremos estos últimos ajenos al recurso de casación); y aunque de manera aislada, en la parte final del memorial, se invocó una infinidad de autos supremos, (0145/2013-RRC de 28 de mayo, 30 de 26 de enero de 2007, 151 de 2 de febrero de 2007, 337/2010 de 1 de julio, 251/2012 de 12 de octubre, 116/2007 de 31 de enero, 412/2006 de 10 de octubre, 314/2006 de 25 de agosto, 30 de 26 de enero de 2007, 151 de 2 de febrero de 2007, 518 de 20 de septiembre de 2004, 88 de 18 de marzo de 2008, 320 de 14 de junio de 2003 y 302 de 25 de agosto de 2006 y la S.C. N° 0960/2006-R de 2 de octubre); de los cuales, se glosó su doctrina legal, en calidad de precedentes contradictorios; sin embargo, se evidencia que todos fueron citados a efectos de demostrar la supuesta falta de motivación y valoración probatoria en el fallo de mérito.

Por lo tanto, se advierte la falta de precisión de agravio alguno por parte de las autoridades jurisdiccionales de alzada, y lógicamente la omisión de contrastación entre alguna actuación agravante por parte de éstas con los precedentes invocados, pretendiendo la parte recurrente que este tribunal realice su función nomofiláctica con relación a la sentencia y buscando inducir a un nuevo control de legalidad de dicho fallo dentro de una etapa procesal que no se encuentra reservada para ello; puesto que, la misma ya fue objeto de análisis por parte del tribunal de alzada, lo que provoca la inadmisibilidad del presente recurso; ya que en todo caso, tal como se señaló, correspondía a las recurrentes cumplir con la carga de realizar una fundamentación de forma objetiva, identificando expresamente cuáles son los actos procesales que provocaron la presunta vulneración legal, pero siempre con relación al auto de vista emitido a tiempo de resolver la apelación restringida y no así con relación a la sentencia de mérito; en consecuencia; por cuanto, no es posible legalmente, retozar etapas y menos utilizar un instituto jurídico desnaturalizando su verdadero alcance y objetivo; no resulta coherente, el planteamiento del recurso de casación mediante la reiteración de los mismos puntos reclamados a tiempo de la formulación de la apelación restringida, sin que esta inobservancia a una debida técnica recursiva, quede suplida con una denuncia genérica y carente de fundamentos de que existirían vicios de nulidad insubsanables.

Al respecto, es menester señalar que la exigencia de motivación es una garantía constitucional inmersa en la carta fundamental que debe impregnar todos los actuados en el curso de cualquier proceso, cualquiera sea su naturaleza; por lo tanto, los sujetos procesales que acuden al órgano judicial en busca de la reparación de supuestas vulneraciones legales cometidas en su contra, se encuentran igualmente constreñidos a cumplir con las exigencias mínimas de exposición de los argumentos de su recurso, a efectos de permitir que este máximo órgano de justicia ordinaria pueda considerar la legalidad en la emisión del auto de vista. Extremo que, tal como se demostró, fue incumplido por las recurrentes en la especie, quienes de ninguna manera identificaron agravio alguno cometido por el tribunal de alzada a tiempo de emitir el fallo ahora impugnado, sino simplemente se limitaron a explicar las transgresiones supuestamente cometidas por la sentencia.

A más de lo señalado, los argumentos expuestos en el memorial de recurso se circunscriben únicamente a la imputada Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio, único sujeto procesal que denuncia las cuestiones antes indicadas y declaradas inadmisibles; pues con relación a la coimputada Paola Alejandra Aparicio Bermúdez, no se encuentra ningún fundamento que justifique la presentación del presente recurso; por lo que, con relación a ella, corresponde de igual forma, declarar la inadmisibilidad del recurso, ante la falta de cumplimiento de los requisitos previstos por los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., al no haberse demostrado ningún agravio por parte de los vocales que le hubiera ocasionado un detrimento en su situación jurídica, tampoco hubo invocado precedente legal alguno y menos demostrado contradicción entre ambos.

Consiguientemente, por las razones expuestas precedentemente, esta sala se encuentra impedida de abrir su competencia para ingresar al análisis de fondo del motivo denunciado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 418 del Cód. Pdto. Pen., declara INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio y Paola Alejandra Aparicio Bermúdez de fs. 912 a 919 vta.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 3 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



249

Ministerio Público c/ Agripina Cuña Vargas y otro
Tráfico de sustancias controladas
Distrito: Cochabamba

AUTO DE VISTA

Cochabamba, 5 de agosto de 2016.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia N° 43/2012 de 31 de octubre de 2012, dentro el proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Agripina Acuña Vargas y Cinthia Flores Acuña, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, tipificado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, lo expuesto por las partes y los antecedentes procesales.

CONSIDERANDO: I.-

I.1. Análisis de los presupuestos de admisibilidad del recurso de apelación restringida.

El Tribunal de Sentencia N° 4 de la capital, ha pronunciado la Sentencia N° 43/2012 de 31 de octubre de 2012, por la que falla declarando a las imputadas Agripina Acuña Vargas y Cinthia Flores Acuña, Absueltas de pena y culpa del delito de tráfico de sustancias controladas tipificado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. 1008, por no haber sido suficiente la prueba aportada.

Esta sentencia ha sido apelada por la representante del Ministerio Público mediante escrito presentado en 6 de diciembre de 2012, cursante de fs. 268 a 270 del legajo procesal.

Conforme la previsión legal contenida en la segunda parte del art. 399 y en el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., el recurso interpuesto debe merecer expreso pronunciamiento sobre la admisibilidad y procedencia; consiguientemente, en primer término se pasa a considerar su admisibilidad.

De acuerdo a la regla general, prevista por el num. 3 del art. 396 del Cód. Pdto. Pen., para ser admitido, el recurso debe interponerse en las condiciones de tiempo y forma que determina el Código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución recurrida, y de conformidad al art. 408 del mismo cuerpo jurídico, el recurso de apelación restringida debe ser interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia, citando concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y expresando cual es la aplicación que se pretende, debiendo fundamentarse separadamente cada agravio.

Examinado el recurso de apelación restringida que nos ocupa, se establece que cumple las condiciones de tiempo y forma previstos en los citados preceptos, en tal virtud se admite el mismo, pasándose a resolver los aspectos cuestionados de la resolución impugnada, dentro el marco legal previsto por el art. 398 de la misma Ley Procesal Penal.

I.2. Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por la representante del Ministerio Público.

La apelante alega que interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia de 31 de octubre de 2012, por existir inobservancia o errónea aplicación de la ley, ya que contiene vicios y defectos que infringen los arts. 124-I, 173, 360, 370-1, 5, 6 y 359 del Cód. Pdto. Pen.

Alega inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva prevista en el num. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., por haberse violado lo establecido por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, por cuanto no se ha tomado en cuenta que lo establecido en los hechos probados de la sentencia: a) Que el inmueble ubicado en la calle Litoral y Pichincha de Punata, cuenta con muro perimetral y rejas metálicas,

hecho que elimina la posibilidad de que sea un predio abierto de fácil acceso a cualquier persona, descartándose que la existencia de sustancia controlada en el inmueble sea una circunstancia ajena a los propietarios y completamente fortuita; b) Que Cinthia Flores Acuña, es hija de Agripina Acuña y Antonio Flores, quien declaró que su persona junto a su madre y en ocasiones junto a su esposo, son quienes tienen acceso al inmueble, lugar al que constantemente iban a regar las plantas, sembrar papa y otros; c) Que en su primera declaración Cinthia Flores Acuña, declaró que conocía la existencia de la sustancia controlada encontrada por la policía durante el allanamiento en el referido inmueble, indicando que Miriam le habría dejado los bidones, diciéndole que eran de aceite, y que los vecinos a veces entran a la casa, por lo que ella habría ocultado el bidón entre los ladrillos para que no se pierdan, de igual manera Miriam le habría dejado el carbonato de sodio, en una bolsa que no estaba "tan tapado", y que lo guardó en el cuarto.

Que del análisis de la declaración de Cinthia Flores Acuña, se tiene: que la misma conocía el contenido del bidón y la bolsa, que presuntamente le habría dejado la Sra. Miriam, de quien no se conoce ni su apellido, por lo que no es racional pensar que una persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades y con experiencia en la vida cotidiana pueda aceptar "guardar", "ocultando" un bidón que aparentemente tiene aceite, dentro unos ladrillos que se encuentran puestos en filas, al interior del terreno de propiedad de sus padres, aceptando el favor de guardar para una persona de quien no conoce ni su apellido; además, la prenombrada en un primer momento de su declaración, libre de presiones, confesó conocer la existencia de las sustancias controladas en el predio de sus padres, donde ella misma los puso, afirmaciones que durante el juicio quiso desvirtuar, indicando que el abogado que en aquel momento le asesoraba le habría dicho que declare de esa manera.

De todo ello, la apelante concluye que el fallo pronunciado por el Tribunal de Sentencia N° 4, se ha apartado de lo establecido por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, por cuanto Cinthia Flores Acuña, es hija de la propietaria de la casa ubicada en la calle Litoral y Pichincha de Punata, tenía dominio sobre el inmueble, pues como su misma madre refiere, ella era quien tenía las llaves del inmueble y estaba encargada de regar las plantas; consecuentemente al tener dominio del inmueble y conocer la existencia de la sustancia controlada (pues ella es quien procede a ocultar el bidón entre los ladrillos y la bolsa de carbonato de sodio en uno de los cuartos), también tiene dominio sobre los hechos que acontecen al interior de ese inmueble, por lo que considera que al tener posesión del inmueble, también tiene posesión intrínseca de las sustancias controladas, ya que fueron almacenadas por la nombrada imputada, después de haber sido transportados, todo con destino a la fabricación de cocaína, pues no se conoce que estas sustancias hayan sido utilizadas por la familia Flores Acuña, para otra actividad industrial o doméstica, o en su caso tengan el permiso correspondiente para el manejo de dichas sustancias, por lo que al estar presentes estos elementos en el actuar de Cinthia Flores Acuña, hace que se configure el tipo penal de tráfico, para ello se requiere que la imputada trafique con sustancias controladas, realizando cualquiera de las acciones definidas en el art. 33-m) de la L. N° 1008, y en el caso presente la imputada ha realizado acciones dirigidas a la posesión dolosa, transporte y transacciones a cualquier título, conductas que habrían sido admitidas por la misma imputada ante el tribunal a quo.

Asimismo, alega que del análisis del Considerando Segundo de la sentencia apelada, se tiene que el Ministerio Público ha probado que el inmueble de la calle Litoral y Pichincha es de propiedad de Agripina Acuña y Antonio Flores; y que las sustancias controladas fueron encontradas dentro dicho inmueble, situación que da la plena certeza de que Cinthia Flores Acuña fue quien puso las mismas dentro el inmueble, puesto que ella tiene dominio del lugar del hecho, al no haber probado que una tercera persona ocupara el bien o tenga acceso al mismo; por lo que considera que ha momento de dictar sentencia, no se ha aplicado a cabalidad el art. 20 del Cód. Pen., toda vez que el tribunal a quo no señala el por qué Agripina Acuña y Cinthia Flores Acuña no son autoras del tipo penal acusado, cuando los hechos demuestran lo contrario, concluyendo que en el caso presente ha existido errónea concreción de marco penal, toda vez que el Tribunal de Sentencia no ha realizado un adecuado proceso de subsunción de la conducta de las imputadas, respecto al hecho acusado, subsumido en el tipo penal de tráfico de sustancias controladas, tipificado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008. Finalmente como precedentes contradictorios señala el A.S. N° 520 de 21 de octubre de 2003, el A.S. N° 597 de noviembre de 2003, el A.S. N° 501 de 13 de octubre de 2003, el A.S. N° 127 de 09 de marzo de 2004, el A.S. N° 135 de 09 de marzo de 2004, el A.S. N° 17 de 03 de febrero de 2005, en cuanto a la inobservancia o errónea aplicación de la ley, cita la S.C. N° 1146/03-R.

Solicita se anule la sentencia apelada, ordenado la reposición del juicio por otro tribunal, para que dicte nueva sentencia declarando a las acusadas culpables del delito atribuido.

CONSIDERANDO: II.- Fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal de alzada sobre la apelación restringida.

II.1. A mérito de la problemática planteada, es menester destacar que, según Francisco Muñoz Conde y Mercedes García (Derecho Penal, Parte General) "La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal".

El tipo penal se identifica con el comportamiento descrito por la ley, es decir con el supuesto de hecho típico del delito. Que una acción sea típica o adecuada a un tipo penal, quiere decir que esa acción es la prohibida por la norma; entonces, podemos afirmar que, el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida por una ley, es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas. El tipo penal se analiza dentro de la tipicidad, forma parte de ella, al adecuarse un comportamiento humano a la conducta descrita por el tipo surge lo que se conoce como la tipicidad; se produce entonces una identidad entre la acción de un individuo con lo descrito en forma expresa por la ley.

El tipo penal, como sustantivo, es la descripción de una conducta a la que se asigna una pena, en tanto que la tipicidad, como adjetivo, es la característica de una determinada conducta, de ser adecuada a la descripción del tipo.

El tipo penal en la actualidad está constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico. (Enrique Cury Urzua -Derecho Penal- Parte General. Pág. 279). Es decir que en la descripción típica se encuentran elementos objetivos y subjetivos; los primeros aluden a características que deben cumplirse en el mundo exterior; los segundos, a la actitud psicológica del sujeto respecto del hecho.

De acuerdo al Profesor Fernando Villamor Lucia (Derecho Penal Boliviano -Parte General Tomo I, Primera Edición, Pág. 98 a 100), en su estructura el Tipo Penal contiene los siguientes elementos: a) Sujeto de la acción o sujeto activo.- Es el que realiza la acción con independencia de que no sea o no responsable del delito. Es el que realiza la acción descrita por el tipo penal; b) Sujeto Pasivo.- Es la víctima sobre quien recae la acción típica realizada por el sujeto activo. Es el titular del interés cuya esencia constituye la del delito, bien jurídico protegido; c) La Acción.- Es entendida como el comportamiento humano que se dirige a lograr una determinada finalidad. Esto constituye el núcleo del tipo penal que se traduce en un verbo rector; d) Bien Jurídico Protegido.- Es el interés jurídicamente protegido, es aquello que la sociedad establece como su fundamento básico para lograr un desarrollo armónico y pacífico. De acuerdo a nuestra sistemática, los tipos penales se hallan agrupados en capítulos y estos a su vez en títulos, cada título contiene un bien jurídico protegido, y constituye el eje central para la clasificación de los delitos. e) Objeto Material.- Es aquello sobre lo cual recae la conducta del sujeto activo, es decir, aquella cosa o persona sobre la cual recae la acción; f) Elemento Normativo.- Son aquellos en los que predomina una valoración que no es perceptible solo mediante los sentidos; g) Elemento Subjetivo.- Se refiere al actuar del sujeto, pudiendo ser este por dolo o por culpa. Hace referencia a la actitud psicológica del autor del delito; dentro de este aspecto se analiza el dolo y la culpa en sus diferentes manifestaciones. El dolo es el contenido del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria. La faz subjetiva del tipo en los delitos dolosos se caracteriza por una rigurosa coincidencia entre la finalidad y el hecho típico objetivo, es decir entre la faz subjetiva y objetiva de la acción. Finalidad adecuada al tipo es el dolo del delito, y h) La sanción o pena. Todos estos aspectos constituyen los elementos constitutivos del tipo penal, que necesariamente deben concurrir, y que ante la inconcurrencia o falta de alguno de ellos, el tipo penal (el delito como tal) no se configura por consiguiente no existe delito. Es decir que la tipicidad del hecho exige que en el concurran tanto los elementos objetivos como los subjetivos, los cuales constituyen las dos caras de una misma moneda. En consecuencia, no puede hablarse de hechos que siendo objetivamente típicos no lo sean subjetivamente o viceversa. (Enrique Cury Urzua -Derecho Penal- Parte General).

De acuerdo a los criterios doctrinales asumidos en el A.S. N° 113, de 31 de enero de 2007, por la otrora Corte Suprema de Justicia: "Que la conducta o hecho ilícito es susceptible de subsumirse a uno o más tipos penales que protejan un bien jurídico, siempre y cuando que las notas distintivas del hecho ilícito se adecuen a los elementos constitutivos de los tipos penales que protejan un bien jurídico determinado, cada tipo penal tiene sus propios elementos constitutivos que no comparte con otro tipo penal perteneciente a otro delito, por mucho que protejan el mismo bien jurídico; sin embargo el hecho objeto de juzgamiento puede tener notas distintivas variadas que son susceptibles de adecuarse a diferentes tipos penales que protegen un bien jurídico o bienes jurídicos distintos, dependiendo de que una conducta denote delitos o varias conductas denoten otros delitos".

En cuanto a la culpabilidad, ésta exige una inexcusable valoración del comportamiento humano, toda vez que allí donde pueda hacerse un juicio de reproche, puede existir una culpabilidad; entendiéndose como juicio de reproche, la valoración que se hace en el individuo a quién se atribuye la comisión de un ilícito y su correspondiente acción, vinculando al hecho injusto con su autor, es decir que es una consecuencia de la valoración de la conducta, para en su caso individualizar la pena aplicable.

Por otra parte, es menester destacar que, en el ámbito del debido proceso garantizado por los arts. 115, 116, 117 y 119 de la C.P.E., que acoge el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., responsabilizando de la carga probatoria a la parte acusadora y prohibiendo toda presunción de culpabilidad, no corresponde a la parte imputada demostrar su inocencia, estado que mantiene durante todo el proceso, incluso hasta que una sentencia de condena adquiera la calidad de cosa juzgada; mismo que corresponde sea destruido por quién acusa, a través de la presentación de prueba pertinente y conducente, que acredite certeramente la existencia del hecho ilícito y que es el imputado quien lo ha cometido, para que en consecuencia la autoridad jurisdiccional imponga la sanción penal o medida de seguridad.

Ahora bien, en el caso concreto, conforme consta en los fundamentos de la sentencia apelada, como resultado de la valoración integral de la prueba judicializada, bajo los principios de inmediación y contradicción, el tribunal a quo ha llegado a la convicción de que efectivamente se han encontrado sustancias controladas consistentes en 31.820 grs. de ácido sulfúrico y 19.520 grs. De carbonato de sodio en el interior del inmueble de Agripina Acuña, ubicado en la Calle Pichincha de la localidad de Punata, mismo que se encontraba vacío, no ocupado o deshabitado; que las sustancias controladas encontradas no estaban en posesión de nadie, sólo estaban en el inmueble; dejando en claro que si bien se ha demostrado con prueba la existencia de las sustancias controladas, no se ha acreditado el vínculo de las mismas con las acusadas, generando duda en el tribunal colegiado, sobre la responsabilidad penal de las imputadas en el delito, al estimar que no es suficiente el argumento de derecho de propiedad de una de las imputadas sobre los inmuebles, para sostener la responsabilidad o participación de las acusadas. Debiendo tenerse presente en este apartado, que las declaraciones del imputado no constituyen un elemento probatorio, sino un mecanismo de defensa, razón por la que la sentencia no puede sustentarse en hechos declarados por la parte imputada, salvo que se constituya en un elemento que corrobora o confirma lo demostrado con la prueba, es en razón a ello que el num. 7 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., establece como defecto de sentencia, que ésta se funde en el reconocimiento de culpabilidad que se efectúa en el procedimiento abreviado denegado; y, en este caso, el Ministerio Público pretende que se tome contra de la acusada Cinthia Flores Acuña lo afirmado en su declaración informativa, sin explicar con qué prueba se ha demostrado objetivamente que dicha persona conocía sobre la existencia de la sustancia controlada en el bidón y la bolsa hallados en el inmueble de Agripina Acuña Vargas, y que incurrió en posesión dolosa, transporte y transacciones a cualquier título, de sustancias controladas.

De ello se infiere que, el tribunal a quo, no ha logrado establecer el nexo de causalidad entre el hecho ilícito demostrado, con las acusadas; lo que no les ha permitido adquirir el grado de certeza indispensable, de que han adecuado su conducta al tipo penal acusado, previsto y sancionado por el art. 48 en relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, que según la acusación del Ministerio Público, se sustenta en el supuesto fáctico de que Agripina Acuña Vargas y Cinthia Flores Acuña fueron sorprendidas cuando se encontraban en posesión dolosa de sustancias controladas dentro su domicilio, la cual estaba destinada a la fabricación de sustancias controladas para la venta, suministro y transacción. Esto quiere decir que, de acuerdo a los fundamentos razonablemente expuestos en la sentencia apelada, la parte acusadora no ha

logrado demostrar el elemento subjetivo del tipo penal de tráfico de sustancias controladas, respecto a las acusadas, por ende su calidad de sujetos activos del delito; lo que implica que la sentencia se encuentra debidamente fundamentada, en base a la valoración de los elementos probatorios aportados por las partes, sin verificarse en el texto argumentativo, inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva referida.

II.2. En cuanto a la valoración defectuosa de la prueba judicializada y los supuestos de hecho manifestados por la apelante, en relación al num. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., es menester remitirse a los límites del recurso de apelación restringida y la prohibición de revalorización de la prueba; al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia, en el A.S. N° 229/2012 de 27 de septiembre, precisó: "Es menester que los tribunales de alzada asuman con precisión los alcances del recurso de apelación restringida, que constituye un medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la dictación de la sentencia; por ello no debe entenderse que dicho recurso sea el medio idóneo que faculte al ad quem, para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho que es de potestad exclusiva de los jueces o Tribunales de Sentencia; por ello, si se advierte que la sentencia no se ajusta a las normas procesales, con relación a la valoración de la prueba y la falta de fundamentación y motivación, que haya tenido incidencia en la parte resolutive, lo que corresponde es anular total o parcialmente la sentencia, y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal".

Lineamientos que tienen vinculación con la Doctrina Legal Aplicable expresada en el A.S. N° 151 de 2 de febrero de 2007, en el que la entonces Corte Suprema de Justicia estableció que: "...el nuevo sistema procesal penal garantiza que la valoración de la prueba y las cuestiones de hecho son de exclusiva competencia del juez o Tribunal de Sentencia, además toda resolución dictada por el tribunal de alzada debe fundamentarse; dentro del subsistema de recursos penales no existe doble instancia de manera que el tribunal de apelación conoce solo asuntos de puro derecho; asimismo deberá observar los defectos absolutos para reparar los derechos y garantías constitucionales vulnerados.

De estos precedentes se infiere que cuando el apelante alega la existencia del defecto de sentencia previsto en el num. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., no puede pretender que el tribunal de alzada vuelva a valorar las pruebas que se produjeron en el juicio oral, sino que tiene que atacar la logicidad de la sentencia impugnada en lo que atañe a la actividad probatoria y su relación con la vulneración de las reglas de la sana crítica racional, las que están constituidas por los principios de la lógica (de no contradicción, tercero excluido, razón suficiente y de identidad), la experiencia común y de la psicología. Sobre esta temática resulta de gran ayuda para los operadores de justicia penal la siguiente doctrina legal emanada de la Corte Suprema de Justicia y contenida en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, que estableció que: "(...) Los jueces de mérito son soberanos en la valoración de las pruebas, que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desestimar determinados elementos probatorios, los razonamientos del fallo deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano, siendo este el iter lógico de una sentencia, el que debe fundarse en las leyes del pensamiento, las que independientemente de nuestra experiencia se presentan como necesarias en nuestro raciocinio. Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda. El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio. Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, el recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia (...) El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano. Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia. Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural. Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez. El análisis de las resoluciones a partir de la formulación de una crítica al sistema de valoración de la prueba, requiere un alto nivel de tecnicidad y fundamentalmente un adecuado manejo de las leyes del pensamiento; así, los profesionales que asisten en los procesos donde se pretende criticar la actividad valorativa del titular del órgano jurisdiccional, requiere un especial manejo de principios tales como el de razón

suficiente, de identidad, contradicción, del tercer excluido, etc.; de igual manera, las máximas de experiencia que son las obtenidas de la observación de la realidad...".

En este contexto, el control del tribunal de alzada solo puede enmarcarse a la coherencia lógica expresada por el juez o Tribunal de Sentencia en el análisis intelectual de la prueba judicializada; es decir que, solo puede determinar si la motivación producto de la valoración probatoria, es conforme a la sana crítica, que refiere al correcto entendimiento humano, en los lineamientos definidos por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., no pudiendo de manera alguna ingresar a la revalorización de la prueba percibida por el Juzgador en la audiencia de juicio oral bajo los principios de intermediación y contradicción, como erróneamente pretende la recurrente al hacer referencia a supuestos de hecho, por cuanto el tribunal de alzada no puede controlar la valoración de la prueba como proceso interno del juez o del Tribunal de Sentencia, lo único que puede controlar es la expresión que de ese proceso han hecho los mismos en la fundamentación de la resolución. En tal virtud, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos aceptados como propios de un pensamiento correcto.

En el caso en particular, la apelante se ha limitado exponer supuestos de hecho y deducciones valorativas desde su perspectiva, sin indicar concretamente los motivos por los que considera que en la sentencia existe valoración defectuosa de la prueba dentro el ámbito previsto por el num. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., es decir no especifica cuáles son las pruebas que se han valorado defectuosamente y que reglas de la lógica, la experiencia y la psicología han sido quebrantadas en la valoración probatoria.

En el marco de lo explicado, de la lectura íntegra de la sentencia apelada y revisión del acta de juicio oral, se tiene que el tribunal a quo realizó la valoración integral de la prueba, aplicando las reglas de la sana crítica, haciendo una apreciación conjunta y armónica de toda la prueba judicializada o introducida en audiencia de juicio oral, de conformidad a los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., valorándolas según el aporte informativo de cada una de ellas, actividad en la cual no se advierte acciones u omisiones que evidencien una defectuosa valoración probatoria que comprometan la forma de los actos procesales; por el contrario, generó en el Tribunal de Sentencia N° 4 duda sobre la responsabilidad penal de las acusadas en el hecho ilícito descubierto por los funcionarios de la FELCN, calificado como delito de tráfico de sustancias controladas, tipificado por el art. 48 en relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, conduciendo al pronunciamiento de una sentencia de absolución que tiene acogida en el num. 2 del art. 363 del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto, cabe mencionar que en el A.S. N° 106/2013 de 19 de abril, el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido: "El principio de la duda razonable o "In dubio pro reo" se constituye en una regla de valoración de la prueba dirigida al juez o tribunal que procederá a emitir una sentencia; pues, de lo expresado se puede afirmar que la duda amerita siempre una absolución ya que el objeto del derecho es la persona como fin en sí misma y nuestra sociedad, donde uno de los pilares fundamentales es el respeto de los derechos humanos, donde se deberá considerar justa una absolución de un culpable a la condena de un inocente, de ahí el aforismo jurídico de que "más vale absolver a un condenado, que condenar a un inocente".

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida interpuesto por la representante del Ministerio Público; en consecuencia, CONFIRMA la sentencia pronunciada por el Tribunal de Sentencia N° 4 de la Capital, dentro el proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Agripina Acuña Vargas y Cinthia Flores Acuña, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, tipificado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008.

Se advierte a las partes que tienen el plazo de cinco días para interponer el recurso de casación, computable a partir de la legal notificación con la presente resolución, conforme establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relatora: Dra. Gina Luisa Castellón Ugarte.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Gina Luisa Castellón Ugarte.- Mirtha Gaby Meneses Gómez.

Ante mí: Abg. Zulema N. Salvatierra.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 20 de septiembre de 2016, cursante de fs. 329 a 332 Freddy Quiroz Vargas, fiscal de materia de sustancias controladas en representación del Ministerio Público, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 11 de 5 de agosto de 2016, de fs. 319 a 323 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por las vocales Mirtha Gaby Meneses Gómez y Gina Luisa Castellón Ugarte, dentro del proceso penal seguido por la parte recurrente contra Agripina Vargas Acuña y Cinthia Flores Acuña, por el presunto delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 en relación al 33-m) de la Ley del Régimen de Sustancias Controladas (L. N° 1008).

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 43/2012 de 31 de octubre (fs. 238 a 248 vta.), el Tribunal Cuarto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a las imputadas Agripina Vargas Acuña y Cinthia Flores Acuña, absueltas de responsabilidad y pena del delito de tráfico de sustancias controladas, tipificado por los arts. 48 en relación al 33-m) de la L. N° 1008.

b) Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida (fs. 268 a 270 vta.), resuelto por A.V. Nº 11 de 5 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedente el citado recurso y confirmó la sentencia impugnada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. Nº 880/2016-RA de 8 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente alega que el tribunal de alzada en relación al motivo reclamado en apelación restringida, de inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva de los arts. 48 en relación al 33-m) de la L. Nº 1008, que no fue cumplido a cabalidad por los jueces, en la emisión de la resolución de alzada sólo se realizó una relación de hechos, descripción parcializada de la prueba y defectuosa valoración de las pruebas, remitiéndose a conclusiones de la sentencia, olvidándose de la insuficiente fundamentación de las pruebas, de la obligatoriedad de una adecuada subsunción y de una debida congruencia interna de la sentencia, lo cual es un defecto absoluto e insubsanable previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., vulnerando el principio del debido proceso por incurrir en abiertas incongruencias y contradicciones en sus fundamentos.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se establezca la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. Nº 880/2016-RA de 8 de noviembre, cursante de fs. 338 a 341, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia Nº 43/2012 de 31 de octubre, el Tribunal Cuarto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a las imputadas Agripina Vargas Acuña y Cinthia Flores Acuña, absueltas de responsabilidad y pena del delito de tráfico de sustancias controladas, tipificado por los arts. 48 en relación al 33-m) de la L. Nº 1008, en base a los siguientes argumentos:

i) El Tribunal de Sentencia en base a las pruebas aportadas en juicio, determinó que no se establece relación de causalidad entre las imputadas y las sustancias controladas encontradas (ácido sulfúrico y carbonato de sodio), hallados en el interior del inmueble de la calle Pichincha, o que hayan estado en posesión de dicha sustancia controlada.

ii) El Ministerio Público no demostró el almacenaje, sumado a ello el hecho de que las imputadas no habitaban el inmueble, siendo que no se estableció su presencia en el predio de ninguna de las acusadas

iii) Tampoco demostró la posesión dolosa de dichas sustancias controladas y menos que hubieran transportado, almacenado, depositado o haya realizado transacciones con la referida sustancia.

iv) No es suficiente argumento el derecho de propiedad sobre el inmueble de parte de una de la imputadas (Agripina Acuña), por lo que las imputadas no pueden ser sujeto de reproche y consiguientemente de punición, por lo que se estableció que el Ministerio Público no probó su acusación y en consecuencia correspondió su absolución.

II.2. De la apelación restringida.

Notificado el Ministerio Público, interpone recurso de apelación restringida contra la sentencia pronunciada, con los siguientes argumentos:

1) La sentencia incurrió en errónea aplicación de la Ley sustantiva [art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.], por haberse violado lo establecido en el art. 48 con relación al 33-m) de la L. Nº 1008, porque no se tomó en cuenta lo establecido en los hechos probados de la sentencia.

2) El inmueble cuestionado cuenta con un muro perimetral y rejas metálicas, hecho que elimina la posibilidad de que sea un predio abierto de fácil acceso a cualquier persona, descartándose que la existencia de sustancia controlada en el inmueble sea una circunstancia ajena a los propietarios y completamente fortuita.

3) Cinthia Flores Acuña es hija de Agripina Acuña y Antonio Flores, quien declaró que su persona junto a su madre y en ocasiones junto a sus esposos, son quienes tienen acceso al inmueble, lugar al que constantemente iban a regar las plantas, sembrar papa y otros.

4) Que en su primera declaración Cinthia Flores Acuña, declaró que conocía la existencia de la sustancia controlada encontrada por la policía durante el allanamiento en el referido inmueble, indicando que Miriam le habría dejado bidones, diciéndole que era de aceite y que los vecinos a veces entran a la casa, por lo que ella habría ocultado el bidón entre los ladrillos para que no se pierda, de igual manera Miriam le habría dejado el carbonato de sodio, en una bolsa que no estaba "tan tapado" y que lo guardó en el cuarto.

5) Por lo que se concluye, que el fallo pronunciado por el Tribunal de Sentencia Cuarto, se apartó de lo establecido por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. Nº 1008, al señalar que Agripina Acuña y Cinthia Flores Acuña no son autoras del tipo penal acusado, cuando los hechos demuestran lo contrario.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Cochabamba declaró improcedente el recurso interpuesto y en consecuencia confirmó la sentencia apelada, en base a los siguientes aspectos:

a) Conforme consta en los fundamentos de la sentencia apelada, como resultado de la valoración integral de la prueba judicializada, bajo los principios de inmediación y contradicción, el tribunal a quo ha llegado a la convicción de que efectivamente se encontró sustancias controladas consistentes en 31.820 grs. de ácido sulfúrico y 19.520 gramos de carbonato de sodio en el interior del inmueble de Agripina Acuña; asimismo, se estableció que dicho inmueble se encontraba vacío, que las sustancias controladas no estaban en posesión de nadie, sólo estaban en el inmueble, si bien se demostró con prueba la existencia de las sustancias controladas, no se acreditó el vínculo de las mismas con las imputadas, generando duda en el tribunal sobre la responsabilidad penal de las imputadas en el delito, al no existir suficiente argumento de derecho de propiedad de una de las imputadas sobre los inmuebles, para sostener la responsabilidad o participación de las acusadas. En este caso, el Ministerio Público pretende que se tome contra de la imputada Cinthia Flores Acuña lo afirmado en su declaración informativa, sin explicar con qué prueba se ha demostrado objetivamente que dicha persona conocía sobre la existencia de la sustancia controlada en el bidón y la bolsa halladas en el inmueble de Agripina Acuña Vargas y que incurrió en posesión dolosa, transporte y transacciones a cualquier título de sustancias controladas, por lo que el auto de vista llegó a la conclusión que en la sentencia se demostró que no se logró establecer el nexo causal entre el hecho ilícito demostrado con relación a las imputadas, sin que exista el grado de certeza indispensable que el hecho se haya adecuado a lo previsto por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008.

b) Respecto a la valoración de la prueba judicializada, el tribunal de alzada sólo puede determinar si la motivación producto de la valoración de la prueba es conforme a la sana crítica, que consiste en el correcto entendimiento humano conforme el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., no pudiendo revalorizar la prueba percibida por el juzgador en la audiencia de juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción como erróneamente pretende el recurrente al hacer referencia a supuestos de hecho. Asimismo, advirtió que en el caso en particular, la parte apelante se limitó a exponer supuestos de hecho y deducciones valorativas desde su perspectiva, sin indicar los motivos por los que considera que en la sentencia existe valoración defectuosa de la prueba dentro del ámbito previsto por el art. 370-6 del Cód. Pen.; es decir, no especifica cuáles son las pruebas que se han valorado defectuosamente y qué reglas de la lógica, la experiencia y la psicología fueron quebrantadas en la valoración probatoria, por lo que señaló que al observar la sentencia se tiene que el a quo realizó la valoración integral de la prueba aplicando las reglas de la sana crítica, haciendo una apreciación conjunta y armónica de toda la prueba judicializada o introducida en audiencia de juicio oral, de conformidad a los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., valorándolas según el aporte informativo de cada una de ellas, actividad en la cual no se advierte acciones u omisiones que evidencien una defectuosa valoración probatoria que comprometan la forma de los actos procesales; por el contrario, generó en el Tribunal Cuarto de Sentencia duda sobre la responsabilidad penal de las acusadas en el hecho ilícito descubierto por los funcionario de la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN), calificado como delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008, condicionándose al pronunciamiento de una sentencia de absolución que tiene acogida en el inc. 2 del art. 363 del Cód. Pdto. Pen.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías constitucionales

En el presente recurso de casación, el Ministerio Público denuncia que en su recurso de apelación restringida reclamó la inobservancia y errónea aplicación de los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008 y el tribunal de apelación sólo realizó una mera relación de hechos, descripción parcial de pruebas y se remitió a las conclusiones de la sentencia, por lo que emitió una resolución incongruente y contradictoria, olvidándose de la adecuada subsunción que debe existir, en vulneración del debido proceso; por lo que, corresponde verificar dichos extremos.

III.1. La labor de subsunción penal y su control por el tribunal de alzada.

Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al juez o Tribunal de Sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible, que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una labor lógica del aplicador, para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación, se concentra en determinar el hecho probado; y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la sentencia se justifique objetivamente; además, de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del Juez no puede basarse en la intuición o sospecha; sino, que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Solo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad, por lo que la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del juez, pero carentes de todo sustento probatorio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al tribunal de apelación, por ello la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos, que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, los jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, de controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el Juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.2 Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas, debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la Razón Suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justiciables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica."

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

Por otra parte, la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutoria de la misma, caso contrario la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.3. Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de resolver la temática planteada y a los fines de verificar si el tribunal de alzada, al momento de pronunciarse respecto de la apelación restringida interpuesta por el Ministerio Público, incurrió en los defectos que se invocan, corresponde ingresar al análisis del argumento planteado, teniendo presente que el Ministerio Público denuncia que en su recurso de apelación restringida reclamó la inobservancia y errónea aplicación de la norma sustantiva de los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008 y el tribunal de apelación sólo realizó una mera relación de hechos, descripción parcial de pruebas y remisión a las conclusiones de la sentencia, por lo que hubiese emitido una resolución incongruente y contradictoria, olvidándose de la adecuada subsunción que debe existir, en vulneración del debido proceso.

Ingresando al análisis del motivo planteado, se tiene que el tribunal de alzada desestimó el reclamo planteado por el Ministerio Público en su recurso de apelación restringida [la inobservancia y errónea aplicación de la norma sustantiva del art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008], señalando puntualmente con relación a la aplicación de la referida normativa lo siguiente: "...Ahora bien en el caso concreto, conforme consta en los fundamentos de la Sentencia apelada, como resultado de la valoración integral de la prueba judicializada, bajo los principios de inmediación y contradicción, el tribunal a quo ha llegado a la convicción de que efectivamente se encontró sustancias controladas consistentes en 31.820 gramos de ácido sulfúrico y 19.520 gramos de carbonato de sodio en el interior del inmueble de Agripina Acuña ubicado en la calle Pichincha de la localidad de Punata, mismo que se encontraba vacío, no ocupado o deshabitado, que las sustancias controladas no estaban en posesión de nadie, solo estaban en el inmueble, si bien ha demostrado con prueba la existencia de las sustancias controladas no se acreditó el vínculo de las mismas con las acusadas, generando duda en el tribunal colegiado sobre la responsabilidad penal de las imputadas

en el delito, al estimar que no es suficiente el argumento de derecho de propiedad de una de las imputadas sobre los inmuebles, para sostener la responsabilidad o participación de las acusadas. Debiendo tenerse presente en este apartado, que las declaraciones del imputado no constituyen un elemento probatorio, sino un mecanismo de defensa, razón por la que la sentencia no puede sustentarse en hechos declarados por la parte imputada, salvo que se constituya en un elemento que corrobora o confirma lo demostrado con la prueba, en razón a ello que el inc. 7 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., establece como defecto de sentencia, que esta se funde en el reconocimiento de culpabilidad que se efectúa en el procedimiento abreviado denegado; y, en este caso, el Ministerio Público pretende que se tome contra de la acusada Cinthia Flores Acuña lo afirmado en su declaración informativa, sin explicar con qué prueba se ha demostrado objetivamente que dicha persona conocía sobre la existencia de la sustancia controlada en el bidón y la bolsa halladas en el inmueble de Agripina Acuña Vargas y que incurrió en posesión dolosa, transporte y transacciones a cualquier título de sustancias controladas.

De ello se infiere que, el tribunal a quo no ha logrado establecer el nexo causal entre el hecho ilícito demostrado con relación a las acusadas, sin que exista el grado de certeza indispensable de que han adecuado su conducta al tipo penal acusado, previsto y sancionado por el art. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008, que según la acusación del Ministerio Público, se sustenta en el supuesto fáctico de que Agripina Acuña Vargas y Cinthia Flores Acuña fueron sorprendidas cuando se encontraban en posesión dolosa de sustancias controladas dentro su domicilio, la cual estaba destinada a la fabricación de sustancias controladas para la venta, suministro y transacción. Esto quiere decir que, de acuerdo a los fundamentos razonablemente expuestos en la sentencia apelada, la parte acusadora no ha logrado demostrar el elemento subjetivo del tipo penal de tráfico de sustancias controladas, respecto a las acusadas, por ende su calidad de sujetos activos del delito; lo que implica que la sentencia se encuentra debidamente fundamentada, en base a la valoración de los elementos probatorios aportados por las partes, sin verificar en el texto argumentativo, inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva referida". Con esos argumentos el tribunal de alzada decidió confirmar la sentencia impugnada.

Al respecto, corresponde verificar si el auto de vista cumplió con las exigencias que se establecen en el punto III.1., respecto de la correcta subsunción y su control por el tribunal de alzada, de donde se tiene que dicha resolución con relación a la subsunción del hecho al tipo penal que hubiera realizado o no el Tribunal de Sentencia, explico que la sentencia analizó que la conducta de las imputadas al tipo penal acusado [art. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008], según la acusación fiscal, se basó en que: "Agripina Acuña Vargas y Cinthia Flores Acuña fueron sorprendidas cuando se encontraban en posesión dolosa de sustancias controladas dentro su domicilio, la cual estaba destinada a la fabricación de sustancias controladas para la venta, suministro y transacción"; sin tener en cuenta, que el Tribunal de Sentencia al analizar las pruebas llegó a la convicción de que se demostró la existencia de sustancias controladas consistentes en 31.820 gramos de ácido sulfúrico y 19.520 gramos de carbonato de sodio, en el interior del inmueble de Agripina Acuña ubicado en la calle Pichincha de la localidad de Punata, dicho domicilio se encontraba deshabitado, que las sustancias controladas no estaban en posesión de nadie, sólo estaban en el inmueble y si bien se demostró con prueba la existencia de las sustancias controladas no se acreditó el vínculo de las mismas con las acusadas, generando duda en el tribunal colegiado sobre la responsabilidad penal de las imputadas en dicho delito, al estimar que no es suficiente el argumento de derecho de propiedad de una de las imputadas sobre los inmuebles, para sostener la responsabilidad o participación de las imputadas. También, aclaró que se debe tener presente que las declaraciones del imputado no constituyen un elemento probatorio, sino un mecanismo de defensa, razón por la que la sentencia no puede sustentarse en hechos declarados por la parte imputada, salvo que se constituya en un elemento que corrobora o confirma lo demostrado con la prueba con esas afirmaciones; señaló que el inc. 7 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., establece como defecto de sentencia que esta se funde en el reconocimiento de culpabilidad que se efectúa en el procedimiento abreviado denegado; sin embargo, en este caso expresó que el Ministerio Público pretendió que se tome contra la acusada Cinthia Flores Acuña lo afirmado en su declaración informativa, sin explicar con qué prueba se ha demostrado objetivamente que dicha persona conocía sobre la existencia de la sustancia controlada en el bidón y la bolsa halladas en el inmueble de Agripina Acuña Vargas y que incurrió en posesión dolosa, transporte y transacciones a cualquier título de sustancias controladas, bajo estas premisas, el tribunal de alzada refiere estar de acuerdo con los fundamentos expuestos en la sentencia apelada porque la parte acusadora no logró demostrar el elemento subjetivo del tipo penal de tráfico de sustancias controladas con relación a al imputadas.

Con relación a la fundamentación rescatada del auto de vista, relacionada al control de subsunción y una probable contradicción y/o incongruencia en la que hubiera incurrido el tribunal de alzada, al momento de resolver el recurso de apelación restringida interpuesto por el Ministerio Público, se advierte que dicha resolución se enmarcó en lo previsto en el lineamiento doctrinario descrito en el punto III.1., realizando un correcto control de la subsunción hecho en la sentencia; en este caso, de que los hechos no se adecuaron al tipo penal acusado teniendo en cuenta que dicho fallo realizó una correcta aplicación de la norma general al caso juzgado, ya que se advirtió la valoración genérica que el legislador expresó en la norma general a un supuesto de hecho concreto. Asimismo, fue claro en determinar la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, al señalar que la ley fue bien aplicada, e identificó los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica, de donde se advierte que el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción que hubiera realizado la sentencia, partió del hecho acusado explicando que del mismo no correspondió subsumirlo en el tipo penal acusado interpretando los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva, de donde se evidencia que la resolución ahora impugnada se encuentra debidamente fundamentada otorgando al recurrente de apelación una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones expuestas; en consecuencia, se advierte que el tribunal de alzada al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público no emitió una resolución incongruente y contradictoria, en la que hubiera olvidado realizar el control de la adecuada subsunción; en consecuencia, el recurso interpuesto deviene en infundado, al no haber infringido la garantía del debido proceso.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, de fs. 329 a 332.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 7 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



250

Ministerio Público y otro c/ Juan Gino Finetty Justiniano
Falsedad material y otros
Distrito: Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 17 de junio de 2014, cursante de fs. 696 a 700 vta., Juan Gino Finetty Justiniano, opone excepción de extinción de la acción penal por prescripción por lo dispuesto por la S.C. N° 0274/2016-S2, dentro del proceso penal interpuesto en su contra por el Ministerio Público y Cristian Rivero Encinas, por la presunta comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Argumentos de la excepción de extinción de la acción penal por prescripción

El imputado Juan Gino Finetty Justiniano, formula excepción de extinción de la acción penal por prescripción, argumentando que dentro de la presente acción penal, la única persona que podía tener la calidad de víctima es Hernán Justiniano Egüez, que presentó desistimiento y retiro de denuncia ante la fiscalía, reconociendo que fueron engañados al haber sido suplantado y el imputado estafado; que no obstante, el Ministerio Público y los jueces, dieron al proceso el impulso ejercido por el querellante Cristian Rivero Encinas, sin tener la calidad de víctima, logrando apoderarse en forma abusiva e ilegal de su propiedad adquirido el año 2006, con posterioridad al supuesto hecho delictivo.

Los delitos por los que es procesado son de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., y tienen la pena prevista de uno a seis años de privación de libertad, son delitos dolosos que se consuman con su realización, en el caso presente con la suscripción del documento de venta realizado con conocimiento y voluntad, a partir del cual se configura el delito, de acuerdo a la S.C. N° 1190/2011-R de 12 de noviembre.

Partiendo de la clasificación de delitos que por su naturaleza pueden ser instantáneos y permanentes, los delitos de Falsificación acusados, están comprendidos en el grupo de los delitos denominados instantáneos, que se consuman y perfeccionan con su realización, por lo que a los fines de la presente excepción de acuerdo al art. 30 del Cód. Pdto. Pen., el plazo para el cómputo de la prescripción de la acción penal, corre desde la media noche del día en que se suscribió el documento base de la presente acción, que data del 2 de agosto de 2005 y reconocido en sus firmas el 28 de septiembre de 2005, que marca el inicio del cómputo y al presente han transcurrido 8 años y 7 meses, es decir más de los 8 años, previstos por el art. 29-1 del Cód. Pdto. Pen., para que opere la prescripción de la acción penal por los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo sea de 6 o más de seis años. Alega que en la tramitación del proceso, no se ha producido la interrupción del término de la prescripción de acuerdo al art. 31 del Cód. Pdto. Pen., ni concurrido ninguno de los supuestos contenidos en el art. 32 del mismo Cód. Pdto. Pen., no existiendo acto legal que pueda ser considerado como interrupción y/o suspensión del plazo de la prescripción, ni constan declaratoria de rebeldía, tampoco suspensión del proceso por alguna causa legal.

La anulación del proceso como emergencia de la S.C. N° 1190/2012 de 6 de septiembre, no puede ser tenido ni considerado como suspensión de plazo, cuando fue demostrado la violación del derecho a la defensa y al debido proceso y en el marco del art. 308-4 y 315 del Cód. Pdto. Pen., por lo que solicita se declare probada y se disponga el archivo de obrados. Realiza ofrecimiento de prueba, actuaciones cursantes en el cuaderno procesal y en el otrosíes 1 y 2, señala que adjunta fotocopias de minuta de transferencia de 2 de agosto de 2005 y S.C. N° 1199/2012 de 6 de septiembre.

II. Respuesta del ministerio público a la excepción opuesta

En cumplimiento al Decreto de 17 de febrero de 2017 de fs. 773 y observación de lo dispuesto por el art. 314 del Cód. Pdto. Pen., modificado por el art. 8 de la L. N° 586 de 30 de octubre de 2014 el Ministerio Público por memorial, de fs. 846 a 849, en respuesta a los

argumentos expresados en la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, manifiesta que es obligación del recurrente dar una correcta motivación a su excepción y expresar de manera adecuada los fundamentos para que su lectura permita interiorizarse de los alcances de lo recurrido o controvertido, en cuanto a la forma, el imputado tiene el deber de acreditar que durante la causa desde su inicio no fue declarado rebelde y exponer fundadamente de qué modo no concurren las causales de suspensión del término de la prescripción, demostrando objetivamente dicho extremo en virtud a los antecedentes del proceso, lo que no ocurre en el caso, el imputado no presenta ninguna certificación o el REJAP para sostener que no contaría con declaratoria de rebeldía, que en el ámbito del art. 314 del Cód. Pdto. Pen. tenía el deber de acreditar este extremo, así como exponer fundadamente en base a pruebas que no concurren las causales de suspensión o interrupción del término de la prescripción, sin que de manera oficiosa se pueda suplir la omisión que importaría un desconocimiento del principio de imparcialidad conforme el art. 178-I de la C.P.E., carga que fue incumplida por el excepcionista, siendo el planteamiento dilatorio considerando que ya se planteó extinción por duración máxima del proceso que fue rechazado y el presente de manera posterior al recurso de casación, que evidencia el afán dilatorio. En cuanto a la alusión al memorial de desistimiento y retiro de denuncia y una presunta falta de aplicación del art. 21-2 del Cód. Pdto. Pen., dichos aspectos son ajenos al instituto de la prescripción, por lo que existe una fundamentación impertinente, solicitando declarar infundada la excepción.

III. Análisis y resolución de la excepción opuesta

III.1. De la competencia de este tribunal para resolver cuestiones incidentales referidas a la extinción de la acción penal.

La S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, estableció el siguiente entendimiento: "Pues bien, al estar fijados los entendimientos desarrollados precedentemente, los fundamentos de la S.C. N° 1716/2010-R, no constituyen argumentos suficientes para determinar que la única autoridad competente para asumir el conocimiento de los incidentes de extinción de la acción penal, sean las autoridades jurisdiccionales que emitieron la sentencia de primera instancia, sino que, en virtud a lo establecido por el art. 44 del Cód. Pdto. Pen., él juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas". En este sentido, es menester dejar establecido que, la autoridad competente para asumir el conocimiento y resolver los incidentes de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción, es el juez o tribunal donde radica la causa principal, así, si el planteamiento de la excepción se da en etapa de apelación o casación, las decisiones emergentes de las salas penales y del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud los entendimientos plasmados precedentemente, pero fundamentalmente por la naturaleza de la etapa procesal, no admiten impugnación; en efecto, lo que se pretende es evitar las exageradas dilaciones que conllevan las peticiones y envíos de expedientes entre el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales o jueces conocedores de la causa principal, que a cuya consecuencia, en muchos casos, se han postergado innecesariamente las decisiones oportunas en cuanto al fondo del proceso se refiere, muchas veces por las comunicaciones inoportunas de los jueces y tribunales conocedores de la causa principal, como ocurrió en el caso analizado; asimismo, como se expresó, la interposición de los incidentes ante las prenombradas autoridades, en la práctica sirvió para paralizar el pronunciamiento de fondo, ya que inclusive, estando sorteada la causa, el Máximo Tribunal de Justicia ordinaria, se vio impedido de emitir la resolución mientras no esté resuelta la excepción ante el juez de instancia, lo que sin duda constituye una clara vulneración de los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de acceso a la justicia y una afrenta a la vigencia del principio de celeridad y también de concentración de actos. En este sentido, cuando el justiciable decida plantear extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, deberá formularlo ante el juez o tribunal que conoce la causa principal; sin embargo, también es imperioso aclarar que, si el incidente fuere suscitado ante el Juez de Instrucción en lo Penal o, ante los Tribunales o Jueces de Sentencia Penal, sus decisiones efectivamente son impugnables, ya que la naturaleza de la etapa procesal así lo permite. El presente entendimiento implica la reconducción de la línea jurisprudencial establecida en la S.C. N° 1716/2010-R a los entendimientos asumidos en la S.C. N° '0245/2006', que emergió de los razonamientos establecidos en las SS.CC. Nos. '0101/2004, 1868/2004-R, 0036/2005, 0105-R, 1365/2005-R' y AC 0079/2004-ECA."

En el caso presente, se evidencia que como emergencia de la S.C. N° 0274/2016-S2 de 23 de marzo, se dejó sin efecto el A.S. N° 148/2014 de 10 de junio y su complementario 148-A de 25 de junio y se dispuso que este tribunal se pronuncie de manera previa sobre el incidente de excepción de extinción de la acción penal por prescripción planteada por el imputado, por lo que en cumplimiento a esa resolución se emite la presente a efectos de resolver la excepción opuesta.

III.2. De la prescripción.

El Código de Procedimiento Penal, señala de forma expresa que de conformidad al art. 27-8 concordante con el art. 29-1 al 4 de dicha ley, los plazos que rigen la extinción de la acción penal en 2, 3, 5 y 8 años de cometido el delito. La prescripción se computa desde la media noche del día en que se cometió el delito o cesó su consumación y no se interrumpe por el inicio de la acción penal, ya que esa interpretación vulneraría el principio de inocencia que favorece a todo imputado y la jurisprudencia vigente con relación a esta temática.

Sobre el cómputo de la prescripción se debe tomar en cuenta lo establecido en el art. 29 del Cód. Pdto. Pen., que determina los plazos para la prescripción de la acción penal, atendiendo al máximo legal de la pena privativa de libertad (presidio o reclusión) prevista para los distintos tipos penales establecidos en el Código Penal. Los términos señalados en esa norma, de acuerdo al art. 30 del Cód. Pdto. Pen., empiezan a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación y pueden interrumpirse por la declaratoria de rebeldía del imputado conforme lo prevé el art. 31 del Cód. Pdto. Pen. y suspenderse en los siguientes casos previstos en el art. 32 del Cód. Pdto. Pen.:

- 1) Cuando se haya resuelto la suspensión de la persecución penal y esté vigente el periodo de prueba correspondiente.
- 2) Mientras esté pendiente la presentación del fallo que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas.

3) Durante la tramitación de cualquier forma de antejuicio o de la conformidad de un gobierno extranjero de la que dependa el inicio del proceso; y,

4) En los delitos que causen alteración del orden constitucional e impidan el ejercicio regular de la competencia de las autoridades legalmente constituidas, mientras dure ese estado.

Ahora bien, de acuerdo a nuestra norma procesal sólo esas causales suspenden o interrumpen la prescripción, fuera de ellas la prescripción continúa corriendo, independientemente de que se hubiere iniciado o no la acción penal correspondiente; consecuentemente, es posible interponer esta excepción en cualquier momento del proceso, ante el juez o tribunal que conozca la causa principal y conforme el art. 314 del Cód. Pdto. Pen., se tramitará por la vía incidental por una sola vez, estableciendo como carga procesal para quien las oponga ofrecer prueba idónea y pertinente; lo que implica, que no será suficiente el planteamiento de la excepción, sino el ofrecimiento de prueba destinada a acreditar los argumentos o fundamentos en los que se base la pretensión, se entiende encaminada a demostrar que la excepción resulta fundada.

III.3. Análisis del caso concreto.

El excepcionista Juan Gino Finetty Justiniano, arguye que los delitos por los que es procesado son los de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., tienen prevista la pena de uno a seis años de privación de libertad, que se consuman con su realización de acuerdo al art. 30 del Cód. Pdto. Pen., en el caso con la suscripción del documento de venta que configura los delitos que se encuentran comprendidos en el grupo de los delitos instantáneos, siendo que el plazo para el cómputo de la prescripción de la acción penal, corre desde la media noche del día en que se suscribió el documento 2 de agosto de 2005 y reconocido en sus firmas el 28 de septiembre de 2005, que marca el inicio del cómputo, habiendo al presente transcurrido más de ocho años para que conforme al art. 29-1 del Cód. Pdto. Pen., opere la prescripción de la acción penal y de acuerdo a los arts. 31 y 32 del Cód. Pdto. Pen., no existiendo acto legal que pueda ser considerado como interrupción y/o suspensión del plazo, ni consta declaratoria de rebeldía.

En ese sentido el argumento principal de la excepción planteada, está basada en el vencimiento del término establecido en el art. 29-1 del Cód. Pdto. Pen., que a criterio del excepcionista hubieren transcurrido más de ocho años para que opere la prescripción, siendo que los delitos por los cuales se le procesa, establecen en su máximo la penalidad común de 6 años de privación de libertad; aspecto que, en principio y considerando la posición del impetrante en sentido de consentir el inicio del término del cómputo la fecha de suscripción del documento de transferencia que menciona, fuere evidente; no obstante, en tratándose de delitos de la naturaleza que se procesa –falsificación de documentos-, correspondería justificar un posicionamiento razonado de los principios doctrinales, para determinar si por la naturaleza particular que presentan, están catalogados como delitos instantáneos o permanentes o lo que se ha venido a conceptuar la categoría de instantáneos con efectos permanentes, de manera que cada figura penal comprendida en esta condición, por las características que entraña merece un análisis en concreto para dotarle de condición liberadora de consecuencias penales por efecto del transcurso de tiempo aplicando el instituto penal de la prescripción; aspectos que, mayormente y por los fundamentos a exponer no merecen ser ahondados en su consideración, cuando en el caso analizado resulta particularmente relevante enfatizar que el excepcionista, simplemente mencionó que no se ha producido la interrupción del término de la prescripción, ni concurrido ninguno de los supuestos contenidos en el art. 32 del Cód. Pdto. Pen., sin que esta afirmación se encuentre respaldada legamente con elemento probatorio alguno; asimismo, al afirmar que no consta declaratoria de rebeldía; tampoco, este extremo es acreditado con documentación o certificación idónea, no siendo suficiente la simple remisión a la relación que a título de ofrecimiento de prueba realiza de todo el proceso cuando las literales que identifica, no denotan pertinencia a los aspectos observados, de la misma forma la documental adjunta consistente en fotocopias de minuta de transferencia de inmueble con reconocimiento de firmas no acredita ninguna situación referida a interrupción, suspensión o inexistencia de declaratoria de rebeldía, menos la fotocopia de desistimiento y retiro de denuncia impertinente al caso y por último la S.C. N° 1199/2012, resolución que no puede ser considerada como elemento probatorio al margen de que esta pieza; tampoco, es eficaz para acreditar o corroborar los aspectos extrañados; de manera que, en el ámbito del art. 314-I del Cód. Pdto. Pen., el impetrante tenía el deber de acreditar que durante la causa desde su inicio no fue declarado rebelde; sin soslayar, que también tenía el deber de exponer fundadamente de qué modo no concurren las causales de suspensión y/o interrupción del término en cuestión, demostrando en su caso objetivamente dicho extremo en función a los pertinentes antecedentes del proceso, pues a este tribunal le corresponde resolver las pretensiones de las partes con base a su planteamiento fundamentado y a las pruebas que las sustenten, no pudiendo de manera oficiosa suplir la omisión de las partes, porque ello importaría un desconocimiento del principio de imparcialidad, en el que se sustenta entre otros, la potestad de impartir justicia conforme el art. 178-I de la C.P.E.

De lo expuesto, se evidencia que el excepcionista, no cumplió con el deber de realizar un planteamiento fundado, respaldado con prueba pertinente y eficaz, debidamente relacionada y puntualmente descrita estrechamente vinculada a la solicitud de fondo, ya que se limita a la sola mención genérica de las actuaciones del cuaderno procesal y la documental adjunta no acredita los elementos cuestionados, falencias que no pueden ser soslayadas por este Tribunal a tiempo de resolver las pretensiones de las partes, no correspondiendo emitir criterios sin bases probatorias que puedan sustentar la decisión encuadrada a derecho, porque importaría desconocer el principio de la imparcialidad en el que se sustenta entre otros, la potestad de impartir justicia conforme el art. 178-I de la C.P.E., resultando por consiguiente el planteamiento, manifiestamente dilatorio por incumplimiento de la carga procesal básica y elemental de ofrecimiento de prueba idónea y pertinente que exige el mandato establecido por el art. 314-I del Cód. Pdto. Pen.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida en los arts. 44 in fine y 315-I del Cód. Pdto. Pen., resuelve: Declarar INFUNDADA la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., opuesta por el imputado Juan Gino Finetty Justiniano, con costas conforme lo dispuesto por el art. 268 del Cód. Pdto. Pen.

En cumplimiento de la S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, se advierte a las partes que la presente resolución no es recurrible.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 7 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



251

Ministerio Público c/ Celso Sausa Serrano y otros
Almacenaje, comercialización y compra ilegal de diesel oil, gasolina y gas licuado de petróleo
Distrito: Chuquisaca

AUTO DE VISTA

Sucre, 27 de abril de 2016.

VISTOS: En apelación restringida, la Sentencia N° 55/2015 de 27 de noviembre de 2015, dictada por el Juez 5° de Instrucción en lo Penal de la Capital (fs. 41-43), en el juicio penal seguido por el Ministerio Público contra Celso Sausa Serrano, Boris Salinas Barrientos y Raúl Michel Díaz, por los delitos de "Almacenaje, comercialización y compra ilegal de diesel oil, gasolina y gas licuado de petróleo", previsto y sancionado por el art. 226 del Cód. Pen.; memorial de apelación y adhesiones de fs. 48-51; 66-69; 85-88, los antecedentes remitidos, normas legales pertinentes; y.

CONSIDERANDO: Que desarrollado el juicio referido supra, en los términos que informa el acta correspondiente, el Juzgado 5° de Instrucción en lo Penal de la Capital dicta la Sentencia N° 55/2015 de 27 de noviembre de 2015 que corre a fs. 41-43, en la que falla declarando a la Celso Sausa Serrano, Raúl Michel Díaz y Boris Salinas Barrientos, autores del delito de almacenaje, comercialización y compra ilegal de gas licuado de petróleo.

Que la referida sentencia, es impugnada vía apelación restringida por el acusado Boris Salinas Barrientos, en los términos del memorial de fs. 48- 51, al que por decreto de fs. 1146, se imprime el trámite establecido por el art. 409 del Cód. Pdto Pen., respondiendo José Luis Bustillos Figueroa y Claudia Daniela Larrea Barrenechea, representantes de la Agencia Nacional de Hidrocarburos por memorial cursante a fs. 70 y vta., así también el representante del Ministerio Público a fs. 71y vta., en cuyo mérito el a quo, a fs. 79 vta., dispone la remisión de obrados ante el tribunal de alzada con emplazamiento de partes, cumpliéndose tal remisión cual consta por oficio de fs. 100 y comprobante de sistema de fs. 101, cursando decreto de observación de fs. 102, ya que no cumple a cabalidad con los requisitos establecidos por el art. 408 del Cuerpo Adjetivo Penal, dándose aplicación al art. 399 primer párrafo del mismo, para que subsane las observaciones referidas bajo apercibimiento de rechazo; presentando en mérito al decreto referido, el acusado memorial de "...Subsana observaciones y reitera recurso de apelación restringida" a fs. 105-111 y vta., y dentro de plazo; radicándose la causa en la sala penal primera por decreto de fs. 113, procediéndose en su oportunidad al sorteo de ley a fs.116; dictándose en consecuencia la presente resolución.

CONSIDERANDO: Que por los efectos pertinentes; es menester realizar en primer término juicio de admisibilidad; en ese orden, y de los datos que cursan en el cuaderno procesal adjunto. Notificados los sujetos procesales, se evidencia que se notificó al co-acusado el día miércoles 02 de diciembre de 2015 a hrs. 14:40, según constancia de la notificación cursante a fs. 44, y el recurso fue presentado el día jueves 10 de diciembre de 2015, según constancia del timbre electrónico cursante a fs. 48, dentro del plazo -15 días- establecido por el art. 408 de la L. N° 1970, computado en la forma dispuesta por el art. 130, párrafos cuarto y sexto de dicha norma procesal, el recurso ha sido presentado dentro del término de ley, habiendo cumplido únicamente en cuanto al tiempo.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al memorial de apelación restringida presentado por Boris Salinas Barrientos, y al haberse realizado la solicitud en audiencia al dictarse sentencia, de acogerse al beneficio de suspensión condicional de la pena: "la defensa de los tres imputados pide se le conceda la suspensión condicional de la pena"; por lo que, resulta necesario realizar las siguientes consideraciones al respecto de orden legal y doctrinario; pues a partir de la vigencia de la L. N° 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de Procedimiento Penal) han sido introducidas varias instituciones jurídicas que liquida el proceso inquisitivo propio del Código Procesal Penal de 1972; además establece en mejores condiciones el debido proceso, revaloriza los derechos de la víctima, instituye normas contra la retardación de justicia, impone principios rectores como son la oralidad, publicidad, intermediación, etc., materializando de tal forma una verdadera revolución jurídica. Una de las innovaciones que señala la L. N° 1970 es el relativo a los plazos que además de ser improrrogables y perentorios, sus requisitos formales y

materiales para interponer un recurso de apelación ya sea de carácter incidental, restringida o de casación, se tiene que las partes tienen la facultad para renunciar o abreviar dichos plazos; así establece el art. 131 al señalar: "Las partes a cuyo favor se estableció un plazo podrán renunciar o abreviar el mismo mediante expresa manifestación de su voluntad". Lo que quiere decir, no obstante que la ley establece un determinado plazo a las partes para hacerlos valer durante el proceso, empero existe también la posibilidad que tales plazos sean resignados por una de las partes o por todas ellas.

En el caso que nos ocupa, ocurre que Boris Salinas Barrientos –ahora apelante- mediante Sentencia N° 55/2015 de 27 de noviembre pronunciada en procedimiento abreviado por el Juzgado de Instrucción 5° en lo Penal de la Capital, ha sido declarado junto a los co procesados Celso Sausa Serrano y Raúl Michel Díaz autor de la comisión de los delitos de almacenaje, comercialización y compra ilegal de diesel oil, gasolina y gas licuado de petróleo", imponiéndosele la pena de tres años de privación de libertad, al mismo tiempo se le concede el beneficio de suspensión condicional de la pena. Por otro lado, tal consta en el acta de la lectura a la parte conclusiva de la meritada sentencia y al final de la misma, tanto la representación del Ministerio Público, la abogada de la ANH, así como el abogado de la defensa, hacen renuncia al derecho que tiene de acudir en apelación; en ese mérito el Juez 5° de Instrucción en lo Penal de la Capital, declara expresamente la ejecutoria de la sentencia. Como se podrá colegir, la manifestación expresa y voluntaria plasmada en el acta, comprende que las partes han declinado de su derecho a la apelación restringida que de acuerdo a ley tenían el plazo de 15 días hábiles para impugnarla, empero, como se tiene dicho han preferido por otra alternativa previsto por el art. 131 del Cód. Pdto Pen., para poner fin al conflicto jurídico.

En cuanto a los memoriales de adhesión al memorial principal de apelación restringida, presentados por los co-condenados Raúl Michel Díaz y Celso Sausa Serrano, resulta innecesario su análisis y consideración, en razón a lo que se tiene fundamentado respecto a la apelación principal, así como la realización de un juicio de admisibilidad.

En ése orden, siendo que la aludida sentencia se encuentra ejecutoriada, no existe razón para continuar sustanciando la apelación resignada en su momento por voluntad propia del ahora recurrente, al que luego se adhirieron los otros dos sentenciados, ni mucho menos corresponde realizar consideraciones de fondo sobre el recurso de apelación restringida planteado o de los memoriales de adhesión, y por consiguiente se hace aplicable la parte in fine del art. 399 del Cód. Pdto Pen.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la facultad prevista en el art. 51-2 y 403 último párrafo del L. N° 1970, declara el rechazo por INADMISIBLE, el recurso de apelación formulado por Boris Salinas Barrientos; así como los memoriales de adhesión formuladas por Raúl Michel Díaz y Celso Sausa Serrano.

La presente resolución podrá ser recurrida en casación dentro el plazo y forma establecidos por el art. 417 del Código Adjetivo Penal.

Vocal relator: Dr. Iván Sandoval Fuentes.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Iván Sandoval Fuentes.- Sandra Molina.

Ante mí: Abg. Patricia M. Achá Mora.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: El amparo constitucional interpuesto contra el A.S. N° 718/2016-RRC de 19 de septiembre y el memorial presentado el 6 de mayo de 2016, cursante de fs. 127 a 137 vta., por el cual Boris Salinas Barrientos, Raúl Michel Díaz y Celso Sausa Serrano, interponen recurso de casación, impugnando el A.V. N° 138/016 de 27 de abril de 2016, de fs. 123 a 125, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Iván Sandoval Fuentes y Sandra Molina, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra los recurrentes, por la presunta comisión del delito de almacenaje, comercialización y compra ilegal de diesel oil, gasolina y gas licuado de petróleo, previsto y sancionado por el art. 226 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 55/2015 de 27 de noviembre (fs. 41 a 43), el Juez 5° de Instrucción en lo Penal y Cautelar del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, en procedimiento abreviado declaró a los imputados Celso Sausa Serrano, Raúl Michel Díaz y Boris Salinas Barrientos, autores de la comisión del delito de almacenaje, comercialización y compra ilegal de diesel oil, gasolina y gas licuado de petróleo, previsto y sancionado por el art. 226 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión; asimismo, dispuso la confiscación definitiva de un camión Nissan Cóndor, color blanco con francas naranjas, modelo 1994, "placa de control LCY" y 228 garrafas, todas llenas y con precintos de seguridad, conteniendo gas licuado de petróleo, disponiendo su entrega a favor del estado, debiendo las garrafas y su contenido ser comercializadas en forma inmediata, respecto a los demás bienes se los entregue a Dircabi para su administración y registro; y, concluido ello se proceda a la entrega de tales a favor y propiedad de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB). Respecto al imputado Boris Salinas Barrientos al ser representante de Multi Gas, como empresa que facilitó la adquisición ilegal y conocer de la consecuencia jurídica, dispone la revocatoria definitiva de su licencia; además, al no exceder la sanción de tres años, otorgó el beneficio de la suspensión condicional de la pena a favor de los tres imputados previo cumplimiento de las condiciones y reglas que dispuso.

b) Contra la referida sentencia, el imputado Boris Salinas Barrientos (fs. 48 a 51), interpuso recurso de apelación restringida al que se adhirieron los imputados Celso Sausa Serrano (fs. 66 a 69) y Raúl Michel Díaz (fs. 85 a 88), que fueron resueltos por A.V. N° 138/016 de 27 de abril de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que rechazó por inadmisibles los recursos.

planteado, así como los memoriales de adhesión; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada, motivando la formulación de recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 468/2016-RA de 24 de junio, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

Bajo el título: “Violación del derecho de impugnación, ilegal convalidación de sentencia e inobservancia del art. 120 del Cód. Pdto. Pen.”, los recurrentes aseveran que el tribunal de alzada, pretendiendo convalidar la ejecutoria del fallo, arguyó que el mismo habría adquirido ejecutoria por la supuesta renuncia voluntaria y “expresa” de las partes al derecho de recurrir la sentencia, afirmación falsa, ya que conforme los datos del proceso, ninguno de los acusados pronunciaron voluntaria ni expresamente su renuncia al recurso de apelación, habida cuenta que en el acta simplemente figura una mención, de que las partes a su turno renunciaron a la operación en forma expresa; empero, para consentir la ejecutoria de la sentencia debería contener la firma de cada uno de los sujetos procesales que expresen ese derecho y firmado personalmente en el acta de la audiencia, conforme lo prevé el art. 120-4 del Cód. Pdto. Pen., lo que quiere decir que no estando sus firmas como constancia de haber consentido sus renunciaciones al recurso de apelación, el acta en cuestión, se torna en un elemento de valoración para establecer esa renuncia por no contar con sus firmas, siendo invalorable su contenido respecto a dicho acto de desistimiento, existiendo únicamente la petición del beneficio de suspensión condicional de la pena, no existiendo tal renuncia, constituyendo una violación a su derecho de una doble instancia y de una revisión efectiva del ilegal fallo, mediante el derecho de impugnación que no puede ser soslayado bajo falsas afirmaciones que no tienen respaldo. Al efecto, invocan el A.S. N° 170/2013-RRC de 19 de junio.

I.1.2. Petitorio.

Los recurrentes solicitan que luego del trámite de ley, la sentencia y el auto de vista recurrido sean declarados nulos y sin valor legal los defectos absolutos en los que se incurrió.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 468/2016-RA de 24 de junio, cursante de fs. 152 a 156, este Tribunal admitió el recurso formulado por los imputados Boris Salinas Barrientos, Raúl Michel Díaz y Celso Sausa Serrano, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Como efecto del requerimiento conclusivo de aplicación del procedimiento abreviado, fundamentado en audiencia de 27 de noviembre de 2015 por el Ministerio Público, el Juez 5° de Instrucción en lo Penal de la Capital, dentro del apartado de fundamentación de la valoración de la declaración de los imputados de las pruebas y marco legal aplicable, fundamentó:

1) De acuerdo al procedimiento abreviado, lo expuesto por la representación fiscal y las pruebas presentadas por el Ministerio Público, estableció que Celso Sausa Serrano, Boris Salinas Barrientos y Raúl Michel Díaz, eran autores del delito de almacenaje, comercialización y compra ilegal de gas licuado de petróleo, previsto en el art. 226 Bis del Cód. Pen., ilícito que en su aspecto fáctico además de la admisión del hecho y su participación por parte de los imputados, quedó demostrado a partir de las pruebas que refiere más adelante, que el imputado Boris Salinas Barrientos, como relata en su declaración informativa es el representante legal de la Distribuidora de Gas Licuado de Petróleo (GLP), denominada “Multi Gas” y según entrevista de Marcelo Vargas Villanueva, concordante con la acción directa y el informe de circunstancias, el 25 de noviembre de 2014, se cargaron 228 unidades de garrafas con contenido de GLP, al camión con placa de control 1868LCV, hecho advertido por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), iniciándose por parte de dicha instancia administrativa acción directa hasta resguardar las evidencias produciéndose a partir de tal actuación penal, que dan cuenta según los informes en principio descritos que, en Zona Azari a 20 metros aproximadamente de la Distribuidora citada, se encontraba el camión cargado y debido a la lluvia inclusive se resguardó dentro de su garaje; empero, según la descripción del testigo, las garrafas descargaron en la referida empresa, para luego ha llamado de la ANH intervenir la policía y el Ministerio Público, donde verificaron que en el citado camión se encontraban 228 unidades de garrafas con contenido lleno y cerrado de GLP, según consta en el acta de registro del lugar del hecho y del acta de requisa del vehículo y secuestro de evidencias (garrafas llenas y la movilidad).

Según el testigo Marcelo Vargas Villanueva, que además es funcionario de la ANH, el chofer identificado en audiencia como Celso Sausa Serrano le refirió a él en actuado investigativo administrativo que las garrafas tenían como destino la población de Icla, resultando ser el propietario de la movilidad Raúl Michel Díaz quien habría adquirido para comercializarlas en ese lugar.

2) Por lo expuesto, el juez cautelar llega a la conclusión que el relato fáctico anterior se acomodó al grado de autoría para Raúl Michel Díaz, quien como declaró no portaba autorización legal para adquirir en esa calidad, tomando en cuenta que si no se cuenta con la misma, únicamente se puede adquirir legalmente tres garrafas y las secuestradas superó ampliamente ese margen, subsumiéndose en el art. 226-I Bis del Cód. Pen. En cuanto, al chofer identificado como Celso Sausa Serrano, quien en modo activo y cooperación necesaria respectivamente adecuó su conducta al delito descrito; y, Boris Salinas Barrientos, acomodó la suya al art. 226-IV Bis del Cód. Pen., pues en su condición de persona autorizada por la instancia administrativa y representante legal de “Multi Gas”, coadyuvó necesariamente a la comisión del ilícito; en consecuencia, en mérito de los arts. 323-2, 373 y 374 del Cód. Pdto. Pen., no existiendo oposición fundada, ni dudas razonables que justifiquen la necesidad de tramitar el procedimiento común para el mejor esclarecimiento de los hechos denunciados, dio curso a procedimiento abreviado dentro de los límites previstos en la última parte del art. 374 del Cód. Pdto. Pen., al haberse generado en el juzgador la convicción suficiente

sobre la autoría de los imputados en el hecho y cumplido las condiciones de procedencia; es decir, la admisión de parte de los imputados de la existencia de los hechos, su participación en el mismo y la renuncia voluntaria al juicio oral y contradictorio.

Luego de dicho razonamiento, el Juez de Instrucción en lo Penal, impuso la pena sujeta al requerimiento conclusivo. Asimismo, a solicitud del abogado defensor, otorgó el beneficio de la suspensión condicional de la pena en favor de los tres imputados, sometiéndoles a ciertas condiciones y reglas durante el lapso de un año, descritas en dicha resolución.

En un apartado independiente, consta que el representante del Ministerio Público, los abogados de la ANH y de la defensa, éste haciendo alusión a que el imputado Raúl Michel Díaz tenía su domicilio en Icla, expresaron su renuncia a la apelación, registrándose seguidamente que "(Las partes por su turno renuncian a la apelación en forma expresa)"; a cuyo efecto, el juez de mérito dispuso: "al haber renunciado al recurso de apelación se declara la ejecutoria de la sentencia y el hecho de que el sentenciado viva en Icla, no obsta para que los imputados puedan presentar su certificación domiciliaria. Con lo que concluyó la presente audiencia firmando en constancia el juez y secretaria que certifica".

II.2. Del Auto de Vista impugnado.

Planteado el recurso de apelación restringida por el acusado Boris Salinas Barrientos, previo memorial de subsanación, al que se adhirieron Celso Sausa Serrano y Raúl Michel Díaz, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, los rechazó por inadmisibles, con los siguientes fundamentos:

a) Luego de referirse a los antecedentes del proceso y a la presentación del recurso de apelación restringida dentro del plazo legal, concluyó que Boris Salinas Barrientos impugnante de apelación, a través de la Sentencia N° 55/2015 de 27 de noviembre, pronunciada en procedimiento abreviado por el Juzgado 5° de Instrucción en lo Penal, fue declarado junto a los co-procesados Celso Sausa Serrano y Raúl Michel Díaz, autor de la comisión de los delitos de almacenaje, comercialización y compra ilegal de diesel oil, gasolina y gas licuado de petróleo, imponiéndole la pena de tres años de privación de libertad, siendo concedido el beneficio de suspensión condicional de la pena. Por otro lado, como consta en el acta de la lectura a la parte conclusiva de la merituada sentencia y al final de la misma, tanto la representación del Ministerio Público, la abogada de la ANH, así como el abogado de la defensa, hicieron renuncia al derecho que tienen de acudir en apelación; motivo por el cual el juez de mérito, declaró expresamente la ejecutoria de la sentencia; en consecuencia, la manifestación expresa y voluntaria plasmada en el acta, comprende que los partes declinaron su derecho a la apelación restringida que de acuerdo a ley tenían el plazo de quince días hábiles para impugnarla; empero, como se tiene dicho, prefirieron otra alternativa prevista por el art. 131 del Cód. Pdto. Pen., para poner fin al conflicto jurídico.

b) En cuanto a los memoriales de adhesión al memorial principal de apelación restringida, presentados por los co-condenados Raúl Michel Díaz y Celso Sausa Serrano, resulta innecesario su análisis y consideración, en razón a lo que se tiene fundamentado respecto a la apelación principal, así como la realización de un juicio de admisibilidad.

Por lo expuesto, siendo que la Sentencia recurrida se encuentra ejecutoriada, no existe razón para continuar sustanciando la apelación restringida en su momento por voluntad propia del ahora recurrente, al que luego se adhirieron los otros dos sentenciados, ni mucho menos corresponde realizar consideraciones de fondo sobre el recurso de apelación restringida planteado en los memoriales de adhesión; por consiguiente, resulta aplicable la parte in fine del art. 399 del Cód. Pdto. Pen.

III. Verificación de la existencia de contradicción

Los recurrente denuncian que el tribunal de apelación, pretendiendo convalidar la ejecutoria del fallo, fundamentó que renunciaron de manera voluntaria y expresa al recurso de apelación restringida; sin embargo, en el acta de juicio oral no constan sus firmas que hagan presumir este extremo, verificándose únicamente una mención de que las partes a su turno renunciaron a la apelación en forma expresa, lo que tildan de lesivo a su derecho de una doble instancia y de una revisión efectiva del ilegal fallo mediante el derecho de impugnación que no puede ser soslayado bajo falsas afirmaciones que no tienen respaldo, invocando al efecto el A.S. N° 170/2013-RRC de 19 de junio; en consecuencia, corresponde verificar si la contradicción denunciada es evidente a fin de asumir la decisión respectiva.

III.1. Sobre el Auto Constitucional JPF2 N° 0022/2017 de 16 de febrero.

Por Auto Constitucional JPF2 N° 002/2017 de 16 de febrero, la Jueza de garantías dejó sin efecto el A.S. N° 718/2016-RRC de 19 de septiembre, emitido en el presente proceso, con el fundamento que si bien el Tribunal Supremo de Justicia evidenció que los recurrentes invocaron un "presupuesto" (sic), (precedente) que no resulta del todo pertinente a la situación fáctica; que sin embargo, debe aplicarse los criterios de flexibilización, porque el recurrente denunció la vulneración de derechos de las partes que constituyen defectos absolutos no susceptibles de convalidación, mismos que tienen relación con el debido proceso, principalmente en cuanto a la garantía de impugnación, legalidad y acceso efectivo a la justicia.

Se aclara en el auto constitucional que, respecto a los otros agravios relativos a la falta de congruencia en la sentencia y otros aspectos que tienen que ver con los antecedentes del hecho ilícito y defectos absolutos en la resolución de primera instancia, no corresponde acoger la tutela impetrada, toda vez que resultaría ser evidente que no existe pronunciamiento alguno del tribunal de segunda instancia.

Ahora bien, como Máximo Órgano de la Justicia Ordinaria del país y en el marco del principio de seguridad jurídica y certeza, debe dejarse claramente establecido que los requisitos de flexibilización diseñados por esta sala penal, por su naturaleza y finalidad, únicamente tienen aplicabilidad y alcance, a temas y situaciones de admisibilidad, así se tiene -entre otras- la S.C.P. N° 0128/2015-S1 del 26 de febrero, que consolida los requisitos de flexibilización para temas de forma y no así de fondo, prueba de ello y en consonancia con lo referido, los AA.SS. Nos. 663/2016-RA; 249/2016-RA y 253/2016 citados en el Auto Constitucional N° 002/2017, justamente reflejan que los requisitos de

flexibilización son aplicables en los recursos de casación, solamente cuando se realiza el test de admisibilidad, pero de ninguna manera para un aspecto de fondo.

Sin embargo de ello, hecha la aclaración pertinente y respectiva; y considerando que las resoluciones constitucionales emitidas por los jueces o tribunal de garantías son de cumplimiento inmediato sin perjuicio de que sean revisados por el Tribunal Constitucional Plurinacional, corresponde a este Tribunal Supremo de Justicia, cumplir con la mencionada resolución verificando si el auto de vista impugnado vulneró o no, derechos fundamentales y garantías constitucionales.

III.2. Análisis del caso planteado.

En el recurso de casación sujeto al presente análisis, se tiene que la parte impugnante invocó el A.S. N° 170/2013-RRC de 19 de junio, que fue emitido dentro de un proceso penal seguido por el delito de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, contra los recurrentes de casación, habiendo detectado este tribunal, entre otros defectos del auto de vista, que los miembros del tribunal de apelación incurrieron en falta de fundamentación en cuanto a la denuncia de los acusados de errónea aplicación de la norma sustantiva, respecto a los delitos endilgados, debido a que únicamente se limitó a aprobar la subsunción efectuada por el tribunal inferior sin la debida fundamentación, corroborándose de la revisión de la sentencia que se omitió consignar la forma en cómo la conducta de los imputados se acomodó a los diferentes elementos constitutivos de los tipos penales de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado; en consecuencia, concluyó que: "...en respeto del 'principio de impugnación', garantizado por el art. 180-II de la C.P.E., que coincide con art. 8-2-h) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los tribunales de alzada que conozcan recursos de apelación restringida, velando por el cumplimiento de los principios de legalidad y tutela judicial efectiva, tienen el deber de realizar la labor de control del desarrollo del proceso y del contenido de la sentencia, revisando que no se haya incurrido en vicios que vulneren derechos y garantías constitucionales, que según el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., constituyen defectos absolutos que no son susceptibles de convalidación. En ese marco, es obligación de los jueces de sentencia y tribunales de sentencia, realizar un juicio de tipicidad objetivo que evidencie que la conducta que se atribuye al imputado se adecua al tipo penal acusado; obviar el cumplimiento de esta labor, constituye errónea aplicación de la ley sustantiva en su vertiente de errónea calificación de los hechos, que constituye un defecto absoluto no susceptible de convalidación".

Luego de dichos fundamentos, se concluyó que el auto de vista recurrido, contradijo la doctrina legal invocada por los imputados recurrentes de casación, esencialmente referida a los alcances de la calificación del delito conforme al Código Adjetivo Penal, a los criterios a observarse a tiempo de calificar los hechos a un determinado tipo penal y a la obligatoriedad de los juzgadores de observar el principio de legalidad, por el cual la tarea de subsunción de la conducta, debía demostrar debidamente, el encuadramiento perfecto de las conductas tachadas de antijurídicas en el marco descriptivo de la ley penal (AA.SS. Nos. 329 de 29 de agosto de 2006, 431 del 11 de octubre de 2006 y 315 de 25 de agosto de "2006").

Por lo expuesto, se advierte que la problemática procesal que dio lugar al precedente invocado, referida a la insuficiente fundamentación con la que resolvió el tribunal de apelación la denuncia de errónea calificación de la norma penal sustantiva, dista abismalmente de la problemática procesal formulada en el presente recurso de casación, en el que se cuestiona que el tribunal de alzada rechazó su recurso de apelación restringida, con el argumento erróneo de que habrían renunciado a ejercer dicho derecho de impugnación; no obstante, que en el acta de juicio oral no constaría su firma que haga presumir dicha renuncia supuestamente expresa; en consecuencia, al detectarse incumplimiento en la carga procesal asignada a los recurrentes de asegurarse que el precedente sea aplicable al cuestionamiento efectuado en el recurso de casación, inexistiendo problemática procesal similar con la cual efectuar la confrontación del auto de vista impugnado, no se visualizó la existencia de contradicción.

De la misma forma, no se constata que se haya vulnerado el debido proceso, el derecho a la defensa, el derecho a la impugnación o el acceso efectivo a la justicia, pues el auto de vista sujeto a control de legalidad mediante el presente recurso de casación, rechazó el recurso de apelación restringida y las adhesiones interpuestas por los imputados, argumentando que se constató, que al final del acta de la parte conclusiva de la sentencia del juicio abreviado, tanto la representación del Ministerio Público, la abogada de la ANH, así como el abogado de la defensa, hicieron renuncia al derecho que tienen de acudir en apelación, motivo por el cual el juez de mérito, declaró expresamente la ejecutoria de la sentencia, declinando así las partes su derecho a la apelación restringida. Argumento del tribunal de alzada que de ninguna manera vulneran los derechos de los imputados por lo siguiente:

El art. 131 del Cód. Pdto. Pen., establece claramente que: "Las partes en cuyo favor se estableció un plazo podrán renunciar o abreviar el mismo mediante expresa manifestación de su voluntad"; y de la interpretación gramatical de la presente norma, se entiende que, los titulares del derecho o beneficiarios -en este caso- del plazo del recurso de apelación restringida, mediante manifestación expresa de su voluntad, pueden libremente renunciar a dicho plazo, ya que la esencia de la disposición legal busca la celeridad y pronta resolución del conflicto, conforme a los mejores intereses y alcance que consideren las partes.

En este sentido, siendo un acto voluntario (renuncia) del titular del derecho y consiguientemente, libre del sometimiento a la norma especial, por seguridad jurídica y en el marco del principio de legalidad, no puede admitirse posteriormente el desconocimiento de los efectos jurídicos consecuentes del alcance establecido en el art. 131 del Cód. Pdto. Pen.; pues en el presente caso, según informan los datos del proceso, los imputados se sometieron a un juicio abreviado y fruto de la tramitación jurídica correspondiente se emitió una Sentencia condenatoria, en la cual el Juez 5° de Instrucción en lo Penal, claramente dejó establecido que su resolución podía ser apelada por las partes en el término de 15 días; o sea, los imputados se encontraban con la facultad y derecho de ejercer su derecho a activar la apelación restringida, según el plazo otorgado por la ley y comunicado por el Juzgador en pleno acto; sin embargo de ello, luego de solicitar y acogerse al beneficio de suspensión condicional de la pena previsto por el art. 366 del Cód. Pdto. Pen., de manera expresa y voluntaria, los imputados decidieron renunciar a su recurso de apelación restringida por medio del abogado que les patrocinó en el juicio abreviado, prestando de esa forma su libre consentimiento respecto a los efectos que conlleva el alcance del art. 131 del Cód. Pdto. Pen.; razón por la cual, el juzgador, estableció que: "al

haber renunciado al recurso de apelación se declara la ejecutoria de la sentencia y el hecho de que el sentenciado viva en Icla, no obsta para que los imputados puedan presentar su certificación domiciliaria. Con lo que concluyó la presente audiencia firmando en constancia el juez y secretaria que certifica" (sic.); actuado que a partir de un control efectivo y en el marco del principio de legalidad, el auto de vista concluyó que: "...siendo que la sentencia recurrida se encuentra ejecutoriada, no existe razón para continuar sustanciando la apelación restringida en su momento por voluntad propia del ahora recurrente, al que luego se adhirieron los otros dos sentenciados, ni mucho menos corresponde realizar consideraciones de fondo sobre el recurso de apelación restringida planteado en los memoriales de adhesión; por consiguiente, resulta aplicable la parte in fine del art. 399 del Cód. Pdto. Pen." (sic).

En ese orden, se constata que se respetó el debido proceso, ya que se aceptó la renuncia voluntaria de los imputados al plazo y al recurso de apelación restringida siguiendo un procedimiento y la aplicación de una norma, por lo que menos podría decirse que su consentimiento a los efectos establecidos por el art. 131 del Cód. Pdto. Pen., pueda dejarlos en un estado de indefensión; en todo caso, los actos se han enmarcado al principio de legalidad aplicando literalmente los efectos expresados por la norma tantas veces referida, pues como se ha acreditado, el juez de instancia, resguardando el derecho a la impugnación y a la doble instancia, y de conformidad al art. 123 del Cód. Pdto. Pen. advirtió a los ahora recurrentes que tienen plazo de 15 días para apelar; sin embargo, -como se dijo- los imputados optaron (no existe prueba en contrario), por la renuncia de este derecho, a cuyo efecto también se ejecutorió materialmente la sentencia; debiendo tomarse muy en cuenta, que un ritualismo o formalidad procesal, de ninguna manera puede prevalecer y estar por encima del principio de verdad material, más aun tomando en cuenta que las partes no observaron algún tema formal en su momento y oportunidad ante la misma instancia donde presuntamente podría existir alguna irregularidad, es así que el art. 17-III de la L.O.J. señala que: "La nulidad sólo procede ante irregularidades procesales reclamadas oportunamente en la tramitación de los procesos" aspecto que se encuentra concordante con el principio de preclusión, por lo que en definitiva no existe vulneración a derechos fundamentales o garantías constitucionales.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesta por Boris Salinas Barrientos, Raúl Michel Díaz y Celso Sausa Serrano, cursante de fs. 127 a 137 vta.

Por secretaria de sala, póngase en conocimiento de la juez de garantías la presente resolución, para los fines consiguientes.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 10 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



252

Ministerio Público y otro c/ Franz Eduardo García Salas y otros
Lesión seguida de muerte y otros
Distrito: Tarija

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 10 de abril del 2017, Roberto Kenny Rollano Velásquez y Ruddy Gerardo Flores Herrera solicita explicación y complementación del A.S. N° 059/2017-RA de 24 de enero, emitido por esta Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

I. Motivo de la solicitud

Los imputados, solicitan explicación y complementación de los siguientes aspectos: i) De forma clara y precisa se señale que requisitos no se hubieren cumplido para la admisibilidad del recurso de casación, ii) Explicación del porqué no se aplicó los criterios de flexibilización de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, toda vez que en los recursos de apelación restringida y de casación, se fundamentó la violación a derechos y garantías constitucionales por existir defectos absolutos no susceptibles de convalidación, expresados en los memoriales de apelación y casación, iii) Por qué no se tomaron en cuenta los AA.SS. Nos. "205 de 19 de mayo", "274 de julio de 2006", 242 de 01 de agosto del 2005, 479 de 08 de diciembre del 2005 y 434 de 23 de octubre del 2006.

II. Análisis y resolución de la solicitud

El primer párrafo del art. 125 del Cód. Pdto. Pen., al hacer referencia a la explicación, complementación y enmienda, señala que: "El juez o tribunal de oficio podrá aclarar las expresiones oscuras, suplir alguna omisión o corregir cualquier error material o de hecho, contenidos

en sus actuaciones y resoluciones, siempre que ello no importe una modificación esencial de las mismas”, concediendo la citada norma la facultad a las partes de plantear una solicitud encaminada a ese fin, dentro del primer día hábil posterior a su notificación.

De lo anterior se establece que la normativa procesal penal, reconoce a las partes la facultad de solicitar la explicación, complementación y enmienda de las resoluciones judiciales, tanto de las sentencias como de autos interlocutorios, respecto a los fundamentos de fallo, sin que con ello se pretenda la modificación del fondo de la resolución, pues tiene naturaleza altamente restrictiva.

En ese contexto, resulta menester señalar que: i) La explicación, tiene el objetivo de volver más claro o comprensible lo manifestado en un fallo, es decir, ante una redacción poco clara, general, oscura o ambigua, las partes podrán pedir a la autoridad que emitió resolución, explicación respecto a su contenido; ii) La complementación, busca completar alguna expresión o suplir algún olvido (que no tenga como efecto la modificación del resultado); y iii) La enmienda, tiene por objetivo rectificar algún error material o de hecho, es decir, sólo se pueden enmendar errores elementales de transcripción, cálculo en operaciones aritméticas, expresión, fechas, nombres, mecanografía (typeo/tipeo), lugares, etc., teniendo siempre en cuenta, que los errores deben ser apreciables y claros, sin que se requiera acudir a interpretación de normas o juicios de valor para percibirlos y que no provoquen la modificación en el resultado del fallo.

En el caso concreto, de la revisión de los actuados procesales, se establece que la parte solicitante fue notificada con el A.S. N° 059/2017-RA del 24 de enero, el 4 de abril del 2015, conforme se desprende de la notificación cursante a fs. 795, mediante cédula fijada en tablero de la sala penal de este Tribunal Supremo de Justicia; notificación que no cumple con lo dispuesto por el art. 163-2 del Cód. Pdto. Pen., que establece: “Se notificarán personalmente: 2) las sentencias y resoluciones de carácter definitivo...”; no habiéndose cumplido con esta exigencia, en cuyo mérito se da por notificados a los imputados Roberto Kenny Rollano Velásquez y Rudy Gerardo Flores Herrera, con la referida resolución judicial y se acepta la presentación de su memorial de explicación y enmienda del 10 de abril del presente año.

En cuanto al primer punto señalado por los solicitantes conforme a lo referido en el inc. i) del párrafo tercero del presente acápite, se tiene que la explicación procede ante una redacción poco clara, general, oscura o ambigua; sin embargo, en el caso de autos no se observa ningún aspecto que pueda o deba ser explicado, pues del acápite IV.2 de la resolución motivo de la explicación y complementación, se estableció con claridad que los recurrentes en su recurso de apelación restringida no cumplieron con: a) Proveer el requisito previsto por el segundo párrafo del art. 417 del Cód. Pdto. Pen., al no señalar la contradicción en términos precisos entre los precedentes invocados y la resolución impugnada en la que presuntamente el tribunal de apelación no habría explicado la conclusión a la que llegó, en sentido de que los golpes propinados por los solicitantes hubieren provocado la muerte del occiso, conforme lo previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.; b) Tampoco se individualizó qué pruebas habían sido revaloradas por el tribunal de alzada y cuál el argumento que a decir de los recurrentes constituye esa revaloración probatoria; y, c) Conforme a lo descrito en el acápite III del A.S. N° 059/2017-RA de 24 de enero, se estableció con la suficiente claridad no ser suficiente la denuncia de violación de derechos y garantías constitucionales, pues a fin de la admisibilidad vía flexibilización, los recurrentes deben proveer los antecedentes generadores del recurso -que en el caso no resulta clara, por cuanto, por un lado aparentemente denuncian falta de fundamentación y al mismo tiempo revalorización de la prueba, sin la debida individualización-, se limitan a alegar violación de derechos, garantías constitucionales y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y las propias leyes que regulan las normas del debido proceso, argumento general que no permite establecer qué derechos, garantías o leyes del debido proceso fueron violentadas y tampoco vinculan el motivo de casación a la existencia de defectos absolutos conforme lo previsto por el art. 169 del Cód. Pdto. Pen. Ahora bien en este punto, la petición de los solicitantes no es expresa, pues se limitan a señalar que de forma clara y precisa señale este tribunal los requisitos de admisibilidad incumplidos; empero, no refiere si dicha solicitud lo hace en vía de explicación o por el contrario en vía de complementación, pese a ello conforme lo referido en el párrafo precedente, se tiene que no existe ningún aspecto que merezca explicación y por otro lado los solicitantes no precisan qué aspecto en su criterio debe complementarse.

Respecto al segundo y tercer punto, por los cuales los recurrentes solicitan explicación sobre la falta de aplicación de los requisitos de flexibilización y del porqué no se tomó en cuenta los precedentes invocados; pese a que los mismos, no constituyen aspectos que deban ser aclarados vía explicación, pues como se refirió, la explicación sólo procede ante una resolución poco clara, ambigua u oscura, la cual además debe ser identificada, aspecto que no acontece en la solicitud analizada, se tiene que dichas observaciones, se encuentran referidas en los incs. a) y c) del párrafo precedente.

Conforme a los argumentos expresados, al no haberse identificado algún concepto oscuro que deba ser explicado, tomando en cuenta el cuestionamiento y la solicitud planteada por los impetrantes, no corresponde dar lugar a la pretensión.

POR TANTO: La sala penal del Tribunal Supremo de Justicia de conformidad al art. 125 del Cód. Pdto. Pen., resuelve declarar: NO HA LUGAR a la solicitud de explicación y complementación del A.S. N° 059/2017-RRC de 24 de enero, formulado por Roberto Kenny Rollano Velásquez y Ruddy Gerardo Flores Herrera; por lo que, se mantiene firme e incólume el fallo.

Al otrosí.- Se tiene presente lo anunciado.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 11 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.

**253**

Oscar Garciano Alvarado Mejía y otro c/ Juan Félix Illanes Gonzáles y otro
Calumnia
Distrito: La Paz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 19 de agosto de 2016, cursante de fs. 364 a 372 vta., Juan Félix Illanes Gonzáles y Pedro Manzano Quispe, interponen recurso de casación impugnando el A.V. N° 24/2016 de 7 de marzo, de fs. 298 a 301 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, dentro del proceso penal seguido por Felipe Alvarado y Oscar Garciano Alvarado Mejía contra los recurrentes, por la presunta comisión del delito de calumnia, previsto y sancionado por el art. 283 del Cód. Pen.

I. Antecedentes del proceso: De la revisión de los antecedentes venidos en casación se establece lo siguiente:

a) Por Sentencia N° 005/2015 de 4 de febrero (fs. 171 a 176 vta.), la Juez 5° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Juan Félix Illanes Gonzáles, autor de la comisión del delito de calumnia, previsto y sancionado por el art. 283 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, más el pago de quinientos días multa a razón de Bs 10.- por día, más costas, daños y perjuicios; por otra parte, absolvió a Pedro Manzano Quispe del delito endilgado en su contra.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusador particular Felipe Alvarado (fs. 217 a 219) y el coimputado Juan Félix Illanes Gonzáles (fs. 242 a 246 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 24/2016 de 7 de marzo, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró admisibles y procedentes los recursos planteados; por ende, revocó en parte la sentencia de mérito y estableció nuevo juicio de reenvío en cuanto a Pedro Manzano Quispe por el delito endilgado en su contra, manteniendo firme y subsistente el resto de la resolución apelada.

c) Por diligencia de 12 de agosto de 2016 (fs. 302), los recurrentes fueron notificados con el referido auto de vista; y, el 19 del mismo mes y año interpusieron el recurso de casación, que es objeto del presente análisis de admisibilidad.

II. Sobre los motivos del recurso de casación

De la revisión del recurso de casación, se extraen los siguientes motivos:

1) Los recurrentes alegan que la juzgadora, violando el debido proceso y la garantía de igualdad procesal no valoró correctamente: a) Las declaraciones testimoniales, entre ellas, la depuesta por Felipe Alvarado, vulnerando lo previsto por los arts. 92 y 173 del Cód. Pdto. Pen., así como la S.C. N° "1274-01-R"; toda vez que en el tipo penal prescrito por el art. "293", se establece que comete calumnia, el que por cualquier medio, imputare a otro falsamente la comisión de un delito; es decir, exige dolo directo, lo que significa que el sujeto activo debe saber que la víctima no cometió el delito que se le imputa. Así en la sentencia se los declaró inocentes, pues en ninguna parte se afirma que hubieran agraviado el honor y nombre, por el contrario, en los hechos se demuestra que no existió una falsa imputación; b) El Juzgado de Partido en lo Civil, emitió sentencia que declaró improbadamente la demanda de usucapión planteada por los "señor Illanes y Manzano", probada la tercería de dominio excluyente instaurada por Felipe Alvarado e improbadamente la tercería de dominio excluyente formulada por la Alcaldía Municipal; hechos ocurridos antes del proceso penal por perturbación de posesión que culminó con la sentencia "45-10". Por consiguiente, se demuestra que la demanda se declaró improbadamente, debido a que el terreno en litigio era de la alcaldía; por lo que, no se puede mencionar que hubo falsa imputación porque no existen los elementos constitutivos del tipo penal con relación al delito de calumnia. Por lo que, existe defecto absoluto, de acuerdo a los arts. 130 y 169 del Cód. Pdto. Pen., al haber una apreciación ultra petita; c) Con la prueba judicializada referida a la Sentencia N° "45-10", no se hizo mención a que el Sr. Illanes hubiera vertido palabras infundadas o manifestó algún hecho que afectó su dignidad y honor al querellante, pero la "señora magistrada", de forma parcializada, manifestó que se habría afectado a su honor, decoro y nombre; extremos que no fueron objeto de debate que vulnera el debido proceso, la seguridad jurídica e igualdad procesal de las partes en litigio; d) Antes que se dicte la Sentencia N° "45-40", los querellantes y querellados ya tenían procesos penales y civiles que concluyeron con la determinación de propiedad de la alcaldía de los terrenos objeto del litigio, hechos que no fueron valorados por la jueza; e) "La Magistrada" no consideró las causas y motivaciones de la Sentencia N° "45-10" judicializada, la cual, los declaró inocentes y nunca hizo referencia a que se hubiera afectado su honor, decoro y buen nombre de las personas; lo que demuestra lesión de los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica; f) Cuando cuestionaron al testigo Oscar Garciano Alvarado Mejía, si conocía a Pedro Manzano, señaló que no lo conocía; por tanto, menos podría saber cómo le calumnió y de qué forma se afectó contra su honor, decoro y buen nombre, existiendo incongruencia entre esta afirmación y el debate; g) El mismo testigo señaló que nunca tuvo problemas con "ellos", entonces se pregunta cómo hubiera llegado a calumniar a los querellantes, "La Magistrada" forzó al querellante a decir cosas que nunca se afirmaron, haciéndole entrar en contradicciones; lo que implica vulneración a los arts. 370-1, 3, 5, 6, 8, 10 y 11 del Cód. Pdto. Pen. y de la S.C. N° 1274/01-R; h) Con relación a lo señalado por la testigo Felipa Quispe Huallpa y otros testigos de descargo, sobre la realización de adobes y muralla en la casa de Maruja y de Illanes y que el señor de sombrero hubiera tumbado la muralla y que por esa razón se habría iniciado un proceso para defender su derecho propietario; "...pero estos

hechos que hemos demostrado no tomó en cuenta la juez, se vulneró el art. 370-1, 3, 5, 6, 8, 10 y 11 del Cód. Pdto. Pen., S.C. N° 1274/01-R, debido a que el juzgador no aplicó o valoró correctamente las pruebas documentales y testificales, existiendo contradicciones en los fundamentos de la sentencia debido que los testigos manifestaron..." (sic); i) En la fundamentación de la sentencia se sostuvo que se demostró la afectación contra los querellantes a su intimidad, honor, propia imagen y dignidad; sin determinar en qué momento, situación o circunstancia, los querellados hubiesen manifestado, vertido o mencionado, palabras infundadas y con dolo; lo que demuestra la falta de valoración de las pruebas en base a la sana crítica y la libre convicción, violándose los arts. 173, 172, 13 del Cód. Pen., S.C. N° 1274/01-R, A.S. N° 088-2008, existiendo defectos procesales de fondo en la sentencia; j) Respecto a la participación de Juan Félix Illanes, la sentencia señala que su participación es diferente, dado que éste denunció a los querellantes por el delito de perturbación de posesión que concluyó con la sentencia de declaratoria de inocencia; toda vez, que se estableció que éstos no participaron en la comisión del delito de perturbación de posesión, y lo que hizo en defensa de su derecho propietario, sólo el hecho de denunciar y no probar, no significa que la denuncia se la hubiera hecho falsamente; sin embargo, en el juicio se validó la Sentencia N° "45-10"; sin demostrarse el cumplimiento de los elementos constitutivos de la calumnia.

En calidad de precedente contradictorio invoca el A.V. N° 14/2010 de 9 de febrero.

2) Agregan que el tribunal de alzada, en el Considerando IV tercero, de forma ultra petita señaló que las pruebas se hubieran valorado de acuerdo a la sana crítica y que el A.S. N° 566/2004 estableció la prohibición de revalorizar pruebas, lo que constituye en defecto de Sentencia previsto por el "art. 370-4" y vulneración del debido proceso y seguridad jurídica, establecidos y contenidos en los arts. 115-II y 180-II de la C.P.E. Citan igualmente los AA.SS. Nos. 067/2013-RRC de 11 de mayo y 242/2005 de 1 de agosto.

3) Denuncian la violación de los arts. 370-5 y 124 del Cód. Pdto. Pen., dado que conforme la S.C.P. N° 0134/2014-S1 de 5 de diciembre, se estableció la obligatoriedad de una debida fundamentación de las resoluciones, y en el caso, la sentencia no está debidamente motivada, y sobre todo es contradictoria; dado que en otras palabras, basó la valoración de cada elemento probatorio en un artículo que señala y refiere cuáles son las características de la inspección ocular y de la reconstrucción, y que en ningún momento prescribe sobre la valoración clara, integral y bajo la sana crítica de las pruebas; extremos que demuestran contradicción, incongruencia y carencia de fundamentación en la sentencia y atenta con sus derechos al debido proceso, seguridad jurídica, defensa. Citan los AA.SS. Nos. 073/2013 de 19 de marzo y 055/2012-RA de 19 de abril.

4) Arguyen la violación del art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., porque tanto la sentencia como el auto de vista, son contradictorios a los precedentes y al art. 370-1 y 4 del mismo cuerpo legal, "...con relación a la valoración de las pruebas y la fundamentación de la sentencia que no está motivada, fundamentada de acuerdo a los hechos y pruebas judicializadas. Asimismo la pruebas testificales, no tamo en cuenta el señor magistrado siendo defectos de la sentencia, que es contradictoria su determinación de los precedentes citados" (sic). AA.SS. Nos. 287/2013-RRC de 11 de abril, 250/2012 de 17 de septiembre, 107/2013-RRC de 22 de abril, 95 de 24 de marzo de 2005 y 322/2012-RRC de 4 de diciembre.

III. Requisitos que hacen viable la admisión del recurso de casación

El art. 180-II de la C.P.E., garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales, que se constituye a su vez en una garantía judicial conforme lo determinan los arts. 8-2-h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; debiendo los sujetos procesales, a tiempo de interponer los distintos recursos que la norma adjetiva prevé, observar las condiciones de tiempo y forma establecidas por la ley, conforme a la disposición contenida en el art. 396-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este contexto, el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., establece que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por los Tribunales Departamentales de Justicia que sean contrarios a otros precedentes pronunciados por las salas penales de estos tribunales o del Tribunal Supremo de Justicia; entendiéndose que existe contradicción cuando en una situación de hecho similar, el sentido jurídico que se asigna al auto de vista impugnado no coincide con el o los precedentes invocados, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance; pues debe tenerse presente, que en el actual régimen de recursos establecido por el Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación dada su función nomofiláctica, tiene como función que el Tribunal Supremo de Justicia desarrolle la tarea de unificar la jurisprudencia, a fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme de la ley penal, por razones de seguridad jurídica y respecto al derecho a la igualdad, de forma que todo ciudadano tenga la certeza y seguridad que la norma procesal y material será efectivamente aplicada por igual; además, esta labor se halla reconocida por el art. 42 de la L.O.J., que establece entre otras atribuciones de las salas especializadas de este tribunal, la de sentar y uniformar jurisprudencia, resultando en el caso particular de la sala penal, que ante la interposición del recurso de casación, les corresponde en base al derecho objetivo, establecer la existencia o no de contradicción entre el fallo impugnado con los precedentes invocados.

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

i) Interposición del recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la notificación con el auto de vista impugnado o en su caso con el auto de complementación, ante la sala que emitió la resolución impugnada.

ii) Invocación del precedente contradictorio a tiempo de la interposición del recurso de apelación restringida, debiendo el recurrente señalar en términos claros y precisos la contradicción existente entre el auto de vista impugnado y el precedente invocado; es decir, este requisito constituye una carga procesal para el recurrente de efectuar la debida fundamentación sobre la existencia de precedentes contradictorios entre la resolución judicial impugnada con otros precedentes consistentes en autos supremos emitidos por las salas penales del Tribunal Supremo de Justicia o autos de vista pronunciados por los Tribunales Departamentales de Justicia; los cuales deberán ser expuestos de forma clara y precisa, a partir de la comparación de hechos similares y de las normas aplicadas con sentidos jurídicos diversos;

especificando en qué consisten los defectos del pronunciamiento impugnado, las disposiciones inobservadas o erróneamente aplicadas, cuáles serían los preceptos que debieran aplicarse y la solución pretendida.

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

iii) Como única prueba admisible se acompañará copia del recurso de apelación restringida, pues el precedente contradictorio deberá ser invocado a tiempo de su interposición; a menos que la sentencia le fuera inicialmente favorable a la parte, y por lo tanto, aquella resolución judicial no le genere agravio alguno, sino que éste surge en apelación cuando se dictó el auto de vista; caso en el cual, el recurrente tiene la carga procesal de invocar el precedente contradictorio en el momento de interponer el recurso de casación.

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

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

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

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

IV. Análisis sobre el cumplimiento o no de dichos requisitos

De la revisión de antecedentes, se tiene que los recurrentes, fueron notificados con el auto de vista impugnado el 12 de agosto de 2016, habiendo formulado su recurso de casación el 19 del mismo mes y año, en cumplimiento del requisito temporal previsto en el art. 417 del Cód. Pdto. Pen., correspondiendo verificar a continuación el cumplimiento de los demás requisitos.

En cuanto a los motivos primero y tercero del presente recurso, que serán analizados a continuación por fines pedagógicos, resulta necesario, previo a ingresar al análisis de admisibilidad del caso concreto, señalar que la labor de este Tribunal Supremo de Justicia se encuentra restringida a efectuar un control eminentemente de derecho sobre el contenido y lo resuelto en el auto de vista cuestionado, siempre en correlación a las actuaciones realizadas por el tribunal de alzada, así se desprende de lo establecido en los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., referidos a la procedencia y requisitos indispensables que viabilizan la admisibilidad del recurso de casación; en los que se dispone que el recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por los Tribunales Departamentales de Justicia y autos supremos dictados por las salas penales del Tribunal Supremo de Justicia que sienten o ratifiquen doctrinal legal.

En ese entendido, de la revisión de las desordenadas denuncias contenidas en los motivos descritos precedentemente, se puede establecer que si bien, aunque de manera aislada, se invocaron autos supremos y un auto de vista, en calidad de precedentes contradictorios; sin embargo, con relación a los reclamos contenidos en los mismos, se evidencia que todos guardan relación con los argumentos que consideran ilegales de la sentencia, pues en el primero de los motivos, se denuncia exclusivamente la labor realizada por la jueza de sentencia, alegando que no valoró correctamente la prueba introducida al juicio, y que ello implicaría vulneración del debido proceso, de la igualdad procesal, seguridad jurídica, legalidad, y de lo previsto por los arts. 370-1, 3, 5, 6, 8, 10 y 11 del Cód. Pdto. Pen.; y, 173, 172, 13 del Cód. Pen.; y en el tercer motivo, se alega que el fallo de mérito incurrió en falta de fundamentación. De donde se evidencia que todos los derechos, garantías y principios denunciados, si como la normativa señalada y lesionada, se encuentran vinculados siempre a la sentencia, sin otorgar ninguna razón ni justificar las razones por las cuales, se considera que el tribunal de alzada hubiera vulnerado los derechos y principios denunciados; es decir, no precisa en lo más mínimo, cuáles serían los agravios originados en la determinación asumida en alzada que causarían un daño o perjuicio, y lógicamente menos el fallo de apelación es contrastado con los precedentes invocados de manera aislada, pretendiendo que este tribunal realice su función nomofiláctica con relación a la sentencia, buscando inducir a un nuevo control de legalidad de dicho fallo dentro de una etapa procesal que no se encuentra reservada para ello; puesto que, la misma ya fue objeto de análisis por parte del tribunal de alzada. En todo caso, tal como se señaló, correspondía a los recurrentes cumplir con la carga de realizar una fundamentación de

forma objetiva, identificando expresamente cuáles son los actos procesales que provocaron la presunta vulneración legal, pero siempre con relación al auto de vista emitido a tiempo de resolver la apelación restringida y no así con relación a la sentencia de mérito; en consecuencia; puesto que, no es posible legalmente, retozar etapas y menos utilizar un instituto jurídico desnaturalizando su verdadero alcance y objetivo; no resulta coherente, el planteamiento del recurso de casación mediante la reiteración de los mismos puntos reclamados a tiempo de la formulación de la apelación restringida.

Al respecto, es necesario precisar que la exigencia de motivación es una garantía constitucional inmersa en la carta fundamental que debe impregnar todos los actuados en el curso de cualquier proceso, cualquiera sea su naturaleza; por lo tanto, los sujetos procesales que acuden al órgano judicial en busca de la reparación de supuestas vulneraciones legales cometidas en su contra, se encuentran igualmente constreñidos a cumplir con las exigencias mínimas de exposición de los argumentos de su recurso, a efectos de permitir que este Máximo Órgano de Justicia Ordinaria pueda considerar la legalidad en la emisión del auto de vista. Extremo que fue incumplido por los recurrentes en los motivos primero y tercero, ahora analizados, quienes de ninguna manera identificaron los agravios cometidos supuestamente por el tribunal de alzada a tiempo de emitir el fallo ahora impugnado, sino simplemente se limitaron a otorgar una motivación desordenada e incoherente sobre las presuntas transgresiones cometidas por la sentencia, sin argumentar en lo absoluto contradicción alguna entre los argumentos del auto de vista y los precedentes citados.

En consecuencia, conforme a lo señalado, se tiene que la falta de precisión y especificidad en la formulación de ambos motivos, que no establecen expresamente cuáles fueron las falencias en la determinación asumida por los vocales, de donde resultaría un resultado dañoso para los recurrentes y que contradiga los precedentes invocados o que represente una vulneración de los derechos y principios alegados; y la forma en que pudo haberse materializado aquello, deviene en la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo de ambos motivos aun acudiendo a los presupuestos de flexibilización, ante la falta de argumentos ligados al fallo de alzada.

Asimismo corresponde precisar con referencia a las SS.CC. Nos. 1274-01-R y 0134/2014-S1 de 5 de diciembre, invocadas en calidad de precedentes contradictorios, que conforme dispone el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., sólo los autos de vista pronunciados por los Tribunales Departamentales de Justicia y los autos supremos dictados en recursos de casación por las salas penales del Tribunal Supremo de Justicia, que sienten o ratifiquen doctrina legal, son considerados precedentes contradictorios; consiguientemente, cualquier pretensión de hacer valer una Sentencia Constitucional como precedente contradictorio en la jurisdicción ordinaria, no es atendible.

Finalmente, conviene aclarar que sólo los autos de vista ejecutoriados, pronunciados por los Tribunales Departamentales de Justicia y los autos supremos dictados en recursos de casación por las salas penales del Tribunal Supremo de Justicia, que sienten o ratifiquen doctrina legal, pueden ser considerados como precedentes contradictorios; sin embargo, en la especie se invocó el A.V. N° 14/2010 de 9 de febrero; con relación a lo cual, corresponde dejar claramente establecido, que resulta imprescindible demostrar que dichos fallos se encuentren ejecutoriados; puesto que de lo contrario, resultarían pasibles de modificación. Respecto a este punto, la Corte Suprema de Justicia, en el A.S. N° 211 de 6 de abril de 2004, estableció lo siguiente: "Tan marcada y evidente es la incompatibilidad para determinar si verdaderamente existe contradicción entre los precedentes y el auto de vista de fs. 375-377 objeto del recurso de casación, que a esto se suma la duda de que los Autos de Vista invocados como precedentes a fs. 378-379 y 381-384 de obrados, se hallan debidamente ejecutoriados, en los términos que previene el art. 126 de la L. N° 1970, concordante con el art. 515 del Cód. Pdto. Civ. En efecto, qué validez podría tener una resolución judicial susceptible de modificación por recursos ulteriores, si ésta es ofrecida como precedente?; el entendimiento doctrinario y sentido interpretativo del tercer periodo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., radica en buscar la uniformidad de la jurisprudencia y en tal virtud el presupuesto indispensable es que dichos precedentes invocados por los recurrentes en casación, estén debidamente ejecutoriados, lo que supone del tribunal la exigencia del requisito, y con mayor sigilo si se invocan como precedentes autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Distrito del país en sus salas penales", doctrina de la cual, se desprende que, para que un auto de vista sea considerado como precedente contradictorio, resulta imprescindible acreditar su ejecutoria, aspecto que no se advierte en el caso presente, pues si bien se invoca el precitado auto de vista se desconoce si goza de calidad de cosa juzgada; por lo que, no puede ser objeto de análisis por parte de este tribunal.

En el segundo de los motivos denunciados, alegan los recurrentes, que el tribunal de alzada hubiera incurrido en revalorización probatoria, no obstante que dicha labor se encontraría restringida para dicha instancia; y por ende, se habría vulnerado el debido proceso y seguridad jurídica, establecidos y contenidos en los arts. 115-II y 180-II de la C.P.E., incurriendo en defecto de sentencia establecido por el art. 370-4 (no señala de qué norma legal). De lo denunciado, no es posible establecer cuáles son los hechos que expresamente se denuncian; puesto que, si bien se sostiene una probable revalorización de la prueba por parte del tribunal de alzada; empero, no explican concretamente cuál es la razón para haber arribado a tal conclusión, tampoco identifican cuáles fueron las pruebas supuestamente revalorizadas y menos de qué forma, el tribunal de alzada las habría revalorizado, tan sólo realizan una denuncia general de un párrafo fácilmente acomodable a cualquier hecho o supuesto fáctico. En consecuencia, la insuficiencia técnica recursiva en la que incurrieron los recurrentes a tiempo de otorgar los insumos necesarios que permitan a este tribunal ingresar al fondo de lo denunciado, al ser un defecto que trasunta lógicamente en falta de precisión de contradicción con los autos supremos que se encuentran invocados, impide el cumplimiento de la labor de unificación de jurisprudencia.

En conclusión, no es posible el análisis de fondo de este motivo; de un lado, por su falta de claridad; puesto que, la denuncia general de falta de motivación en el fallo de alzada, no resulta suficiente para desentrañar el agravio que considera lesivo de los derechos de los recurrentes, siendo necesario que se precise en el recurso de casación, qué pruebas fueron revalorizadas en alzada; y de otro lado, que los precedentes contradictorios invocados, no fueron contrastados con el caso concreto o con el agravio, ante su inexistencia, por incumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen.

No obstante lo señalado, corresponde a este Tribunal Supremo de Justicia ingresar a verificar el cumplimiento de los supuestos de flexibilización, descritos en la última parte del acápite anterior del presente auto supremo, ante la invocación de vulneración del debido proceso

y la seguridad jurídica, que a criterio de los recurrentes implica presencia de defectos de la sentencia contenido en el art. "370-4"); tarea que una vez realizada, evidencia que lo relatado resulta insuficiente para viabilizar el análisis de fondo de lo demandado; puesto que, como se señaló, la denuncia de los actos que se considera lesivos, como sería la supuesta revalorización probatoria en la resolución de alzada, no concretiza de modo alguno, las razones que conllevan a señalar dicho extremo; puesto que, de lo explicado por la parte recurrente, no es posible determinar en qué aspectos, el tribunal de apelación incurrió en nueva valoración probatoria y menos sobre qué elementos probatorios; además, tampoco se explica su trascendencia que denote una evidente vulneración de los derechos denunciados así como el resultado dañoso.

En el cuarto motivo denunciado, los recurrentes alegan que tanto la sentencia como el auto de vista resultan contradictorios a los precedentes y a lo previsto por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., para luego redundar y reiterar su denuncia con relación a la valoración de las pruebas y fundamentación de la sentencia; lo que evidencia, que sus argumentos se refieren exclusivamente y de manera general, sólo a los supuestos defectos del fallo de mérito; puesto que, no es posible desentrañar a qué partes del auto de vista, se refieren expresamente, imposibilitando a este tribunal a conocer el agravio sobre los argumentos contenidos en el auto de vista; por lo tanto, los autos supremos invocados, se encuentran aislados y huérfanos, al no haber sido contrastados, como debería ser, con las lesiones que pudieran haber sido provocadas por la resolución de alzada. Extremos que demuestran el incumplimiento de lo exigido por los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 418 del Cód. Pdto. Pen., declara INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por Juan Félix Illanes Gonzáles y Pedro Manzano Quispe de fs. 364 a 372 vta.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 12 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



254

Ministerio Público y otro c/ Paúl Arturo Apaza y otro

Asesinato

Distrito: Cochabamba

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memoriales presentados el 23 de junio y 7 de noviembre de 2016, cursantes de fs. 374 a 382 vta. y 386 a 389, los imputados Paúl Arturo Apaza y Denis Vargas Pérez, oponen excepciones de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y prescripción, ante el Tribunal Primero de Sentencia de Quillacollo del Tribunal Departamental de Cochabamba y este tribunal, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Filemón Vásquez Nina contra los solicitantes, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen.

I. Argumentos de las solicitudes de extinción de la acción penal

I.1. Excepción de extinción por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso presentado por Paúl Arturo Apaza.

El excepcionista refiere como antecedente y resumen de la etapa preparatoria, que el 9 de junio de 2010 en ocasión de estar con sus amigos, hoy procesados, fueron invitados inicialmente a una fiesta de bautizo, donde consumieron bebidas alcohólicas y posteriormente, fueron a una fiesta de matrimonio que se celebraba en "Las Retamitas", lugar en el que llevado por el consumo de bebidas alcohólicas, tuvieron una pelea con Roger Vásquez Nina al promediar la 01:30; y no obstante, que intentaron separarlos, sacándolos del local, fuera de él continuaron peleando, hasta que Roger Nina cayó al suelo y falleció por traumatismo encefalocraneano, hecho por el cual fue juzgado y se le impuso una sentencia condenatoria de treinta años y en medidas cautelares, seis años atrás, se ordenó su detención preventiva, momento desde el cual continuó privado de libertad, tiempo durante el cual no pudo definirse su situación jurídica y a la fecha se encuentra sin Sentencia ejecutoriada.

A tiempo de referirse a la naturaleza y gravedad del delito y los hechos investigados, afirma que en la presente causa, se investigó el delito de Homicidio y se sentó la base del juicio en el auto de apertura como homicidio, juzgándose por dicho tipo penal; empero, en audiencia y a tiempo de dictar sentencia, se cambió el tipo penal a asesinato, descrito en el art. 252 y 251 del Cód. Pen. Al respecto, advierte que en la sentencia se determinó la condena por asesinato, dictándose la pena más grave del sistema, que hasta la fecha no se ejecutorió, permitiendo un insulso transcurso del tiempo atribuible sólo a la acusación particular y a la fiscalía y pese al tiempo transcurrido, realizó una investigación deficiente, recabando pruebas que son irrelevantes para el proceso; en consecuencia, dicha actividad dilatoria es atribuible a la acusación

particular y fiscalía, órgano del estado que incumplió el principio de celeridad y objetividad, que no obstante que los actos se cumplieron dentro de los seis meses, establecidos en la ley, durante el mes de mayo, se recogieron todos los medios probatorios que fueron objeto del juicio, como se tiene del cuadernillo cautelar. Consta a fs. 1, el informe circunstancial que da cuenta de la apertura de la investigación, a fs. 3 a 7, los informes de acción directa, donde se recogió el cadáver y que se los aprehendió en flagrancia, acciones que se realizaron el 9 y 10 de mayo de 2010, tomándose en igual fecha las declaraciones informativas.

De la misma forma, el 9 de mayo de ese año, se realizó la imputación formal y también se presentó la querrela al día siguiente. El 10 de mayo se realizó la audiencia cautelar donde se dispuso su detención preventiva en la Cárcel de Cochabamba; es decir, se puso distancia entre su proceso y su persona, obstaculizando su defensa, razones por las que no presentó ningún incidente ni excepción, limitándose a realizar proposición de prueba de descargo.

El 17 de agosto del mismo año, el fiscal amplió imputación formal contra Juan Carlos Soto Serrano, a setenta días de la imputación inicial, actuación que considera dilatoria del Ministerio Público; por cuanto, en ese tiempo no se generó ninguna otra prueba que amerite la ampliación, realizándose la audiencia de declaratoria de rebeldía el 3 de noviembre de 2010 (fs. 66), las publicaciones edictales y el 13 de enero de 2012, recién se realizó al audiencia conclusiva; es decir, 1 año y 8 meses de investigación, seis veces más de lo que la ley permite. El Ministerio Público, pudo acusar antes de dicha fecha, pues se encontraba privado del libertad desde el primer momento, las pruebas fueron encontradas en el lugar de los hechos, desde el primer momento se recabaron apenas doce declaraciones informativas de los que en su momento fueron testigos, se recabaron apenas diez pruebas documentales, irrisoriamente, dentro los dos primeros meses y el muestrario fotográfico dentro de los once meses siguientes y en 2 DVD's de la boda y bautizo que se entregaron de inmediato; en consecuencia, aún con la existencia supuesta de una víctima, un delito, tres imputados, dos de los cuales fueron aprehendidos en el día de los hechos, los mismos se investigaron sin objetividad, ni celeridad, pues pese a la gravedad del delito, el caso no fue complejo de investigar, ni requería más que una actividad mínima probatoria pues nunca negaron los hechos e incluso hubo grabaciones de video, testigos presenciales, lo que facilitó la investigación y dio al tribunal una certeza de los hechos, por lo que culmina sosteniendo que no existe ninguna complejidad en la investigación ni por el número de víctimas, ni por la calidad de investigación.

En cuanto al elemento que debe analizarse respecto a la actividad procesal del interesado, afirma que conforme se tiene de fs. 42 del cuadernillo cautelar, el acta de medida cautelar de 10 de mayo de 2010, acredita que fue puesto en detención preventiva; por tanto, estuvo siempre y cada día a disposición de la autoridad fiscal y judicial, haciendo imposible que entorpezca la investigación en ningún momento. En esta etapa no presentó ni un solo memorial, habiendo interpuesto únicamente medios de defensa en la etapa de recurso; es decir, sólo interpuso una apelación y el recurso de casación; en consecuencia, no existe una sola conducta o defensa obstruccionista que hubiere realizado su persona durante la investigación, ni durante el juicio.

En cuanto a la conducta de las autoridades judiciales, afirma que la fase de la investigación fue demorada por el fiscal y acusación particular seis veces más de los permitido por ley; es decir, de la fecha de imputación de 10 de mayo de 2010 a la audiencia conclusiva de 13 de enero de 2012, por lo que existió demora del fiscal y de la jueza cautelar para llevar a cabo el control jurisdiccional que la ley le impuso y la audiencia conclusiva no le es atribuible, la demora en la remisión de antecedentes al tribunal, realizada por la juez cautelar, tampoco le es atribuible; por cuanto, llevó un tiempo desde el 13 de enero de 2012 hasta el 1 de agosto del mismo año, hasta el decreto de radicatoria, transcurrieron 6 meses y 27 días, sólo para trasladar el caso de Sipe Sipe a Quillacollo.

En la etapa de juicio oral, el juez cautelar remitió actuados al tribunal de mérito, radicando en el Tribunal de Quillacollo el 10 de agosto de 2012, realizándose la preparación del juicio; es decir, hasta el auto de apertura de 2 de octubre del mismo año, transcurrieron cincuenta y ocho días aproximadamente, señalando audiencia para el 5 de diciembre de 2012; es decir, dos meses sólo para el juicio, el mismo que terminó con una sentencia condenatoria el día el 26 de diciembre de 2012, siendo el tiempo utilizado por el sistema judicial para dictar sentencia de primera instancia de 2 años y 7 meses aproximadamente, resultando que además de proponer sus medios de defensa, no presentó ningún otro memorial, excepto solicitando nuevo señalamiento de audiencia en procura de obtener justicia pronta.

En etapa de apelación, formuló este medio de impugnación el 24 de enero de 2013, el que cumplidos los requisitos legales, fue remitido a la sala el 25 de febrero de 2013 y desde entonces, hasta el 16 de junio de 2016, en el que se dicta el auto de vista correspondiente, transcurrieron 3 años y 4 meses, para una etapa en la que corresponda revisar a fs. 277 y ninguna actividad judicial. Si bien cursa suspensiones de plazos, como la cursante a fs. 279, las mismas contienen justificativos que no hacen imposible la realización del acto atribuyendo la imposibilidad humana de atender 170 procesos anteriores; sin embargo, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana acompañada como prueba y según el voto razonado del juez García, evidenció que cualquier suspensión de plazos es una prórroga ilegal, pues con un auto de vista no es posible modificar la ley que establece que los plazos son improrrogables, más aún cuando las sentencias constitucionales y sobre todas las citadas, acreditan que el sistema del plazo fijo de los tres años fue modificado por la teoría del no plazo o el llamado plazo razonable, situación de preferente aplicación por disposición del art. 410 de la C.P.E.

En síntesis asegura que la etapa investigativa, por descuido o negligencia del fiscal duró 20 meses, la etapa de preparación de juicio y el juicio propiamente dicho, 4 meses y días; la etapa de apelación, 3 años y 4 meses, resultando un total de mora judicial de 64 meses; es decir, 6 años, 1 mes y 12 días, siendo esta demora injustificada, atribuible al fiscal, a los jueces y a la acusación particular, porque del análisis de su conducta, se tiene que no se hizo defensa obstructiva en ningún momento, pues estuvo privado de libertad desde el primer día y presentó sólo seis memoriales.

1.2. Excepción de extinción de la acción por prescripción interpuesta por Denis Vargas Pérez.

El solicitante afirma que de acuerdo a su declaración informativa de 9 de mayo de 2010, entre los datos proporcionados a la autoridad fiscal, se establece que nació el 9 de agosto de 1992, teniendo la edad de diecisiete años cumplidos a momento del hecho, edad y fecha de nacimiento que se encuentra debidamente acreditada por su certificado de nacimiento y carnet de identidad. De acuerdo a ello y por la

acusación fiscal presentada el 31 de marzo de 2011 por el Ministerio Público en la relación fáctica o descripción de los hechos, refiere "...Que al promediar las 04:00 del día domingo 9 de mayo de 2010, funcionarios policiales procedieron al levantamiento de un cadáver de sexo masculino identificado como Roger Vásquez Nina, quien falleció por traumatismo encefalo craneano severo con la deformación completa del cráneo, resultando con un golpe con piedra" (sic). Que conforme se tiene de la Sentencia N° 25/2012 de 5 de diciembre de 2012, emitido por el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, falla en función al art. 365 del Cód. Pdto. Pen., dictando sentencia condenatoria en "contra de los imputados...y Dennis Vargas Pérez por el delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen. con la imposición de 30 años de presidio sin derecho a indulto" (sic), encontrándose el proceso en "sala penal III" en espera de resolución de "apelación restringida".

Con ese antecedente, asevera que conforme al Código Niña, Niño y Adolescente (L. N° 548) que modifica el art. 5 del Cód. Pen., en sentido de que "la Ley Penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueron mayores de catorce años. La responsabilidad penal de adolescente de catorce años y menores de dieciocho años, estará sujeto al régimen especial establecido por el Código Niño, Niña y Adolescente" (sic), estableciendo el art. 4 del mismo código que: "...si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable, si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será esta la que se aplique", determinando el art. 123 de la Norma Suprema que la ley tendrá efecto retroactivo en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado, lo que está acorde a lo establecido por el A.S. N° 548 de 10 de octubre de 2014, refiriéndose la S.C.P. N° 1742/2013 de 21 de octubre, aludiendo a la S.C. N° 1030/2003-R de 21 de julio, a la aplicación del principio de favorabilidad, estableciendo el art. 203 de la C.P.E. que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y en contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

De acuerdo a ello y conforme al término de la prescripción y su interrupción en niñez y adolescencia, establecido en el art. 284 de la L. N° 548, que refiere: "Salvo los casos de imprescriptibilidad establecidos en la Constitución Política del Estado, la acción penal contra la persona adolescente prescribe: A) En tres años, para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de diez años o más años.", refiriendo el art. 284-II de la L. N° 548 que: II "los términos señalados para la prescripción de la acción se contarán a partir de la media noche en se cometió el delito o en que cesó su consumación.

III. El término de la prescripción de la acción penal para la persona adolescente se interrumpirá con la imputación formal o la declaración de la rebeldía, momento desde el cual el plazo se computará nuevamente".

En cuyo mérito, el solicitante argumenta que de la revisión de datos que cursan en antecedentes, se evidencia que fue imputado el 9 de mayo de 2010, siendo detenido preventivamente el 10 del mismo mes y año por la comisión del delito previsto y sancionado por el art. 252 del Cód. Pen., por un hecho suscitado el 9 de mayo de ese año, hecho ratificado por la acusación fiscal, particular y sentencia en primera instancia entre otros, que cursan en antecedentes, que conforme se acredita por el certificado de nacimiento y carnet de identidad en original que también cursan en antecedentes, se establece que nació el 9 de agosto de 1992, teniendo la edad de diecisiete años cumplidos a momento del hecho. En ese sentido, el Código Niña, Niño y Adolescente, norma especial de aplicación preferente frente a la ley general, incide el ámbito de la esfera de la libertad del imputado; por cuanto, conforme a la S.C.P. N° 1742/2013 de 21 de octubre, que a su vez toma como fundamento a la S.C. N° 1030/2003-R de 21 de julio, establece que dentro el ámbito de la esfera de la libertad, refiere "...Beneficie al delincuente, en el ámbito de su esfera de libertad; siendo comprensivas de tal ámbito, entre otras: las circunstancias, el tiempo de la prescripción de la acción penal" (sic), más aún si en el presente caso no existe ninguna causal de suspensión o interrupción de plazos procesales, que inclusive realizando el cómputo de los plazos procesales a partir de la presentación de la acusación presentada el 31 de marzo de 2011, se tiene que hasta el 31 de marzo de 2014 habría prescrito la presente acción penal por mandato expreso del art. 284-a) de la L. N° 548, encontrándose dentro de los alcances del principio de favorabilidad y consiguiente retroactividad de la ley prevista como excepción en el art. 123 de la C.P.E.; en consecuencia, se debe proceder a declarar fundada la excepción de prescripción de la acción penal.

II. Trámite y respuestas a las excepciones planteadas

Mediante decretos de 4 y 8 de noviembre de 2016 (fs. 385 a 390) se dispuso que en observancia a la actual línea jurisprudencial constitucional contenida en la S.C.P. N° 1061/2015-SSI de 26 de octubre, estando radicada la causa principal en este tribunal, dispuso el traslado de los mismos a la parte contraria para su contestación en el plazo de tres días a partir de su legal notificación, suspendiéndose el plazo procesal inserto en el primer párrafo del art. 418 del Cód. Pdto. Pen.; no obstante, la legal notificación del Ministerio Público con ambas solicitudes de extinción de la acción penal, a través de la diligencia que consta a fs. 390, no presentó respuesta alguna.

Por su parte el acusador particular Filemón Vásquez Nina, a través de memorial presentado vía fax el 21 de marzo de 2017 (fs. 423 a 426), el acusador particular respondió con relación a la excepción de extinción de la acción penal interpuesta por los imputados, en los siguientes términos:

En relación al acusado Paúl Arturo Apaza, con sus observaciones insuficientemente infundadas y con argumentos poco razonables y válidos, pretende confundir a la autoridad jurisdiccional manifestando que el delito habría prescrito, sin tomar en cuenta que el art. 29 del Cód. Pdto. Pen., establece la prescripción de la acción penal en ocho años para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de seis años o más de seis años. Tomando en cuenta que el ilícito aconteció el 9 de mayo de 2010, existiendo en la fecha sentencia condenatoria de treinta años de presidio sin derecho a indulto por la comisión del delito de asesinato, que todavía no se encuentra ejecutoriada, en caso de darse la extinción, se estaría favoreciendo a unos asesinos que estando sentenciados por el asesinato de su hermano Roger Vásquez Nina, que no quieren asumir su responsabilidad ante la Justicia y así no cumplir su condena.

En cuanto al acusado Denis Vargas Pérez, según él la causa tendría favoritismo bajo el régimen especial establecido por el Código Niña, Niño y Adolescente; ya que, por acusación formal emitida por el Ministerio Público el 31 de marzo de 2011, el acusado ya era imputable acorde a las normas vigentes y que no tendría ningún beneficio con la L. N° 548, ni con la retroactividad de la norma favorable; es más, pide la

extinción de la acción penal equivocadamente y con los mismos argumentos del imputado Paúl Arturo Apaza, donde el acusado Denis Vargas, manifiesta que nació el 9 de agosto de 1992, teniendo la edad de diecisiete años cumplidos y que el cómputo de los plazos procesales a partir de la presentación de la acusación formal presentada el 31 de marzo de 2011, se tiene que hasta el 31 de marzo de 2014, habría prescrito la presente acción penal, según el art. 284-a) del Cód. N.N.A., pero no tomaron en cuenta el art. 29 del Cód. Pdto. Pen. y que existe una sentencia condenatoria en contra suya que todavía no se encuentra ejecutoriada, ya que en caso de darse la extinción de la acción penal, se estaría favoreciendo a unos asesinos, conforme ya señaló anteriormente. Asimismo, el delito cometido por los acusados Paúl Arturo Apaza y Juan Carlos Soto Serrano (Rebelde), es un delito de lesa humanidad; en consecuencia, pese a ser sentenciados con 30 años de presidio sin derecho a indulto por haber asesinado a su hermano, no tendrían este beneficio de prescripción ni cualquier otro, ya que el delito que cometieron de asesinato es de lesa humanidad, que por ende es imprescriptible; a cuyo efecto, pide se rechacen las referidas excepciones.

III. Fundamentos de la resolución

En el caso presente, los imputados solicitantes, oponen a su turno, excepciones de extinción de la acción penal por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso y por prescripción; en cuyo mérito, resulta menester hacer referencia al marco normativo aplicable, a los antecedentes procesales del caso, para finalmente efectuar el análisis de la problemática planteada.

III.1. De la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso.

Entre las formas de extinción de la acción penal que fija la norma procesal penal, el art. 27-10 del Cód. Pdto. Pen., dispone: "Por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso"; en relación a ello, el mismo Código, en el art. 133, establece la forma de realizar el cómputo, disponiendo: "Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía.

Las causas de suspensión de la prescripción suspenderán el plazo de duración del procedimiento. Cuando desaparezcan éstas, el plazo comenzará a correr nuevamente computándose el tiempo ya transcurrido.

Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal".

Por su parte, el segundo párrafo del art. 5 del Código Adjetivo Penal, determina: "Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito.

Toda persona a quien se atribuya un delito tiene derecho a ser tratada con el debido respeto a su dignidad de ser humano".

Sobre la temática y en relación al cómputo del plazo para determinar la duración máxima del proceso, el Tribunal Constitucional estableció, analizando la actuación del tribunal de alzada, que: "...no tomaron en cuenta lo previsto por la S.C. N° 1036/2002-R, de 29 de agosto, pues el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 del Cód. Pdto. Pen. para el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza a partir de que el juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, plazo que en casos de existir pluralidad de imputados se computa desde la última notificación con la imputación formal; lo que no implica que el plazo de tres años (art. 133 Cód. Pdto. Pen.) en el que deben finalizar los juicios se amplíe, con ese razonamiento interpretativo la ya citada S.C. N° 1036/2002-R, en forma clara, determinó que el cómputo de los tres años de duración del proceso no debía efectuarse desde la imputación formal al señalar que: 'éste entendimiento interpretativo (se refiere a la imputación formal y al inicio del proceso) no significa que nuestro sistema procesal se aparte del mandato de justicia pronta y efectiva, que contiene el art. 116-X Constitucional, por cuanto el plazo de tres años (art. 133 del Cód. Pdto. Pen.) en el que deben finalizar los juicios, no se amplía con este razonamiento interpretativo'.

Por su parte el art. 5 del Cód. Pdto. Pen., párrafo segundo, dispone que: 'Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito'; por consiguiente, considerando dicha normativa, el cómputo de los tres años de duración del proceso penal previsto en el art. 133 del Cód. Pdto. Pen., se computa a partir de la primera sindicación efectuada en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito; en consecuencia, para computar la extinción de la acción penal por el transcurso máximo del tiempo previsto en el referido art. 133 del Cód. Pdto. Pen., es necesario considerar lo manifestado" (S.C. N° 033/2006 de 11 de enero).

Ahora bien, en cuanto a los aspectos que la autoridad jurisdiccional debe observar para determinar la extinción de la acción penal, la jurisprudencia constitucional, en reiterados fallos, aclaró no ser suficiente considerar únicamente el transcurso del tiempo sino que se debe analizar, caso por caso, la complejidad del asunto, referida no sólo a los hechos, sino también a la cuestión jurídica, la conducta de las partes que intervienen en el proceso y de las autoridades competentes -Órgano Judicial y Ministerio Público-, carga atribuida al imputado (SS.CC. Nos. 101/2004 de 14 de septiembre de 2004, A.C. N° 0079/2004-ECA de 29 de septiembre y 1042/2005-R de 5 de septiembre, entre otras); en esa misma línea, la S.C. N° 0551/2010-R de 12 de julio, estableció: "Con relación a ello, vale dejar claramente establecido que el plazo fatal y fijo, no puede ser considerado como único criterio para extinguir una causa por duración máxima del proceso, sino que también debe ponderarse en forma concurrente los factores ya citados en la jurisprudencia constitucional glosada, efectuando un análisis para cada caso concreto, donde deberá analizarse si existen elementos suficientes que establezcan la extinción de la acción, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, aspectos que constituyen una omisión indebida por parte de los codemandados, sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano, como la falta de nombramiento oportuno de dichas autoridades, las frecuentes e intempestivas renunciaciones de funcionarios de esas reparticiones, así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia. En consecuencia, corresponderá efectuar un estudio integral de los elementos que incidieron en la mora procesal, sin atentar contra la eficacia de la coerción penal favoreciendo a la impunidad".

De ahí, que se entiende que el plazo previsto por el art. 133 del Cód. Pdto. Pen. constituye un parámetro objetivo a partir del cual corresponde analizar en cada caso concreto la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso, para cuyo análisis, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó tres criterios esenciales: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y, c) la conducta de las autoridades judiciales, criterios que fueron asimilados por el Tribunal Constitucional mediante la S.C. N° 0101/2004 de 14 de septiembre y el Auto Complementario N° 0079/2004-ECA de 29 del mismo mes. Por ello, no todo proceso que exceda el plazo de duración máxima previsto por ley vulnera la garantía de juzgamiento en plazo razonable, sino únicamente cuando resulta evidente la indebida dilación de la causa.

La garantía de juzgamiento en plazo razonable, es coherente con la garantía a una justicia sin dilaciones indebidas, pues lo que se pretende es resguardar al imputado de aquellos actos injustificados que dilatan la tramitación del proceso y la resolución final, provocando y manteniendo en incertidumbre y zozobra al encausado, por ello corresponde en cada caso analizar si la no conclusión de un proceso en el plazo máximo previsto por ley, obedece o no a dilaciones indebidas.

Además, es menester señalar que la S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, estableció: "(...) al estar fijados los entendimientos desarrollados precedentemente, los fundamentos de la S.C. N° 1716/2010-R, no constituyen argumentos suficientes para determinar que la única autoridad competente para asumir el conocimiento de los incidentes de extinción de la acción penal, sean las autoridades jurisdiccionales que emitieron la sentencia de primera instancia, sino que, en virtud a lo establecido por el art. 44 del Cód. Pdto. Pen., el juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas". En este sentido, es menester dejar establecido que, la autoridad competente para asumir el conocimiento y resolver los incidentes de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción, es el juez o tribunal donde radica la causa principal, así, si el planteamiento de la excepción se da en etapa de apelación o casación, las decisiones emergentes de las salas penales y del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud los entendimientos plasmados precedentemente, pero fundamentalmente por la naturaleza de la etapa procesal, no admiten impugnación; en efecto, lo que se pretende es evitar las exageradas dilaciones que conllevan las peticiones y envíos de expedientes entre el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales o jueces conocedores de la causa principal, que a cuya consecuencia, en muchos casos, se han postergado innecesariamente las decisiones oportunas en cuanto al fondo del proceso se refiere, muchas veces por las comunicaciones inoportunas de los jueces y tribunales conocedores de la causa principal, como ocurrió en el caso analizado; asimismo, como se expresó, la interposición de los incidentes ante las prenombradas autoridades, en la práctica sirvió para paralizar el pronunciamiento de fondo, ya que inclusive, estando sorteada la causa, el máximo Tribunal de Justicia ordinaria, se vio impedido de emitir la resolución mientras no esté resuelta la excepción ante el juez de instancia, lo que sin duda constituye una clara vulneración de los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de acceso a la justicia y una afrenta a la vigencia del principio de celeridad y también de concentración de actos. En este sentido, cuando el justiciable decida plantear extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, deberá formularlo ante el juez o tribunal que conoce la causa principal; sin embargo, también es imperioso aclarar que, si el incidente fuere suscitado ante el Juez de Instrucción en lo Penal o, ante los Tribunales o Jueces de Sentencia Penal, sus decisiones efectivamente son impugnables, ya que la naturaleza de la etapa procesal así lo permite. El presente entendimiento implica la reconducción de la línea jurisprudencial establecida en la S.C. N° 1716/2010-R a los entendimientos asumidos en la S.C. N° '0245/2006', que emergió de los razonamientos establecidos en las SS.CC. Nos. '0101/2004, 1868/2004-R, 0036/2005, 0105-R, 1365/2005-R' y AC 0079/2004-ECA."

III.2. Análisis de la excepción opuesta por el imputado Paúl Arturo Apaza.

Conforme a la normativa expuesta precedentemente, la acción penal se extingue en tres años a contar desde la denuncia en sede judicial o administrativa y conforme a la jurisprudencia constitucional, a efectos de analizar el cumplimiento del plazo máximo de duración del proceso, no es suficiente la consideración única del cómputo aritmético del vencimiento del plazo, sino que, además deben analizarse en cada caso concreto la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, con el fin de verificar si corresponde declarar extinguida la acción penal sin atentar la eficacia de la coerción penal favoreciendo la impunidad.

En mérito a ello, corresponde analizar los argumentos expuestos por el incidentista en la excepción planteada, quien previa referencia a que en el mes de "mayo" se recogieron todos los medios probatorios que fueron objeto del juicio, de acuerdo al cuadernillo cautelar, afirma que conforme al informe circunstancial que da cuenta de la apertura de la investigación, los informes de acción directa donde se recogió el cadáver y que se lo aprehendió en flagrancia, ocurrieron el 9 y 10 de mayo de 2010, habiéndose tomado en igual fecha las declaraciones informativas. Asimismo, que el 9 de mayo se realizó la imputación formal, presentándose querrela al día siguiente, habiéndose limitado su actuación a realizar la proposición de prueba de descargo, sin haber presentado ningún incidente ni excepción.

As severa que el 17 de agosto de 2010, el representante del Ministerio Público, amplió la imputación formal contra Juan Carlos Soto Serrano, a sesenta días de la imputación inicial, actuación que califica de dilatoria por parte del fiscal, dado que ese tiempo no generó ninguna otra prueba que amerite la ampliación. Asimismo, tilda de dilatorio el hecho de que la audiencia conclusiva se haya realizado recién el 13 de enero de 2012, por cuanto el Ministerio Público –a criterio del excepcionista- pudo acusar antes de la fecha referida, ya que se encontraba privado del libertad desde el primer momento, las pruebas fueron encontradas en el lugar de los hechos, desde el primer momento se recabaron apenas doce declaraciones informativas de los que en su momento fueron testigos, se recabaron apenas diez pruebas documentales, irrisoriamente, dentro los dos primeros meses y el muestrario fotográfico dentro de los once meses siguientes y en 2 DVD's de la boda y bautizo que se entregaron de inmediato; sin embargo, no lo hizo. No obstante, la existencia supuestamente de una víctima, un delito, tres imputados, dos de los cuales fueron aprehendidos en el día de los hechos, los mismos que se investigaron sin objetividad, ni celeridad, pues pese a la gravedad del delito, el caso no fue complejo de investigar, ni requería más que una actividad mínima probatoria, pues nunca negaron los hechos e incluso hubo grabaciones de video, testigos presenciales, lo que facilitó la investigación y dio al tribunal una certeza de los hechos, por lo que culmina sosteniendo que no existe ninguna complejidad en la investigación ni por el número de víctimas, ni por la calidad

de investigación. Más adelante el imputado alega que la fase de investigación fue demorada por el fiscal y acusador particular seis veces más de lo permitido por ley; por cuanto, duró desde la fecha de imputación de 10 de mayo de 2010 a la audiencia conclusiva de 13 de enero de 2012.

Al respecto, si bien puede identificarse como fecha de inicio del proceso penal el 9 de mayo de 2010, por cuanto esa fecha habría ocurrido el hecho y ese mismo día se habría presentado la imputación formal en contra del excepcionista y los coacusados; sin embargo, a más de la referida relación de fechas y de la simple afirmación de que la etapa preparatoria, duró “6 veces más de lo que la ley permite” (sic), no justifica ni mucho menos demuestra que la argüida dilación procesal que atribuye al Ministerio Público y a la jueza cautelar, es indebida o que no está debidamente sustentada en alguna causal que obedezca a motivos fuera del alcance de la voluntad de dichas autoridades, teniéndose que el solicitante no obstante haber identificado con número de foja algunas actuaciones dentro del proceso, como del informe circunstancial de la apertura de investigación, informe de acción directa y audiencia de declaratoria de rebeldía del coacusado, de todas formas no constituyen actuaciones que puedan demostrar por sí mismas, de algún modo, la dilación indebida sufrida en la tramitación de la presente causa; en consecuencia, se advierte que el solicitante no cumplió con la carga procesal de demostrar la dilación ilegal o indebida, de exclusiva responsabilidad del juez cautelar y/o del Ministerio Público.

Igualmente, en cuanto a la demora que atribuye al Juez cautelar respecto a la remisión de antecedentes al tribunal, la que habría tomado desde el 13 de enero de 2012 al 1 de agosto del mismo año, fecha del decreto de radicatoria, además de no haber identificado plenamente las fojas en las que cursan en el expediente, no fundamentó ni demostró de modo alguno las razones por las que la dilación que calcula de 6 meses y 27 días, en la remisión del expediente, fue ilegal o indebida atribuida a dichas autoridades jurisdiccionales. Del mismo modo, se tiene de la relación de fechas que efectúa con relación a la remisión de actuados del Juez cautelar al Tribunal de mérito de Quillacollo, calculando que hasta el auto de apertura de 2 de octubre del mismo año, transcurrieron 58 (cincuenta y ocho días) aproximadamente y para el señalamiento de audiencia, en diciembre de 2012, 2 meses, dictándose sentencia condenatoria el 26 de diciembre del mismo año, lo que totalizó un tiempo de 2 años y 7 meses aproximadamente, para que el sistema judicial dicte sentencia de primera instancia, lo que considera dilatorio sin exponer las razones de su criterio ni mucho menos demostrar que la referida actuación dilatoria haya sido de exclusiva responsabilidad de los órganos estatales encargados de la persecución y procesamiento penal; por cuanto, únicamente se limitó a afirmar que durante ese tiempo él no presentó ningún otro memorial además de proponer los medios de defensa y de solicitar nuevo señalamiento de audiencia en procura de obtener justicia pronta.

En similar sentido, se advierte que el recurrente no justificó ni demostró de modo alguno que el tiempo que se tomó en la resolución del recurso de apelación restringida que formuló el 24 de enero de 2013 y recién fue resuelto el 16 de junio de 2016, a través del auto de vista correspondiente, haya provocado una dilación indebida, ilegal o injustificada, únicamente atribuible a la actuación del Ministerio Público y/o de las autoridades jurisdiccionales, limitándose a expresar que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cualquier suspensión de plazos es una prórroga ilegal; por cuanto, con un auto de vista no es posible modificar la ley que establece que los plazos son improrrogables más aún, cuando las sentencias constitucionales citadas, acreditan que el sistema del plazo fijado de los tres años fue modificado por la teoría del plazo o el llamado plazo razonable, situación de preferente aplicación por disposición del art. 410 de la C.P.E.

Al respecto, se advierte un criterio contradictorio expuesto por el solicitante, por cuanto de acuerdo a la teoría aludida por él mismo, sobre el no plazo o plazo razonable, para establecer éste se deben tomar en cuenta ciertos criterios con el fin de determinar si el plazo de duración de un proceso; es decir, analizando cada caso particular, amerita la extinción de la acción penal, conforme se expuso en el fundamento jurídico precedente, en el que se establecieron pronunciamientos constitucionales sustentados en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se estableció que deben considerarse en el análisis, la ponderación de: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y, c) la conducta de las autoridades judiciales; siendo éstos los criterios que este tribunal ha asumido en reiterados fallos, precisamente en atención al bloque de constitucionalidad reconocido en el art. 410 de la Norma Fundamental y a la interpretación emanada del Tribunal Constitucional; en consecuencia, no es suficiente considerar el fenecimiento del plazo de duración máxima al cabo de tres años de denunciado el hecho, sino que es preciso que se demuestre que la duración del proceso más allá del plazo legal establecido, no obedeció a parámetros razonablemente justificables y que estaban fuera del alcance de previsión de los órganos encargados de la persecución penal y su juzgamiento, o que se debieron a la naturaleza compleja del objeto de juzgamiento o a la conducta del interesado, presupuesto en el que también debe considerarse el comportamiento de los demás sujetos procesales; por cuanto, ante la existencia de más de un imputado, el Ministerio Público y la Policía boliviana debe doblar esfuerzos en la labores de investigación para la identificación de los probables autores del hecho delictivo y la concreción de su participación en el mismo.

En ese entendido, de la revisión de antecedentes se advierte, que además de estar imputados Paúl Arturo Apaza y Denis Vargas Pérez, actuales excepcionistas, también se inició la investigación contra Juan Carlos Soto, quien a través de Auto de 3 de noviembre de 2010, fue declarado rebelde por el Juez de Instrucción Mixto, Liquidador y Cautelar de Sipe Sipe, actuación que le fue notificada mediante edicto de 9 de noviembre del mismo año, a través de publicaciones de prensa de 30 de noviembre y 5 de diciembre de 2010. Igualmente, con la radicatoria y la acusación particular, fue notificado a través de edictos publicados en medios de prensa el 8 y 15 de septiembre de 2012 y con el auto de apertura de juicio contra Paúl Arturo Apaza, Denis Vargas Pérez y el declarado rebelde, a través de publicaciones de prensa escrita de 16 y 20 de octubre de 2012, corroborándose con dichas actuaciones, que la investigación que derivó en la acusación de los tres imputados implicó el despliegue de los mecanismos de averiguación de la verdad contra tres imputados, por el hecho delictivo de Homicidio -conforme al contenido de la acusación pública-, derivando en la apertura de juicio contra los tres nombrados, habiéndose usado un determinado tiempo en la notificación por edictos del imputado Juan Carlos Soto, en sujeción a la norma procesal penal, lo que está plenamente justificado, teniéndose con ello que la causa no resultó fácil en su desenvolvimiento, sino que revistió cierto grado de complejidad en atención a la participación en el hecho de más de una persona, siendo tres los involucrados, uno de ellos declarado rebelde.

Por otro lado, habiéndose emitido la sentencia condenatoria contra los actuales solicitantes de extinción de la acción penal por la comisión del delito de asesinato, el 26 de diciembre de 2012, ambos plantearon apelación restringida el 16 y 24 de enero de 2013, que fue respondida por el acusador particular, mediante memoriales presentados el 24 de enero y 4 de febrero del mismo año; a cuyo efecto, a través de decreto de 5 de febrero, el Tribunal de Sentencia dispuso su remisión al tribunal de apelación (fs. 275), el que luego de las notificaciones correspondientes a las partes procesales, fue remitido con nota de cortesía el 26 de febrero de 2013 (fs. 277), llegando a radicar los recursos de alzada en la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, el que conforme al informe de la secretaria de sala, a través de Auto de 28 de febrero de 2013, en el que fundamentó que existían 233 expedientes pendientes de sorteo en el primer semestre de la gestión 2012, sumado al hecho de que dicho tribunal debió resolver durante tres meses aproximadamente los recursos de apelación incidental en medidas cautelares personales en el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2008 hasta el 22 de enero de 2009, completando el número de 170 causas, así como la acefalía de un vocal a partir del 1 de agosto de 2011 hasta fines de febrero de 2012, lo que en ese momento hacía imposible cumplir razonablemente los plazos procesales, circunstancias extraordinarias que no podían haberse previsto y aún previstas, no podían evitarse. No se pudo prever que los recursos de apelación restringida se incrementarían en el volumen ese día existente y que los tribunales de apelación en materia penal resultarían insuficientes para atender esa carga procesal, además de otros asuntos que debían conocer como las acciones constitucionales, razones por las cuales determinó suspender el plazo para el sorteo de la causa; y en consecuencia, el plazo de duración máxima del proceso hasta que se sortee conforme al orden cronológico que corresponda o siguiendo en su caso los criterios de la resolución adoptada por la sala plena de dicho tribunal.

Con dicho antecedente, se puede verificar que de manera justificada y razonada el tribunal de apelación suspendió el plazo para el sorteo de la causa y el cómputo de duración máxima de duración del proceso, en el tiempo comprendido entre el 28 de febrero de 2012 hasta el 18 de enero de 2016 (fs. 390), fecha en la cual se convocó a la vocal Karem Lorena Gallardo Sejas, de la Sala Penal Primera, para formar quórum a efectos de resolver los recursos de apelación restringida, debido a la acefalía de una vocalía en la Sala Penal Tercera, emitiéndose el Auto de Vista el 19 de febrero del mismo año, habiendo sido notificado a los acusados el 16 de junio de 2016 (fs. 299); a cuyo efecto, interpusieron recursos de casación a través de memoriales de 22 y 23 de junio de 2016, habiendo interpuesto Paúl Arturo Apaza la solicitud de extinción de la acción penal el 23 de junio del mismo año ante el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, que fue remitido a este tribunal recién el 3 de noviembre de 2016, en atención a la reconducción de línea jurisprudencial constitucional (S.C.P. N° 1061/2015-SII de 26 de octubre) y Denis Vargas Pérez el 7 de noviembre del mismo año, ante este tribunal, los que son objeto de análisis.

De lo expuesto, se puede concluir que la presente acción penal, además de revestir cierto grado de complejidad por la presunta participación de tres personas en el hecho delictivo, habiendo sido declarada rebelde una de ellas, el incidentista no demostró de manera objetiva y fundamentada que la suspensión legal (por vacaciones judiciales considerando veinticinco días por gestión) expresamente determinada en el art. 130 último párrafo de la L.O.J.; y, la circunstancial (establecida por resolución judicial, que duró 3 años y diez meses y 21 días), no hayan estado dentro del marco de previsibilidad de las referidas autoridades; y que por ende, resultaren ilegales y de exclusiva responsabilidad de los órganos encargados de la persecución penal; por cuanto, como se estableció en los párrafos precedentes, el solicitante tenía la obligación procesal de demostrar que el vencimiento del plazo máximo de duración del proceso resultó injustificado, al no haberlo hecho, corresponde declarar infundada la extinción analizada.

III.3. Marco normativo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción.

De acuerdo a la doctrina, la prescripción es un medio de liberarse de las consecuencias penales de una infracción penal o una conducta penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley, siendo el transcurso del tiempo factor predominante para que opere esta excepción.

En el A.S. N° 120-P de 20 de marzo de 2006, entre otros, se definió que la prescripción de la acción penal es una figura liberadora, en mérito de la cual, por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del estado a imponer una sanción; toda vez, que este instituto se halla ligado con el derecho que tiene todo imputado de conocer su situación jurídica, por lo que ni el sindicado tiene el deber de esperar indefinidamente que el estado prosiga con el trámite de la causa hasta su conclusión, ni la sociedad puede esperar indefinidamente la resolución que disponga la autoría o absolución de los imputados, lo que genera incertidumbre en la sociedad, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el art. 29 del Cód. Pdto. Pen.

En relación al instituto jurídico de la prescripción, el ordenamiento jurídico nacional a través de la S.C. N° 0023/2007-R de 16 de enero, señaló: "De acuerdo a la doctrina, la prescripción se traduce en los efectos que produce el transcurso del tiempo sobre el ejercicio de una determinada facultad.

Esta definición, aplicada al ámbito penal, significa la expresa renuncia por parte del estado del derecho a juzgar debido al tiempo transcurrido.

Conforme a ello, es el propio estado el que, a través de la norma penal (procesal o sustantiva, según las legislaciones), establece los límites de tiempo en que puede ejercer la persecución penal. La actividad represiva del estado no puede ser ejercida de manera indefinida, ya que al hacerlo se quebrantaría el equilibrio que debe existir entre la función de defensa de la sociedad y la protección de derechos y garantías individuales.

Tradicionalmente se ha fundamentado la prescripción en diferentes razones, unas de tipo subjetivo, vinculadas a los cambios que el tiempo opera en la personalidad del delincuente, que determinan la desaparición de su peligrosidad para la sociedad; otras consideradas objetivas y de utilidad social, que señalan que con el transcurso del tiempo desaparece la alarma social y no existe necesidad de prevención general; aquellas de orden procesal que sostienen que existen dificultades en la recolección de elementos probatorios para determinar la culpabilidad o inocencia del presunto autor. También se han aducido razones de política criminal, en sentido que el castigo impuesto mucho tiempo después de la comisión del hecho no alcanza los fines de la pena (prevención especial y prevención general, positiva y negativa),

careciendo, en consecuencia, su imposición de razón de ser; así como razones jurídicas, que inciden en la necesidad de eliminar la incertidumbre en las relaciones jurídicas y la desaparición de la intranquilidad causada por el delito.

Si bien los anteriores fundamentos son válidos, actualmente la prescripción debe fundamentarse desde la Constitución, en la medida en que este instituto están íntimamente vinculados con los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, fundamentalmente la garantía del debido proceso, la prohibición de indefensión y el derecho a la seguridad jurídica.

Así, respecto al derecho a la defensa, es innegable que si pese al tiempo transcurrido, la acción penal se dirigiera contra el supuesto culpable, llegando inclusive a imponerse una pena, se produciría una grave indefensión, pues los medios de defensa de los que podría servirse el imputado, o ya no existirían o se encontrarían debilitados, corriéndose el riesgo de condenar a un inocente por el tiempo transcurrido. En síntesis, el transcurso del tiempo incrementa el riesgo del error judicial, por encontrarse debilitadas las pruebas de la defensa. A su vez, el derecho a la defensa se encuentra conectado con la seguridad jurídica, derecho que se garantiza al evitar que se celebren procesos que no gozan de las mínimas garantías que permitan obtener una sentencia justa y que ocasionarían lesión a la garantía del debido proceso."

III.4. Análisis de la excepción opuesta por el imputado Denis Vargas Pérez.

De acuerdo al art. 116-I de la Norma Fundamental, se garantiza la presunción de inocencia de los imputados o procesados, estableciendo el art. 6 del Código Adjetivo Penal, al respecto, que: "Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada.

No se podrá obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo y su silencio no será utilizado en su perjuicio.

La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad.

En el caso del rebelde, se publicarán únicamente los datos indispensables para su aprehensión".

En ese entendido, se tiene que estando garantizada la presunción de inocencia de los sujetos a quienes se endilgue la comisión de algún delito, los acusadores, público y/o particular tienen que demostrar los hechos imputados, por lo que la carga de la prueba les corresponde; sin embargo, tratándose de cuestiones incidentales, que se tramitan paralelamente a la causa principal, donde no está en discusión la comprobación de los hechos que dieron lugar al inicio del proceso penal contra el imputado, está normativamente establecido que es el incidentista quien tiene la carga de demostrar los extremos alegados en el incidente o excepción, ofreciendo la prueba necesaria y acompañando la documentación correspondiente, lo que de ningún modo transgrede el principio de presunción de inocencia del que goza todo imputado mientras no se demuestra su culpabilidad.

En mérito a ello, el primer párrafo del art. 314 del Cód. Pdto. Pen., en cuanto a la tramitación de las excepciones, dispone: "Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas o requieran la producción de prueba, se tramitarán por la vía incidental, sin interrumpir la investigación y serán propuestas por escrito fundamentado en la etapa preparatoria y oralmente en el juicio, ofreciendo prueba y acompañando la documentación correspondiente".

Ahora bien, considerando la normativa antes expuesta, de la revisión de antecedentes se advierte que Denis Vargas Pérez; no obstante, señalar en su memorial de solicitud de extinción de la acción penal la existencia en antecedentes de su certificado de nacimiento y cédula de identidad, con lo cual pretende demostrar que en el momento de la comisión del hecho endilgado, era menor de 18 años y así beneficiarse de la aplicación del art. 284 con relación a los arts. 4 y 5 de la L. N° 548 de 17 de julio de 2014, se advierte que además de no haber adjuntado en el escrito de extinción la prueba referida, pues en el "Mas otrosi", únicamente anuncia que ante la Sala Penal Tercera presentó como pruebas las fotocopias legalizadas de la imputación formal y del acta de aplicación de medidas cautelares, lo que demuestra la falta de cumplimiento con la carga de demostrar documentalmente la edad con la que contaba en el momento de la comisión del hecho, no obstante ser el argumento en el que basa su excepción; igualmente se tiene, de la revisión minuciosa de antecedentes que cursan en este tribunal, que no existe documento alguno referido a un certificado de nacimiento o carnet de identidad que haya presentado el solicitante, que demuestre objetivamente su edad a efectos de que el imputado, actual solicitante, pueda beneficiarse con las normas establecidas en el Código Niña, Niño o Adolescente, por lo que este tribunal se ve imposibilitado de adquirir certeza sobre los argumentos expuestos, a efectos de analizar la aplicación de la norma más favorable en su condición de su supuesta minoridad de edad, precisamente en mérito a la falta de acompañamiento de prueba pertinente que acredite los fundamentos de su excepción, lo que constituye responsabilidad de ineludible cumplimiento de la parte acusada, cuando pretende demostrar los presupuestos que hacen viable la excepción de extinción planteada, motivo por el cual el planteamiento resulta infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en mérito al párrafo tercero del art. 44 del Cód. Pdto. Pen. , declara INFUNDADAS las excepciones de extinción de la acción penal duración máxima del proceso y por Prescripción, interpuestas por Paúl Arturo Apaza y Denis Vargas Pérez; en consecuencia, se reanuda el plazo inserto en el art. 418 del Cód. Pdto. Pen.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



255

Ministerio Público y otra c/ Víctor Hugo Cueto Argote y otro
Amenazas
Distrito: Cochabamba

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memoriales presentados el 23 y 27 de septiembre de 2016, cursantes de fs. 409 a 417 y fs. 464-465 vta., Víctor Hugo Cueto Argote y Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio, interponen recursos de casación, impugnando el Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, de fs. 382 a 389 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, conformado por las vocales Karem Lorena Gallardo Sejas y Nuria Gisela Gonzáles Romero, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio, contra Víctor Hugo Cueto Argote y Oliver Mijaíl Cueto Argote, por la presunta comisión del delito de amenazas, previsto y sancionado por el art. 293 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 23/2014 de 24 de julio (fs. 334 a 341 vta.), el Juez de Partido Penal Liquidador y de Sentencia de Quillaollo del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Víctor Hugo Cueto Argote autor de la comisión del delito de amenazas, previsto y sancionado por el art. 293 del Cód. Pen., imponiendo la pena de prestación de trabajo de tres meses y multa de cincuenta días a razón de Bs 3.- por día, más costas y pago de responsabilidad civil al estado y la víctima; y, absuelto a Oliver Mijaíl Cueto Argote, del delito indilgado en su contra.

b) Contra la mencionada sentencia, Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio (fs. 343 a 348 vta.) y Víctor Hugo Cueto Argote (fs. 353 a 360 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, que declaró inadmisibles los recursos de apelación del imputado e improcedente la apelación de la acusadora particular y confirmó la sentencia apelada; por otra parte, fue rechazada la solicitud de explicación complementación y enmienda del acusado, mediante Resolución de 20 de septiembre de 2016 (fs. 393 y vta.), dando lugar a la interposición de los recursos de casación en análisis.

I.1.1. Motivos de los recursos de casación.

De los memoriales de los recursos de casación y del A.S. N° 888/2016-RA de 14 de noviembre, se extraen los motivos a ser analizados en la presente resolución, a los que este tribunal circunscribirá su análisis conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17-II de la L.Ó.J.

I.1.1.1. Del recurso de casación de Víctor Hugo Cueto Argote.

El recurrente señala que el tribunal de apelación, declaró inadmisibles sus recursos de apelación restringida, porque según el mencionado tribunal fue presentado fuera de plazo, siendo que a decir del recurrente el mencionado recurso fue interpuesto dentro de los quince días hábiles que otorga la ley, inclusive el día ocho; puesto que, por medio estaría la vacación del Tribunal de Sentencia, según la circular 12/2014, aspecto que no habría sido considerado por el tribunal de alzada; con ese antecedente, denuncia la vulneración del derecho a la impugnación y procesos judiciales, al debido proceso y el derecho a la defensa, por no haber ingresado al fondo del recurso de apelación restringida, por el cómputo erróneo de los plazos.

I.1.1.2. Del recurso de casación de Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio.

La recurrente denuncia que la audiencia de fundamentación se habría llevado sin su presencia, agregando que fue notificada para la indicada audiencia recién un día antes, situación que habría vulnerado el principio de igualdad, porque en la referida audiencia sólo habría estado la parte contraria, quien fundamentó su recurso de apelación restringida.

I.1.2. Petitorios.

El imputado Víctor Hugo Cueto Argote, solicita se anule el auto de vista recurrido y se ordene la emisión de nueva resolución, entrando al fondo de la causa. Por su parte, la acusadora particular Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio, impetra se dicte resolución conforme al art. 416 del Cód. Pdto. Pen., por la existencia de contradicción entre los autos supremos invocados y el auto de vista recurrido, disponiendo sea dejado sin efecto y se pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante el A.S. N° 888/2016-RA de 14 de noviembre, de fs. 475 a 477 vta., este tribunal admitió los recursos de casación interpuestos por los recurrentes, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 23/2014 de 24 de julio, el Juez de Partido Penal Liquidador y de Sentencia de Quillacollo del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Víctor Hugo Cueto Argote autor de la comisión del delito de amenazas, previsto y sancionado por el art. 293 del Cód. Pen., imponiendo la pena de prestación de trabajo de tres meses y multa de cincuenta días a razón de Bs 3.- por día, más costas y pago de responsabilidad civil al estado y la víctima; y, absuelto a Oliver Mijaíl Cueto Argote, del delito endilgado en su contra, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Los testigos presentados en juicio, de forma uniforme precisaron que conocen a la querellante y a los acusados, precisando que entre ambos existen problemas; por otra parte, los testigos de cargo establecieron que el acusado Víctor Hugo Cueto Argote, interceptó a la querellante, lo que determina la intención de amedrentarla o atemorizarla, evidenciándose la voluntad clara de alterar el ámbito de libertad individual de aquélla, teniendo que el acusado aludido, realizó acciones amenazándole con un mal sensible, realizando juicios provisionales de desvalor, lo que constituye la existencia del carácter lesivo y por ello, típicamente relevante; es decir, que existió el efecto que genera en la víctima y que se vio que la misma fue afectada por dichas expresiones, concluyendo que dicho acusado, realizó actos de atemorizar a la querellante, que idóneamente afectó su tranquilidad y la libertad, generando en ella el convencimiento de que su integridad, salud y su propia vida y la de sus seres cercanos, está amenazada, materializándose por medio del lenguaje oral, tal cual lo refirieron los testigos de cargo; sin embargo, no se pudo establecer la existencia del arma punzo cortante a la que hizo mención la querellante, por lo que, no concurrió la agravante en el presente caso; consecuentemente, la prueba producida solo atinó a demostrar que el acusado, interceptó a la acusadora y no así el co acusado Oliver Mijaíl Cueto Argote, concretamente en los componentes que conllevan a la configuración del delito de amenazas, por cuanto, no se demostró el ataque a la honra de la acusadora.

II.2. De la notificación con la Sentencia N° 23/2014.

Mediante diligencias de 30 de julio de 2014 (fs. 342), Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio y Víctor Hugo Cueto Argote, fueron notificados con la Sentencia N° 23/2014 de 28 de julio.

II.3. De la apelación restringida de Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio.

La acusadora a través del memorial presentado el 13 de agosto de 2014 en el Juzgado de Sentencia 1° de Quillacollo, impugnó los siguientes aspectos de la resolución de mérito:

El juez de sentencia, no hizo una valoración del tipo penal y los elementos subjetivos, pese a las declaraciones testimoniales y los elementos de convicción incorporados al juicio oral como prueba de cargo, por cuanto, se demostró la relación de la existencia, momento, lugar y participación en el hecho del acusado Oliver Mijaíl Cueto Argote, porque el 24 de julio de 2014, interpuso querrela y acusación en su contra por el delito de Calumnia, bajo los argumentos de que habría inventado un juicio en su contra, ante el Juzgado 2° de Partido Penal Liquidador y de Sentencia de Quillacollo, en el juicio oral del 21 al 23 de julio de 2014, supuestamente el 23 del mismo mes y año, dicho juez determinó librarle de pena y culpa al arribar a la conclusión irrefutable que el supuesto hecho relacionado al arma corto punzante no existió, llegando a determinar que como querellante inventó y le atribuyó falsamente la comisión de un delito, con lo que demuestra que el juez inferior tenía contacto directo con la parte acusada e interés en el proceso, no fue imparcial con las partes, parcializándose con la parte acusada, ya que con los mismos argumentos de la Sentencia N° 23/2014, dictada y leída el 28 del mismo mes y año, el coacusado Oliver Mijaíl Cueto Argote, presentó querrela y acusación en su contra.

En el otrosí 2, la querellante solicitó la argumentación y formalización del recurso en forma oral, solicitando el señalamiento de día y hora de audiencia.

Por proveído de 15 de agosto de 2014 (fs. 350), la Juez de Sentencia 1° de Quillacollo, teniendo en cuenta que la referida causa no correspondía a dicho despacho, dispuso su devolución al juzgado indicado en el memorial de impugnación (Juzgado de Partido Penal Liquidador y de Sentencia de Quillacollo), previa nota de constancia "...una vez que el mismo retorne de la vacación judicial de que se halla gozando del 11 de agosto al 4 de septiembre de 2014".

II.4. De la apelación restringida de Víctor Hugo Cueto Argote.

El acusado aludido en el exordio, formuló recurso de apelación restringida, a través del memorial presentado el 5 de septiembre de 2014, fundamentando esencialmente que el juez de mérito rechazó la extinción de la acción penal por prescripción que formuló, basándose en una errónea aplicación de la ley, pues se basó en el A.S. N° 042 de 18 de febrero de 2009, que aplicó una norma derogada por la L. N° 1970. El juez de sentencia, no indicó cómo sopesó el gran peso subjetivo que tiene una declaración en favor de una madre o de una esposa, por lo que, asume se le dio el mismo valor probatorio que el de un testigo sin la consanguinidad y la falta de objetividad. Existe error en la descripción del nombre de las testigos Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio y Paola Alejandra Aparicio, al no coincidir con los nombres que figuran en las cédulas de identidad.

Asimismo, en cuanto a la prueba documental de cargo, cuestiona la valoración de la prueba QP-3 y la exclusión de las pruebas DP-2 y DP-4. Denuncia que la sentencia ingresa en la previsión del art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., por errónea inobservancia de los arts. 13, 14 y 24 del Cód. Pen. y que el juez de mérito no valoró la prueba DP-1 y DP-3.

II.5. De la respuesta de Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio al memorial de apelación del acusado y de la audiencia de fundamentación oral de los recursos de apelación.

En el memorial presentado el 23 de septiembre de 2014 (fs. 367 a 368 vta.), la querellante, en el otrosí 3, señaló domicilio procesal en la calles Sucre 545, entre Lanz y San Martín, Oficina 111.

Mediante proveído de 20 de julio de 2016 (378), la presidenta de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, señaló audiencia de fundamentación oral de las apelaciones restringidas solicitadas por la parte acusadora y el acusado, para el 22 de julio del mismo año, a hrs. 15:45. Esta determinación fue notificada a los impugnantes el 21 de julio, corroborándose la notificación a la querellante en el domicilio procesal oficina del abogado Juan Ramírez, Calle Sucre 545, oficina 111.

En la audiencia de fundamentación oral de los recursos de apelación, el tribunal de apelación, se informó de la presencia del acusado Víctor Hugo Cueto Argote con su abogado defensor; y, la incomparecencia del representante del Ministerio Público y de la parte querellante y su abogado, a pesar de su notificación, lo que no imposibilitó la celebración del acto.

II.6. Del Auto de Vista recurrido.

La Sala Penal Primera, a través del Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, declaró inadmisibles el recurso del imputado e improcedente la apelación restringida interpuesta por la acusadora, confirmando la sentencia apelada, habiendo fundamentado en cuanto al recurso de apelación de Víctor Hugo Argote, que habiendo sido notificado el 30 de julio de 2014 con la sentencia recurrida, interpuso recurso de apelación recién el 5 de septiembre del mismo año; es decir, computando sólo los días hábiles, el recurso se presentó después de siete días, fuera del plazo establecido en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., ingresando al fondo únicamente de la impugnación de la querellante.

II.7. Del rechazo de la solicitud de explicación, complementación y enmienda efectuada por Víctor Hugo Cueto Argote.

Habiendo solicitado el acusado, explicación, complementación y enmienda sobre el Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, el tribunal de apelación, mediante Auto de Vista de 20 de septiembre de 2016 (fs. 393 y vta.) argumentó que dada la naturaleza de la solicitud efectuada, normada por el art. 125 del Código Adjetivo Penal, no le permitía la modificación esencial de la resolución referida, no obstante reconocer que incurrió en error al concluir que la apelación restringida del acusado fue presentada fuera de plazo, por cuanto no consideró el periodo de vacación judicial del juzgado de origen, comprendida del 11 de agosto al 4 de septiembre de 2014, determinando rechazar la solicitud efectuada.

III. Verificación de la existencia de la existencia de vulneración de derechos y garantías

Los recurrentes de casación denuncian la lesión de sus derechos, debido a que el tribunal de apelación declaró inadmisibles el recurso de apelación restringida del acusado, efectuando un cómputo errado del plazo legal para su presentación; y, declaró improcedente el de la querellante, siendo notificada recién un día antes con la fijación de audiencia de fundamentación oral; en consecuencia, corresponde verificar si las denuncias expuestas tienen mérito.

III.1. Respecto al recurso de casación del imputado Víctor Hugo Cueto Argote.

En atención a que las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales deben regirse por los principios procesales, entre otros, de celeridad, legalidad, eficacia, eficiencia, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez (art. 180-I de la C.P.E.), encontrándose garantizado el principio de impugnación en los procesos judiciales (art. 180-II de la C.P.E.); las normas especiales o de desarrollo, han establecido los plazos procesales que deben observarse a fin de la interposición de los diferentes mecanismos de defensa y ejercicio del derecho y garantía del debido proceso.

Así, en cuanto a la disposiciones generales y comunes a aplicarse a las diferentes materias ordinarias, la Ley de Organización Judicial, determinó que son días hábiles de la semana para las labores judiciales, de lunes a viernes (art. 123), disponiendo el art. 408 primer párrafo del Cód. Pdto. Pen., que el recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia.

Asimismo, el art. 124 de la L.O.J., establece que, por regla general los plazos procesales transcurrirán ininterrumpidamente; sin embargo, podrán declararse en suspenso por vacaciones judiciales colectivas y por circunstancias de fuerza mayor que hicieran imposible la realización del acto pendiente.

La referida normativa, guarda concordancia con lo establecido en el art. 130 del Cód. Pdto. Pen., que establece, con relación al cómputo de plazos, que:

“Los plazos son improrrogables y perentorios, salvo disposición contraria de este Código.

Los plazos determinados por horas comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción.

Los plazos determinados por días comenzarán a correr al día siguiente de practicada la notificación y vencerán a las veinticuatro horas del último día hábil señalado.

Al efecto, se computará sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos.

Los plazos comunes expresamente determinados en este Código comenzarán a correr a partir de la última notificación que se practique a los interesados.

Los plazos sólo se suspenderán durante las vacaciones judiciales y podrán declararse en suspenso por circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que hagan imposible el desarrollo del proceso”.

En ese contexto normativo y de la revisión de antecedentes, se advierte que el acusado, fue notificado con la Sentencia el 30 de julio de 2014 y por proveído de 15 de agosto de 2014, emitido por la Jueza de Sentencia Primero de Quillacollo, se hizo constar la presentación

errónea en su dependencia del recurso de apelación restringida de la querellante, por lo que, dispuso la devolución de dicho medio de impugnación al Juzgado de origen (Juzgado Segundo de Partido Penal Liquidador y de Sentencia de Quillacollo) dejando constancia: "...una vez que el mismo retorne de la vacación judicial de que se halla gozando del 11 de agosto al 4 de septiembre de 2014", extremo del cual se puede advertir que el Juez que emitió la Sentencia condenatoria en contra del acusado, gozó de vacación judicial del 11 de agosto al 4 de septiembre de 2014, lo que fue también reconocido por el propio tribunal de apelación en el auto de vista que rechazó la solicitud de explicación, complementación y enmienda del acusado; en consecuencia, se advierte que Víctor Hugo Cueto Argote, interpuso el recurso de alzada en el plazo procesal establecido en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, dentro de los quince días hábiles previstos por dicha norma, por cuanto, conforme a los arts. 124 de la L.O.J. y 130 del Cód. Pdto. Pen., las vacaciones judiciales suspenden el cómputo de plazos, teniéndose que desde el 31 de julio hasta el 8 de agosto de 2014 inclusive, transcurrieron seis días hábiles –tomando en cuenta el feriado nacional del 6 de agosto–; desde el 11 de agosto hasta el 4 de septiembre incluido, el Juzgado referido ingresó en vacación, por lo que, durante este tiempo el plazo quedó suspendido, reiniciándose el cómputo el 5 de septiembre del mismo año, fecha en la cual el acusado formuló recurso de apelación, teniéndose con ello transcurridos siete días hábiles, encontrándose el recurso dentro del plazo máximo de 15 días.

En consecuencia, la declaratoria de inadmisibilidad del referido recurso de alzada, evidentemente vulneró los derechos al debido proceso y a la defensa del recurrente de apelación, lo que constituye una material inobservancia de los principios de impugnación y de legalidad, por lo tanto, el tribunal de apelación, efectuó un cálculo errado sobre el cumplimiento del requisito temporal para la presentación del recurso de apelación, alejado de normativa general y especial desarrollada supra, en cuyo mérito, corresponde declarar fundado el recurso de casación interpuesto por la parte imputada.

III.2. En cuanto al recurso de casación de la acusadora particular Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio.

De acuerdo a los fundamentos del recurso de casación de la querellante, el hecho de habersele notificado un día antes de la celebración de la audiencia de fundamentación oral del recurso, no le habría permitido estar presente en la audiencia referida, lo que habría vulnerado el principio de igualdad, dado que en el acto oral sólo habría estado la parte contraria, quien tuvo la posibilidad de fundamentar su recurso.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad procesal constituye un elemento constitutivo del debido proceso, estableciendo en el art. 119-I de la C.P.E., al disponer que: "Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina", lo que implica la otorgación a las partes de las mismas oportunidades de defensa y de acceso a los recursos o medios de impugnación previstos, tanto a quien ha sido imputado por un delito, como al que activa la persecución penal, constituyendo el guardián de este derecho la autoridad judicial ante quien se ventila el conflicto penal.

En ese contexto, de acuerdo al contenido del Antecedente II.5 descrito en este auto supremo, se puede advertir que la recurrente fue válidamente notificada en su domicilio procesal con la fijación de audiencia de fundamentación oral del recurso, establecida a través de proveído de 20 de julio de 2016, conforme se advierte de la diligencia de notificación efectuada el 21 del mismo mes y año, fecha en la que también fue notificado el acusado; a cuyo efecto, el acto fijado fue celebrado efectivamente el 22 de julio, encontrándose presente el acusado y su abogado; y, ausente el representante del Ministerio Público y la acusadora particular y su abogado, lo que no expidió la celebración de dicho acto jurisdiccional, actuación en la cual no se advierte la inobservancia del principio de igualdad, que implique lesión o restricción de derecho o garantía alguno de la querellante, debido a que, tanto ella como el acusado, fueron notificados en la misma fecha con la fijación de audiencia oral de fundamentación del recurso, que se celebró conforme a su antelado señalamiento, al día siguiente, lo que de ningún modo constituye una limitación a los derechos de la recurrente, por cuanto, tuvo conocimiento oportuno de dicho señalamiento y en igualdad de condiciones que la contraparte que también presentó recurso de apelación y solicitó la fundamentación oral de dicho medio de impugnación; en consecuencia, al no haber ejercido las facultades previstas en la norma por su propia decisión, pues teniendo conocimiento de la celebración de audiencia en momento procesal oportuno, no se hizo presente, no es posible concebir una afectación al principio de igualdad, correspondiendo declarar infundado este recurso.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Elizabeth Carola Bermúdez de Aparicio, de fs. 464-465 vta.; y, FUNDADO el recurso de casación formulado por Víctor Hugo Cueto Argote, con los fundamentos expuestos precedentemente; en consecuencia, SE DEJA SIN EFECTO el Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, de fs. 382 a 389 vta., y determina que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, sin espera de turno y previo sorteo, dicte un nuevo fallo. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crísthian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



256

Ministerio Público y otro c/ Jancarla Araceli Bazoalto Camacho
Abuso deshonesto agravado y otro
Distrito: Cochabamba

AUTO DE VISTA

Cochabamba, 8 de junio de 2016.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia de 28 de marzo de 2013, pronunciada por el Tribunal de Sentencia N° 5 de la Capital, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y acusación particular de Trinidad Susana Lázaro Torrelio contra Jancarla Araceli Bazoalto Camacho por la presunta comisión de los delitos de abuso deshonesto con agravante y corrupción de menores agravada, tipificados y sancionados respectivamente por los arts. 312 con relación al 310 y 319 del Cód. Pen., los antecedentes procesales, y.

CONSIDERANDO: I.- Dentro del referido proceso penal, el Tribunal de Sentencia N° 5 de la Capital dictó la Sentencia de 28 de marzo de 2013, en favor de Jancarla Araceli Bazoalto Camacho, Absolviéndola de los delitos de abuso deshonesto con agravante y corrupción de menores agravada, tipificados y sancionados respectivamente por los arts. 312 con relación al 310 y 319 del Cód. Pen., ordenando la cancelación de todas las medidas cautelares de carácter personal que se hubieran adoptado en su contra dentro del presente proceso penal.

Esta sentencia fue apelada por la acusadora particular Trinidad Susana Lázaro Torrelio representada por María del Carmen Arispe Fuentes, María Leonor Oviedo Bellot, Sharon Marie Arce Marañón, Jhonny Ariel Olivera Flores, Ivana Mónica Leyva Jiménez y María José Veizaga Ponce de León, con los fundamentos expuestos en memorial presentado en 15 de agosto de 2013 (fs. 540-552) de obrados, recurso que previo emplazamiento a las otras partes, con el responde de la imputada (fs. 557-661 vta.), fue remitido al Tribunal Departamental de Justicia, mediante providencia de 05 de septiembre de 2013 (fs. 562).

CONSIDERANDO: II.- en cuanto a la admisibilidad del recurso.

Los recursos se rigen a las reglas generales establecidas en el art. 396 del Cód. Pdto. Pen., que en su num. 3 prevé taxativamente: "Los recursos para ser admitidos, deben interponerse en las condiciones de tiempo y forma que se determina en este Código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución (...)", en concordancia con lo establecido en el art. 399 segunda parte del Cód. Pdto. Pen. que prevé: "Si el recurso es inadmisibile lo rechazará sin pronunciarse sobre el fondo".

Asimismo, en función de lo previsto por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., la apelación restringida se formulará cumpliendo con los requisitos de forma y tiempo que establece la referida norma procesal penal, por lo que corresponde a este tribunal de alzada inicialmente pronunciarse sobre la admisibilidad y procedencia del recurso de apelación restringida formulada por las acusadoras particulares.

De los antecedentes procesales se establece que las apelantes fueron notificadas con la sentencia impugnada, el 25 de julio de 2013 (fs. 483) e interpusieron el recurso de apelación restringida mediante memorial presentado en 15 de agosto de 2013 (fs. 540-552) conforme evidencia el registro electrónico de plataforma de atención al usuario (PAUE), es decir, dentro del plazo de quince días hábiles que prevé el art. 408 del Cód. Pdto. Pen. concordante con el art. 130 tercer párrafo del mismo cuerpo legal. Por lo que encontrándose cumplidas las formalidades previstas por las normas procesales establecidas en los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., se admite la apelación restringida interpuesta por las acusadoras particulares.

CONSIDERANDO: III.-

III.1. Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por la acusadora particular Trinidad Susana Lázaro Torrelio representada por María del Carmen Arispe Fuentes, María Leonor Oviedo Bellot, Sharon Marie Arce Marañón, Jhonny Ariel Olivera Flores, Ivana Mónica Leyva Jiménez y María José Veizaga Ponce de León. (fs. 540-552)

Alegando como causas que motivan la apelación restringida interpuesta las siguientes:

a) La inobservancia y errónea aplicación de la ley - art. 407 concordante con el art. 169-3 y el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.; los que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y en este Código y la inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva.

Sostienen que el tribunal a quo realizó un análisis del marco penal sustantivo en el que se basó la acusación del Ministerio Público y particular que constituyen la base del juicio oral, estos son, los delitos de abuso deshonesto con agravante y corrupción agravada, con estas tipificaciones el tribunal inferior pasa a realizar un amplio análisis conceptual y doctrinal, subsumiendo el tipo penal de corrupción de menores en el de abuso deshonesto y aplica el principio de "iura novit curia", es decir, ejerce control sobre la calificación jurídica contenida en la acusación, ya que a decir del mencionado tribunal está facultado para modificar la calificación jurídica basado en la S.C.P. N° 460/2011-R de 18 de abril de 2011 para señalar: "Se debe concluir que la calificación jurídica efectuada por la parte acusadora es incorrecta... sería posible subsumir tales acciones únicamente dentro la figura del abuso deshonesto quedando luego por determinar, en su caso, si la prueba es idónea para establecer además que concurren las agravantes identificadas por los acusadores" (Pág. 79), por lo explanado, se estaría concluyendo que simplemente considera el delito de abuso deshonesto y no así el de corrupción de menores interpretando equivocadamente el sentido del principio "iura novit curia" ya que ello significa "el juez conoce el derecho", este principio sirve para que las partes se limiten a probar los hechos, basados en la norma y no los fundamentos de derecho aplicables. El juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes, lo que significa que una vez que se haya valorado las pruebas, el juez tiene la facultad discrecional de modificar el tipo penal sin alejarse de la familia de los delitos a la que pertenece como lo establece la S.C.P. N° 1978/2010-R de 25 de octubre, del razonamiento de esa sentencia constitucional, se tiene que el tribunal a quo debe respetar el hecho acusado, ya que se acusó por dos hechos, uno relacionado al abuso deshonesto y otro hecho relacionado, no con los efectos del abuso como señala el tribunal inferior, sino con un hecho diferente que consiste en corromper mediante actos libidinosos a un menor de edad, por lo que al hacer desaparecer el hecho acusado respecto a la corrupción de menores se está vulnerando el derecho a la acusación ingresando a un defecto absoluto que no es subsanable, correspondiendo así la nulidad de la sentencia. Por otra parte, se vulnera también el derecho a la igualdad jurídica de las partes.

Siguiendo la línea de los defectos absolutos, por el razonamiento que realiza el tribunal referente a: "Si se interpreta que todo acto que deje secuela en la esfera psicológica constituye de por sí, corrupción, entonces carecería de sentido en nuestra normativa la existencia del delito de abuso deshonesto..." sic, por lo que cabe puntualizar que el sujeto pasivo frente a una adulta en casos de violencia sexual a un menor, en la legislación nacional e internacional, siempre va a ser un niño, niña o adolescente y el sujeto activo es la adulta, por tanto los delitos de abuso deshonesto y corrupción de menores son figuras diferentes, tomando en cuenta la actividad de los sujetos procesales, bien cuando un niño es tocado en sus partes íntimas para satisfacer el libido del adulto es abuso deshonesto, pero cuando el adulto, sujeto activo, se hace tocar sus partes íntimas con el niño, es corrupción de menores; entonces, al no haber fundamentación separada de los dos delitos acusados, ciertamente se cae en un defecto absoluto, tornando en cuenta además que en el auto de radicatoria y apertura de juicio oral, el presidente del tribunal a quo no tomó en cuenta las modificaciones de la L. N° 054 de 10 de noviembre de 2010, que modifica el nombre del delito con corrupción de niño, niña adolescente a la pena de 3 a 8 años. Expuesto así se vulnera los arts. 169-4 y 368-5 del Cód. Pdto. Pen., solicitando la nulidad de la sentencia apelada, debiendo ordenarse su reenvío.

Agrega la parte apelante, qué el tribunal a quo no se ha pronunciado con relación a las agravantes establecidas en el auto de radicatoria y apertura de juicio oral, con lo que se vulneró los arts. 169-3, 370-10 y 407 del Cód. Pdto. Pen., afectando el debido proceso y la seguridad jurídica, por cuanto se restringe el derecho de recurrir en apelación y refutar los argumentos para la apelación restringida referente a las agravantes de los num. 2, 4 y 7 del art. 310 y 318 y 319 del Cód. Pen. Finalmente, el tribunal inferior, no dio lectura íntegra de la sentencia en audiencia fijada y señalada, vulnerando el debido proceso, ya que el juicio oral concluyó el día 28 de marzo de 2013, notificándose con la sentencia íntegra recién en fecha 25 de julio de 2013, vulnerándose el art. 361 del Cód. Pdto. Pen. y art. 115-III de la C.P.E.

b) Que no exista fundamentación de la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria -art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

Alega la parte apelante, que el tribunal a quo no expresó análisis intelectual y jurídico o fundamentación jurídica necesaria para sustentar su decisión de absolutoria a favor de la imputada, al margen de que no realiza la fundamentación precisa del por qué se la favoreció con una sentencia absolutoria y por el contrario según el análisis del tribunal inferior habrían pruebas que convencieron al tribunal de su autoría, como la declaración de la testigo Shirley Camacho Coca, declaración que el tribunal lo toma como relevante al objeto del proceso, respecto a que la acusadora particular presentó denuncia por venganza, obviando deliberadamente valorar el resto de la declaración relacionado con los hechos acusados; así también la prueba signada como MP3, declaración de Andrea Cecilia Serna Beccar, la referencia psicológica de la Lic. Claudia Cecilia Pérez Rioja, pruebas documentales como MP1, MP5, MP13, que sin embargo de calificarlos como relevantes, impone una sentencia absolutoria con el argumento de que existe duda razonable ya que el testimonio de la víctima Darko, no puede ser considerado como creíble puesto que se refiere en varias oportunidades a un resentimiento hacia la imputada: "la Araceli es mi tía pero ahora ya no es mi tía ya no quiero que sea mi tía porque ella es mala", según el tribunal a quo este testimonio es inválido por este comentario, sin tomar en cuenta que Darko pueda tener este sentimiento justamente por la violencia sexual sufrida; del mismo modo, el tribunal inferior hace referencia a que existen contradicciones en el acta de anticipo de prueba y lo referido en el juicio oral, aspecto no verídico, ya que de la lectura de los mismo y al escuchar las grabaciones magnetofónicas se puede advertir que ambas declaraciones mantienen el mismo discurso. Tales testimonios del niño constituyen un elemento de vital importancia y merece toda la presunción de verdad, puesto que un niño o niña víctima de violencia sexual no podría relatar estos hechos con la convicción que lo hace Darko si es que no lo hubiera vivido; al margen de ello la pericia psicológica de la Lic. Ross Mary Tania Russel Fuentes, que a tiempo de rectificar sus conclusiones de su dictamen expresó que el testimonio de Darko es altamente creíble; de igual modo, la sentencia apelada incurre en varias contradicciones ya que refiere que la declaración de la víctima tiene importancia fundamental en el proceso, pero que la misma no es suficiente para destruir la presunción de inocencia de la imputada, ¿a qué más tenía Darko que ser sometido para ser creído? ¿De dónde el niño aprendió estas conductas inapropiadas, que las estuvo realizando repetitivamente con su entorno familiar y social? ¿Cómo la Defensoría de la Niñez y Adolescencia a través de su psicóloga Lorena Heredia descubre que la persona que le tocaba y se hacía tocar era su tía Jancarla? ¿Qué interés podría tener la defensoría en incriminar a una persona que nunca antes había visto ni oído hablar?

Por otra parte, según la apelante, la sentencia es insuficiente y contradictoria al sustentar los hechos no probados desde un acto meramente especulativo, señalando que no puede otorgarse la veracidad completa al testimonio de Darko, cuando ante diversas profesionales que han trabajado con la víctima han hecho referencia sobre estos extremos, principalmente tener presente que ha sido sometido a una pericia psicológica, cuya profesional a momento de su atestación en juicio oral y de la documental signada como MP9 hace referencia que el relato de Darko es altamente creíble, por la coherencia que existe en su discurso, respecto a las agresiones sexuales del que fue víctima, reflejando que lo relatado ha sido experimentado por el niño sensorialmente, siendo que su discurso no es aprendido por ningún adulto; es más, Darko ha relatado y contado su verdad a diferentes profesionales como ser la Lic. Lorena Herrera, Lic. Claudia Cecilia Pérez Rioja, juez cautelar, fiscal de materia, perito psicóloga y otros y, a todos ellos, les ha contado que su tía Araceli le tocaba su cuerpo y principalmente se hacía tocar sus genitales, por ello no se explica el resultado del juicio oral y cómo el tribunal a quo no dio ningún valor a todas esas documentales y testificales o considerar que el testimonio del niño no es verosímil ¿será que el niño pudo engañar a tantos profesionales especialistas en la temática y máxime si solo cuenta con la edad de 5 años?.

Como se verá en la parte considerativa de la sentencia apelada, se menciona con uniformidad que las pruebas son de relevancia, sin embargo de manera discordante el tribunal dicta sentencia absolutoria. Consecuentemente, pide se dicte auto de vista anulando totalmente la sentencia impugnada.

e) Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba, art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

Manifiesta la apelante, que se ha valorado de manera defectuosa la prueba producida sin haberse pronunciado sobre la totalidad de los medios probatorios como era obligación del tribunal inferior, puesto que rompe el principio de unidad de la prueba y que ciertamente se ha valorado con defecto las pruebas, dándoles una interpretación errónea, lo que atenta a la seguridad jurídica, el debido proceso por lo que pide la nulidad total de la sentencia y disponer el reenvío por otro tribunal.

d) Inobservancia de las reglas previstas para la redacción de la sentencia -art. 370-10 con relación al 360-4 del Cód. Pdto. Pen.

Reclama la apelante, que el tribunal a quo no se ha pronunciado con relación a las agravantes establecidas en el auto de radicatoria y apertura del juicio oral, ya que al no pronunciarse y/o fundamentar el por qué no se ha probado las agravantes de los arts. 312 y 310-2. 4 y 7 y 318 y 319 del Cód. Pen. se ha vulnerado los arts. 370-10, 360-4, 169-3 y 407 del Cód. Pdto. Pen., por cuanto se restringe el derecho a recurrir en la apelación restringida, pidiendo que se anule la sentencia apelada.

III.2. El responde de la imputada Jancarla Araceli Bazoalto Camacho a la apelación restringida formulada. (fs. 557-561)

Por su parte, la imputada absuelta, responde al escrito de apelación, indicando esencialmente, que la parte apelante invoca el -art. 371-1 del Cód. Pdto. Pen." (sic), ya que la parte acusadora fiscal y particular acusó por los delitos de abuso deshonesto y corrupción de menores y, era de responsabilidad del tribunal a quo, manifestarse por ambos delitos; además, que no se habría pronunciado sobre las agravantes de los tipos penales acusados. A esto, se tiene la S.C. N° 1008/2005-R, es decir que la sentencia apelada se encuentra dentro de los preceptos jurídicos del Código de Procedimiento Penal, que señala que la carga de la prueba le corresponde a la acusación, es así que la parte acusadora no ha demostrado que su persona sea responsable y/o autora de los delitos de abuso deshonesto agravado y corrupción de menores agravado. Con relación a las agravantes, la apelante refiere que la sentencia no se pronunció sobre ellos, esta posición resulta ilógica, puesto que el Tribunal de Sentencia fundamenta y expresa ampliamente del por qué los elementos de prueba son insuficientes para determinar su culpabilidad y/o autoría de los delitos acusados, consiguientemente se considera que las agravantes son complementos bajo ciertas circunstancias a los tipos penales. Por lo que al haber el Tribunal de Sentencia determinado la insuficiencia de las pruebas, mal puede fundamentar la absolución de las agravantes como si fueran delitos independientes; no obstante, el tribunal a quo ampliamente fundamenta la sentencia haciendo referencia a la inexistencia de la agravante en la parte del III Considerando, Fundamentación jurídica punto 3.3.2

En lo relativo a que la apelante refiere que la sentencia impugnada no expresó un análisis intelectual y jurídico para sustentar su absolución, al contrario es subjetiva, antojadiza y especulativa no enmarcada en la sana crítica; al respecto, -considera la defensa que- el tribunal a quo realizó un análisis jurídico detallado y adecuado, pues no solo se limitó a exponer un criterio general sino de manera específica a identificar y detallar cada una de las piezas procesales, además de referir la validez que le otorga el juzgador, pues la notificación de la sentencia absolutoria se basa en la prueba de la que resulta fundamental para dicar una sentencia absolutoria, es así como se realizó específicamente en los Considerandos II y III.

Con referencia al sistema de la sana crítica, este aspecto se hace referencia en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, por lo que la apelante pretende que el tribunal de alzada realice una nueva valoración de la prueba, puesto que en su memorial de apelación hace mención a varios elementos de prueba que presuntamente no fueron tomados en cuenta por el Tribunal de Sentencia, consecuentemente alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio. En el presente caso, la parte apelante olvida precisamente referir cuál de las reglas de la sana crítica fue la que no observó el tribunal inferior en su sentencia absolutoria.

En relación a que el Tribunal de Sentencia no dio lectura íntegra de la sentencia, basta con remitirse al acta de audiencia de lectura de sentencia íntegra.

Finalmente sobre la solicitud de anular la sentencia, debe considerarse la relevancia constitucional y, al respecto, cabe hacer referencia al A.S. N° 257 de 01 de agosto de 2006. En el caso que nos ocupa, los supuestos defectos, base fundamental de la apelante, no constituyen defectos con relevancia constitucional.

Por todo lo dicho, solicita se declare inadmisibles el recurso de apelación restringida, interpuesta contra la sentencia impugnada.

CONSIDERANDO: IV.- Fundamentos de la resolución del tribunal de alzada.

A efecto de resolver el fondo de la apelación restringida, se debe tomar en cuenta que por previsión del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución impugnada, en tal sentido, se pasa a analizar los fundamentos de la apelante, con la aclaración de que si bien se habría presentado como prueba el acta de juicio oral, la propia sentencia impugnada y un CD del juicio oral; tanto el acta de audiencia del juicio oral como la sentencia, conforman el cuaderno procesal, sumado a ello que no se alega defectos de procedimiento o se reclama aspectos relativos a omisiones en el acta que hagan a la pertinencia de la reproducción del CD.

a) La inobservancia y errónea aplicación de la ley -art. 407 concordante con el art. 169-3 y el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.; los que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y en este Código y la inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva.

Inicialmente cabe resaltar que el art. 407 del Cód. Pdto. Pen. establece los motivos que hacen procedente la apelación restringida, señalando que: "Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituye un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir (1), salvo en los casos de nulidad absoluta (2) o cuando se trate de los vicios de la sentencia (3) (Arts. 370 del Cód. Pdto. Pen.); de ello resuelta que existen tres circunstancias o motivos que hacen procedente la apelación restringida.

En este punto de impugnación de la apelante, alega las tres circunstancias que se consignan como motivos para la apelación restringida, que tiene que ver en lo esencial con la presunta errónea aplicación de la ley sustantiva como defecto de sentencia previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

En relación al defecto de procedimiento, la apelante no especifica y no se tiene constancia de cuál el precepto legal que se hubiere inobservado o erróneamente aplicado, que constituya un defecto de procedimiento y que además hubiere sido oportunamente reclamado (haciendo reserva de apelación restringida) a efecto de su admisibilidad.

Respecto al defecto absoluto previsto en el art. 169-3 y 4 del Cód. Pdto. Pen. citando asimismo la apelante el -art. 368-5 del Cód. Pdto. Pen.", este último que no existe en el catálogo de la norma penal adjetiva; corresponde a este tribunal de alzada señalar que, para declararse la nulidad es necesario que el acto procesal se haya realizado en violación de las prescripciones legales, sancionadas bajo pena de nulidad, no siendo suficiente que la ley prescriba expresamente la nulidad, por cuanto la misma está moderada por la regla "no hay nulidad sin daño" que integra a la consideración de una probable nulidad lo establecido por el principio de finalidad, en lo relativo a que "no basta que exista la sanción legal, sino que es necesario que el acto no haya cumplido el fin al cual estaba dirigido"; Igualmente resulta necesario se tenga presente que el principio de trascendencia, dispone que la nulidad solo puede ser declarada cuando "Exista in fin que trascienda la nulidad misma -, o desde otro punto de vista, "Que la nulidad no procede si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio", porque según este principio la nulidad es procedente solo cuando: 1) Quien alega la nulidad procesal, ha mencionado expresamente las defensas que se ha visto privado de oponer o que no ha podido ejercitar con la amplitud debida, es decir, señala cuál es el perjuicio real ocasionado, no basta una mención genérica del perjuicio. 2) Debe acreditar la existencia de un perjuicio cierto e irreparable, para que el juez pueda diagnosticar jurídicamente si la irregularidad ha colocado o no a la parte impugnante en estado de indefensión práctica. El perjuicio debe ser cierto, concreto y real. 3) El impugnante debe probar cuál es el interés jurídico que se pretende satisfacer con la invalidez que propugna, es decir el por qué se lo quiere subsanar. Sobre el particular la Doctrina Legal aplicable, como es el caso del A.S. N° 107 de 31 de marzo de 2005, con relación a la nulidad de los actos procesales estableció que: "Estando demostrada la participación del procesado en el hecho punible, conforme la penalidad impuesta por el a quo, es correcta y se rige por los arts. 37 y 38 del Cód. Pen. al haberse llevado adelante el juicio oral, público y contradictorio en estricta observancia de las disposiciones legales que le son aplicables, normas del debido proceso por lo cual no puede obtener vigencia el instituto de la nulidad, entendiéndose a éste, a decir del tratadista Osorio, como a 'la ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias- para su validez, sean ellas de fondo o de forma' o, como también determina Francisco Carrara, refiriéndose a la aplicación de la nulidad 'cuando exista un vicio en el acto jurídico, si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido'.

En materia de nulidad, de obrados se determina que no existe la nulidad por nulidad. pues ningún otro vicio o causa que no nazca de la ley, como es el caso de los arts. 166, 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen., podrá ser calificado como vicio que da curso a esta nulidad". Igualmente el Tribunal Constitucional mediante S.C. N° 1569/2010-R de 11 de octubre, en lo que corresponde a la nulidad determinó: "De las nulidades procesales que afectan derechos: están supeditados a principios rectores.

Para entrar a dilucidar más adelante la problemática que ahora se nos plantea se hace necesario referirnos al principio de "Finalidad" o "Instrumentalidad de las Formas" que subordina la validez del acto procesal no a la mera inobservancia de las formas o requisitos, sino al estrecho vínculo generado entre el vicio observado y la finalidad propia del acto, así el A.S. N° 115 de 2 de abril de 2007 señaló que: "...El principio de especificidad, sostiene que no hay nulidad sin texto legal, es decir, ningún acto sería nulo si la ley procesal expresamente no lo prevé. Lo propio en cuanto al principio de trascendencia, en virtud del cual, no hay nulidad del acto si el defecto formal no tiene relevancia ni afecta las garantías esenciales de la defensa en juicio, menos produce un perjuicio cierto e irreparable a las partes. El principio de convalidación establece que las nulidades procesales pueden subsanarse con el consentimiento expreso o tácito del interesado, cuando no se impugna el acto procesal defectuoso y finalmente, el principio de protección en virtud del cual no existe invalidación de un acto procesal en ninguna de sus formas, si no existe un interés lesionado que reclame protección y sea el afectado quien reclame su reparación". Asimismo la S.C. N° 0659/2006 -R, de 10 de julio, ha establecido lo siguiente: "(...) no se puede decretar la nulidad, sino sólo cuando hay un defecto que por haber causado una afectación a un derecho o garantía es absoluto; es decir, la nulidad no deriva sólo del quebrantamiento de la firma, pues es

necesario que ese quebrantamiento haya afectado los derechos de alguna de las partes y que ésta haya demostrado el agravio para poder solicitar la anulación del acto defectuoso...".

Por último, debe tenerse presente la Doctrina Legal aplicable establecida en el A.S. N° 351 de 28 de agosto de 2006, cuando señala: "(...) El art. 16 de la C.P.E., así como el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se constituyen en directrices fundamentales en las que se asienta el debido proceso, otorgando garantías constitucionales que resguardan el derecho a la defensa que es irrenunciable e irrestricto en el desarrollo de todas las instancias del juicio, caso contrario vicia de nulidad los actos y decisiones asumidas, porque nadie puede ser condenado sin ser oído y juzgado en un proceso legal por hechos previamente imputados, acusados y que sean de pleno conocimiento del imputado".

"Sin embargo, cuando el acto procesal cumpla con el objeto para el que está previsto o cuando las partes que tengan derecho a pedir su saneamiento o ejercitar algún derecho, no lo hicieran, por negligencia, se debe aplicar el arts. 170 del Cód. Pdto. Pen. y convalidar los actos cumplidos, sin que tal situación importe restricción o vulneración a los derechos de las partes, dando vigencia al principio de justicia pronta y cumplida, máxime si tal situación no modificará sustancialmente el resultado del proceso; de ahí que anular la sentencia indebidamente por defectos que hayan sido convalidados por las partes y disponer la reposición del juicio sería perjudicial y opuesto al principio de celeridad que rige el juicio oral, público y contradictorio".

En el caso de autos, se verifica que el reclamo efectuado por la apelante tiene que ver con el análisis efectuado por el tribunal a quo en relación a la aplicación de la ley penal sustantiva dentro la presente causa y de donde habría emergido la conclusión de la sentencia absolutoria a favor de la imputada, de donde se infiere que ello tiene que ver con el defecto de sentencia previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. y no con defectos absolutos previstos en el art. 169-3 que señala: "Los que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este código; y 4) Los que estén expresamente sancionados con nulidad", toda vez que la apelante en el desarrollo de su impugnación argumenta que el tribunal a quo no habría considerado la adecuada subsunción de los hechos probados a los tipos penales acusados e incluso las agravantes, empero todo ello se encuentra relacionado con el defecto de sentencia señalado y no con defectos absolutos como erróneamente señala.

En cuanto al defecto de sentencia previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. y la argumentación de la apelante al respecto, corresponde puntualizar lo siguiente:

Corresponde tener presente que el delito es considerado como la conducta típicamente antijurídica y culpable, cuyo resultado es la pena o las medidas preventivas o represivas. A partir de esta definición del delito, se ha estructurado la Teoría del Delito, que estudia los elementos que integran o desintegran el delito, entre ellos, la tipicidad, que desarrolla el principio de legalidad "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir que el delito y la pena deben estar determinados por una ley previa, empero además, en el A.S. N° 21 de 26 de enero de 2007 dejó en claro que este principio no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach, sino que actualmente se presentan otros requisitos que completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia y contenido, como son los principios de -taxatividad-, -tipicidad-, "lex excripta- y "especificidad": el principio de tipicidad que se aplica como la obligación de que los jueces y tribunales apliquen la ley sustantiva debidamente, enmarcando la conducta del acusado en el marco descriptivo de la ley penal, a efecto de no incurrir en calificación errónea que afecte al debido proceso y devenga en defecto absoluto insubsanable. Al respecto la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- en el A.S. N° 67 de 27 de enero de 2006, en su Doctrina Legal Aplicable señala: "El "principio de tipicidad" se establece en materia penal a favor de todos los ciudadanos y se aplica como una obligación a efectos de que los jueces y tribunales apliquen la ley penal sustantiva debidamente, enmarcando la conducta del imputado exactamente en el marco descriptivo de la ley penal a efectos de no incurrir en violación de la garantía constitucional del "debido proceso", la calificación errónea del marco descriptivo de la ley penal deviene en defecto absoluto insubsanable (...); siguiendo estos lineamientos, enunciamos la S.C. N° 680/2000-R que en su ratio decidendi determina: "Que de acuerdo a lo expuesto por la doctrina penal, el delito objetivamente se perfecciona cuando el sujeto activo -delincuente- realiza la lesión jurídica que ha pretendido; es decir que con la consumación se alcanza la objetividad jurídica que constituye el tipo especial de un delito (...)".

Por su parte el art. 20 del Cód. Pen., con el nomen iuris de "Autores" determina que: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso.

Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito".

Sobre el particular, la Doctrina Legal aplicable, contenida en el A.S. N° 497 de 08 de octubre de 2001, establece que: "(...) la doctrina penal contemporánea (...) define al autor del delito como el sujeto que ha participado activamente en la comisión del hecho ilícito, intelectual y materialmente, consciente que lo que realiza está prohibido por la ley penal y que merece pena por lesionar bienes jurídicos protegidos por el orden legal (...)".

Por otra parte, corresponde al juez o tribunal a tiempo de emitir la sentencia y en función a la valoración descriptiva e intelectual de la prueba, realizar la labor de subsunción de los hechos probados al tipo penal que más se adecue al caso, encontrándose facultado para aplicar el principio denominado "iura novia curia" que es un principio de derecho procesal por el que se entiende que "el juez conoce el derecho aplicable"; y por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. Este principio se encuentra relacionado con la máxima "dame los hechos, yo te daré el Derecho", que se entiende como "da mihi facturo. Tibi Dabo ius", o "narra mihi factum, narro tibi ius", reservándole al juzgador el derecho y a las partes los hechos. En aplicación del citado principio, las partes deben limitarse a probar los hechos sometidos a litigio, sin que sea necesario probar los fundamentos aplicables a derecho, quedando vinculado el juzgador a someter el fallo a los hechos probados, por lo que ante la evidencia de que dichos hechos no se ajustan a la pretensión jurídica, amparándose en este principio, puede aplicar un derecho distinto al invocado en la acusación, cambiando la calificación jurídica, con la finalidad de adecuar los hechos

probados a la normativa legal que corresponda, más aún si la modificación es favorable al imputado y siempre dentro el ámbito de naturaleza similar del tipo de delito atribuido.

En el caso concreto, del auto de apertura de juicio de 4 de diciembre de 2012 (fs. 104-105), se verifica que la causa fue aperturada por la presunta comisión de los delitos de abuso deshonesto agravado, corrupción de menores y corrupción agravada, tipificados respectivamente por los arts. 312 del Cód. Pen. con relación al 310-2, 4 y 7 del mismo cuerpo legal, así como los arts. 318 y 319 del Cód. Pen. Cabe destacar que en función a las circunstancias fácticas que se expone en la acusación particular (fs. 76-78 vta.) la Ley penal sustantiva aplicable al caso es la contenida en el Código Penal modificado por la L. N° 2032 de 29 de octubre de 1999 y no la L. N° 054 de 8 de noviembre de 2010 como erróneamente pretende la apelante, por cuanto según el relato señalado en su acusación particular, Trinidad Susana Lázaro Torrelio habría retornado del exterior del país donde se encontraba radicando, a Bolivia, el 30 de octubre de 2010, asumiendo su responsabilidad materna a partir de esa fecha, de donde se infiere lógicamente que los hechos que acusa a la imputada resultan anteriores a esa fecha.

El Tribunal a-quo, posterior a efectuar, en el Considerando II, el análisis descriptivo y valorativo de la prueba, en el Considerando III realiza la fundamentación jurídica señalando que el objeto del juicio fue el esclarecimiento de las circunstancias expuestas por la parte acusadora en su relación fáctica a efecto de determinar si existió algún tipo de agresión sexual contra el menor víctima y si la imputada tuvo participación en dicho ilícito, ello a fin de que se admita o rechace la pretensión acusatoria.

Puntualizando que la hipótesis de la acusación pública y particular es que la imputada -presuntamente- fue quien bajo las circunstancias expuestas en los respectivos pliegos acusatorios, incitó al menor víctima a que le realizara toques impúdicos, para también ella efectuar tocamientos con ánimo libidinoso en el cuerpo del menor. Por su parte, la hipótesis de la defensa es la inocencia de la imputada alegando que nunca desplegó las acciones que se le atribuyen, contrariamente se dedicó íntegramente al cuidado sus sobrinos menores (uno de ellos la presunta víctima) hacia quienes se desarrollo un sentimiento maternal, negando enfáticamente que hubiere tocado con ánimo libidinoso los genitales del menor víctima o que hubiere alentado para que le acaricien zonas erógenas de su cuerpo, atribuyendo estas circunstancias a la manipulación de la progenitora de los menores en un afán de venganza contra la imputada y su familia de la cual es parte el progenitor de los menores que resulta esposo de la querellante.

Aclara correctamente el tribunal a quo, que la norma penal sustantiva aplicable al caso es la vigente el momento del presunto hecho acusado, anterior a la modificación introducida al Código Penal en noviembre de 2010, aunque cita la L. N° 2033, es justamente esa norma legal vigente a partir del 29 de octubre de 1999 al 7 de noviembre de 2010 que resulta de aplicación para su análisis dentro la presente causa, por lo que es su redacción la que el tribunal a quo transcribe a fs. 470 dentro el análisis jurídico y de subsunción que efectúa.

Debe tomarse en cuenta que en función a la norma penal sustantiva aplicable al caso que es la L. N° 2033 "Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual" que modificó el Código Penal en 29 de octubre de 1999, contrastando con el auto de apertura de juicio de 4 de diciembre de 2012 (fs. 104-105) se apertura el juicio por los ilícitos de abuso deshonesto tipificado por el art. 312 del Cód. Pen. y el de corrupción de menores tipificado por el art. 318 del mismo cuerpo legal, siendo que el art. 310-2, 4 y 7, resultan agravantes del ilícito de abuso deshonesto y el art. 319 resulta el catálogo de agravantes del ilícito de corrupción de menores; resulta correcto también el análisis previo efectuado por el tribunal a quo a efecto de considerar la existencia o no de prueba plena respecto a los delitos de abuso deshonesto y corrupción de menores correspondiendo posterior a ello y siempre y cuando determine probados los mismos, aplicar las agravantes señaladas precedentemente; al respecto, se verifica que en el punto 3.2 del Considerando III (fs. 469 vta.) remitiéndose a la descripción normativa respecto a los delitos de abuso deshonesto agravado y el de corrupción de menores citando también que la agravante se encuentra inmersa en el art. 319 del Cód. Pen., el tribunal a quo efectúa un amplio análisis normativo y doctrinario de los referidos ilícitos a efecto de considerar la subsunción de los hechos acusados probados en el marco legal desarrollado, para ello también efectúa la consideración de la posibilidad de la existencia de un eventual concurso de delitos, un concurso aparente o impropio refiriéndose al ámbito normativo y doctrinal relativo a la problemática particular que corresponde al caso concluyendo que en el caso presente no existiría concurso real, debido a que las acciones que se atribuye desplegadas por la imputada no son independientes entre sí, al tratarse de un solo hecho desde el punto de vista jurídico; que tampoco concurriría un concurso ideal toda vez que los tipos penales que se reputan infringidos se excluyen entre sí, al considerar el tribunal a quo que resulta teóricamente posible en ambas figuras (abuso deshonesto y corrupción de menores pueda encuadrarse de manera simultánea dicho hecho efectuando el tribunal a quo el análisis de cada uno de estos tipos penales en función a la descripción normativa y debido fundamentalmente a la que considera absoluta vaguedad del ilícito de corrupción de menores. En función a ese análisis jurídico y doctrinal es que aplica el principio iura novit curia como la facultad del juzgador de adecuar los hechos probados al derecho, conforme al principio de tipicidad, la doctrina legal y jurisprudencia constitucional precedentemente glosada que no resulta contrario a la jurisprudencia constitucional que cita el tribunal a quo en la sentencia impugnada: circunstancia ésta, que de modo alguno inobserva el auto de apertura de juicio, por cuanto únicamente tiene que ver con la labor de subsunción del tribunal a quo, de los hechos acusados y lo probado en juicio oral, a la norma penal sustantiva en función a la valoración descriptiva e intelectual de la prueba consignada en la sentencia en el Considerando II. En tal sentido, este tribunal de alzada no observa omisión alguna por parte del tribunal a quo y menos una aplicación errónea del principio iura novit curia, máxime si ésta, responde a un análisis jurídico, doctrinal y jurisprudencial que de manera coherente, lógica y congruente expone el tribunal a quo en el referido Considerando III. punto 3.3., para pasar a considerar la prueba relevante que sustenta tanto la teoría fáctica de la acusación así como la teoría fáctica de la defensa, refiriéndose a las contradicciones en la declaración del menor Marcos Fabián Bazoalto Lázaro que restarían credibilidad a su declaración en juicio, contrastada con su declaración anticipada, así como algunos aspectos contradictorios que se extraerían de la declaración anticipada del menor víctima con lo expresado en juicio oral y que no resultaría suficiente para destruir la presunción de inocencia de la imputada realizando un análisis integral de la prueba relevante bajo los principios de la sana crítica, psicología y la experiencia en función a lo visto y oído en juicio oral tanto en relación a la prueba de cargo como de descargo, rescatando aspectos más favorables a la imputada generándose muchos cuestionamientos irresolutos en relación a las aseveraciones de la acusación que ponen en duda la credibilidad del relato de los menores en contrastación a lo declarado por otros testigos, e incluso analizando aspectos físicos del

inmueble donde vivían los menores con la imputada y su entorno familiar que restarían veracidad a la declaración de los menores, prueba relativa al conflicto familiar entre los progenitores de los menores (uno de ellos presunta víctima) que se encontraría en proceso de divorcio, el carácter vengativo de la madre de los menores que resulta querellante, que empero consideró el tribunal a quo que no puede entenderse como un denuncia falsa.

Arribando a la conclusión de que no resulta posible sustentar la hipótesis de la acusación en la sindicación del menor víctima y las referencias de su hermano mayor (otro menor) al contener contradicciones en relación a otras declaraciones de descargo, estas conclusiones devienen de la valoración intelectual de la prueba testifical, documental y pericial efectuada en el Considerando II de la sentencia impugnada; señalando finalmente el tribunal a quo que no fue acreditada la concurrencia de todos los elementos objetivo ni subjetivos del ilícito de abuso deshonesto que conlleven la responsabilidad penal de la imputada Jancarla Bazoalto Camacho, en función al previo análisis precedente en relación de la adecuación de los hechos al derecho por parte de la "autoridad jurisdiccional, concluyendo en función a ese razonamiento, que se encontraban frente a dudas razonables respecto a si la nombrada imputada cometió o no dicho ilícito penal aplicando en consecuencia el in dubio pro reo tomando en cuenta el principio de presunción de inocencia y que en caso de duda, como en el caso presente, resulta favorable a la imputada.

De todo ello resulta que el tribunal a quo no ha incurrido en el defecto de sentencia previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

Finalmente, en cuanto al reclamo de que el tribunal inferior, no habría dado lectura íntegra de la sentencia en audiencia fijada y señalada, vulnerando el debido proceso, ya que el juicio oral concluyó el día 28 de marzo de 2013, notificándose con la sentencia íntegra recién en 25 de julio de 2013, contraviniendo los arts. 361 del Cód. Pdto. Pen. y 115-III de la C.P.E. Al respecto, se tiene constancia del acta de lectura íntegra de la sentencia, sustanciada en 3 de abril de 2013, donde habrían asistido todas las partes, sin que exista observación alguna respecto al reclamo efectuado por la apelante en el recurso de apelación restringida, no obstante de que la notificación con la sentencia se hubiera efectuado con posterioridad; consecuentemente se verifica el cumplimiento de la previsión contenida en el art. 361 segundo párrafo del Cód. Pdto. Pen. Haciendo improcedentes los argumentos de la apelante.

b) Que no exista fundamentación de la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria - art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

No resultan evidentes los argumentos expuestos por la apelante en relación a este defecto de sentencia, por cuanto el tribunal a quo en el Considerando II realizó el análisis descriptivo e intelectual de la prueba, desarrollando cada uno de los elementos probatorios judicializados, cumpliendo estrictamente con la exigencia legal prevista en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., realizando una contrastación de las declaraciones testimoniales las pericias efectuadas así como la prueba documental, realizando un análisis integral y no aislado de la prueba judicializada tanto de cargo como de descargo, arribando por ello a conclusiones lógicas y congruentes basadas en la sana crítica, la psicología, la experiencia, aplicando criterios normativos y doctrinales pertinentes a la problemática a ser resuelta.

Consecuentemente, este tribunal de alzada no observa que no exista fundamentación de la sentencia o que ésta, sea insuficiente o contradictoria; contrariamente, la misma se encuentra debidamente fundamentada, respondiendo a la valoración integral de la prueba. Por lo que también resulta improcedente este aspecto alegado.

c) Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba, art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

Respecto a la valoración de la prueba, Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante A.S. N° 196 de 03 de junio de 2005, ha establecido la doctrina legal aplicable de que: "(...) la facultad de valorar la prueba corresponde con exclusividad al juez o Tribunal de Sentencia, quien al dirigir el juicio oral y recibir la prueba, adquiere convicción a través de la apreciación de los elementos y medios de prueba; convicción que se traduce en el fundamento de la sentencia que lleva el sello de la coherencia y las reglas de la lógica: consiguientemente, el tribunal de alzada en caso de revalorizar la prueba, convierte dicho acto en defecto absoluto contemplado en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; por haber aplicado el art. 173 contradiciendo el A.V. N° 15 de 07 de septiembre de 2004 pronunciado por la Sala Penal Segunda del mismo distrito judicial: situación que además contradice la línea jurisprudencial trazada por el tribunal de casación; donde se indica que el juez o Tribunal de Sentencia tiene la facultad de valorar la prueba y no así el tribunal de apelación como ocurrió en el sublite (...)".

De ello resulta, que el tribunal de alzada no puede volver a valorar la prueba producida por las partes en juicio oral, sino que su control se debe circunscribir al razonamiento expresado por el juez o tribunal a quo conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

Sobre esta temática además, la Doctrina Legal emitida por la Corte Suprema de Justicia contenida en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, que estableció que: "(...) Los jueces de mérito son soberanos en la valoración de las pruebas, que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desestimar determinados elementos probatorios, los razonamientos del fallo deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano, siendo este el iter lógico de una sentencia, el que debe fundarse en las leyes del pensamiento, las que independientemente de nuestra experiencia se presentan como necesarias en nuestro raciocinio. Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda. El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano: analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica cuáles son, la lógica la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la

infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio. Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia (...) El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano. Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural. Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad sobre el razonamiento del juez. El análisis de las resoluciones a partir de la formulación de una crítica al sistema de valoración de la prueba, requiere un alto nivel de tecnicidad y fundamentalmente un adecuado manejo de las leyes del pensamiento; así, los profesionales que asisten en los procesos donde se pretende criticar la actividad valorativa del titular del órgano jurisdiccional, requiere un especial manejo de principios tales como el de razón suficiente, de identidad, contradicción, del tercer excluido, etc.; de igual manera, las máximas de experiencia que son las obtenidas de la observación de la realidad (...)"

En el caso presente, la fundamentación descriptiva e intelectiva efectuada por el tribunal a quo en el contenido de la sentencia impugnada, responde a lo acontecido en el juicio oral, sin que la apelante señale cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio, tampoco la recurrente expresa las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas que tengan vinculación directa con el razonamiento base del fallo y menos indique en qué consiste la inobservancia a las reglas de la sana crítica señalando los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; no pudiendo ingresar el tribunal de alzada a cuestionar el análisis valorativo del tribunal a quo cuando la apelante no expresa de qué manera se hubiere incurrido en las circunstancias precedentemente señaladas. Siendo también improcedente el argumento explanado por la apelante al respecto.

d) Inobservancia de las reglas previstas para la redacción de la sentencia -art. 370-10 con relación al 360-4 del Cód. Pdto. Pen.

En relación al reclamo efectuado vía impugnación por la apelante en sentido de que el tribunal a quo no se ha pronunciado con relación a las agravantes establecidas en el auto de radicatoria y apertura del juicio oral, vulnerando con ello los arts. 370-10, 360-4, 169-3 y 407 del Cód. Pdto. Pen. alegando que se le restringe el derecho a recurrir en la apelación restringida lo que considera como causal de nulidad de la sentencia apelada. Estos argumentos fueron respondidos y desarrollados ampliamente por este tribunal de alzada en el inc. a) del presente Considerando IV; debiendo puntualizar a mayor abundamiento que la sentencia impugnada cumple con los requisitos legales previstos en el art. 360 del Cód. Pdto. Pen., haciendo también improcedente este argumento de la apelante.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declara Improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto por la acusadora particular Trinidad Susana Lázaro Torrelío representada por María del Carmen Arispe Fuentes, María Leonor Oviedo Bellot, Sharon Marie Arce Marañón, Jhonny Ariel Olivera Flores, Ivana Mónica Leyva Jiménez y María José Veizaga Ponce de León, consiguientemente, CONFIRMA la sentencia apelada de 28 de marzo de 2013.

Conforme a la previsión del art. 123 del Cód. Pdto. Pen. se advierte a las partes que la presente resolución es recurrible de casación y que a ese e to tienen el plazo de 5 días a partir de su notificación.

Vocal relatora: Dra. Mirtha Gaby Meneses Gómez.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Mirtha Gaby Meneses Gómez.- Karem Lorena Gallardo Sejas.

Ante mí: Abg. Adriana Ruiz Espinoza.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 26 de septiembre de 2016, cursante de fs. 613 a 620 vta., María del Carmen Arispe Fuentes, María Leonor Oviedo Bellot e Ivana Mónica Leyva Jiménez en representación de Trinidad Susana Lázaro Torrelío, interponen recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 8 de junio de 2016, de fs. 585 a 592, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por las vocales Karen Lorena Gallardo Sejas y Gaby Meneses Gómez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y las recurrentes en representación legal de Trinidad Susana Lázaro Torrelío contra Jancarla

Araceli Bazoalto Camacho, por la presunta comisión de los delitos de abuso deshonesto agravado y corrupción agravada, previstos y sancionados por los arts. 312 con relación al 310 y 319, todos del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 12/2013 de 28 de marzo (fs. 435 a 478), el Tribunal Quinto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a la imputada Jancarla Araceli Bazoalto Camacho, absuelta de pena y culpa de la comisión de los delitos de abuso deshonesto agravado y corrupción agravada, previstos y sancionados por los arts. 312 con relación al 310 y 319 del Cód. Pen.

b) Contra la referida sentencia, María del Carmen Arispe Fuentes, María Leonor Oviedo Bellot, Sharon Marie Arce Marañón, Jhonny Ariel Olivera Flores, Ivana Mónica Leyva Jiménez y María José Veizaga Ponce de León en representación de la acusadora particular Trinidad Susana Lázaro Torrelio, interpusieron recurso de apelación restringida (fs. 540 a 552), que fue resuelto por Auto de Vista de 8 de junio de 2016, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 894/2016-RA de 14 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) Las recurrentes, previa referencia de los arts. 60, 113.I, 115-II de la C.P.E., 8-II, 145-I y III, 148-I, 149-II, 157-I, II, III y IV del Cód. N.N.A., 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, 3-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Resolución N° 40 de la Asamblea General de la ONU núm. 2, afirman no fueron considerados por el auto de vista recurrido al momento de declarar la improcedencia de su recurso de apelación restringida; toda vez, que sin asidero legal y sin considerar el interés supremo del niño, niña o adolescente, ante su denuncia de la inobservancia y errónea aplicación de la ley previstas en los arts. 407, 169-3 y 370-1 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de alzada señaló que no especificó cuál el precepto legal que se hubiere inobservado o erróneamente aplicado, que constituya un defecto de procedimiento y que además hubiere sido oportunamente reclamado a efectos de su admisibilidad; argumentos, que aseveran no tiene asidero; toda vez, que -efectuando las recurrentes una transcripción de su recurso de apelación restringida, respecto a este reclamo- refieren, que este punto lo sustentaron con doctrina referente al principio iura novit curia y la diferencia entre los delitos de abuso deshonesto ahora abuso sexual y corrupción de menores, explicando que el Tribunal de Sentencia subsumió los hechos al delito de abuso sexual y no se refirió a corrupción de menores, tipologías totalmente diferentes; aspectos que, el tribunal de alzada no visibilizó como defectos absolutos, sino como defectos de sentencia, cuando el fondo constituyó defecto absoluto; toda vez, que el tribunal de juicio solo analizó el delito de abuso sexual descartando el delito de corrupción de menores, constituyendo violación de derechos y garantías constitucionales como acceso a la justicia, debido proceso e igualdad jurídica de las partes; puesto que, les deja con interrogante del porque no se sustentó con fundamento valedero por el delito de corrupción de menores siendo un delito totalmente diferente al de abuso deshonesto, que se encuentra en la familia de delitos contra la libertad sexual y el primero se encuentra dentro la familia de los delitos de moral sexual, aspecto no razonado por el tribunal de alzada vulnerando el debido proceso; por cuanto, no garantizó el cumplimiento de principios y valores para una buena interpretación de los tipos penales previsto por el art. 60 de la C.P.E. y por tanto acceso a la justicia.

2) Denuncian que el auto de vista recurrido sin fundamentación alguna ante su reclamo referido a que no existió fundamentación en la sentencia o que sea insuficiente y contradictoria, defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., se limitó a referir que cumplió estrictamente con la exigencia legal prevista en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., sin efectuar esa fundamentación que por obligación deben realizar, incumplimiento que vulnera el debido proceso y el derecho que tienen las partes de conocer y saber por qué se avaló los actuados del Tribunal de Sentencia sin ninguna fundamentación, lo que les deja en desamparo legal.

3) Por último, denuncian las recurrentes, que el auto de vista recurrido al confirmar la sentencia absolutoria contra un niño de cinco años de edad, vulneró el balance y ponderación de derechos; toda vez, que no consideró su reclamo referido a que la sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba, defecto del art. "270" inc. 6 del Cód. Pdto. Pen., donde alegaron, que la sentencia no contaba con el iter lógico; puesto que, se limitó a referir que algunas declaraciones no tendrían relevancia, no expresando un análisis intelectual o fundamentación jurídica que motive su decisión de absolutoria, contradiciéndose cuando alegó que existían pruebas que convencieron al tribunal por ser relevantes y otras irrelevantes ameritando que el presidente del tribunal de juicio se dirija a la acusada señalando que: "el tribunal ha tomado la determinación de absolverla, no porque piense que ella sea inocente, sino porque no había la suficiente prueba, sin embargo para ellos no era inocente", aspecto no considerado; toda vez, que existen pruebas de cargo fundamentales para determinar la autoría de la imputada tales como la testigo Shirley Camacho Coca, Lorena Heredia, Andrea Cecilia Serna, Cecilia Pérez Rioja; así también, las documentales signadas como MP1, MP5 y MP13, suficientes para sustentar una sentencia condenatoria, constituyendo vulneración del principio de verdad material, presunción de verdad de la niñez y los derechos al interés superior del niño previsto por el art. 3 de la Convención y la prioridad absoluta y efectividad que otorga todas las preferencias y la protección prioritaria frente a situaciones de violación o negación de derechos, debiendo el estado adoptar medidas hasta lo máximo y de ser necesario recurrir a cooperación internacional.

I.1.2. Petitorio.

Las recurrentes solicitan se declare procedente la casación en los términos solicitados.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 894/2016-RA de 14 de noviembre, cursante de fs. 627 a 630 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por las recurrentes María del Carmen Arispe Fuentes, María Leonor Oviedo Bellott e Ivana Mónica Leyva Jiménez en representación de Trinidad Susana Lázaro Torrelio, ante la concurrencia de los principios de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la revisión de los antecedentes venidos en casación, se destacan los siguientes que resultan pertinentes a los motivos planteados en casación:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 12/2013 de 28 de marzo, el Tribunal Quinto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a la imputada Jancarla Araceli Bazoalto Camacho, absuelta de pena y culpa de la comisión de los delitos de abuso deshonesto agravado y corrupción agravada, previstos y sancionados por los arts. 312 con relación al 310 y 319 del Cód. Pen., en razón a que la prueba aportada resulta insuficiente para generar en los juzgadores plena convicción sobre su responsabilidad penal, conforme los siguientes entendimientos:

Que de la valoración de los fundamentos y prueba incorporada a juicio, concluyó que son insuficientes para generar convicción sobre la responsabilidad de la imputada Jancarla Bazoalto Camacho: porque la testifical del menor, refiere que cuando Araceli se encontraba en el baño junto a su hermano Darko, vio que la imputada se desnudaba y que este último lo tocaba su pecho y su sapito; sin embargo, al respecto el menor Darko, en su declaración de anticipo de prueba señaló que no tocó a su tía, pero tenía que tocarlo; advirtiendo al respecto que existe una imprecisión o contradicción, por lo que concluye que no es posible otorgar plena relevancia convictiva a la declaración prestada por el menor, por lo que concluye que la declaración de la víctima no es suficiente para destruir la inocencia de la imputada lo cual no sería suficiente para determinar que esa acción fue alentada por la acusada, además concluye que la referida declaración no sería creíble, en consideración a que la ventana del baño donde se hubiera producido el hecho se encuentra a una altura mucho mayor a la estatura del testigo en cuestión, también no destacaría algunas particularidades físicas de su tía, tales como la notoria cicatriz que la misma tiene en su abdomen la cual fue exhibida en la audiencia de juicio, afirmación que el mismo testigo habría negado en la audiencia de anticipo de prueba; por otro lado, respecto a la afirmación del mismo testigo en sentido que su tía los castigaba con un cinturón y lo encerraba en la jaula del perro, es contradictoria con las declaraciones de los testigos Kenneth Martín Smith, Leonor Vargas, Kibely Bazoalto y Teresa Aramayo, quienes sostuvieron que en la educación de los niños Marcos Fabián y Darko Andrés nunca se utilizó castigos corporales; finalmente, señalan que llama poderosamente la atención de los jueces, que la presunta agresión sexual se cometiera siempre en uno de los baños de la casa y nunca en el dormitorio de la imputada, siendo que la misma tenía los medios para hacerlo con mayor facilidad y comodidad, siendo que incluso el niño Darko dormía junto a ella, por lo que los miembros del Tribunal de Sentencia, se encuentran frente a una duda razonable sobre si la acusada cometió o no dicho ilícitos y considerando que en materia penal la culpabilidad se prueba y la inocencia se presume, resguardando el debido proceso, al no haberse comprobado tanto el delito como la responsabilidad de la acusada, se lo absolvió del delito acusado, en observancia del principio in dubio pro reo.

II.2. Apelación restringida.

Los representantes de la parte acusadora, formularon recurso de apelación restringida, reclamando lo siguiente:

a) Denuncia inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, porque el Tribunal de Sentencia solamente habría considerado el delito de abuso deshonesto y no habría considerado el delito de corrupción de menores, menos se hubiera considerado el hecho de que por L. N° 054 de 10 de noviembre de 2010, el delito de corrupción de menores fue modificado por el delito de corrupción de niño, niña y adolescente y que se habría aplicado de manera errónea el principio iura novit curia, por lo que pide la nulidad de la sentencia.

b) El Tribunal de Sentencia no se hubiera pronunciado respecto a los agravantes de los delitos acusados, además refiere que no se hubiese realizado la lectura íntegra de la sentencia, siendo que se fijó día y hora para tal efecto, omisiones que a su criterio se constituirían en vulneración del debido proceso, por lo que pide se anule la sentencia.

c) Asimismo, denuncia que la decisión de haber absuelto a la acusada no se encontraría debidamente fundamentada, siendo que a su criterio hubiera existido suficiente prueba, indicando al efecto las testificales de Shirley Camacho Coca, la declaración del niño, la declaración de Andrea Cecilia Serna Beccar, la referencia psicológica de Claudia Cecilia Pérez Rioja, la documentales signadas como MP1, MP5 y MP13, todas esas pruebas que habrían sido consideradas por el tribunal como relevantes; sin embargo, las mismas no habrían sido valoradas y fundamentadas por el tribunal de alzada.

d) Finalmente, denuncia inobservancia de las reglas previstas para la redacción de la sentencia.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, emitió el auto de vista impugnado, que declaró improcedente la apelación restringida interpuesta por la parte acusadora.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

En el presente caso los acusadores particulares denuncian que el tribunal de alzada, al emitir el auto de vista impugnado: a) no hubiera considerado la denuncia referente a que el Tribunal de Sentencia no consideró ni analizó el tipo penal de corrupción de menores, siendo que el referido tipo penal es diferente al delito de abuso sexual; b) que incurrió en falta de fundamentación respecto al motivo alegado en apelación de falta de fundamentación de la sentencia, o sea insuficiente y contradictoria; y, c) no consideró el reclamo referido a que la sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa, pese a que la prueba testifical y literal que detallan establecerían una sentencia condenatoria; por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Marco legal y doctrinal.

III.1.1. Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones, para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro de las cuales se encuentra el deber de fundamentarlas y motivarlas adecuadamente, debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, este Máximo Tribunal de Justicia estableció amplia jurisprudencia, como la expuesta en el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, que señala que el deber de fundamentar: "se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutoria de la misma; caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.1.2. Principios de congruencia y iura novit curia y su aplicación en el sistema procesal penal vigente.

El debido proceso, que constituye el fundamento esencial de cualquier estado de derecho, en el estado boliviano, se encuentra reconocido en sus tres dimensiones (principio, derecho y garantía), del cual a su vez devienen una serie de derechos y garantías, entre los que se encuentran el derecho a la defensa y la garantía de un juez imparcial, éstos deben ser respetados en todo proceso judicial, a efectos de precautelar el orden público; toda vez, que las resoluciones emanadas en los procesos judiciales, si bien atienden casos particulares, su resultado debe reflejar la efectivización de todos los derechos y garantías de las que gozan las partes involucradas, brindando con ello seguridad jurídica, no sólo a los protagonistas del proceso, sino, al resto de la población, que en caso de verse involucrada en una situación similar, le permitirá prever un determinado desenlace.

En este sentido, es necesario hacer referencia a los principios de congruencia y iura novit curia y su aplicación en el sistema procesal penal boliviano.

1) El principio de congruencia.

Entendido como la concordancia o correspondencia que debe existir entre la petición formulada por las partes y la decisión que sobre ella tome el juez, fue definido por un sinnúmero de autores, como Devis Echandía, quien lo definió como: "el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas". (Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 53).

La congruencia se configura en dos formas: a) La primera, conocida como congruencia interna que obliga a expresar de forma coherente todos los argumentos considerativos entre sí y de éstos con la parte resolutoria; y, b) La segunda, conocida como congruencia externa que es a la que hace referencia el autor precitado, relativa a la exigencia de correspondencia o armonía entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial. Este tipo de congruencia queda afectado en los siguientes supuestos: 1) La incongruencia omisiva o ex silentio, que se presenta cuando el órgano jurisdiccional omite contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes; 2) La incongruencia por exceso o extra petita (petitum), se produce cuando el pronunciamiento judicial excede las peticiones realizadas por el recurrente, incluyendo temas no demandados o denunciados, impidiendo a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido; y, 3) La incongruencia por error, que se da cuando en una sola resolución se incurre en las dos anteriores clases de incongruencia, entendiéndose por tanto, que el órgano judicial, por cualquier tipo de error sufrido no resuelve sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente lo hace sobre aspectos totalmente ajenos a los planteados, dejando sin respuesta las pretensiones del recurrente.

Por otra parte, sobre la congruencia externa; es decir, a la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia, es necesario referir que la doctrina moderna, concordante con el sistema acusatorio, hace la diferencia entre la congruencia jurídica y la congruencia fáctica; la primera (congruencia jurídica), que consiste en la exigencia de homogeneidad entre los delitos acusados con los delitos objeto de condena o sanción; en cambio, la segunda (congruencia fáctica), exige de la sentencia, que tenga como base el hecho o factum investigado y acusado, debiendo emitir pronunciamiento concordante con dicho hecho; es decir, el tribunal sentenciador, puede otorgar al hecho denunciado una calificación jurídica diferente a la que conste en la acusación, cuidando de no dejar en estado de indefensión al imputado, por lo que se encuentra constreñido a no modificar sustancialmente dicha calificación, teniendo como margen, que la misma se haga dentro la “misma familia de delitos”, por ello la acusación debe señalar la pretensión jurídica que servirá para orientar tanto al tribunal como al imputado para la efectivización de su derecho a la defensa.

Sobre lo anterior, la legislación comparada citada a continuación, de forma expresa reconoce en su normativa, la exigencia de congruencia fáctica en la sentencia; así, el Código Procesal Penal Guatemalteco, en su art. 388 señala: “La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquélla de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público”.

Por su parte el art. 401 del Código Procesal Penal Argentino dispone: “En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad. Si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente”.

La facultad de modificar la calificación jurídica, otorgada al juzgador, significa la aplicación del principio *iura novit curia*, que no puede apartarse del principio de congruencia fáctica en resguardo del derecho a la defensa, lo que significa que en el supuesto caso en que se pretenda cambiar la base fáctica -no la jurídica- como consecuencia del desarrollo del proceso, se justifica la suspensión temporal de la audiencia, con la finalidad de que el imputado pueda ejercer defensa sobre los nuevos hechos atribuidos, lo contrario lesionaría su derecho a la defensa, lo que no sucede cuando se modifica la calificación realizada en la acusación, pues esa está sujeta a la comprobación de los hechos, lo que implica que es provisional; toda vez, que es el juzgador quien realiza el juicio de tipicidad y la consecuente subsunción.

En Bolivia el principio de congruencia (externa), se encuentra establecido en el art. 362 del Cód. Pdto. Pen., que al referirse a la sentencia, señala de forma imperativa que ningún imputado puede ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o en su ampliación; concordante con la normativa precitada, el inc. 11 del art. 370 del cuerpo legal precitado, establece que constituye defecto de sentencia, la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación, las disposiciones precitadas; a su vez, guardan coherencia con las siguientes normas legales: El art. 242 del Cód. Pdto. Pen., que en su primer párrafo señala: “El juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o del querellante, indistintamente. Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio. En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación” y el art. 348 del referido Código, que respecto a la ampliación de la acusación sostiene: “Durante el juicio, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación por hechos o circunstancias nuevos que no hayan sido mencionados en la acusación y que modifiquen la adecuación típica o la pena”, para luego señalar: “Admitida por el juez o tribunal la ampliación de la acusación, se recibirá nueva declaración al imputado y se pondrá en conocimiento de las partes el derecho que tienen a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, conforme a lo dispuesto en el art. 335 de este Código”.

De la normativa precitada se evidencia que el sistema procesal penal vigente, de manera implícita; en cuanto, a la redacción de la sentencia, acoge el principio de congruencia fáctica, lo que significa la posibilidad de aplicar el principio *iura novit curia*; toda vez, que únicamente establece la prohibición de incluir hechos nuevos que no hayan sido objeto de la acusación, lo que no compromete, bajo ningún aspecto la imparcialidad de juzgador ni soslaya el derecho a la defensa.

ii) El principio *iura novit curia* y sus limitaciones.

El principio *iura novit curia*, es un principio de derecho procesal por el que se entiende que “el juez conoce el derecho aplicable”; y por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. Este principio se encuentra relacionado con la máxima “dame los hechos, yo te daré el derecho”, reservándole al juzgador el derecho y a las partes los hechos.

En aplicación del citado principio, las partes deben limitarse a probar los hechos sometidos a litigio, sin que sea necesario probar los fundamentos aplicables a derecho, quedando vinculado el juzgador a someter el fallo a los hechos probados, por lo que ante la evidencia de que dichos hechos no se ajustan a la pretensión jurídica, amparándose en este principio, puede aplicar un derecho distinto al invocado en la acusación, cambiando la calificación jurídica, con la finalidad de adecuar los hechos probados a la normativa legal que corresponda, más si la modificación es favorable al imputado. Esta facultad, es excepcional y debe estar debidamente fundamentada, teniendo como condición, la de no apartarse de los hechos comprobados ni alterarlos.

De la normativa citada en el acápite precedente, se tiene que este principio procesal, es aplicable en Bolivia, siempre y cuando se cumpla con las condiciones señaladas anteriormente; es decir, el juzgador bajo ningún aspecto puede modificar, suprimir ni incluir hechos que no hubieran sido parte del pliego acusatorio, debiendo emitir resolución sobre la base fáctica probada en juicio. Al respecto, este Máximo Tribunal de justicia, estableció doctrina legal aplicable en el A.S. N° 239/2012-RRC de 3 de octubre, que señala: “Los jueces y tribunales deben considerar que el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal frente al derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una

descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El 'principio de congruencia o coherencia entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación".

A mayor abundamiento, cabe expresar respecto al iura novit curia, principio de locución latina, que el juez es quien asume la facultad de administrar justicia aplicando e interpretando la norma jurídica y determina -en materia penal- la comisión o no de un tipo penal, en base a los hechos sometidos a su conocimiento y que hubieren sido descritos en la acusación, en virtud a los principios de congruencia procesal y de verdad material, sobre la conexitud entre los hechos determinantes para dictarse un fallo y los expuestos y debatidos en la acusación y posterior desarrollo del proceso penal y la existencia comprobable de una conducta antijurídica, típica y culpable, respectivamente.

Si bien -con límites- es admisible que en sentencia se otorgue una calificación jurídica distinta a la efectuada en la acusación, o bien, se agrave o disminuya la pena a imponerse, en virtud a los derechos a la defensa y de congruencia, se restringe el principio iura novit curia circunscribiendo su aplicación únicamente a los hechos investigados en el proceso penal, de modo que no induzca al imputado a un estado de indefensión, ni a la parte contraria se le prive de una eficaz intervención en el cometido de obtener justicia. Así, a modo de no transgredir la garantía del debido proceso, en su elemento del derecho a la defensa, ni el de congruencia, es necesario definir los alcances del principio iura novit curia a la concurrencia de las siguientes condiciones:

1) En virtud a la unidad del objeto procesal entre la acusación y la sentencia, la autoridad juzgadora puede variar la calificación legal inicialmente efectuada, cuando no implique la añadidura de hechos que no hubieran sido sometidos a averiguación ni investigación en el proceso penal; de modo que, no pueda calificarse de "sorpresiva" la modificación del tipo penal imputado, pese a tener diferentes elementos constitutivos, versa sobre igual condicionamiento fáctico.

2) En concordancia con el presupuesto que antecede, tampoco puede variarse el tipo penal cuando difiera en sustancia con los hechos atribuidos; dicho de otro modo, es imposible atribuir al imputado, un delito del que no tuvo oportunidad de defenderse y aportar prueba, en razón a que el objeto del proceso penal seguido en su contra versaba en distintos supuestos fácticos.

3) El cambio de calificación jurídica a los hechos sometidos a un proceso penal, debe recaer -necesariamente- sobre delitos de la misma naturaleza. Ello, por la lógica comparativa de los elementos constitutivos de los tipos penales, cuyo componente fáctico no dista del sentido jurídico propio de la clasificación de las conductas típicas antijurídicas esquematizadas en el Código Penal, que según se advirtió en el Fundamento Jurídico precedente, si se advierte y comprueba su comisión, corresponde materializar el ius puniendi.

4) La modificación en la calificación de los hechos, no debe incurrir en pasar de un delito de persecución pública, a uno de índole privada, en el que se requiera el impulso necesario de la parte querellante y/o la víctima.

En todos los casos, debe ser evidente la congruencia entre la unidad fáctica de la acusación con la sentencia, entendida -la primera- como la relación circunstanciada del hecho histórico a investigar, y sea sobre el cual, recaiga el fallo fundamentado y motivado, indicando con precisión las condiciones por las que se modificó el tipo penal por otro, en base al análisis puntual de los hechos y su adecuación al delito finalmente atribuido (S.C. N° 0460/2011-R del 18 de abril).

De la doctrina y jurisprudencia anterior se establece que, de conformidad al principio de congruencia, ninguna persona puede ser condenada por un hecho distinto al atribuido en la acusación; sin embargo, cuando los hechos comprobados no se adecuen a la calificación jurídica realizada en la acusación, tomando en cuenta que el juzgador tiene la facultad privativa de realizar la subsunción del hecho al tipo penal correspondiente, se encuentra facultado para aplicar el principio iura novit curia, siempre que el objeto de protección jurídica sea el mismo (misma familia de delitos), ello en consideración a que la exigencia de congruencia dispuesta en la normativa procesal penal, se refiere a la coherencia que debe existir entre los hechos acusados o base fáctica y la sentencia (congruencia fáctica) y no respecto a la calificación jurídica asignada por el acusador, por lo que se reitera, la aplicación de este principio no compromete la imparcialidad del juzgador, ni coloca en estado de indefensión a las partes, las que tuvieron oportunidad de defenderse o alegar a favor o en contra, sobre los hechos y circunstancias descritas en el pliego acusatorio.

III.1.3. Sobre la defectuosa valoración de la prueba, su formulación y control.

La denuncia por defectuosa valoración de la prueba, defecto de sentencia descrito en el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como norma habilitante, debe encontrarse vinculada a la infracción del art. 173 del mismo cuerpo legal; es decir, a la vulneración de las reglas de la sana crítica, que son aquellas que conoce el hombre común (sentido común – conocimiento adquirido por cualquier persona de forma espontánea como verdad irrefutable), las reglas de la ciencia entre las cuales la más aplicada es la de la psicología, que en el caso del juzgador requiere conocimientos mínimos (se aplican cuando el juzgador observa comportamientos), además de las reglas de la lógica (la lógica de lo razonable); es decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente, para crear un razonamiento debidamente estructurado. Lo que implica, que quien alegue defectuosa valoración de la prueba, debe brindar información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los elementos analizados arbitrariamente, únicamente planteado en esos términos el recurso, es posible el control sobre la valoración de la prueba, control que debe ser ejercitado sobre la logicidad de la sentencia, teniendo como circunscripción lo argumentado en el recurso.

Sobre la temática, el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, estableció como doctrina fundadora que: "Los jueces de mérito son soberanos en la valoración de las pruebas, que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desestimar determinados elementos probatorios, los razonamientos del fallo deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano, siendo este el iter lógico de una sentencia, el que debe fundarse en las leyes del pensamiento, las que independientemente de nuestra experiencia se presentan como necesarias en nuestro raciocinio.

Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda.

El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravo.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia y no referirse a actuaciones procesales sin incidencia directa en la resolución de mérito, la inobservancia de estas reglas emergentes de lo expresamente determinado en la ley adjetiva penal deberán ser observadas por los tribunales que conocen el recurso de apelación restringida previamente a admitirse los recursos por estos motivos y en caso de no ser debidamente subsanada la observación referida, los tribunales deberán declarar inadmisibles los recursos por este motivo, en cuyo caso no podrán reiterarse estos argumentos en el recurso de casación.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural.

Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez.

El análisis de las resoluciones a partir de la formulación de una crítica al sistema de valoración de la prueba, requiere un alto nivel de tecnicidad y fundamentalmente un adecuado manejo de las leyes del pensamiento; así, los profesionales que asisten en los procesos donde se pretende criticar la actividad valorativa del titular del órgano jurisdiccional, requiere un especial manejo de principios tales como el de razón suficiente, de identidad, contradicción, del tercer excluido, etc.; de igual manera, las máximas de experiencia que son las obtenidas de la observación de la realidad, y que comprueban que ciertos hechos o sucesos se comportan reiteradamente de determinada manera, son parámetros básicos que nos permiten explicar la ocurrencia de ciertos fenómenos cuya extensión, notoriedad, regularidad e identidad, han permitido convertirlos en estándares generales para la comprensión de acontecimientos suscitados a lo largo del tiempo".

III.2. Análisis del caso en concreto.

En el primer motivo de casación, los recurrentes denuncian la existencia del defecto absoluto previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., por no haber considerado el tribunal de alzada la denuncia referida a la errónea aplicación de la ley, porque el tribunal de sentencia sólo hubiera analizado el delito de abuso sexual descartando el delito de corrupción de menores, indicando que el mencionado delito es un delito totalmente diferente al de abuso deshonesto, lo que a criterio de la parte recurrente se constituiría en violación de derechos y garantías constitucionales.

Al respecto, analizados los antecedentes relacionados al motivo en cuestión, se evidencia que la indicada denuncia fue resumida en la resolución impugnada, en el considerando III. inc. a), resuelta en el considerando IV inc. a), al señalar que el reclamo tiene que ver con el

defecto de sentencia previsto por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. y no con el defecto previsto por el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., porque surge del análisis efectuado por el tribunal a quo en relación a la aplicación de la ley penal sustantiva, por haber declarado sentencia absolutoria, sin que a su criterio se hubiera subsumido de manera adecuado los hechos probados a los tipos penales acusados; luego indica que corresponde al Juez o tribunal a tiempo de emitir la sentencia y en función a la valoración descriptiva e intelectual de la prueba, realizar la labor de subsunción de los hechos probados al tipo penal que más se adecúe al caso, encontrándose facultado para aplicar el principio denominado "iura novit curia" que es un principio de derecho procesal por el que se entiende que el juez conoce el derecho aplicable; y por lo tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas, reservándose al juzgador el derecho y a las partes los hechos; en consecuencia, concluye que las partes deben limitarse a probar los hechos sometidos a litigio, sin que sea necesario probar los fundamentos aplicables a derecho, quedando vinculado el juzgador a someter el fallo a los hechos probados, por los que ante la evidencia de que dichos hechos no se ajustan a la pretensión jurídica, amparándose en este principio, puede aplicar un derecho distinto al invocado en la acusación, cambiando la calificación jurídica, con la finalidad de adecuar los hechos probados a la normativa legal que corresponda, más aún si la modificación es favorable al imputado y siempre dentro el ámbito de naturaleza similar del tipo del delito atribuido.

En el caso de autos indica que la causa fue aperturada por la presunta comisión de los delitos de abuso deshonesto agravado, corrupción de menores y corrupción agravada; al respecto, inicialmente deja presente, que en función a las circunstancias fácticas expuestas en la acusación particular, la ley penal sustantiva aplicable al caso de autos es la contenida en el Código Penal modificado por L. N° 2032 de 29 de octubre de 1999 y no la L. N° 054 de 8 de noviembre de 2010, como erróneamente pretende la parte apelante, en el entendido que la acusadora Susana Lázaro Torrelio retornó al país el 30 de octubre de 2010, inmediatamente asumió la responsabilidad materna de sus niños a partir de esa fecha y siendo el hecho acusado anterior a la indicada fecha, por lo que la Ley penal sustantiva aplicable al caso es la L. N° 2033 "Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual", que modificó el Código Penal el 29 de octubre de 1999.

Luego señala que el objeto del juicio, es el esclarecimiento de las circunstancias expuestas por la parte acusadora en su relación fáctica a efecto de determinar si existió algún tipo de agresión sexual contra el menor víctima y si la imputada tuvo participación en dicho ilícito, ello a fin de que se admita o rechace la pretensión acusatoria, puntualizando que la hipótesis de la acusación es que presuntamente la imputada hubiera incitado al menor víctima a que realice toques impúdicos, para también ella efectuar tocamientos con ánimo libidinoso en el cuerpo del menor. Por su parte, la hipótesis de la defensa es la inocencia de la imputada alegando que nunca desplegó las acciones que se le atribuyen, contrariamente la misma se habría dedicado íntegramente al cuidado de sus sobrinos menores (uno de ellos la presunta víctima), desarrollándose un sentimiento maternal, negando enfáticamente que hubiera tocado con ánimo libidinoso los genitales del menor o que hubiera alentado para que le acaricien zonas erógenas de su cuerpo, atribuyendo estas circunstancias a la manipulación de la progenitora de los menores en un afán de venganza contra la imputada y su familia de la cual es parte el progenitor de los menores que resulta el esposo de la querellante.

Con ese antecedente, el tribunal de apelación concluyó, que no existe omisión alguna por parte del tribunal a quo y menos una aplicación errónea del principio iura novit curia, señalando que el Tribunal de Sentencia realiza un análisis previo a efecto de considerar la existencia o no de prueba plena respecto a los delitos de abuso deshonesto y corrupción de menores, y si en el hipotético caso de ser probados los mismos corresponderá aplicar las agravantes, que el tribunal de sentencia efectuó un amplio análisis normativo y doctrinario de los referidos ilícitos a efectos de considerar la subsunción de los hechos acusados en el marco legal desarrollado, al efecto efectuó consideraciones sobre la existencia de un eventual concurso de delitos, concurso aparente o impropio, refiriéndose al ámbito normativo y doctrinal relativo a la temática particular que corresponde al caso, concluyendo que en el caso presente no existiría concurso real, debido a que las acciones que se atribuyen desplegadas a la imputada no son independientes entre sí, al tratarse de un solo hecho desde el punto de vista jurídico; asimismo, concluye que tampoco existe concurso ideal; toda vez, que los tipos penales que se reputan infringidos se excluyen entre sí, al considerar el tribunal a quo que resulta teóricamente posible en ambas figuras (abuso deshonesto y corrupción de menores) puedan encuadrarse de manera simultánea dicho hecho, efectuando el tribunal a quo el análisis de cada uno de estos tipos penales en función a la descripción normativa. En función a ese análisis jurídico y doctrinal es que aplica el principio iura novit curia con la facultad del juzgador de adecuar los hechos probados al derecho, conforme al principio de tipicidad, la doctrina legal y jurisprudencia constitucional precedentemente glosada; por cuanto, únicamente tiene que ver con la labor de subsunción del tribunal a quo, de los hechos acusados y lo probado en juicio oral, a la norma penal sustantiva en función a la valoración descriptiva e intelectual de la prueba consignada en el Considerando II de la sentencia.

Ahora bien, de lo referido precedentemente se advierte que el tribunal de alzada, de manera correcta y debidamente fundamentada declaró improcedente el recurso de apelación restringida, siendo correcta la conclusión en sentido que no existe errónea aplicación de la ley sustantiva, porque las acciones que se le atribuyen a la imputada no son independientes entre sí y que se trata de un solo hecho desde el punto jurídico, que el Tribunal de Sentencia hace un análisis de ambos delitos en función a la descripción normativa, en función del análisis jurídico y doctrinal aplica de manera correcta el principio de iura novit curia, por la cual el juzgador tiene la facultad de adecuar los hechos probados al derecho; entendiéndose que existe conexidad del objeto del proceso entre la acusación y la sentencia, en atención a los hechos atribuidos; es decir, los hechos referidos en la acusación se constituyen en el objeto del proceso penal, que circunscribe su desarrollo a lo descrito en ella, es decir el "hecho" no es simplemente un determinado tipo penal, sino el acontecimiento fáctico que puede o no configurar una conducta típica, supuesto que debe ser dilucidado a través del proceso penal y que previo debate concluirá en una sentencia condenatoria o absolutoria, es decir, la responsabilidad penal que se atribuye a la imputada depende del conjunto de elementos fácticos contenidos en la acusación y no exclusivamente del tipo penal, porque no se juzga tipos o delitos, sino hechos; consecuentemente, no se advierte que el tribunal de alzada hubiera vulnerado derechos constitucionales, porque de manera acertada revisó la sentencia y no encontró error en la aplicación de la norma sustantiva, por lo que se concluye que la denuncia de la parte acusadora en sentido de que el tribunal de apelación no se hubiere pronunciado respecto al delito de corrupción de menores carece de sustento.

Respecto al segundo motivo, donde se denuncia que el tribunal de alzada no hubiera fundamentado su respuesta a la denuncia de falta de fundamentación de la sentencia o que la misma sea insuficiente o contradictoria, se tiene que el tribunal de alzada conforme se puntualizó en el motivo anterior, refirió que la hipótesis de la acusación pública y particular es que la imputada, incitó al menor víctima que realizará toques impúdicos, para también ella efectuar tocamientos con ánimo libidinoso en el cuerpo del menor, en cambio la hipótesis de la defensa es la inocencia de la imputada alegando que nunca desplegó las acciones que se le atribuyen, mas al contrario indica que se dedicó íntegramente al cuidado de sus sobrinos menores (uno de ellos la presunta víctima), hacia quienes desarrolló un sentimiento maternal, negando enfáticamente que hubiere tocado con ánimo libidinoso los genitales del menor víctima o que hubiera alentado para que le acaricie zonas erógenas de su cuerpo, atribuyendo estas circunstancias a la manipulación de la progenitora de los menores en un afán de venganza contra la imputada y su familia.

A continuación señala que se aperturó el juicio, por los delitos de abuso deshonesto y corrupción de menores, que la sentencia en su Considerando III. efectúa un amplio análisis normativo y doctrinario de los referidos ilícitos a efectos de considerar la subsunción de los hechos acusados, considerando al mismo tiempo si existen concurso de delitos, concluyendo que no existe concurso real, debido a que las acciones que se atribuyen desplegadas por la imputada no son independientes entre sí, al tratarse de un solo hecho desde el punto de vista jurídico; menos existiría concurso ideal, efectuando el tribunal a quo el análisis de cada uno de los tipos penales en función a la descripción normativa. En función a ese análisis jurídico y doctrinal, es que aplica el principio de iura novit curia, como la facultad del juzgador de adecuar los hechos probados al derecho, conforme al principio de tipicidad, que la sentencia considera la prueba relevante que sustenta tanto la teoría fáctica que sustenta la acusación, así como la teoría fáctica de la defensa, refiriéndose a las contradicciones en la declaración del menor MFBL, restarían credibilidad a su declaración en juicio, contrastando con su declaración anticipada, así como algunos aspectos contradictorios que se extraerían de la declaración anticipada del menor víctima, con lo expresado en juicio oral y que no resultaría suficiente para destruir la presunción de inocencia de la imputada, realizando un análisis integral de la prueba relevante bajo los principios de la sana crítica, psicología y la experiencia en función a lo visto y oído en juicio oral, tanto en relación a la prueba de cargo como de descargo, rescatando aspectos más favorables a la imputada generándose muchos cuestionamientos irresolutos en relación a las aseveraciones de la acusación que ponen en duda la credibilidad de los menores en contrastación a lo declarado por otros testigos, e incluso analizando aspectos físicos del inmueble donde vivían los menores con la imputada y su entorno familiar que restarían veracidad a la declaración de los menores, prueba relativa al conflicto familiar entre los progenitores de los menores, quienes se encontraría en proceso de divorcio, el carácter vengativo de la madre de los menores que resulta la querellante.

Con esos antecedentes, concluye que no resulta posible sustentar la hipótesis de la acusación en la sindicación del menor víctima y las referencias de su hermano mayor, al contener contradicciones en relación a otras declaraciones de descargo, estas conclusiones devienen de la valoración intelectual de la prueba testifical, documental y pericial efectuada en el considerando II de la sentencia impugnada, por lo que concluye que no se acreditó la concurrencia de todos los elementos objetivos ni subjetivos del ilícito de abuso deshonesto que conlleva la responsabilidad penal de la imputada, en función al análisis por encontrarse frente a dudas razonables respecto a si la nombrada imputada cometió o no dicho ilícito penal aplicando en consecuencia el in dubio pro reo, tomando en cuenta el principio de presunción de inocencia y que en caso de duda, como en el caso presente resulta favorable a la imputada.

Por lo que en el Considerando IV. inc. b), concluye que, no es evidente la falta de fundamentación o que la misma sea insuficiente o contradictoria, contrariamente señala que la misma se encuentra debidamente fundamentada, respondiendo la valoración integral de la prueba; por cuanto, el tribunal a quo en el Considerando II realizó el análisis descriptivo, e intelectual de la prueba, desarrollando cada uno de los elementos probatorios judicializados, cumpliendo estrictamente con la exigencia legal prevista en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., realizando una contrastación de las declaraciones testificales, las pericias efectuadas así como la prueba documental, realizando un análisis integral y no aislado de la prueba judicializada tanto de cargo como de descargo, arribando por ello a conclusiones lógicas y congruentes basadas en la sana crítica, la psicología, la experiencia, aplicando criterios normativos y doctrinales pertinentes a la problemática a ser resuelta, por lo que se concluye que este reclamo tampoco tiene mérito, deviniendo en consecuencia este motivo también en infundado.

Finalmente respecto al tercer motivo, donde la parte recurrente denuncia que el tribunal de alzada no hubiera considerado el reclamo respecto a que la sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba; toda vez, que a su criterio la prueba testifical y documental acreditaría que tuvo que emitirse una sentencia condenatoria; se evidencia que el tribunal de alzada señala que: la fundamentación descriptiva e intelectual efectuada por el tribunal a quo en el contenido de la sentencia impugnada, responde a lo acontecido en el juicio oral, sin que la apelante señale cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en que consta el agravio, tampoco la recurrente expresa las reglas de la lógica que hubieren sido inobservadas que tengan vinculación directa con el razonamiento base del fallo y menos indique en qué consiste la inobservancia a las reglas de la sana crítica señalando los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretende en base a un análisis lógico explícito; con ese argumento, señala que el tribunal de alzada no puede ingresar a cuestionar el análisis valorativo del tribunal a quo cuando la apelante no expresa de qué manera se hubiera incurrido en las circunstancias precedentemente señaladas.

Al respecto, se advierte que la parte recurrente a tiempo de alegar la concurrencia del defecto previsto por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., no señala cuáles son los hechos inexistentes en que se hubiera basado la sentencia absolutoria y si bien refiere que los testigos Shirley Camacho Coca, Lorena Heredia, Andrea Cecilia Serra y Cecilia Pérez Rioja, además de las documentales MP1, MP5 MP13, son suficientes para sustentar la autoría y condena; empero, conforme se expuso ampliamente en el apartado III.1.3. de la presente Resolución, dicho planteamiento no cumple con la carga procesal de brindar información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando que afirmación o hecho es contrario a la experiencia común, cuáles son los hechos no ciertos en que se sustenta la sentencia, de qué manera los medios de prueba hubieran sido valorados indebidamente, cuáles son las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta; en consecuencia, se advierte que la parte recurrente no cumple con

estas exigencias, que hubiesen permitido al tribunal de alzada realizar el control de la defectuosa valoración de la prueba, o identificar cuáles son los hechos inexistentes que no se hubieran acreditado, pues no es suficiente señalar de manera general que a las autoridades judiciales les corresponda leer minuciosamente la sentencia para observar que existe prueba de cargo fundamental para determinar la culpabilidad.

Por lo expuesto, al advertirse que el tribunal de alzada se pronunció sobre cada uno de los planteamientos denunciados por el recurrente en su apelación restringida, sin que concurren los defectos denunciados, corresponde declarar infundado el recurso examinado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación, interpuesto por María del Carmen Arispe Fuentes, Leonor Oviedo Bellott e Ivana Mónica Leyva Jiménez en representación de Jancarla Araceli Bazoalto Camacho, cursante de fs. 613 a 620 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



257

Ministerio Público y otra c/ Sandro Fuentes Gabriel
Violación de infante niña, niño o adolescente
Distrito: Cochabamba

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 7 de octubre de 2016, cursante de fs. 530-531 vta., Sandro Fuentes Gabriel, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 21 de 26 de agosto de 2016, de fs. 499 a 507 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por las vocales Gina Luisa Castellón Ugarte y Mirtha Gaby Meneses Gómez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Loida Mercedes Ballesteros Montaña contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 6/2015 de 2 de febrero (fs. 426 a 438), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Sandro Fuentes Gabriel, autor de la comisión del delito de violación de niña, niño o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con las agravantes previstas por el art. 310-2 y 3 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veintidós años de presidio, más el pago de costas y resarcimiento de daños civiles a favor del estado, la víctima y el Ministerio Público.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Sandro Fuentes Gabriel, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 458 a 464), que fue resuelto por A.V. N° 21 de 26 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación en análisis.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 932/2016-RA de 24 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente haciendo referencia del contenido de los arts. 115 y 180 de la C.P.E. y la jurisprudencia sentada por los AA.SS. Nos. 199/2013 de 11 de julio y 40/2013 de 21 de febrero, denuncia que: "A la presentación del recurso de apelación ' incidental " (sic); -sin embargo se entiende que se refiere a la apelación restringida por la fecha mencionada- mediante memorial de 10 de abril de 2016, señalando que en su otrosí 2 del memorial solicitó de manera expresa que se señale día y hora de audiencia para fundamentación oral del recurso de apelación restringida, solicitud que fue atendida por decreto de 1 de agosto de 2016, fijando la audiencia de fundamentación para el 3 de agosto del mismo año a hrs. 16:30; empero, la referida audiencia fijada para esa hora hasta las 18:30 hrs. no había sido instalada; por lo que, tuvo que

retirarse con su abogado, que con el acta de audiencia de fundamentación oral, no se le había notificado y en ella se hubiere hecho constar la supuesta incomparecencia del imputado, en audiencia que fue instalada presuntamente a hrs. 18:55 concluyendo a las 19:00; por lo que, a decir del recurrente el auto de vista impugnado, violenta y vulnera su derecho a la defensa, pues en su criterio correspondía que el tribunal de apelación programe audiencia de oficio, al no haberse instalado la audiencia en la hora fijada por causas no atribuibles al recurrente, hecho que constituye a decir del imputado un vicio de nulidad insubsanable como había establecido el A.S. N° 061/2013-RRC de 8 de marzo, el cual es transcrito parcialmente.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita: "La nulidad absoluta no susceptible de convalidación del Auto de Vista de 26 de agosto de 2016 Resolución N° 021".

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 932/2016-RA de 24 de noviembre, de fs. 537 a 539, este tribunal admitió el recurso de casación de Sandro Fuentes Gabriel para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

En el apartado "Fundamentación jurídica", el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, concluyó de la declaración de la víctima, del certificado médico y de la declaración de la madre, y siendo que la prueba de descargo no desvirtúa lo manifestado por la prueba de cargo; que el acusado subsumió su conducta al tipo penal acusado; consiguientemente, emitió sentencia condenatoria contra el imputado y lo declaró autor de la comisión del delito de violación de niña, niño o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 bis con las agravantes de los incs. 2 y 3 del art. 310 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veintidós años de presidio con costas y el pago del resarcimiento de los daños civiles al estado, la víctima y el ministerio público.

II.2. Apelación restringida y su Resolución.

El imputado formuló recurso de apelación restringida contra la Sentencia Condenatoria N° 06/2015 de 2 de febrero, alegando lo siguiente:

- 1) Errónea aplicación de la ley sustantiva, porque a su criterio el hecho acusado no habría concurrido el acceso carnal y penetración anal o vaginal, y tampoco se habría demostrado la introducción de objetos con fines libidinosos.
- 2) La sentencia habría cambiado de manera radical la determinación circunstanciada del hecho objeto del juicio, que fue expresada en la acusación.
- 3) La sentencia se basaría en medios de prueba que habrían sido incorporados de manera ilegal al juicio.
- 4) El fallo apelado se basaría en una fundamentación insuficiente, señalando que se cambió los hechos y se transcribió fundamentos a medias.
- 5) Concluye señalando que la sentencia también se basaría en una defectuosa valoración de la prueba, indicando que no se habría valorado de manera adecuada el certificado médico forense, el acta de audiencia de anticipo de prueba y el informe psicológico pericial, además de valorar de manera defectuosa la prueba de descargo.

Ante el referido recurso la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, emitió el A.V. N° 021 de 26 de agosto de 2016, por el que declaró improcedente la apelación restringida interpuesta por el acusado.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado

El recurrente denuncia vulneración de su derecho a la defensa, porque no se instaló la audiencia de fundamentación de la apelación restringida a la hora señalada, sino dos horas y media después y sin su presencia, lo que no le habría permitido fundamentar su recurso de apelación restringida; a cuyo fin, antes de identificar el entendimiento asumido en el precedente invocado por el recurrente y el análisis particular del motivo admitido, inicialmente resulta menester efectuar una precisión sobre la labor de contraste en el recurso de casación por parte del Tribunal Supremo.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: "El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema", en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: "Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida".

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: "...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación", norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.O.J., que instituye como

atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y, c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento Penal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal.

III.2. Análisis de caso concreto.

El recurrente alega vulneración de su derecho a la defensa, por no haberse instalado la audiencia de fundamentación del recurso de apelación restringida a la hora indicada, llevándose a cabo la misma dos horas y media después de la hora señalada y sin su presencia, situación que no le dejó fundamentar su recurso, aspecto que sería contradictorio a la doctrina legal establecida en el A.S. N° 061/2013-RRC de 8 de marzo.

El referido precedente, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de violación de niño, niña o adolescente, proceso en el cual este Máximo Tribunal de Justicia constató que el tribunal de alzada emitió auto de vista, sin haber señalado menos desarrollado la audiencia de fundamentación, a pesar que la misma fue solicitada por el apelante en su recurso de apelación restringida, concluyendo que esa situación inobservó lo establecido en los arts. 408 y 411 del Cód. Pdto. Pen., constituyéndose a la vez en defecto absoluto no subsanable, conforme lo previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., por lo que se dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo previamente la siguiente doctrina legal: "...con la finalidad de que se cumpla con la norma citada, es menester ratificar que, ante la petición expresa del recurrente de fundamentar su recurso en forma oral, cumpliendo lo dispuesto por los arts. 408 y 411 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de apelación tiene la ineludible e insoslayable obligación de señalar día y hora de audiencia para escuchar los fundamentos del recurso de apelación restringida; omitir esta obligación implica desconocer y restringir los derechos y garantías constitucionales del recurrente que hacen al debido proceso, al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, lo que constituye defecto absoluto no susceptible de convalidación, conforme dispone el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen."

En el caso de autos, se observa que el imputado ahora recurrente, presentó su recurso de apelación restringida, solicitando de manera expresa en su otrosí 2, que se señale día y hora para la fundamentación oral del citado medio de impugnación y una vez radicada la causa en el tribunal de alzada, por decreto de 1 de agosto de 2016 a fs. 496, se señaló audiencia de fundamentación oral para el 3 de agosto de 2016 a hrs. 16:30; sin embargo, el acto no se instaló a la hora mencionada, conforme se observa en el acta de la audiencia de fundamentación oral a fs. 498, sino recién a hrs. 18:55, concluyendo a hrs. 19:00 del día consignado, y al no estar presente a esa hora el recurrente, inmediatamente se dispuso el sorteo de la causa para la resolución del recurso de apelación restringida, emitiéndose el A.V. N° 21 de 26 del mismo mes y año.

Ahora bien, de la revisión detallada de la resolución recurrida de casación, se evidencia que las partes y el acusado ahora recurrente fueron notificados para las 16:30 hrs. del día 3 de agosto de 2016, conforme se observa de las diligencias que corren a fs. 497; a cuyo efecto, si bien existe el acta a fs. 498, en la cual se hace constar que se instaló la audiencia de fundamentación; sin embargo, no hace otra cosa que ratificar que no fue instalado a la hora convocada, ni siquiera en una hora que sea razonablemente aceptable; puesto que, la misma se instaló 2 horas y 25 minutos después, además de instalarse en un horario que ya no es hábil, por cuanto, la misma se instala a hrs. 18:55, con el presunto justificativo de "Por la prolongación de audiencias presentes", sin que conste de manera certera a este tribunal sobre las referidas audiencias prolongadas y sin la correspondiente habilitación de horas, puesto que, aun siendo así, el tribunal de alzada tenía la obligación de declarar un receso si era posible para llevar adelante la audiencia convocada o en caso postergar o suspender la audiencia para otra oportunidad, dado que las condiciones que impidieron la instalación de la audiencia programada no era atribuible al imputado solicitante, sino a la sobrecarga laboral del despacho que exigía un nuevo y adecuado agendamiento de dicha audiencia y no dejar en incertidumbre a las partes.

Por lo referido, se concluye que es evidente que el tribunal de alzada actuó en contradicción con la doctrina legal establecida por este tribunal, pues si bien señaló la audiencia de fundamentación; empero, la misma no se instaló en la hora indicada, menos en una hora razonablemente comprensible; puesto que, entre la irregular audiencia y la emisión del auto de vista ahora recurrido, no se observa que la mencionada actuación hubiera sido de conocimiento del recurrente, puesto que si bien existe una diligencia de notificación a fs. 498 vta., la misma no llegó a conocimiento del acusado, lo que a su vez le hubiera permitido observar el acta o plantear solicitud encaminada a la observancia de sus derechos y garantías constitucionales, por lo que, se concluye que es evidente la denuncia en sentido que se dejó en estado de indefensión al acusado, deviniendo en consecuencia el recurso de casación en fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Sandro Fuentes Gabriel, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., deja SIN EFECTO el A.V. N° 21 de 26 de agosto de 2016 de fs. 499 a 507 vta., disponiendo que el tribunal de alzada, previo señalamiento de audiencia de fundamentación, sorteo y sin espera de turno, pronuncie nueva resolución, observando la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

Para efectos del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



258

Ministerio Público c/ Elías Bautista Montaña
Violación de niño, niña y adolescente
Distrito: Cochabamba

AUTO DE VISTA

Cochabamba, 2 de septiembre de 2016.

VISTOS: La apelación restringida interpuesta contra la sentencia de fs. 80-84, pronunciada dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Elías Bautista Montaña, por el delito de violación de niño, niña o adolescente, tipificado en el art. 308 Bis del Cód. Pen.; los demás antecedentes procesales, y.

CONSIDERANDO: Dentro del referido proceso penal, el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, pronunció Sentencia por la que declaró al imputado Elías Bautista Montaña autor y culpable de la comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, tipificado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., porque la prueba aportada fue suficiente para generar en el Tribunal de Sentencia la convicción sobre la responsabilidad penal del prenombrado imputado por lo que lo condena a la pena de quince años de presidio sin derecho a indulto a cumplir en el recinto penitenciario de "San Pablo", mas costas y responsabilidad civil averiguables en ejecución de sentencia ante autoridad competente.

Esta resolución fue apelada por el imputado Elías Bautista Montaña, por escrito que sale a fs. 87-93, recurso que al cumplir lo dispuesto por los arts. 407, 408 y 409 del Cód. Pdto. Pen., se lo admite, pasándose a continuación a resolver los aspectos cuestionados de la resolución impugnada.

I. Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por el imputado Elías Bautista Montaña.

El apelante refiere que la injusta sentencia que le impone una pena privativa de libertad de 15 años sin derecho a indulto; es contradictoria y defectuosa, por lo que efectuando una relación de los antecedentes en función al contenido -a decir del apelante- de la

defectuosa sentencia, haciendo mención a los considerandos de la misma, en relación al hecho objeto del juicio oral, la consideración de la prueba; entre estas, la testifical de Rocío Lorena Cox Mayorga, Noemí Valenzuela Fernández, Pablo Valenzuela Acno y de la víctima Deysi Maribel Valenzuela Fernández, el certificado médico forense, sosteniendo que en la defectuosa sentencia no se tiene relación alguna de los antecedentes producidos como hechos contradictorios y subjetivos a decir de un delito previsto y sancionado por el art. 308 bis del Cód. Pen., cuando en los hechos no existió tal ilícito penal, por lo que no correspondería realizar observaciones con relación a los fundamentos intelectivos que no se subsumen a la conducta misma de los hechos acontecidos, que podía haberse tratado de otro tipo penal por existir una relación de vecindad u otra, pero de ninguna manera a una presunta comisión del delito acusado, en ese sentido invoca los defectos de Sentencia siguientes:

I.1.- Defecto de la sentencia por inobservancia o errónea aplicación de la ley penal adjetiva (Art. 370-1 Cód. Pdto. Pen.) que vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia. La inexistencia de suficientes elementos de convicción y la falta de elementos probatorios idóneos en la defectuosa Sentencia que determinen su participación en el ilícito penal de violación de niño, niña y adolescente, "así sean estas ácido, sulfúrico, y las supuestas evidencias que no cumplieron con la cadena de custodia, ni mucho menos han merecido investigación alguna", los que de ninguna manera podrían ser considerados como válidos dichos supuestos elementos de prueba presentados por la autoridad fiscal para determinar la comisión de dicho ilícito penal que le juzgan, si bien existían ciertas sospechas tal cual manifestaron, entonces si esto fue así porque no cumplieron con una investigación en la forma establecida por el art. 295 con relación a las previsiones legales contenidas en los arts. 273 y 174 todos del Cód. Pdto. Pen., por cuanto la sentencia aludida fundada en estos hechos carentes de una investigación técnico-científico resultan ser indiscutiblemente una sentencia defectuosa por incumplir con la normativa procesal penal adjetiva antes señalada, así se entiende por una simple lógica de su razonamiento y que al margen de ello resulta ser sumamente vulneratoria a sus derechos fundamentales y la garantía constitucional de presunción de inocencia y el debido proceso, así como el principio de legalidad.

Para efectos de una determinación de la pena, así como la inexistencia de suficientes elementos de convicción y la falta de elementos probatorios idóneos, el A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero, que señala: "Las reglas generales para la determinación de la pena propone los siguientes parámetros: 1) establecer al mínimo y el máximo legal del tipo penal; 2) verificar la existencia de modificaciones al tipo penal como la concurrencia de atenuantes o agravantes en el tipo si se tratara de un concurso real o ideal debe determinarse la escala legal aplicable con el concurso; 3) establecer el grado de desarrollo del delito, si se ha consumado o se trata de una tentativa; 4) determinar las implicaciones en la fijación de la pena según la calidad de autor, instigador, cómplice necesario, cómplice no necesario; 5) verificar la existencia de atenuantes especiales previstas por el art. 39 del Cód. Pen., considerando como parámetro de determinación el inc. 3 del referido artículo; 6) verificar la existencia de atenuantes generales observando lo dispuesto por el art. 40 del Cód. Pen.; 7) determinar la personalidad del autor y las circunstancias del hecho considerando las establecidas por el art. 38 del Cód. Pen., pudiéndose al efecto analizar: la personalidad del autor -art- 38-1-a)- las condiciones especiales del hecho -art. 38-1-b) la gravedad del hecho -art. 38-2 las consecuencias del hecho y la situación de la víctima- art. 37-1; 8) Contraponer las circunstancias agravantes generales y atenuantes, las circunstancias que aconsejen una mayor o menor penalidad; y 9) valorar todas las circunstancias en su conjunto y determinar la pena todo ese análisis debe esencialmente realizarse sobre la consideración de los fines constitucionales de la pena y en el caso concreto".

Por otro lado en cuanto a la determinación de la pena, si bien está sometida a la discrecionalidad del juez, debe observar el principio de proporcionalidad y considerar los fines constitucionales de la pena. En cuanto a los antecedentes expuestos, estos hechos anotados de ninguna manera pueden subsumirse al tipo penal previsto por el art. 308 Bis del Cód. Pen., no se encuentra plenamente demostrada la "subsunción" de los hechos al tipo penal acusado contra su persona, pues la investigación no ha concluido por parte del órgano de la investigación bajo dirección funcional del Ministerio Público, por lo que vulnera la garantía constitucional de presunción de inocencia prevista en el art. 116-1 de la C.P.E.P., cuyo nomen juris se sustenta en que se presume la inocencia del inculpable entre tanto no se pruebe su culpabilidad en un proceso legal, entre tanto no sea demostrada en una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada con calidad de cosa juzgada. La correcta subsunción del hecho al tipo penal en el delito sentenciado de violación de niño, niña y adolescente como tal debe estar subsumida en suficiente prueba literal y testifical obtenida legalmente y por otro lado obtenido científicamente, "en la defectuosa sentencia no se tiene certeza alguna que dicha prueba haya generado interés alguno en mi persona, ni mucho menos mis medios de defensa a través de las declaraciones contradictorias y subjetivas que de ninguna manera conducen a la averiguación de la verdad de los hechos" (textual).

El apelante sostiene que se pretende incurrir en violación al "principio de legalidad" al no calificarse adecuadamente la conducta ilícita del imputado en el tipo penal correcto, máxime si no se tomaron en cuenta los principios de "favorabilidad" e "Indubio pro reo" a favor del acusado de un delito, simplemente cumplieron su labor en dictar una Sentencia como un medio de demostrar su labor jurisdiccional, al margen de los antecedentes y datos del proceso carente de investigación criminal, toda vez que simplemente resultan ser hechos contradictorios e incongruentes que no se encuentran subsumidos a los hechos, al tipo penal en concreto, de lo que dicha resolución de primera instancia se habría pronunciado de manera "ultra petita", ya que no se consideró los mismos en sentencia, además con una carencia de motivación y fundamentación, sin sustento legal alguno de un supuesto inventado delito de violación que no existió conforme al certificado médico forense y las pruebas deficientemente colectadas en la presente causa penal, que la limitación de su derecho a la libertad solo puede concebirse con la suficiente fundamentación, dentro del marco del principio de proporcionalidad y congruencia, que se verá transgredido si la finalidad es la imposición de la pena. Consiguientemente, se hubiera vulnerado el principio de proporcionalidad con relación al principio de congruencia, porque no puede encontrarse una proporción entre la privación de libertad y "libertinaje".

Cita la S.C. N° 773/05-R de 7 de julio, y la aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "...en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego o la necesidad de preservar el objeto y fin de la convención".

I.2.- Defecto de la sentencia por falta de fundamentación y motivación (art. 370-5) por ser suficientemente contradictoria a los derechos fundamentales que vulnera el debido proceso. El apelante sostiene que en el presente caso se habría vulnerado irremediablemente el debido proceso, que la estructura de la sentencia está regulada por normas de carácter impeditivo cuya inobservancia esta conminada con nulidad, si bien es cierto que la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales se encuentran directamente vinculados a la garantía fundamental del debido proceso previsto por el art. 115-II y 117-1 ambos de la C.P.E.P., mucho más aún cuando, esta garantía es ampliamente desarrollada por la jurisdicción constitucional en la vía extraordinaria, a partir de las SS.CC. Nos. 418/2000-R, 2 de mayo, 1276/2001-R, 5 de diciembre, 93/2005-R, 28 de enero, entre otros y corroborada por Convenciones y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos en el art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14-1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, con referencia al principio de congruencia de la resolución, exigencia de congruencia entre la parte considerativa y la parte declarativa, cita el A.S. N° 512, de 11 de octubre de 2007, que la falta de fundamentación las resoluciones judiciales constituye un defecto absoluto, porque afecta al derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, conforme a los AA.SS. Nos. 335, de 10 de junio de 2011 y 99 de 25 de febrero de 2011.

"De los razonamientos jurisprudenciales glosados se colige que la defectuosa sentencia dictada bajo la modalidad de procedimiento inmediato conforme a los razonamientos explanados supra vulnera la garantía fundamental del debido proceso en su vertiente de la motivación y fundamentación, la presunción de inocencia, la seguridad jurídica y el acceso a la tutela judicial efectiva".

El apelante cita los fundamentos jurídicos que sustentan como precedentes contradictorios de aplicación preferente ante el tribunal de alzada, los AA.SS. Nos. 307 de 11 de junio, 320 de fecha 14 de junio, 255, de 6 de mayo de 2011, que en el caso la sentencia dictada en primera instancia contraviene el razonamiento interpretativo establecido en la doctrina de la jurisprudencia ordinaria aplicable, que en ningún momento se hubiera realizado esta labor de verificación de los actuados procesales. Menciona también la S.C. N° 0600/2003-R, de 6 de mayo.

De los fundamentos expuestos, el apelante concluye que los defectos procesales absolutos e invaliables que vulneran el debido proceso, deben ser anulados con el objeto de que se efectúe el correspondiente saneamiento procesal, esto en razón de que la defectuosa sentencia habría sido fundada en simples indicios de la investigación que no ha concluido su objetivo, esto es la investigación inconclusa y su defectuosa valoración. En cuyo mérito solicita al tribunal de alzada admita el recurso de apelación restringida, consiguientemente, dicte resolución declarando la procedencia del recurso y en el fondo disponga Anular la defectuosa sentencia.

II. Fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal de alzada.

Para resolver el presente caso, inicialmente es pertinente tomar en cuenta lo determinado por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., el cual dispone que los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución impugnada, extremo interpretado por la jurisprudencia constitucional establecida en la S.C. N° 2523/2010-R de 19 de noviembre que señala: "La competencia que tiene el tribunal de alzada en las resoluciones que emita en grado de apelación, están determinadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., que señala: 'los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución.

Conforme a dicha norma, la jurisprudencia constitucional en la S.C. N° 0682/2004-R de 6 de mayo, señaló que "(...) toda resolución dictada en apelación, no sólo por disposición legal sino también por principio general, debe sujetarse a los puntos de apelación expuestos por la parte apelante, que se entiende deben estar relacionados con lo discutido ante el juez a quo...". Esto tiene relación con el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007 que determina: "...es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito (...)"sic.

De ello se entiende que el tribunal de alzada debe circunscribirse a los aspectos observados o impugnados por las partes, y las mismas, tienen la obligación de señalar de forma concreta, donde constan los errores lógicos jurídicos precisando la solución que se pretende de ese análisis lógico, no obstante de ello, el tribunal de alzada tiene la obligación de pronunciarse sobre cada observación, entendimiento que es asumido por el A.S. N° 351/2013 de 27 de diciembre del 2013 que dice: "(...) significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada y motivada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., textualmente refiere..."sic., es decir que la labor de un tribunal de alzada radica en revisar todos los aspectos impugnados, pero para este fin, el apelante también tiene que cumplir los requisitos determinados en la doctrina legal aplicable descrita líneas arriba.

Corresponde precisar también que el recurso de apelación restringida solo podrá ser planteado contra las sentencias y será interpuesta por los siguientes motivos: a) Inobservancia de la ley sustantiva o adjetiva y b) Errónea aplicación de la ley material. La norma sustantiva puede ser erróneamente aplicada por: 1) errónea calificación de los hechos (tipicidad); 2) errónea concreción del marco penal; y 3) errónea fijación judicial de la pena. Mientras que los supuestos de errónea aplicación de la ley adjetiva son: 1) los defectos de procedimiento en general; y 2) los previstos en los arts. 169 (defectos absolutos) y 370 (defectos de sentencia) del Cód. Pdto. Pen., con excepción del inciso 1) del último, que alude expresamente a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento y ha efectuado reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de vicios de sentencia de conformidad a lo previsto por los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen. Realizada esta puntualización normativa, corresponde ingresar al análisis de los aspectos alegados en la impugnación efectuada por Elias Bautista Montaña, como sigue:

II.1.- El fundamento impugnatorio relativo al defecto de la sentencia por inobservancia o errónea aplicación de la ley penal adjetiva (art. 370-1 Cód. Pdto. Pen.) que vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por la inexistencia de suficientes elementos de convicción y la falta de elementos probatorios idóneos en la defectuosa sentencia que determinen su participación en el ilícito penal de violación de niño, niña y adolescente, "así sean estas ácido, sulfúrico, y las supuestas evidencias que no cumplieron con la cadena de custodia, ni mucho menos han merecido investigación alguna" (textal el subrayado y negrillas nos corresponden), los que de ninguna manera podrían ser considerados como válidos dichos supuestos elementos de prueba presentados por la autoridad fiscal para determinar la comisión de dicho ilícito penal que le juzgan, si bien existían ciertas sospechas tal cual manifestaron, entonces si esto fue así porque no cumplieron con una investigación en la forma establecida por el art. 295 con relación a las previsiones legales contenidas en los arts. 273 y 174 todos del Cód. Pdto. Pen., por cuanto la sentencia aludida se fundaría en estos hechos carentes de una investigación técnico-científico, que por ello resulta ser sumamente vulnerable a sus derechos fundamentales y la garantía constitucional de presunción de inocencia y el debido proceso, así como el principio de legalidad.

Al respecto, en principio con referencia al defecto de sentencia establecido en el núm. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen. (La inobservancia o errónea aplicación de la Ley Sustantiva), este defecto se presenta cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o lo que es lo mismo, ha creado cauces paralelos a los establecidos en la ley, conforme prevé las SS.CC. Nos.1056/2003-R y 1146/2003-R de 12 de agosto; de ello se entiende que la inobservancia de la ley sustantiva implica:

1) La no aplicación correcta de los presupuestos sustantivos implica la aplicación de una ley derogada (aplicación de una ley inaplicable); inaplicación de una ley vigente (inaplicación de una ley aplicable);

2) Interpretación errónea de los preceptos de la Ley sustantiva (mala aplicación de la Ley aplicable).

La errónea aplicación de la Ley sustantiva se presenta cuando la autoridad judicial aplica la norma de manera errónea, las SS.CC. Nos. 727/2003 y 1075/2003 señala que la norma sustantiva puede ser erróneamente aplicada por:

a) Errónea calificación de los hechos (tipicidad).- La calificación del delito se entiende como la apreciación que cada una de las partes hace de los hechos, de las leyes aplicables y de la resultante relacionada al acusado, cuando no se califica adecuadamente, se genera una errónea calificación de la ley sustantiva, porque la adecuación de la conducta humana a la descripción objetiva del o de los delitos acusados, debe ser correcta y exacta. A ese efecto el art. 413 atribuye al ad quem la facultad de que cuando sea evidente, que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, resolverá directamente el tribunal de alzada.

b) Errónea concreción del marco penal.- Implica una forma de errónea aplicación de la ley penal sustantiva (SS.CC. Nos. 727/2003-R de 3 de junio y 1075/2003 de 24 de julio)

c) Errónea fijación judicial de la pena.- Se refiere a la individualización de la responsabilidad penal de cada individuo, tomando en cuenta las atenuantes y agravantes que establece la ley penal sustantiva en los arts. 37, 38, 39 y 40 a momento de imponer la pena expresando de manera obligatoria los fundamentos en que basan su determinación, la omisión constituye un defecto, pues es esencial el equilibrio y la proporcionalidad que debe existir entre la culpabilidad y la punición.

Establecido esto, teniendo presente los fundamentos de agravio, a mérito del reclamo efectuado por el apelante con relación a la errónea aplicación de la ley sustantiva penal, la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

En el presente caso el apelante no hace una precisión de los términos en los que se circunscribe la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, conforme se tiene desglosado precedentemente, por el contrario establece como fundamentos de agravio la inexistencia de suficientes elementos de convicción y elementos probatorios idóneos que determinen su participación en el ilícito de violación a niña, niño o adolescente, sosteniendo que "así sean estas ácido, sulfúrico, y las supuestas evidencias que no cumplieron con la cadena de custodia, ni mucho menos han merecido investigación alguna", aspectos que resultan ser absolutamente impertinentes e incongruentes al ilícito mencionado y a los propios datos del proceso, así como la prueba incorporada al juicio oral bajo los principios procesales de contradicción, oralidad e inmediación, pues en esta etapa del proceso denominada juicio propiamente dicho no se consideran elementos de convicción, sino pruebas, por lo que las observaciones que efectúa el apelante son erróneas y desfasadas a los datos del caso que nos ocupa que, en todo caso los cuestionamientos a la investigación "técnico-científica" que alega el apelante, respecto a la colección de la prueba y su incorporación a juicio oral, debía ser formulada en el momento procesal oportuno, ya que tenía la oportunidad de formular el mecanismo procesal correspondiente a las exclusiones probatorias conforme lo previsto en el art. 172 del Cód. Pdto. Pen., que de acuerdo al acta de audiencia de juicio oral de fs. 76-79 no activó, por cuyo motivo su reclamo no tiene sustento alguno.

Ahora bien, con relación a la sanción impuesta al imputado apelante, el mismo indica que para efectos de determinar la pena, así como la inexistencia de suficientes elementos de convicción y la falta de elementos probatorios idóneos, el A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero, que señala: "Las reglas generales para la determinación de la pena propone los siguientes parámetros: 1) establecer el mínimo y el máximo legal del tipo penal; 2) verificar la existencia de modificaciones al tipo penal como la concurrencia de atenuantes o agravantes en el tipo si se tratara de un concurso real o ideal debe determinarse la escala legal aplicable con el concurso; 3) establecer el grado de desarrollo del delito, si se ha consumado o se trata de una tentativa; 4) determinar las implicaciones en la fijación de la pena según la calidad de autor, instigador, cómplice necesario, cómplice no necesario; 5) verificar la existencia de atenuantes especiales previstas por el art. 39 del Cód. Pen., considerando como parámetro de determinación el inc. 3) del referido artículo; 6) verificar la existencia de atenuantes generales observando lo dispuesto por el art. 40 del Cód. Pen.; 7) determinar la personalidad del autor y las circunstancias del hecho considerando las establecidas por el art. 38 del Cód. Pen., pudiéndose al efecto analizar: la personalidad del autor -art. 38-1-a)- las condiciones especiales del hecho -art. 38-1-b) la gravedad del hecho -art. 38-2 las consecuencias del hecho y la situación de la víctima - art. 37-1; 8) Contraponer las circunstancias agravantes generales y atenuantes, las circunstancias que aconsejen una mayor o menor penalidad; y 9) valorar todas las circunstancias en su

conjunto y determinar la pena todo ese análisis debe esencialmente realizarse sobre la consideración de los fines constitucionales de la pena y en el caso concreto". En cuanto a la determinación de la pena, si bien está sometida a la discrecionalidad del juez, debe observar el principio de proporcionalidad y considerar los fines constitucionales de la pena. En cuanto a los antecedentes expuestos, estos hechos anotados de ninguna manera pueden subsumirse al tipo penal previsto por el art. 308 Bis del Cód. Pen., no se encuentra plenamente demostrada la "Subsunción" de los hechos al tipo penal acusado contra su persona, pues la investigación no ha concluido por parte del órgano de la investigación bajo dirección funcional del Ministerio Público, por lo que vulnera la garantía constitucional de presunción de inocencia prevista en el art. 116-1 de la C.P.E.P., cuyo nomen juris se sustenta que se presume la inocencia del inculpable entre tanto no se pruebe su culpabilidad en un proceso legal, entre tanto no sea demostrada en una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada con calidad de cosa juzgada. La correcta subsunción del hecho al tipo penal en el delito sentenciado de violación de niño, niña y adolescente como tal debe estar subsumida en suficiente prueba literal y testifical obtenida legalmente y por otro lado obtenido científicamente, "en la defectuosa sentencia no se tiene certeza alguna que dicha prueba haya generado interés alguno en mi persona, ni mucho menos mis medios de defensa a través de las declaraciones contradictorias y subjetivas que de ninguna manera conducen a la averiguación de la verdad de los hechos" (textual). El apelante también sostiene que se pretende incurrir en violación al "principio de legalidad" al no calificarse adecuadamente la conducta ilícita del imputado en el tipo penal correcto, máxime si no se tomaron en cuenta los principios de "favorabilidad" e "indubio pro reo" a favor del acusado de un delito, simplemente cumplieron su labor en dictar una sentencia como un medio de demostrar su labor jurisdiccional, al margen de los antecedentes y datos del proceso carente de investigación criminal, toda vez que simplemente resultan ser hechos contradictorios e incongruentes que no se encuentran subsumidos a los hechos, al tipo penal en concreto, de lo que dicha resolución de primera instancia se habría pronunciado de manera "Ultra petita", ya que no se consideró los mismos en sentencia, además con una carencia de motivación y fundamentación, sin sustento legal alguno de un supuesto he inventado delito de violación que no existió conforme al certificado médico forense y las pruebas deficientemente colectadas en la presente causa penal, que la limitación de su derecho a la libertad solo puede concebirse con la suficiente fundamentación, dentro del marco del principio de proporcionalidad y congruencia, que se verá transgredido si la finalidad es la imposición de la pena. Consiguientemente, se hubiera vulnerado el principio de proporcionalidad con relación al principio de congruencia, porque no puede encontrarse una proporción entre la privación de libertad y "libertinaje".

Cita la S.C. N° 773/05-R de 7 de julio, y la aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "...en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego o la necesidad de preservar el objeto y fin de la convención".

Al respecto este tribunal de alzada una vez analizada la sentencia motivo de impugnación advierte que el tribunal a quo de manera sucinta pero suficiente a partir de la prueba esencial judicializada en la audiencia de juicio oral, arribó a la convicción -sin la existencia de duda- sobre la autoría y responsabilidad penal del imputado y actual apelante Elías Bautista Montaña en la comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, en cuyo motivo, conforme a la motivación de la sentencia y particularmente del Considerando V de fundamentación intelectual, que aún de que no existiera precisión del número de veces que se hubiere producido la agresión sexual contra la menor víctima, sin lugar a dudas esta se produjo, no existiendo por ende contradicciones entre los presupuestos fundamentados en la parte considerativa y la resolutive, ni de ésta última con la acusación, habiéndose contado incluso con la atestación en juicio oral de la propia víctima Deisy Maribel Valenzuela Fernández, quien identificó de manera clara y precisa a su agresor el imputado Elías Bautista Montaña corroborada por la prueba testifical de cargo, la documental y el propio certificado médico que alude el apelante en los antecedentes y agravio de su memorial de apelación, que hubieran dado cuenta de la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal de violación de niño, niña o adolescente, por lo que no existe ningún pronunciamiento ultra petita, que lesione el principio de legalidad ni la posibilidad de aplicar el Indubio pro reo, en ese entendimiento también se hizo un análisis sobre la imposición de la pena en el último Considerando VII de la sentencia, en la que se determinó asignar al imputado apelante la pena mínima para el delito del que fue declarado autor y culpable, siendo que el tribunal a quo actuó con total consideración y ponderación de los aspectos favorables para el imputado en función a las atenuantes que se indica, mismos que no pueden ser observados ni modificados por este tribunal de alzada dado que el único apelante es el imputado, por consiguiente si se cumplió con la aplicación de la norma sustantiva y los principios que rigen la materia, de lo que resulta que no existe vulneración a derecho o garantía constitucional y peor aún de los de proporcionalidad y congruencia, en cuyo caso la impugnación no tiene ningún mérito.

II.2.- Con relación al defecto de sentencia por falta de fundamentación y motivación (Art. 370-5) por ser suficientemente contradictoria a los derechos fundamentales que vulnera el debido proceso. El apelante sostiene que en el presente caso se habría vulnerado irremediamente el debido proceso, que la estructura de la sentencia está regulada por normas de carácter impeditivo cuya inobservancia esta conminada con nulidad, si bien es cierto que la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales se encuentran directamente vinculados a la garantía fundamental del debido proceso previsto por el art. 115-II y 117-1 ambos de la C.P.E.P., el apelante indica de manera textual: "De los razonamientos jurisprudenciales glosados se colige que la defectuosa sentencia dictada bajo la modalidad de procedimiento inmediato conforme a los razonamientos explanados supra vulnera la garantía fundamental del debido proceso en su vertiente de la motivación y fundamentación, la presunción de inocencia, la seguridad jurídica y el acceso a la tutela judicial efectiva", concluye que los defectos procesales absolutos e invalorable que vulneran el debido proceso, deben ser anulados con el objeto de que se efectúe el correspondiente saneamiento procesal, esto en razón de que la defectuosa sentencia habría sido fundada en simples indicios de la investigación que no ha concluido su objetivo, esto es la investigación inconclusa y su defectuosa valoración.

Con relación a los defectos de sentencia previstos en el art. 370-5 y 6 del Cód. Pdto. Pen., este tribunal de alzada considera necesario indicar que el A.S. N° 65/2012-RA de 19 de abril establece: "De manera específico la sentencia penal que pone fin al acto de juicio debe contener la necesaria motivación que exige de parte del juez o Tribunal de Sentencia desarrollar una actividad fundamentadora o motivadora

del fallo que comprende varios momentos; a saber: la fundamentación descriptiva, la fundamentación fáctica, la fundamentación analítica o intelectual y la fundamentación jurídica.

En la fundamentación descriptiva la autoridad judicial debe proceder a consignar cada elemento probatorio útil, mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido, dejando constancia en el caso de la prueba testifical de las ideas principales y pertinentes que se extraen de la declaración del testigo, procurando no hacer una transcripción literal de la declaración; siendo también aplicable este criterio con relación a los peritos que puedan concurrir personalmente a la audiencia de juicio. En el caso de la prueba documental y pericial, esta fundamentación descriptiva quedará cumplida al dejarse constancia de los datos más relevantes de esta prueba con mayor énfasis de las conclusiones atinentes o relevantes del caso.

La fundamentación fáctica es el momento en el cual debe establecerse cuáles los hechos estimados como probados; es decir, el establecimiento de los que positivamente se tengan por demostrados de conformidad con los elementos probatorios que hayan sido incorporados legalmente en la audiencia de juicio; esta fundamentación es necesaria, pues de ella posteriormente se procederá a extraer las consecuencias jurídicas fundamentales y establecer en su caso la responsabilidad penal del imputado o su absolución; siendo esencial que en esta fundamentación se proceda a efectuar una descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos establecidos como verdaderos.

El tercer momento es la fundamentación analítica o intelectual, en la que no sólo se trata de apreciar cada elemento de juicio en su individualidad, sino de aplicar conclusiones obtenidas de un elemento a otro, lo que implica, una apreciación en el conjunto de toda la prueba judicializada. En este momento, la autoridad judicial competente de emitir una sentencia deberá dejar constancia de los aspectos que le permitieron concluir en el caso de las declaraciones testificales porque consideró coherente, incoherente, consistente o inconsistente, veraz o falsa la declaración de los testigos, es decir, expresar tanto las razones que se tiene para creer a alguno o algunos de los testimonios, como las razones que se tiene para rechazar o desechar otro u otros; similar tarea deberá ser desarrollada respecto a la prueba documental y pericial, debiendo dejarse constancia sobre el merecimiento o desmerecimiento de cada prueba así como su relevancia o no.

La fundamentación jurídica, es el momento en el cual el juez o tribunal a partir de la identificación de los aspectos fácticos atribuidos en la acusación y previo análisis de las distintas posibilidades argumentativas debatidas por las partes, opta racionalmente por una de ellas, precisando por qué considera que los hechos deben ser subsumidos en tal o cual norma sustantiva; no siendo suficiente la mera enunciación del tipo o tipos penales atribuidos al imputado y en su caso de una somera indicación de los aspectos necesarios relativos a la teoría del delito que resulten aplicables; el juez o tribunal deberá establecer por qué estima que se está ante una acción típica, lo que importa la concurrencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal en cuestión; además, de antijurídica, culpable y finalmente sujeta a una sanción.

Por último deberá procederse a la motivación en el momento de la individualización de la pena precisando las razones que justifican su aplicación al caso concreto".

Sobre el particular sobre la valoración de la prueba en base al sistema de libre convicción o sana crítica racional, José Cafferata Nores ("La prueba en el proceso penal", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 42) dice que este sistema se caracteriza por la concurrencia de dos aspectos:

1. El juez pronuncia su decisión sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

2. Se impone a los jueces la obligación de motivar sus resoluciones, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

El citado autor también dice que ello requiere la concurrencia de las siguientes dos operaciones intelectuales:

- a. La descripción del elemento probatorio; lo que significa que en la sentencia se deberá precisar el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo, concretamente, el dato probatorio, pues sólo así será posible verificar si la conclusión a que arriba deriva racionalmente de esas probanzas invocadas en su sustento.

- b. La valoración crítica de esa descripción, que permite verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez o tribunal para arribar a determinadas conclusiones ha sido cumplido con respeto a las reglas de la sana crítica racional; lo que puede viabilizar, a posteriori, el control de calidad de la sentencia.

De lo anterior se puede colegir que la valoración de las pruebas es tan solo una fase o un momento de la motivación de la sentencia, ciertamente la más importante, porque cobra relevancia para la ponderación de los elementos probatorios que se han producido en el debate, pudiendo los principios que la gobiernan incidir en la forma en que se aplica la ley sustantiva y la imposición de la pena.

En tal sentido, más que una frase común, constituye un principio la afirmación de que: "la sentencia debe bastarse a sí misma". Esto significa que el contenido del fallo debe ser manifiesto, es decir, comprensivo de todas las circunstancias que lo integran formalmente. De ahí que como decía Fernando de la Rúa. "... el juez no puede suplirla (la motivación) por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso o reemplazarla por una alusión global de la prueba

Por ello es indispensable no sólo que la sentencia exponga el hecho acusado, sino que también el fallo debe contener una adecuada fundamentación probatoria descriptiva que sirva de base a la posterior motivación intelectual. En efecto, sobre la fundamentación probatoria descriptiva y la fundamentación probatoria intelectual, el autor Francisco Dall'Anese (Falta de fundamentación de la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica, en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, diciembre de 1992, año 4, N° 6) dice que: "La motivación probatoria de la sentencia debe hacerse a dos niveles: fundamentación descriptiva, que supone la transcripción de la prueba recibida de viva voz y con inmediatez; y la fundamentación intelectual que es la valoración de la prueba que se ha realizado en el fallo.

Si se incluye en la resolución únicamente el sumario de la prueba (sin valorar), habrá falta de fundamentación intelectual; y a la inversa, si solo se incluye la apreciación del material probatorio sin transcribirlo previamente, habrá falta de Fundamentación descriptiva".

Es por tal razón que el fallo debe contener una adecuada fundamentación descriptiva que sirva de base a la posterior motivación intelectual. Para ello, en la fundamentación descriptiva es indispensable la consignación de cada elemento probatorio judicializado mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido. Esta manera de proceder hará de la sentencia un documento que se baste por sí mismo, y no solo tendrá el valor de informar a las partes, al público y las instancias superiores acerca de lo ocurrido en la audiencia del juicio oral, sino que permitirá a estas últimas, sobre todo a los tribunales de alzada, controlar las conclusiones y la consistencia o inconsistencia que se hace de ellas al apreciarlas y estimarlas en su peso probatorio.

Ahora bien, en el caso de autos se puede advertir que, el tribunal a quo realizó una adecuada fundamentación descriptiva de las pruebas describiendo el contenido de cada una de ellas, se advierte también que a momento de realizar la fundamentación probatoria intelectual del conjunto de las pruebas producidas en el debate del juicio oral, las ha realizado una vez finalizada cada descripción de las pruebas y posteriormente realizando una fundamentación intelectual suficiente de las pruebas en función al valor correspondiente a estos elementos de prueba incorporados al juicio, efectuando la concatenación de las mismas (prueba esencial), así como la fundamentación jurídica, siendo esta concreta, suficiente y racional a la conclusión final a la que arriba el Tribunal de Sentencia para emitir la sentencia condenatoria, en ese sentido sí ha realizado una valoración intelectual del conjunto de la prueba esencial conforme determina el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., encaminadas a esclarecer la existencia del hecho objeto de juicio y la existencia del delito y la responsabilidad penal del imputado, de cuyo examen bajo razonamientos lógicos y respaldados por la prueba esencial que se menciona han llevado a la conclusión al tribunal a quo a determinar que en el caso existirían suficientes pruebas que llevaron al convencimiento del tribunal a quo sobre la responsabilidad penal del acusado por el delito de violación a niño, niña o adolescente, toda vez que la declaración de la víctima junto a las otras pruebas testificales, el certificado médico forense que da cuenta sobre la existencia de "Himen con desgarramiento de data antigua", el certificado de nacimiento, el informe pericial psicológico establecen la existencia del hecho de violación sexual de la menor de 12 años en el momento de la comisión de los hechos, Deysi Maribel Valenzuela Fernández por el imputado apelante Elías Bautista Montaña, por lo que el ilícito tipificado en el art. 308 Bis de Cód. Pen., se encuentra suficientemente probado con la prueba incorporada a juicio, sin que la falta de determinación del número exacto de accesos carnales que hubiera existido entre la víctima y su agresor sean relevantes, ni se puede exigir una precisión en fechas y lugares por la corte edad de la menor y las condiciones traumáticas creadas en la misma como consecuencia de la vulneración a su derecho no solo a la libertad sexual que aún no las comprendía a cabalidad a esa edad, sino la afectación a su propia dignidad humana al haberse afectado su indemnidad y por lo mismo no existía ninguna posibilidad de modificar la calificación del hecho en otro tipo penal. En tal sentido la impugnación en este punto carece de mérito, pues no existe incongruencia o contradicción y tampoco este proceso fue tramitado bajo el procedimiento especial de procedimiento inmediato para delitos flagrantes como alega equivocadamente el apelante, por lo que carecen de mérito y relevancia los fundamentos impugnativos del apelante.

Habiendo procedido a responder los fundamentos de agravio de la apelación restringida interpuesta por Elías Bautista Montaña contra la sentencia pronunciada en esta causa, corresponde a este tribunal de alzada declarar la improcedencia de la misma y confirmar la sentencia venida en apelación.

POR TANTO: La Sala Penal Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba -ahora- Tribunal Departamental de Justicia, declara **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación restringida interpuesto por Elías Bautista Montaña, en consecuencia, **CONFIRMA** la sentencia apelada de fs. 80 a 84 emitida por el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, con costas, las mismas que deberán ser tramitadas y ejecutadas en el Tribunal de Sentencia de origen.

Se advierte a las partes que tienen el plazo de cinco días para interponer el recurso de casación computable desde la notificación con la presente resolución, conforme establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dra. Nuria G. Gonzales Romero.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Nuria G. Gonzales Romero.- Karem Lorena Gallardo Sejas.

Ante mí: Abg. Luz Nahir Acebey Arispe.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 5 de octubre de 2016, cursante de fs. 110 a 117, Elías Bautista Montaña, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 2 de septiembre de 2016, de fs. 101 a 107, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, conformada por las vocales Nuria Gisela González Romero y Karem Lorena Gallardo Sejas, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Quillacollo contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 37/14 de 30 de septiembre de 2014 (fs. 80 a 84 vta.), el Tribunal de Sentencia de Quillacollo del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Elías Bautista Montaña, autor de la comisión del delito de violación de niño, niña o

adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio, sin derecho a indulto, más el pago de costas y responsabilidad civil, averiguable en ejecución de sentencia.

b) Contra la referida sentencia, el imputado Elías Bautista Montaña interpuso recurso de apelación restringida (fs. 87 a 93), que fue resuelto por Auto de Vista de 2 de septiembre de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, con costas, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 935/2016-RA de 24 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdo. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia, que el tribunal de alzada sin la debida fundamentación y motivación confirmó la sentencia, sin considerar que: i) en ninguna de sus partes mencionó la fecha y el lugar donde supuestamente se habría perpetrado el hecho, lo que constituye una sentencia defectuosa; puesto que, todo ilícito se lleva a cabo en un determinado tiempo y espacio físico territorial que es la escena del lugar del hecho, no existiendo ninguna evidencia colectada, aspectos que no fueron revisados por el tribunal de alzada limitándose a transcribir el contenido del A.S. N° 65/2012-RA de 19 de abril y concluyendo, que la sentencia estaba debidamente motivada y fundamentada, no considerando que las investigaciones no cumplieron con su objetivo, basándose en el certificado médico forense que no demostró la vinculación de su persona con el hecho, manteniéndose la vulneración de su garantía al debido proceso en su vertiente de la motivación y fundamentación, presunción de inocencia, seguridad jurídica y acceso a la tutela judicial efectiva; a cuyo efecto, invoca el A.S. N° 99 de 25 de febrero de 2011; ii) carece de fundamentación fáctica y jurídica; toda vez, que realizó una simple descripción de la prueba codificada por el Ministerio Público; no habiéndose colectado evidencia que demuestre el supuesto lugar donde presumiblemente se habría perpetrado el hecho, que respecto a la prueba consignada como MP-1, consistente en el certificado médico forense no se realizó el examen tomando en cuenta las partes genital, para genital y extra genital, refiriendo únicamente el certificado que la menor presentó himen con desgarramiento de data antigua, aspecto que de ninguna manera demostraría su autoría; el certificado de nacimiento sólo demostró el nacimiento de la persona y sus demás datos, respecto a las pruebas signadas como MP-3 y MP-4, consistentes en la entrevista informativa de la menor elaborada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Gobierno Municipal de Tiquipaya, constituyó sólo un apoyo de carácter informativo que no demuestra su autoría, lo propio del acta de entrevista de la víctima prestada ante el Ministerio Público en presencia de la psicóloga constituyó una entrevista meramente informativa; y, el informe pericial psicológico que estableció respecto a la credibilidad del testimonio de la menor "Indeterminado", resultándole entonces inconsistente la misma, aspectos que no habrían sido correctamente valorados por el Tribunal de Sentencia, ni revisados por el tribunal de alzada, limitándose a aspectos foráneos al momento de emitir el auto de vista recurrido; y, iii) que respecto a la garantía fundamental del debido proceso previsto por los arts. 115-II y 117-I de la C.P.E., implica que el proceso se desarrolle dentro del marco del sistema de garantías, de ninguna manera fue observado menos analizado por el tribunal de alzada, limitándose a reforzar en sentido contrario la mera fundamentación sin observar el principio de congruencia de la resolución respecto a las evidencias colectadas en el lugar del hecho como componente del debido proceso. A cuyo efecto, invoca los AA.SS. Nos. 512 de 11 de octubre de 2007 y 335 de 10 de junio de 2011.

I.1.2. Petitorio

El recurrente solicita se case el auto de vista impugnado, con los efectos de anular obrados.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 935/2016-RA de 24 de noviembre, de fs. 123 a 125, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Elías Bautista Montaña, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.- De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Conforme se tiene en la teoría fáctica, en la localidad de Rummy Corral cuando la menor DMV se encontraba pastoreando sus ovejas, Elías Bautista Montaña (imputado), se presentaba con el fin de conversar y entablar amistad, posteriormente cuando hubo en la comunidad una fiesta de "Buena Llegada", acudió la menor víctima junto a su hermana, ambas al finalizar la fiesta se encontraron con el imputado que se ofreció para llevarlas en su movilidad, convenciéndolas logró que las menores se suban al vehículo, en el trayecto por la lluvia decidieron parar y aprovechando la oscuridad de la noche y lo desolado del lugar el imputado abusó sexualmente de la menor DMV sin que su hermana pudiese defenderla.

Bajo dichos antecedentes, el Tribunal de Sentencia de Quillacollo del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, por Sentencia N° 37/14 de 30 de septiembre de 2014, declaró al imputado Elías Bautista Montaña, autor de la comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio, sin derecho a indulto, más el pago de costas y responsabilidad civil, averiguable en ejecución de sentencia, bajo los siguientes hechos probados: 1. En la localidad de Rummy Corral vive el imputado y la menor víctima de 12 años de edad, junto a sus familiares; 2. El imputado aprovechando cualquier oportunidad agredía sexualmente a la menor víctima, utilizando la fuerza y la minoría de edad; y, 3. Con sus actos el imputado incurrió en el delito de violación de niño, niña o adolescente, resultando autor en un primer delito.

II.2. Del recurso de apelación restringida del imputado.

Notificado con la sentencia, el imputado Elías Bautista Montaña formuló recurso de apelación restringida, alegando previamente bajo el acápite "Antecedentes del recurso", que conforme se tiene de la teoría fáctica de la sentencia no se tiene certeza de cómo hubiere sucedido el hecho, ya que, no acontece la hora, fecha ni el año, que del certificado médico forense de 21 de agosto de 2012 señala en su diagnóstico

“himen elástico”, el cual no mereció mayor examen. Del contenido del Considerando III denominado hechos probados, de ninguna manera enervan los supuestos fácticos expuestos en el Considerando I de la defectuosa Sentencia ya que no tienen relevancia para fundar resolución condenatoria; toda vez, que referiría que los actores vivían en el mismo lugar, lo que no determina relación alguna del ilícito que se juzga, no se trata de determinar si viven o no en el mismo lugar; en el segundo supuesto, refiere que su persona aprovechando cualquier oportunidad agredía sexualmente lo que contradice lo expuesto en el Considerando I de la sentencia que refiere en el lugar de Rummy Corral en su vehículo, evidenciándose que el fallo no tiene fundamentos fácticos ni jurídicos; finalmente referiría la sentencia que con esos actos su persona habría incurrido en el ilícito penal en calidad de autor, aspecto que a su criterio, no se demostró, basándose el fallo en simples suposiciones. Añadió, que con relación al Considerando IV de la sentencia del relato de la psicóloga forense habría señalado que la menor “habría” tenido relaciones sexuales con el agresor, aspecto que sería una suposición que no tiene certeza de cuándo, dónde y en qué lugar hubiere supuestamente tenido relaciones, similar situación había ocurrido, respecto a los testigos Noemí Valenzuela Fernández, Pablo Valenzuela Acno y la menor, quienes no habían señalado cómo y cuándo hubiere sucedido el hecho, existiendo una contradicción en los antecedentes. Que respecto al certificado médico forense de 3 de septiembre de 2012, no existiría una supuesta violación ya que señala como “himen elástico” y de ninguna manera señala desgarros antiguos ni recientes, por lo que, no acontecería la comisión del delito acusado. Bajo esos antecedentes denuncia:

1. Inobservancia o errónea aplicación de la Ley Penal Adjetiva art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., que vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia; aseverando, que la sentencia se encuentra fundada en hechos carentes de una investigación técnico científico que resulta vulneratorio a sus derechos fundamentales. Agrega, que la determinación de la pena si bien está sometida a discrecionalidad del juez o tribunal; empero, debe observar el principio de proporcionalidad y considerar los fines constitucionales de la pena, en ese sentido, los antecedentes a su criterio, de ninguna manera pueden subsumirse al tipo penal del art. 308 bis del Cód. Pen., ya que no se encuentra debidamente demostrada la subsunción de los hechos al tipo penal lo que vulnera el principio de inocencia, legalidad, favorabilidad e indubio pro reo, limitándose a dictar una sentencia como un medio de demostrar su labor jurisdiccional resultando ultra petita ya que el delito no existió conforme al certificado médico forense y las demás pruebas deficientes.

2. Falta de fundamentación y motivación, art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., por ser suficientemente contradictoria a los derechos fundamentales que vulnera el debido proceso; previa transcripción de autos supremos y sentencias constitucionales referentes a la fundamentación y motivación, alegó que al carecer la sentencia de fundamentación fáctica y jurídica vulneró el debido proceso en su vertiente de la motivación y fundamentación, la presunción de inocencia, seguridad jurídica, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba por auto de vista impugnado, declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por el imputado; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada, con costas, bajo los siguientes argumentos:

1. Respecto al defecto de sentencia por inobservancia o errónea aplicación de la Ley Penal Adjetiva [art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.]; efectuando una diferencia de lo que se entiende por inobservancia de la ley sustantiva respecto a la errónea aplicación de la ley sustantiva, arguye, que en el presente caso el apelante no hizo una precisión de los términos en los que se circunscribe la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, por el contrario establece como fundamentos de agravio la inexistencia de suficientes elementos de convicción y elementos probatorios idóneos que determinen su participación en el ilícito de violación a niña, niño o adolescente, sosteniendo que “así sean estos ácido sulfúrico, y las supuestas evidencias que no cumplieron con la cadena de custodia, ni mucho menos han merecido investigación alguna”, aspectos que resultan ser absolutamente impertinentes e incongruentes al ilícito mencionado y a los propios datos del proceso, así como la prueba incorporada al juicio oral bajo los principios procesales de contradicción, oralidad e inmediación, pues en esta etapa del proceso denominado juicio propiamente dicho no se consideran elementos de convicción, sino pruebas, por lo que las observaciones que efectúa el apelante son erróneas y desfasadas a los datos del caso, en lo pertinente los cuestionamientos a la investigación “técnico-científica” respecto a la colección de la prueba y su incorporación a juicio oral debía ser formulada en el momento procesal oportuno ya que tenía la oportunidad de formular el mecanismo procesal correspondiente a las exclusiones probatorias conforme lo previsto por el art. 172 del Cód. Pdto. Pen. de acuerdo al acta de audiencia de juicio oral.

Sobre la sanción impuesta, vulneración a la presunción de inocencia y legalidad, ya que no se hubiera efectuado una correcta subsunción del hecho al tipo penal, resultándole la sentencia ultra petita; analizada la sentencia, señaló que, el tribunal de mérito de manera sucinta pero suficiente a partir de la prueba esencial judicializada en la audiencia de juicio oral, arribó a la convicción –sin la existencia de dudas sobre la autoría y responsabilidad penal del imputado en la comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, en cuyo motivo, conforme a la motivación de la sentencia particularmente del Considerando V de fundamentación intelectual que aún de que no existiera precisión del número de veces que se hubiera producido la agresión sexual contra la menor víctima sin lugar a dudas esta se produjo, no existiendo contradicciones entre los presupuestos fundamentados en la parte considerativa y la resolutive, ni de esta última con la acusación, habiéndose contado incluso con la atestación de la propia víctima que identificó de manera clara y precisa al imputado como su agresor, corroborado por la prueba testifical de cargo, la documental y el propio certificado médico que alude el apelante, que hubieran dado cuenta de la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal acusado, por lo que, no existe ningún pronunciamiento ultra petita, que lesione el principio de legalidad ni la posibilidad de aplicar el in dubio pro reo; añadió, que en ese entendimiento el tribunal de mérito, también hizo un análisis sobre la imposición de la pena en el Considerando VII de la sentencia en la que se determinó asignar al imputado la pena mínima por el delito del que fue declarado autor y culpable, aduciendo que el tribunal de mérito actuó en total consideración y ponderación de los aspectos favorables para el imputado en función a las atenuantes, no existiendo vulneración a los principios de proporcionalidad y congruencia.

2. Con relación al defecto de sentencia por falta de fundamentación y motivación [art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.], por ser suficientemente contradictoria a los derechos fundamentales que vulnera el debido proceso; transcribiendo el tribunal de alzada el A.S. N°

65/2012-RA de 19 de abril, referido a la fundamentación descriptiva, fáctica, analítica y jurídica que debe contener toda sentencia, alegó que el tribunal de mérito realizó una adecuada fundamentación descriptiva de las pruebas describiendo el contenido de cada una de ellas, además a momento de realizar la fundamentación probatoria intelectual del conjunto de las pruebas producidas en el debate del juicio oral, las realizó una vez finalizada cada descripción de las pruebas y posteriormente realizando una fundamentación intelectual suficiente de los medios probatorios en función al valor correspondiente a estos elementos de prueba incorporados al juicio, efectuando la concatenación de la mismas, así como la fundamentación jurídica siendo correcta, suficiente y racional a la conclusión final a la que arribó el Tribunal de Sentencia para emitir el fallo condenatorio, habiendo realizado una valoración intelectual del conjunto de la prueba esencial conforme determina el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., encaminadas a esclarecer la existencia del hecho objeto de juicio y la existencia del delito y la responsabilidad penal del imputado, de cuyo examen bajo razonamientos lógicos y respaldados por la prueba esencial que se menciona han llevado a la conclusión al tribunal de mérito a determinar que en el caso existirían suficientes pruebas que llevaron al convencimiento del Tribunal de Sentencia sobre la responsabilidad penal del acusado en el delito acusado; toda vez, que la declaración de la víctima junto a las otras pruebas testificales el certificado médico forense que da cuenta de la existencia de himen con desgarramiento de data antigua, el certificado de nacimiento y el informe pericial psicológico, establecen la existencia del hecho de violación sexual de la menor de 12 años en el momento de la comisión de los hechos, por lo que, el ilícito tipificado por el art. 308 bis del Cód. Pen., se encuentra suficientemente probado con la prueba incorporada a juicio, sin que la falta de determinación del número exacto de acceso carnal que hubiera existido entre la víctima y su agresor sean relevantes, ni se puede exigir una precisión en fechas y lugares por la corta edad de la menor y las condiciones traumáticas creadas en la misma como consecuencia de la vulneración a su derecho no solo a la libertad sexual que aún no las comprendía a cabalidad a esa edad, sino la afectación a su propia dignidad humana al haberse afectado su indemnidad y por lo mismo no existía ninguna posibilidad de modificar la calificación del hecho en otro tipo penal.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

En el presente caso, el recurrente denuncia que el auto de vista es contrario a los precedentes invocados, por cuanto, incurrió en falta de fundamentación; toda vez, que al confirmar la sentencia no habría considerado que en ninguna de sus partes se mencionó la fecha y el lugar, donde supuestamente se hubiere perpetrado el hecho y que el fallo apelado carece de fundamentación fáctica y jurídica, limitándose el tribunal de alzada, a reforzar en sentido contrario la mera fundamentación sin observar el principio de congruencia de la resolución; por lo que, corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. De los precedentes invocados.

El A.S. N° 99 de 25 de febrero de 2011, fue dictado por la Sala Penal Primera de la entonces Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación dentro de un proceso seguido por el delito de asesinato, donde constató que el tribunal de alzada no cumplió con su deber de fundamentación respecto al quantum de la pena; situación por la que fue dejado sin efecto el auto de vista entonces recurrido con la siguiente doctrina legal aplicable: "Cuando los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., exigen la fundamentación y valoración de las pruebas, en los fallos, no es suficiente concluir con la imposición de la pena, sino que se debe individualizar y explicar claramente qué pruebas lo llevaron al juzgador a esa convicción, puesto que la fundamentación, surge en cada caso del análisis y valoración personal a la que llega el juzgador, sobre las pruebas judicializadas, bajo los parámetros de la sana crítica. La fundamentación motivada, como producto final es el razonamiento al que debe llegar el juzgador para imponer finalmente la pena, que es la convicción plena para sancionar el ilícito o absolverlo, estableciendo claramente el grado de participación o no del imputado, así como la graduación o quantum de la pena en su caso, con invocación de las normas al respecto.

Tomando en cuenta que las normas procesales que efectivizan derechos fundamentales que hacen al debido proceso, como el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, son de orden público y de cumplimiento obligatorio y al evidenciarse la vulneración de normas sustantivas previstas en los arts. 23, del Cód. Pen. con relación al 39-2 del mismo Código, en co-relación con los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., y al existir contradicción en el auto de vista, con algunos de los precedentes invocados por el actor, como se tiene referido, se concluye que es preciso anular el auto de vista hasta que sea subsanado conforme a los entendimientos expuestos y fundamentado en cuanto a la imposición y quantum de la pena".

El A.S. N° 512 de 11 de octubre de 2007, fue dictado por la Sala Penal Primera de la entonces Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación dentro de un proceso seguido por los delitos de uso indebido de influencias, resoluciones contrarias a la constitución y las leyes, incumplimiento de deberes, encubrimiento, omisión de denuncia y apología pública del delito, donde ante la formulación de cuatro recursos de casación constató que el tribunal de alzada incurrió en: i) falta de fundamentación expresa, clara, legítima y lógica; ii) revalorización de la prueba; iii) Contradicción interna; y, iv) omisión de pronunciamiento a dos puntos reclamados en apelación restringida, aspectos que constituían defecto absoluto en vulneración de los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., por lo que fue dejado sin efecto el auto de vista entonces recurrido, estableciéndose la siguiente doctrina legal aplicable: "I. Los fallos judiciales deben ser debidamente fundamentados, no siendo suficiente que se limiten a transcribir los antecedentes procesales, los criterios del juzgador expuestos en la resolución en análisis, los fundamentos de las partes o a hacer una relación de normas legales sin que se ponga en evidencia el iter lógico, o camino del razonamiento, seguido por el juzgador a efecto de arribar a determinada conclusión, cumpliendo de esa manera con la previsión del art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y asegurando la efectividad de una amplia gama de derechos constitucionales.

En efecto, la norma citada establece que: "Las sentencias y autos interlocutorios serán fundamentados, expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. La fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes.". Entretanto, el art. 370-5 de la L. N° 1970, señala que será defecto de la sentencia cuando: "no exista fundamentación de la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria".

Finalmente el A.S. N° 335 de 10 de junio de 2011, fue dictado por la Sala Penal Primera de la entonces Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación dentro de un proceso seguido por los delitos de despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y daño simple, donde evidenció que el auto de vista entonces recurrido incumplió con su deber de fundamentación; puesto que, no fue completo, exhaustivo ni lógico respecto a su conclusión referente a la existencia de defectos absolutos por lo que dispuso la reposición del juicio, aspecto por el que fue dejado sin efecto con la siguiente doctrina legal aplicable: “Que es una premisa consolidada que toda resolución, como la emitida por el tribunal de alzada, debe ser debidamente fundamentada, vale decir, que es necesario que el tribunal de apelación, cumpla con los parámetros mencionados precedentemente: especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; y emita los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentran en el recurso de apelación restringida que corresponda, además de revisar de oficio si existen defectos absolutos, en cuyo caso, es necesario que en la fundamentación se vierta los criterios jurídicos del porque dicho acto se considera defecto absoluto y que principios constitucionales fueron afectados.

La falta de fundamentación en las resoluciones jurisdiccionales constituye un defecto absoluto, porque afecta al derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; de ahí, que es necesario que cada resolución brinde a las partes procesales y a terceras personas interesadas, los razonamientos jurídicos esenciales del por qué se ha dispuesto de una u otra manera la resolución del conflicto penal; además, con la fundamentación jurídica, el juez o tribunal legitima sus actos, esa motivación no puede ser sustituida por una repetición de frases hechas sobre el alcance del recurso o los requisitos de su fundamentación, sino que, en verdad debe descansar en la expresión del razonamiento requerido por la norma procedimental de forma imperativa.

En el caso sub lite, se evidencia que el auto de vista impugnado, no se encuentra debidamente fundamentado, puesto que no es completo, exhaustivo, ni lógico, al omitir la exposición clara, precisa y suficiente de los razonamientos efectuados sobre los justificativos y análisis de su conclusión de la existencia de defectos absolutos previstos en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., así como violaciones al debido proceso, y por consecuencia su determinación de anular totalmente la sentencia y disponer el reenvío del juicio; demuestra que el tribunal de apelación no ha efectuado una valoración de las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento lógico, coherente y consecuente que exprese la elaboración de hechos fácticos concretos, claros y específicos, que lo lleven a derivar conclusiones jurídico-legales coherentes con tales hechos. Verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia.

Por todo lo expuesto, siendo evidentes las denuncias formuladas en los recursos de casación que se analizan, corresponde al tribunal de casación dejar sin efecto el auto de vista impugnado y disponer se dicte nuevo auto de vista de acuerdo a la doctrina legal aplicable, en sujeción al segundo párrafo del art. 419 del Cód. Pdto. Pen. referido”.

III.2. Análisis del caso en concreto.

Sintetizada la denuncia formulada a través del presente recurso de casación, se tiene que el imputado reclama que el auto de vista recurrido al confirmar la sentencia incurrió en falta de fundamentación; toda vez, que no habría considerado que: a) en ninguna de sus partes se mencionó la fecha y el lugar donde supuestamente se hubiere perpetrado el hecho, no existiendo ninguna evidencia colectada, lo que constituiría una sentencia defectuosa, limitándose el tribunal de alzada a transcribir el contenido del A.S. N° 65/2012-RA de 19 de abril, para concluir que la sentencia estaba debidamente motivada y fundamentada, no considerando que las investigaciones no cumplieron con su objetivo, basándose en el certificado médico forense que no demostró la vinculación de su persona con el hecho, manteniéndose la vulneración de su garantía al debido proceso en su vertiente de la motivación y fundamentación; b) carece de fundamentación fáctica y jurídica; toda vez, que realizó una simple descripción de las pruebas codificadas por el Ministerio Público, consistentes en la signada como MP-1 que refiere al certificado médico forense, el certificado de nacimiento, las pruebas signadas como MP-3 y MP-4, consistentes en la entrevista informativa de la menor elaborada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Gobierno Municipal de Tiquipaya, el acta de entrevista de la víctima prestada ante el Ministerio Público; y, el informe pericial psicológico; pruebas que le resultaron inconsistentes, porque ninguna demostró su autoría; no obstante, no fueron revisadas por el tribunal de alzada limitándose a aspectos foráneos; y, c) respecto a la garantía fundamental del debido proceso, no fue observado menos analizado por el tribunal de alzada, limitándose a reforzar en sentido contrario la mera fundamentación sin observar el principio de congruencia de la resolución. para una mejor comprensión los puntos supuestamente omitidos por el tribunal de alzada serán analizados de manera separada.

Ingresando al análisis del inciso a), conforme se precisó en los antecedentes procesales vinculados al recurso, se tiene que el recurrente en la interposición de su recurso de apelación restringida, a manera de antecedentes de su recuso alegó que la Sentencia no tenía certeza de cómo hubiere sucedido el hecho, ya que, no establecería la hora, fecha ni el año, donde el certificado médico forense de 21 de agosto de 2012 señalaba en su diagnóstico “himen elástico”, el cual no mereció mayor examen. Agregó que la sentencia no tenía fundamentos fácticos ni jurídicos, basándose en simples suposiciones, como del relato de la psicóloga forense que referiría que la menor “habría” tenido relaciones sexuales con el agresor, no teniendo certeza de cuándo, dónde y en qué lugar habría supuestamente tenido relaciones, por lo que a su criterio, no aconteció la comisión del delito acusado.

Ahora bien, conforme se evidencia del contenido del auto de vista impugnado, el tribunal de apelación abrió su competencia, que si bien no destinó un acápite único refiriéndose a los antecedentes cuestionados por el recurrente; no obstante, a tiempo de responder a los dos reclamos efectuados en la apelación restringida, en específico a la denuncia concerniente a la falta de fundamentación y motivación de la sentencia defecto del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.; transcribiendo el A.S. N° 65-2012-RA de 19 de abril, referido a la fundamentación que debe contener toda sentencia, alegó que, el tribunal de mérito efectuó una adecuada fundamentación descriptiva e intelectual de las pruebas otorgándole el valor correspondiente, conteniendo además una suficiente, concreta y racional fundamentación jurídica que había llevado al tribunal de juicio a la conclusión de emitir sentencia condenatoria, explicando además que existían suficientes pruebas que llevaron al convencimiento del tribunal de apelación, sobre la responsabilidad penal del acusado en el delito perpetrado, mencionando entre ellas, la

declaración de la víctima junto a las otras pruebas testificales, el certificado médico forense que había dado cuenta de la existencia de himen con desgarramiento de data antigua, el certificado de nacimiento, el informe pericial psicológico, explicando que estableció la existencia del hecho de violación sexual de la menor de 12 años en el momento de la comisión de los hechos, concluyendo el tribunal de alzada, que el ilícito tipificado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., se encontraba suficientemente probado con la prueba incorporada a juicio, sin que la falta de determinación del número exacto de accesos carnales que hubiera existido entre la víctima y el imputado sean relevantes, ni se podía exigir una precisión de fechas y lugares por la corta edad de la menor y las condiciones traumáticas creadas en la misma como consecuencia de la vulneración a su derecho a la libertad sexual.

Argumentos, que permiten constatar a este tribunal, que la denuncia interpuesta por el recurrente referida a la falta de fundamentación del auto de vista respecto al motivo en cuestión, no resulta evidente; habida cuenta, que si bien el tribunal de alzada como ya se señaló no le dio un acápite individual para responder a los antecedentes del recurso de apelación restringida; sin embargo, ello no implica que no los consideró o que se haya limitado a transcribir el A.S. N° 65/2012-RA de 19 de abril, como asevera el recurrente; sino, que el tribunal de alzada de manera lógica concluyó que para la configuración del tipo penal acusado, no se podía exigir una precisión en fechas ni lugares por la corta edad de la menor, explicándole además al recurrente, que la decisión asumida por el tribunal de mérito de emitir sentencia condenatoria no solo se basó en el certificado médico forense; sino, en todos los elementos de prueba que fueron introducidos a juicio, por lo que, se había demostrado que su persona cometió el delito previsto por el art. 308 Bis del Cód. Pen., evidenciándose que el tribunal de alzada cumplió con su deber de fundamentación sin incurrir en contradicción con los autos supremos invocados por el recurrente que fueron extractados en el acápite III.1 de la presente resolución; por cuanto, el auto de vista recurrido respecto a este reclamo, cumplió con lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; situación, por el que, el presente punto deviene en infundado.

En cuanto, al punto identificado como inciso b), se advierte conforme se precisó en los antecedentes procesales vinculados al recurso, que el recurrente en la formulación de su recurso de apelación restringida, como segundo agravio denunció "Defecto de la sentencia por falta de fundamentación y motivación (art. 370-5) por ser suficientemente contradictoria a los derechos fundamentales que vulnera el debido proceso", donde efectuando consideraciones doctrinarias respecto a la motivación y fundamentación acudiendo a la transcripción de autos supremos y sentencias constitucionales alegó, que al carecer la sentencia de fundamentación fáctica y jurídica, vulneró el debido proceso en su vertiente de la motivación y fundamentación, la presunción de inocencia, seguridad jurídica, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva; reclamo, que fue desestimado por el tribunal de alzada que ante la emisión del auto de vista recurrido, respecto a esa denuncia; previa transcripción del A.S. N° 65/2012-RA de 19 de abril, referido a la fundamentación descriptiva, fáctica, analítica y jurídica que debe contener toda sentencia señaló que, el tribunal de mérito realizó una adecuada fundamentación descriptiva de las pruebas describiendo el contenido de cada una de ellas, además a momento de realizar la fundamentación probatoria intelectual del conjunto de las pruebas producidas en el debate del juicio oral, las realizó una vez finalizada cada descripción de las pruebas y posteriormente había efectuado una fundamentación intelectual suficiente de las pruebas en función al valor correspondiente a los elementos de prueba incorporados al juicio, resultándole la fundamentación jurídica correcta, suficiente y racional a la conclusión final a la que arribó el Tribunal de Sentencia para emitir la sentencia condenatoria, destacando, que realizó una valoración intelectual del conjunto de la prueba esencial conforme determina el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., encaminadas a esclarecer la existencia del hecho objeto de juicio y la existencia del delito y la responsabilidad penal del imputado, de cuyo examen bajo razonamientos lógicos y respaldados por la prueba esencial habían llevado al tribunal de mérito a determinar que en el caso existían suficientes pruebas que llevaron al convencimiento sobre la responsabilidad penal del imputado en el delito acusado, aclarando el tribunal de alzada, que la declaración de la víctima junto a las otras pruebas testificales, el certificado médico forense que daba cuenta de la existencia de himen con desgarramiento de data antigua, el certificado de nacimiento y el informe pericial psicológico, establecerían la existencia del hecho de violación sexual de la menor de 12 años en el momento de la comisión de los hechos, por lo que concluyó, que el ilícito tipificado por el art. 308 bis del Cód. Pen., se encontraba suficientemente probado con la prueba incorporada a juicio, aclarando que la falta de determinación del número exacto de acceso carnal que hubiera existido entre la víctima y su agresor no eran relevantes, tampoco se podía exigir una precisión en fechas y lugares por la corta edad de la menor y las condiciones traumáticas creadas en la misma, como consecuencia de la vulneración a su derecho no solo a la libertad sexual que aún no las comprendía a cabalidad a esa edad.

De los argumentos expuestos, en el auto de vista recurrido, se tiene que la denuncia interpuesta por el recurrente, respecto al motivo en cuestión, no resulta evidente; toda vez, que el tribunal de alzada constató que la sentencia no carecía de fundamentación fáctica ni jurídica; sino que, por el contrario constató que el tribunal de mérito realizó una adecuada fundamentación descriptiva de todas las pruebas y posteriormente había efectuado una fundamentación intelectual suficiente en función al valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba incorporados al juicio, resultándole la fundamentación jurídica correcta, suficiente y racional a la conclusión final a la que arribó el Tribunal de Sentencia para emitir la sentencia condenatoria en contra del imputado, además revisó que el certificado médico forense daba cuenta de la existencia de himen con desgarramiento de data antigua, añadiendo el tribunal de alzada que por el certificado de nacimiento, el informe pericial psicológico, establecerían la existencia del hecho de violación de la menor de 12 años, por lo que concluyó, que el ilícito tipificado por el art. 308 bis del Cód. Pen., se encontraba suficientemente probado, explicando que no era relevante exigir una precisión en fechas y lugares por la corta edad de la menor y las condiciones traumáticas creadas en la misma, argumentos que evidencian que el tribunal de alzada cumplió con su deber de fundamentación; toda vez, que efectuó su control respecto a la valoración probatoria efectuada por el tribunal de mérito para constatar que la sentencia se encontraba debidamente fundamentada y motivada y no limitándose únicamente a aspectos foráneos como alega el recurrente.

Ahora bien, respecto a que el tribunal de alzada no hubiera revisado el certificado de nacimiento que sólo demostraría el nacimiento de la persona, las pruebas signadas como MP-3 y MP-4 consistentes en la entrevista informativa de la menor elaborada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Gobierno Municipal de Tiquipaya, el acta de entrevista de la víctima prestada ante el Ministerio Público; y, el informe pericial psicológico, pruebas que le resultan inconsistentes, porque ninguna demostraría su autoría; de la revisión del recurso de apelación

restringida conforme se tiene de antecedentes, se advierte que los referidos cuestionamientos a las señaladas pruebas no fueron puestos a conocimiento del tribunal de alzada; no obstante de ello, respecto al certificado de nacimiento sí fue considerado en el auto de vista recurrido; empero, respecto a las demás pruebas cuestionadas, resultaría ilógico, exigir pronunciamiento fundamentado alguno, sobre temáticas que dicho tribunal no tuvo oportunidad de conocer; aspecto que evidencia, que de ninguna manera el tribunal de alzada no revisó dichas pruebas, como alega el recurrente; por cuanto, el auto de vista recurrido resolvió los puntos expresamente recurridos en apelación restringida, sin encontrarse en ellos el cuestionamiento al certificado de nacimiento, las pruebas signadas como MP-3 y MP-4 consistentes en la entrevista informativa de la menor elaborada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Gobierno Municipal de Tiquipaya, el acta de entrevista de la víctima prestada ante el Ministerio Público; y, el informe pericial psicológico, cuestionamientos que recién trae a casación; toda vez, que dicho reclamo debió ser formulada en la interposición de su recurso de apelación restringida, lo que no ocurrió.

Por los argumentos expuestos, se tiene que el auto de vista recurrido no incurrió en contradicción con los precedentes invocados por el recurrente que fueron extractados en el acápite III.1, de este auto supremo; toda vez, que el tribunal de alzada cumplió con los parámetros de especificidad, claridad, completitud y logicidad; en consecuencia, el presente motivo deviene en infundado.

Finalmente, respecto al punto identificado como inciso c), de la revisión del recurso de apelación restringida formulado por el recurrente, se advierte que el referido cuestionamiento no fue puesto a conocimiento del tribunal de alzada como un motivo individual; sino, que ante la formulación del primer motivo referido a la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal arguyó que la sentencia carecería de una investigación técnico científica lo que resultaría ser vulneratorio al debido proceso; a cuyo efecto, el tribunal de alzada en el análisis del reclamo efectuado, señaló que respecto a la colección de la prueba y su incorporación a juicio oral, debía ser formulado en el momento procesal oportuno a través de los mecanismos procesales correspondientes a las exclusiones probatorias conforme lo previsto por el art. 172 del Cód. Pdto. Pen., concluyendo que no existía vulneración a derecho o garantía constitucional y menos a los principios de proporcionalidad y congruencia; además señaló que la agresión sexual contra la menor víctima sin lugar a dudas se produjo, sin existir contradicciones entre los presupuestos fundamentados en la parte considerativa y la resolutive, menos de esta última con la acusación, habiéndose contado incluso con la atestación de la propia víctima que identificó de manera clara y precisa al imputado como su agresor, corroborado por la prueba testifical de cargo, la documental y el propio certificado médico que alude el recurrente que hubieran dado cuenta de la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal acusado; argumentos, que resultan suficientes, sin que resulte evidente que el tribunal de alzada se haya limitado a reforzar en sentido contrario la mera fundamentación; puesto que, el recurrente, no dio fundamentos claros de cómo el tribunal de juicio hubiere inobservado el principio de congruencia respecto a las evidencias colectadas en el lugar del hecho como componente del debido proceso; toda vez, que de los fundamentos de su recurso de apelación restringida, en el reclamo concerniente a la falta de fundamentación y motivación de la sentencia, se limitó a referir que “En la vía de la motivación y fundamentación, también es pertinente observar el principio de congruencia de la resolución”; entonces, no podría exigirse al tribunal de alzada la emisión de un pronunciamiento fundamentado, sobre una temática que no tuvo oportunidad de conocer como ahora lo plantea el recurrente recién en casación; aspecto que evidencia, que de ninguna manera incurrió en contradicción con los precedentes invocados; por cuanto, el auto de vista recurrido resolvió los puntos expresamente recurridos en apelación restringida; aspecto por el que el presente motivo deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Elías Bautista Montaña.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



259

Franz Reynaldo Pezo Fernández c/ Harlene Ingrid Cossio Veizaga
Apropiación indebida
Distrito: Cochabamba

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 10 de octubre de 2016, cursante de fs. 207 a 211, Harlene Ingrid Cossio Veizaga, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, de fs. 188 a 194 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por los vocales Karem Lorena Gallardo Sejas y María Gisela

Gonzales Romero, dentro del proceso penal seguido por Franz Reynaldo Pezo Fernández contra la recurrente, por la presunta comisión del delito de apropiación indebida, previsto y sancionado por el art. 345 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 54/2014 de 25 de septiembre (fs. 154 a 162 vta.), el Juez 5° de Partido Penal y Sustancias Controladas, Liquidador y de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a la imputada Harlene Ingrid Cossio Veizaga, absuelta de pena y culpa de la comisión del delito de apropiación indebida, previsto y sancionado por el art. 345 del Cód. Pen., sin costas.

b) Contra la referida sentencia, el querellante Franz Reynaldo Pezo Fernández (fs. 166 a 171 vta.), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró procedente el recurso planteado y anuló totalmente la sentencia apelada, con reposición del juicio por otro juez de sentencia, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 6/2017-RA de 17 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L. Ó.J.

La recurrente denuncia que el tribunal de alzada de manera ultra petita y efectuando una interpretación errada, determinó la anulación total de la sentencia absolutoria en su favor arguyendo que el juez de mérito incurrió en inobservancia y errónea aplicación de la ley y defectuosa valoración de la prueba, este último en el entendido de que el juez a quo, no habría valorado la prueba de la acusación signada como A-2 pese a su incorporación, cuando ninguna de las partes formuló su exclusión probatoria; no obstante, asevera la recurrente, que la referida prueba consistente en una entrevista policial de 24 de agosto de 2011, dentro del proceso de acción pública seguido por el Ministerio Público a instancias del querellante contra los hermanos Zurita por el delito de estafa, donde su persona tuvo calidad de testigo propuesta por el acusador, dicha entrevista fue recepcionada por el investigador asignado al caso Jorge Magne Molina, que en el presente proceso fue testigo de cargo cuya declaración se recepcionó, por lo que a su criterio, el auto de vista recurrido estaría generando una interpretación paralela al principio de trascendencia, por otorgar vialidad al reclamo del querellante y en sentido contrario aplicar la nulidad por nulidad; aspecto que, vulnera el debido proceso en desmedro de los principios de eficiencia y eficacia; puesto que, se fundamentó en la cita de autos supremos que datan de gestiones anteriores a la de 2016, donde la doctrina legal aplicable respecto a la valoración defectuosa de la prueba generó reencauses.

Afirma, que el argumento del juez de origen de no valorar la prueba signada como A-2 fue porque la declaración informativa policial, no se hallaba dentro de los alcances del art. 333 del Cód. Pdto. Pen., resultándole ilógico que el tribunal de alzada determine la nulidad, cuando no existe argumento sólido en sentido de que el juez de mérito hubiera mal utilizado el art. 333 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, el hecho de incorporarse prueba no significa que deba ser valorada al margen de lo previsto por el citado artículo y norma penal, además el tribunal de alzada no explicó por qué el fundamento de no valoración referido por el tribunal de mérito resultaría incorrecto, cuando por encima de ello se valoró toda la prueba incluso la declaración del funcionario policial como testigo de cargo, no existiendo trascendencia en la prueba signada como A-2 que se encuentra al margen del art. 333 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, de haberse valorado dicha prueba no hubiere cambiado el resultado final de la Sentencia que prestó importancia a los principios de oralidad e inmediatez sobre todo a las demás pruebas de cargo y descargo y fue lo que determinó su resultado.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se declare fundado su recurso dejando sin efecto el auto de vista impugnado, disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba emita nueva resolución observando la doctrina legal aplicable al caso concreto.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 6/2017-RA de 17 de enero, cursante de fs. 222 a 224, este tribunal admitió por vía de flexibilización el recurso de casación formulado por Harlene Ingrid Cossio Veizaga, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.- De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Conforme se tiene en los fundamentos fácticos, Franz Reynaldo Pezo Fernández (querellante), indica que en su condición de profesional médico no tiene experiencia en negocios, es así que Víctor Hugo y Alex Mario ambos de apellidos Zurita Alvarado a quienes conoce desde 1986, le indicaron que habían ingresado al mercado de bursátil de compra y venta de bonos o divisas y que ese negocio les estaba generando buenas utilidades y de esa forma le invitaron a formar parte de esas operaciones, es así que el querellante entregó dineros en distintas partidas haciendo la suma de \$us. 28.000.- a los hermanos Zurita, al principio el querellante recibió utilidades y a medida que pasaba el tiempo el querellante recibía menos utilidades; empero, los hermanos Zurita le explicaron que si invertía más dinero generaba más utilidades es así que el querellante dio la suma de \$us. 13.000.- que era de su enamorada, después de un tiempo los hermanos Zurita dejaron de pagar las utilidades y desaparecieron, el querellante los buscó en esa oportunidad conversó con la mamá de los hermanos Zurita, quien indicó que garantizaba la devolución del dinero, transcurrido el tiempo el querellante ubicó a los hermanos Zurita y éstos explicaron que la empresa con la que trabajaba había sido demandada y los dineros habían sido congelados que le devolverían el dinero a más tardar en enero de 2011. Los hermanos Zurita presentaron al querellante a la acusada Harlene Ingrid Cossio Veizaga a quien señalaron que entregaron la última cantidad de dinero que era la suma de \$us. 13.000.- después de mucha insistencia la acusada reconoció que recibió dinero de los hermanos Zurita pero

sólo \$us. 9.000.-, después de muchas conversaciones dijo que devolvería ese dinero al querellante pero no cumplió con la devolución del dinero.

Bajo dichos antecedentes, el Juzgado 5° de Partido Penal y Sustancias Contraladas, Liquidador y de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, por Sentencia N° 54/2014 de 25 de septiembre, declaró a la imputada Herlene Ingrid Cossio Veizaga, absuelta de la comisión del delito de Apropiación Indevida, sin costas, bajo las siguientes conclusiones: 1. Cual previene el art. 333 del Cód. Pdto. Pen., la documental codificada como A-2 no se la valora, por cuanto no se encuentra en los alcances de dicho artículo, ya que una declaración prestada en instancias policiales o Ministerio Público al no haber sido objeto de contradicción la misma no tiene valor legal en el juicio oral; la documental codificada como A-3 se la valoró como relevante en el entendido de que se hizo el reclamo oportuno; no obstante, que sin necesidad de esa conminatoria a esa devolución existe la doctrina que nos enseña que de todas maneras se configura el delito de apropiación indebida por el solo hecho de no querer restituir el bien o valor; la documental A-1 se la valora de manera indiciaria e indirecta a los fines de entender la existencia de lo que se ha realizado en la relación de los hechos a momento de plantear la querrela o acusación particular, sobre la existencia de un proceso penal de orden público contra los hermanos Zurita Alvarado a quienes habría entregado el dinero el acusador. 2. Como dijo Grover Saldías una de sus testigos fue Sonia Coca, que goza de un buen renombre al haber sido Juez de este Tribunal de Justicia y lo es en su labor cotidiana en la profesión libre, se la consideró muy relevante porque ella no vendría a un tribunal a faltar a la verdad y se le otorga certeza cuando dice que la acusada ha reconocido que debe la suma de \$us. 9.000.- que ella haya dicho otra cosa en su declaración informativa no se ha demostrado en este juicio que es que ella pensó que era la devolución de unos diez mil dólares que ella había entregado a Alex Zurita, hubiera sido interesante que ingrese esa prueba, que ella tenga esa constancia de que ella ha entregado esos \$us. 10.000.- lo cual hace pensar que es una vil mentira de que nunca le entregó un monto de dinero, porque quien entrega el dinero presenta en juicio sus descargos correspondientes, pese a que la carga de la prueba corresponde a quien acusa. 3. En base a las declaraciones de la esposa del acusador Mabel Inés Pimentel Panozo, Sonia Coca, la madre del acusador Zaida Luisa Fernández Claire de Pezo, que si bien cuando uno es familiar o es la esposa o muy allegado a quien acusa o viceversa normalmente uno viene con esa tendencia de favorecer, incluso Humberto Trigo dijo que han venido todos con el mismo argumento, pero se encuentra la necesidad de que tengan que inventarse dos situaciones que obviamente Humberto Trigo no quiso escuchar al final de la intervención del último testigo que es la madre del acusador que señaló que \$us. 15.000.- le han entregado en su oficina a Alex Zurita Alvarado y los otros \$us. 13.000.- han sido entregados en su casa, lo atendible de esto es que el testigo de cargo Alex Zurita Alvarado reconoce haber recibido dicho monto de dinero; y, 4. Se ha demostrado es este juicio de que la acusada es consiente y sabe que ha recibido ese dinero, pero la disyuntiva se dio cuando se le preguntó a quien vino a faltar a la verdad en este juicio Alex Zurita que es también acusado por el querellante en un proceso de estafa que se ha demostrado y el maneja otra situación y dice que tiene un documento con el querellante, por lo que preguntó qué documento era e indicó que era de los primeros \$us. 15.000.- que entregó y del dinero que dio a ella, entre los dos han conversado para el asunto de los intereses; es decir, que Alex Zurita viene a este juicio y dice que evidentemente ha recibido el dinero del querellante y le entregó a la imputada, por lo que considera que la imputada si ha recibido ese dinero y no tiene la intención de devolverlo y esto ha quedado claro en este juicio. Pero se tiene un problema respecto al sujeto pasivo en el delito de apropiación indebida, que es la persona que hace la entrega del dinero y a quien no se le quiere restituir en este caso, el sujeto pasivo es el querellante y el sujeto activo es Alex Mario Zurita Alvarado, pese que consideró que ella es culpable, falta ese elemento necesario para que se le dicte una sentencia condenatoria y se tenga la certeza completa de culpabilidad de la acusada, pero falta ese elemento del nexa causal antijurídico de que ella no le quiso devolver, porque el acusador no le entregó el dinero a ella, pero si le entregó a Alex Zurita, pero quien tendrá que reclamarle cómo le va en el juicio será Alex Zurita y no el acusador que ya inició las acciones correspondientes respecto a quienes entregó su dinero. La acusada dice que entregó \$us. 10.000.- y no tiene un papel que lo demuestre, Alex Zurita dice que entregó a la acusada y no tiene un documento, el acusador dice que recibió de la acusada \$us. 350.- y \$us. 200.- y no tiene ni un recibo; consecuentemente, faltan elementos constitutivos del tipo penal acusado y falta de prueba suficiente en este juicio.

II.2. Del recurso de apelación restringida del acusador particular.

El acusador particular Franz Reynaldo Pezo Fernández formuló recurso de apelación restringida, bajo los siguientes fundamentos: Que la sentencia incurrió en los defectos del art. 370-4, 5 y 6, ya que por un lado no incorporaría en la valoración, la prueba de cargo signada como A-2, cuando dicha prueba fue introducida al juicio de manera legal; toda vez, que fue propuesta por ambas partes, donde nadie pidió su exclusión probatoria. Añade que al excluirse la valoración de la referida prueba, la sentencia resulta contradictoria respecto a la fundamentación donde por una parte señaló que la acusada sí recibió su dinero que sabe que es de su persona; por tanto, no podía contradecirse y haber indicado que ella debió devolver ese dinero a Zurita cuando su persona es el dueño de dicho dinero; además manifiesta, que concurrió una defectuosa valoración de la prueba, ya que al excluir la prueba de cargo signada como A-2 que acredita fehacientemente el reconocimiento de la acusada de haber recibido de otra persona su dinero y comprometido a devolvérselo por ser su persona el dueño y no justificar porque no lo hizo reteniéndolo, la absolución decretada en su favor, constituye defecto conforme prevé el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

Continua su recurso alegando que la conducta de la acusada se adecúa al tipo penal inserto en el art. 345 del Cód. Pen.; puesto que, retiene un dinero de su propiedad, que recibió dichos dineros de Alex Zurita, pero que después de saber que eran suyos en agosto de 2010 se comprometió a devolverle y no lo hizo, ni fue capaz de negarlo al abstenerse de declarar por lo que su actuación es premeditada y dolosa, incurriendo la sentencia en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, que no exista fundamentación o que sea insuficiente o contradictoria; e, inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró procedente el recurso de apelación interpuesto; en consecuencia, anuló totalmente la sentencia apelada, ordenando la reposición del juicio por otro Juez de Sentencia de la Capital, bajo los siguientes argumentos: Que este tribunal de alzada encuentra que de acuerdo al acta de juicio advierte que en el momento procesal previsto para la producción de la prueba ofrecida por las partes para su introducción al juicio oral ninguna de las partes formuló exclusión probatoria

alguna, señalando la defensa de la acusada de manera expresa que esa parte no tiene ninguna observación a la documental de la acusación; por consiguiente, las documentales de cargo signadas como A-1, A-2 y A-3 fueron judicializadas sin ninguna observación bajo las reglas de la publicidad y contradicción; sin embargo, el juez en la sentencia en el punto 3 señaló en el punto 3.1 Que cual previene el art. 333 del Cód. Pdto. Pen. la documental codificada como A-2 no se la valora; por cuanto, no se encuentra en los alcances de dicho artículo ya que una declaración prestada en instancias policiales o Ministerio Público al no haber sido objeto de contradicción la misma no tiene valor legal en este juicio oral; al respecto, debemos tener presente que el sistema procesal de valoración de la prueba conforme establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., es el de la sana crítica racional coherente con la libertad probatoria establecida en el art. 171 del mismo cuerpo procesal penal, en ese sentido advierte, que el juez a quo no aplicó correctamente el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., ya que al realizar la labor de valoración de la prueba no ha tenido presente todos los elementos probatorios que fueron introducidos a juicio bajo la oralidad y contradicción de los sujetos procesales como es la signada como A-2 que no fue objeto de observación y menos de exclusión probatoria; consiguientemente, el argumento que sustenta su no valoración resulta ser contrario a las normas procesales de la materia, constituyendo un defecto de sentencia que vulnera el debido proceso y se constituye en un error invalorable de conformidad al art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que el juez de la causa debió realizar la operación intelectual destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas producidas en juicio oral justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuáles les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba producida, de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Ante esa omisión en la valoración, la fundamentación intelectual expuesta por el juez de sentencia no es una integral fundamentación probatoria intelectual del conjunto de las pruebas producidas en el debate del juicio oral, al no haber asignado fundadamente el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba incorporados al juicio, incurriendo en omisiones y contradicciones al dar valor solo a alguna de ellas no habiendo contrastado las mismas; por consiguiente, no ha actuado dentro del marco de razonabilidad y equidad previsibles para decidir de forma congruente por lo que al contener la sentencia imprecisión y ambigüedad no cumple con lo establecido en el art. 171 del Cód. Pdto. Pen., ya que no expresa los motivos ni razonamientos lógicos por los cuales desmerece el conjunto de las pruebas y privilegia unas cuantas, haciéndose con ella notoria la contradicción entre la valoración descriptiva con la intelectual que concluye con una absolución de la imputada que no está suficientemente fundamentada; por consiguiente, se ha inobservado o aplicado erróneamente la ley sustantiva al concluir el Juez a quo que “se tiene un problema respecto al sujeto pasivo en el delito de apropiación indebida;...”; toda vez, que el juez no ha tomado en cuenta que se concibe al tipo penal como la descripción que hace el legislador en la ley penal de la conducta humana socialmente relevante y punible, entonces la tipicidad resulta ser la adecuación o la subsunción de la conducta al tipo penal, en ese entendido el delito de apropiación indebida previsto por el art. 345 del Cód. Pen., las características básicas que hacen a este delito. Así en el derecho comparado en la sentencia del Tribunal Supremo Español de 24 de febrero de 2006 se habla de la existencia de dos modalidades clásicas de apropiación “La más común caracterizada porque el poseedor legítimo del dinero o cosas que recibe de un tercero las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y el segundo el de la gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal detrayendo y disponiendo del dinero poseído para un fin concreto apartándolo de su destino y causando un perjuicio al propietario de mismo”.

Entendimiento legal y doctrinal que el juez no ha tomado en cuenta; en consecuencia, el tribunal de alzada concluye que la impugnación de la parte apelante con relación en lo esencial a la falta de fundamentación y como consecuencia lógica la inobservancia y errónea aplicación de la ley y defectuosa valoración de la prueba sí tiene mérito ante las graves deficiencias de fondo que impiden mantener subsistente la sentencia apelada, pues se tiene que el juez de forma alejada a los principios que rigen la normativa legal ha efectuado una subsunción de hechos completamente errada pero además incurrió en una argumentación deficiente, respecto del por qué se dio o restó validez a las pruebas producidas en juicio, específicamente con relación a la prueba documental de cargo; advirtiéndose en consecuencia, motivos suficientes para disponer la anulación de la sentencia conforme prevé el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., en estricto cumplimiento de los principios de especificidad o legalidad y trascendencia.

III. Verificación de la existencia de vulneración al debido proceso

El presente caso fue admitido por vía de flexibilización, donde la recurrente denuncia que el auto de vista recurrido de manera ultra petita y efectuando una interpretación errada, determinó la anulación total de la sentencia arguyendo que el juez de mérito incurrió en inobservancia y errónea aplicación de la ley y defectuosa valoración de la prueba, esta última en el entendido de que el juez no habría valorado la prueba A-2 pese a su incorporación; no obstante, asevera que la referida prueba consistente en una entrevista policial de 24 de agosto de 2011, fue recepcionada por el investigador asignado al caso Jorge Magne Molina, quien en el presente proceso fue testigo de cargo cuya declaración se recepcionó, además que el argumento del juez de origen de no valorar la prueba signada como A-2 fue porque la declaración informativa policial no se hallaba dentro de los alcances del art. 333 del Cód. Pdto. Pen., resultándole ilógico que el tribunal de alzada determine la nulidad cuando no existe argumento sólido en sentido de que el juez de mérito hubiera mal utilizado el referido artículo; puesto que, no explicó por qué el fundamento de no valoración referido por el tribunal de mérito resultaría incorrecto cuando por encima de ello se valoró toda la prueba, generando el tribunal de alzada una interpretación paralela al principio de trascendencia por otorgar vialidad al reclamo del querellante y en sentido contrario aplicar la nulidad por nulidad, lo que vulneraría el debido proceso en desmedro de los principios de eficiencia y eficacia, ya que afirma que de haberse valorado dicha prueba no cambiaría el resultado final de la sentencia, correspondiendo resolver la problemática planteada.

III.1. El principio de congruencia.

En teoría general del proceso, el principio de congruencia configura una regla que condiciona la competencia de las autoridades judiciales, en sentido de que sólo pueden resolver sobre lo solicitado y probado por las partes. De este modo el juez, en la sentencia no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita). De ahí la necesidad de fijar desde el inicio el objeto del litigio; sobre el particular, el A.S. Nº 325/2013-RRC de 6 de diciembre, precisó: “En materia procesal penal, este principio adquiere mayor relevancia debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a

dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado; pues, el principio de congruencia adquiere una connotación especial, en la medida en que, coadyuva al respeto del principio de igualdad de armas, entendido como la posibilidad que tienen las partes enfrentadas, de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales, pero para el efecto debe existir igualmente una congruencia fáctica entre lo que se solicita y se resuelve, porque de lo contrario el derecho de defensa del imputado estaría limitado de manera desproporcionada.

Por tal motivo, la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que el juez o tribunal de apelación está limitado a resolver únicamente el punto o los puntos apelados, la respuesta que dé al reclamo o reclamos debe ser clara y fundamentada en derecho, pues la esencia interpretativa del principio de congruencia procesal reside en la observación del principio de legalidad”.

III.2. Sobre los principios de verdad material, valoración integral de las pruebas y el conocimiento de las formas.

A los fines de la resolución del presente recurso, es preciso referir con carácter previo sobre los principios de verdad material y de la valoración integral, argumentos que fueron expuestos en el A.S. Nº 67/2013-RRC de 11 de marzo: “El principio de la verdad material o real, se encuentra reconocido en el art. 180-I de la C.P.E., que establece que la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en el principio de la verdad material, que se expresa en la obligación que tiene todo juzgador al momento de emitir una resolución judicial, anteponer la verdad de los hechos antes que cualquier situación, sin dejar de lado las formas procesales determinadas por la ley; es decir, que al efectuar la decisión el Tribunal de Justicia, prevalecerá la verificación y el conocimiento de los hechos materiales, sobre el conocimiento de las formas, siempre y cuando no signifique vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En esa línea la S.C. Nº 0713/2010-R de 26 de julio, sobre este principio, señaló: “El ajustarse a la verdad material, genera la primacía de la realidad de los hechos sobre la aparente verdad que pueda emerger de los documentos; aplicando este principio, debe prevalecer la verificación y el conocimiento de éstos, sobre el conocimiento de las formas. En ese contexto, el régimen de nulidades, estará subordinado únicamente a la violación de derechos o garantías constitucionales; y en consecuencia, la inobservancia de las formalidades que no vulnere derechos o garantías constitucionales, tendrá menos relevancia que justifique una declaratoria de nulidad a momento de realizar el trabajo de valoración de la actividad procesal que adolezca de algún defecto formal”.

Por otra parte, si bien el Código de Procedimiento Penal establece un conjunto de reglas relativo a los medios de prueba conforme se tiene de las disposiciones contenidas en los arts. 171 al 220, precisando en el art. 333 de la referida norma procesal, que el juicio será oral y sólo podrán incorporarse por su lectura, entre otras, las pruebas que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo de prueba; no es menos cierto que, privilegiando los principios de la verdad material y de la valoración integral de la prueba que obliga al juez a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida en el juicio en los términos previstos por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; el tribunal de alzada al resolver en apelación una denuncia relativa a la concurrencia de defecto de sentencia porque se basó en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, debe considerar si la prueba cuestionada o endilgada de espuria, es esencial o decisiva para el fallo y si prescindiendo de los elementos probatorios que proporciona, se establezca la verdad material del conjunto de los demás elementos de prueba de cargo como de descargo proporcionados por la actividad probatoria de la partes, en cuyo caso, se hace innecesaria la nulidad de la sentencia”.

III.3. Actividad procesal defectuosa, nulidades procesales y principios que las rigen.

Antes de analizar el caso concreto, es preciso tener presente que el régimen de nulidades procesales está sujeto a determinados principios, cuya observancia es obligatoria a tiempo de analizar si una actuación amerita ser anulada por constituirse en una actuación defectuosa no susceptible de convalidación, lesiva de derechos y garantías, para lo cual es preciso considerar lo establecido por esta sala en el A.S. Nº 218/2015-RRC-L de 28 de mayo que señaló: “En materia penal, las nulidades procesales se encuentran reguladas a partir del art. 167 al 170 del Cód. Pdto. Pen., bajo el nomen iuris ‘Actividad procesal defectuosa’, tiene como fin asegurar la efectivización de la garantía constitucional de defensa no sólo en juicio; sino, desde el inicio de las investigaciones hasta la última etapa del proceso; pues, busca castigar con eficacia los actos jurídicos llevados a cabo sin la observancia de requisitos legales establecidos para su validez. Para que se haga aplicable la sanción, es requisito indispensable que las partes, que pretendan la nulidad o se deje sin efecto un acto o resolución, impugnen las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento con fundamento en el defecto que le causó agravio (art. 167 del Cód. Pdto. Pen.), de lo que se establece que únicamente se puede pretender la nulidad, cuando existe agravio cierto (ofrece certidumbre respecto al perjuicio efectivo que ocasionado) e irreparable (que tenga como único remedio la nulidad del acto o fallo). Respecto a la finalidad de las nulidades, Luis Maurino sostiene que ‘las nulidades procesales tienen como misión esencial enmendar perjuicios efectivos que, surgidos de la desviación de las reglas del proceso, pueden generar indefensión’ (Maurino, Luis: Nulidades Procesales, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, pág. 44).

Sin embargo, respecto a lo anterior, es importante tomar en cuenta que el derecho procesal, está conformado por un conjunto de formas diseñadas por el legislador, con la finalidad de desarrollar los procesos; el apartamiento de esas formas, siempre que sean necesarias, puede tener como sanción la nulidad, debiendo distinguirse en consecuencia las formas esenciales que buscan la efectivización de derechos y garantías de las que implican mera formalidad; para ello, el régimen de nulidades se encuentra regulado por principios que guían a la autoridad jurisdiccional en su objetivo de impartir justicia y que le permite, en algunos casos, dejar pasar el incumplimiento de ciertos formalismos por su irrelevancia frente a los demás derechos y garantías protegidos; pues lo contrario, se constituirían en simples actos dilatorios.

En cuanto a los principios que rigen las nulidades, este Máximo Tribunal de Justicia, desarrolló amplia doctrina, así el A.S. Nº 550/2014-RRC de 15 de octubre, precisó:

El principio de legalidad o especificidad, señala, no hay nulidad sin texto (pas de nullite sans texte); es decir, que el acto procesal irregular reclamado, debe estar castigado con nulidad de manera expresa en la ley, no siendo suficiente que la ley procesal establezca ciertas

formalidades, y que ante su omisión o incumplimiento, se produzca la nulidad, sino, ella debe estar específicamente predeterminada en aquella ley.

(...)

El principio de trascendencia (pas nullite sans grief), que significa que 'no hay nulidad sin perjuicio'; es decir, que únicamente es posible declarar la nulidad, cuando los defectos procedimentales denunciados provoquen un daño de tal magnitud que dejen en indefensión material a las partes y sea determinante para la decisión adoptada en el proceso judicial, debiendo quedar claro que de no haberse producido dicho defecto, el resultado sería otro, o que el vicio impida al acto cumplir con las formalidades para el cual fue establecido. Para que opere la nulidad (art. 169 del Cód. Pdto. Pen.), quien la solicite debe: i) Alegar el perjuicio o daño, señalando de forma clara, cuál el acto que no pudo realizar o que se realizó incumpliendo las formas procesales, no resultando suficiente una invocación genérica de algún defecto, sin explicación clara y precisa de dichas circunstancias; ii) Debe acreditar de forma específica la existencia de perjuicio cierto, concreto y real en desmedro de sus derechos y/o garantías constitucionales, demostrando que la única forma de enmendar el error es por medio de la declaratoria de nulidad; iii) Debe existir interés jurídico en la subsanación, por lo que quien solicita nulidad, debe explicar por qué la solicita, toda vez que el argumento de impetrante es el que permite, al juzgador, establecer el ámbito de pronunciamiento.

(...)

El principio de subsanación, que establece que no hay nulidad si el vicio alegado, no influye en el sentido o resultado del fallo o en las consecuencias del acto viciado, por lo que puede ser objeto de subsanación sin que afecte al fondo del proceso.

Todos estos principios (y otros que no fueron citados) orientadores de las nulidades, deben ser interpretados de manera restrictiva cuando se alegue nulidad. Se debe tomar en cuenta el interés y la magnitud del detrimento ocasionado, toda vez que 'no hay nulidad por la nulidad misma', sino, requiere para su declaración, que el incumplimiento de las formas se traduzca en un efectivo detrimento a los intereses de la defensa; es decir, que este tenga relevancia constitucional, lo contrario implicaría aceptar nulidades con base en un excesivo formalismo, que en muchos de los casos daría lugar a la invalidación de una gran cantidad de actos y en algunos casos de procesos, afectando con ello la búsqueda de la verdad material, por errores u omisiones involuntarias, en clara infracción al principio de celeridad (art. 115-II de la C.P.E.).

Respecto a los defectos absolutos, este Tribunal de Justicia, en el A.S. N° 021/2012-RRC de 14 de febrero de 2012, señaló: El Código de Procedimiento Penal, tiene por finalidad regular la actividad procesal, en cuyo trámite pueden presentarse dos tipos de defectos, los absolutos y los relativos, que se diferencian en que los primeros no son susceptibles de convalidación y los otros quedan convalidados en los casos previstos por la norma; destacando, que la diferencia sustancial de los defectos absolutos y relativos, radica que el defecto absoluto, implica el quebrantamiento de la forma vinculado a la vulneración de un derecho o garantía constitucional; en cambio, en el defecto relativo al no afectar al fondo de las formas del proceso, pueden convalidarse si no fueron reclamados oportunamente, si consiguieron el fin perseguido respecto a todas las partes y cuando quien teniendo el derecho a pedir que sean subsanados, hubiera aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto defectuoso; a esto debe añadirse que las formas procesales precautelan el ejercicio de los derechos de las partes y las garantías constitucionales; en consecuencia, no se puede decretar la nulidad, sino sólo cuando hay un defecto que por haber causado una afectación a un derecho o garantía constitucional se constituye en absoluto; es decir, la nulidad no deriva sólo del quebrantamiento de la forma, pues es necesario que ese quebrantamiento haya afectado los derechos de alguna de las partes y que ésta haya demostrado el agravio para poder solicitar la anulación del acto denunciado de ilegal".

III.4. Análisis del caso en concreto.

Precisando el motivo de casación en el preámbulo del acápite III del presente fallo, conforme se precisó en los antecedentes procesales vinculados al recurso, ante la emisión de la sentencia absolutoria en favor de la imputada, el acusador particular formuló recurso de apelación restringida alegando que la sentencia incurrió en los defectos del art. 370-4, 5 y 6 del Cód. Pdto. Pen., ya que no habría incorporado en la valoración, la prueba de cargo signada como A-2 que había sido introducida a juicio de manera legal; toda vez, que fue propuesta por ambas partes y nadie pidió su exclusión probatoria, concurriendo a su criterio, una defectuosa valoración de la prueba, sin considerar que la referida prueba acreditaría fehacientemente el reconocimiento de la acusada de haber recibido de otra persona su dinero y comprometido a devolvérselo por ser su persona el dueño y no justificar por qué no lo hizo reteniéndolo, adecuándose la conducta de la acusada al tipo penal inserto en el art. 345 del Cód. Pen.; puesto que, habría retenido su dinero que recibió de Alex Zurita, pero que después de saber que eran suyos en agosto de 2010 se comprometió a devolverle y no lo hizo, incurriendo la sentencia a su criterio, en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, que no exista fundamentación o que sea insuficiente o contradictoria e inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación.

Ahora bien, de la revisión del auto de vista recurrido, el tribunal de apelación abrió su competencia y ante los reclamos efectuados por el acusador particular, advirtió que de acuerdo al acta de juicio, en el momento procesal previsto para la producción de la prueba ofrecida por las partes para su introducción al juicio oral, ninguna de las partes formuló exclusión probatoria alguna; por consiguiente, las documentales de cargo signadas como A-1, A-2 y A-3 fueron judicializadas sin ninguna observación bajo las reglas de la publicidad y contradicción; sin embargo, en la sentencia en su punto 3 en el punto 3.1 señalaría: Que cual previene el art. 333 del Cód. Pdto. Pen., la documental codificada como A-2 no se la valora por cuanto no se encuentra en los alcances de dicho artículo ya que una declaración prestada en instancias policiales o Ministerio Público al no haber sido objeto de contradicción la misma no tiene valor legal en este juicio oral. Asevera el tribunal de alzada, que el juez a quo no aplicó correctamente el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., ya que no tuvo presente todos los elementos probatorios que fueron introducidos a juicio como la signada A-2 que no fue objeto de observación y menos de exclusión probatoria, que el argumento que sustenta su no valoración resulta ser contrario a las normas procesales de la materia, constituyendo un defecto de sentencia que vulnera el debido proceso y se constituye en un error invalorable de conformidad al art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

Continuando con los fundamentos del auto de vista recurrido, añadió que ante esa omisión en la valoración, la fundamentación intelectual expuesta por el juez de sentencia no era una integral fundamentación probatoria intelectual del conjunto de las pruebas producidas en el debate del juicio oral, incurriendo en omisiones y contradicciones al dar valor sólo a alguna de ellas no habiendo actuado dentro del marco de razonabilidad y equidad previsibles para decidir de forma congruente, por lo que al contener la sentencia imprecisión y ambigüedad no cumpliría con lo establecido en el art. 171 del Cód. Pdto. Pen., ya que no expresó los motivos ni razonamientos lógicos por los cuales desmerece el conjunto de las pruebas, haciéndose notoria la contradicción entre la valoración descriptiva con la intelectual que concluye con una absolución de la imputada que no está suficientemente fundamentada inobservándose o aplicado erróneamente la ley sustantiva, no habiendo tomado en cuenta el juez, que se concibe al tipo penal como la descripción que hace el legislador en la ley penal de la conducta humana socialmente relevante y punible, entonces la tipicidad resulta ser la adecuación o la subsunción de la conducta al tipo penal, concluyendo que la impugnación de la parte apelante con relación en lo esencial a la falta de fundamentación y como consecuencia lógica la inobservancia y errónea aplicación de la ley y defectuosa valoración de la prueba sí tienen mérito ante las graves deficiencias de fondo que impiden mantener subsistente la sentencia apelada, por lo que dispuso su anulación.

De los argumentos expuestos por el tribunal de alzada, se tiene en principio que no incurre en una resolución ultra petita; puesto que, resolvió únicamente los puntos apelados por la parte acusadora, que a su criterio las denuncias le resultaron evidentes; toda vez, que advirtió que no se había valorado la prueba signada como A-2, lo que provocaría en su criterio defecto de sentencia que vulneraría el debido proceso por lo que dispuso la nulidad de la sentencia; es decir, su actuación pretendió cumplir con el deber de cuidar que los actuados jurisdiccionales se encuentren dentro del marco de la legalidad, resguardando que no se afecten derechos ni garantías constitucionales; en consecuencia, la actuación del tribunal de alzada no se constituye ultra petita, ya que únicamente resolvió los aspectos cuestionados por el acusador particular en la formulación del recurso de apelación restringida.

Ahora bien, la recurrente también denuncia que el auto de vista recurrido hubiere efectuado una interpretación errada para determinar la anulación de la sentencia; en cuyo efecto, corresponde a este tribunal efectuar un test de control a fin de establecer si el tribunal de alzada cumplió con la doctrina legal referida a los supuestos de anulación de la sentencia por presuntos defectos absolutos; en ese entendido, conforme se expuso anteriormente, de la revisión de antecedentes al disponer el tribunal de alzada la anulación de la sentencia por inobservancia o errónea aplicación de la ley y defectuosa valoración de la prueba, este último en el entendido de que no se hubiere valorado la prueba signada como A-2, pese a su legal incorporación a juicio, se tiene que la denuncia de la recurrente resulta evidente; puesto que, no consideró que la referida prueba consistente en la copia del acta de declaración informativa policial de la acusada prestada el 24 de agosto de 2011 ante el cabo Jorge Magne Molina, conforme refiere la sentencia no fue valorada por el tribunal de mérito al no encontrarse en los alcances del art. 333 del Cód. Pdto. Pen. y no haber sido objeto de contradicción en juicio oral, aclarando la sentencia en su acápite 3.1. que una declaración prestada en instancias policiales o Ministerio Público al no haber sido objeto de contradicción “no tiene valor legal en este juicio oral”, lo que evidencia que la prueba signada como A-2, no le mereció valor al tribunal de mérito en el juicio oral, al no haber sido objeto de contradicción, además resulta evidente lo alegado por la recurrente, ya que dicha declaración fue recepcionada por el investigador Jorge Magne Molina quien conforme se tiene de la sentencia fue testigo de cargo, a quien el juez le dio el valor correspondiente concluyendo que era relevante al hacer referencia que de manera verbal la imputada habría reconocido que los \$us. 9.000.- que le entregó Alex Zurita era del acusador, pero curiosamente en la declaración informativa que prestó en la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen (FELCC), había condicionado esa devolución a que Alex Zurita le devuelva los \$us. 10.000.- que le debía, lo que evidencia que el juez de sentencia estableció su criterio en base a las pruebas judicializadas durante el juicio, llegando a la convicción de que no existe prueba plena que determine la culpabilidad de la acusada; puesto que, explicó que había un problema respecto al sujeto pasivo en el delito de apropiación indebida, ya que el acusador particular entregó dinero a Alex Zurita y no así a la acusada, aclarando que quien debía exigirle a la imputada la devolución del dinero era Alex Zurita y no el acusador. Resolución que cuenta con el respaldo probatorio y jurídico necesario, independientemente de la determinación de no valoración de la prueba signada como A-2; por cuanto, no se encontraría en los alcances del art. 333 del Cód. Pdto. Pen., fundamentos que resultan coherentes; no obstante, el tribunal de alzada dispuso la anulación de la sentencia sin explicar que la prueba extrañada tendría la característica de esencial o decisiva; aspecto que, debió ser considerado para determinar la viabilidad de la anulación en la medida que el régimen de las nulidades se encuentra subordinado únicamente a la violación de derechos y garantías constitucionales.

Por lo expuesto, corresponde al tribunal de apelación considerar el principio de verdad material y el principio de valoración integral de las pruebas que fue explicado en el apartado III.2 de este auto supremo, que obliga a realizar la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida en los términos previstos por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, el tribunal de apelación debió considerar si la prueba signada como A-2 tenía o no la característica de esencial o decisiva para recién determinar la anulación de la sentencia, en virtud a que la nulidad de los actos procesales se encuentra directamente subordinada a la afectación o violación de derechos fundamentales, debiendo tenerse en cuenta que la relevancia e incidencia en la afectación de derechos fundamentales y garantías constitucionales deben estar debidamente justificada por la autoridad judicial a efectos de establecer la nulidad del acto; en cuyo mérito, el tribunal de alzada, además de considerar el contenido del art. 333 del Cód. Pdto. Pen., debió analizar y determinar si al prescindir de la prueba cuestionada era posible establecer la verdad material del conjunto de los demás elementos de prueba de cargo como de descargo proporcionados por la actividad probatoria de las partes, de ser así se hace innecesaria la nulidad de la sentencia, ya que debió considerar la incidencia y relevancia de dicha prueba; es decir, le correspondía explicar por qué el fundamento de no valoración referido por el tribunal de mérito resultaría incorrecto, para determinar la nulidad de la sentencia por considerarlo defecto absoluto que afecte derechos y garantías constitucionales, aspecto que no ocurrió.

Por los argumentos expuestos, se concluye que el tribunal de alzada al momento emitir la resolución recurrida, no obró conforme los preceptos establecidos en los acápites III.2 y III.3 de este auto supremo, vulnerándose el debido proceso, por lo que corresponde declarar fundado el presente recurso.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Harlene Ingrid Cossio Veizaga, cursante de fs. 207 a 211, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., deja SIN EFECTO el Auto de Vista de 26 de agosto de 2016 y determina que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



260

Catalina Castro Guarayo de Melendres c/ Maria Concepción Melendres Salazar
Difamación y otros
Distrito: Cochabamba

AUTO DE VISTA

Cochabamba, 26 de agosto de 2016.

VISTOS: En apelación restringida la sentencia de fs. 87 a 96 vta., pronunciada dentro el proceso penal seguido por la acusación particular de Catalina Castro Guarayo de Melendres contra María Concepción Melendres Salazar, por los delitos de difamación, calumnia e injuria, tipificados y sancionados en los arts. 282, 283 y 287 del Cód. Pen., los antecedentes del proceso, y.

CONSIDERANDO: Dentro el referido proceso penal, el Juez de Partido Penal y de Sustancias Controladas Liquidador y de Sentencia N° 5 de la Capital, pronunció la Sentencia de 28 de octubre de 2014, declarando a la imputada Maria Concepción Melendres Salazar, autora de la comisión del delito de Injuria, tipificado en el art. 287 del Cód. Pen., imponiéndole la sanción de seis meses de prestación de trabajos en la EPI SUD a cargo del director de dicha repartición para que la misma colabore y coadyuve en los servicios que se requieran en el comedor de dicha institución, y a la multa de 100 días a razón de Bs 1.- por día, con costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia en favor de Catalina Castro Guarayo de Melendres; Asimismo, dicto sentencia Absolutoria contra la prenombrada acusada por los delitos de difamación y calumnia. Sin costas al existir condena en su contra.

La acusada Maria Concepción Melendres Salazar mediante escrito de fs. 100 solicito enmienda, complementación y explicación; habiendo el juez de la causa, rechazado la misma mediante Auto de 31 de octubre de 2014.

La Sentencia N° 0059/2014 de 28 de octubre de 2014 fue apelada por la prenombrada acusada, mediante escrito que cursa de fs. 111 a 115, recurso que al cumplir lo dispuesto por los arts. 407, 408 y 409 del Cód. Pdto. Pen., se lo ADMITE, pasándose a resolver los aspectos cuestionados de la resolución impugnada.

I.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por la acusada Maria Concepción Melendres Salazar.-

La apelante señala en lo esencial que la sentencia dictada dentro la presente causa al declararla autora de la comisión del delito de Injuria, previsto y sancionado por el art. 287 del Cód. Pen. y condenarle en costas y resarcimiento de daños civiles según lo dispuesto por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., por un delito que tal cual ha demostrado sostenida y ampliamente en el juicio oral, jamás ha cometido, es una resolución totalmente incoherente, incongruente, inaceptable y absurda, ya que resulta ostensiblemente contradictoria con la prueba de descargo, de esta manera la sentencia acusa contradicción entre la parte considerativa y dispositiva, la forma de valoración de la prueba que lleva a la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación, viciando de esta forma ostensiblemente los arts. 173 y 362 del Cód. Pdto. Pen., pasando a fundamentar su recurso de acuerdo a lo siguiente:

1.- Inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación.- La apelante señala que las disposiciones legales que denuncia como violadas son los arts. 173 y 362 del Cód. Pdto. Pen., ya que de la revisión de antecedentes se tiene que, en la querrela de 17 de julio de 2014 se le acusa por los delitos de difamación, calumnias e injurias bajo los siguientes fundamentos facticos: Que supuestamente en 4 de junio de 2014 a hrs. 9:00 am en la casa de su madre su persona habría increpado a la querellante cuestionándole el ingreso a la casa, donde su persona supuestamente le habría empujado y le había referido lo siguiente en palabras textuales: "Yo soy la dueña de casa, tu eres una pobre hija de puta, que te has creído, si eres una simple hija de puta" has convivido con un maleante y has abortado para ese maleante con la alcahuetería de tu madre" "que te crees gran señora si eres una estafadora, porque has estafado a tus hermanos y ahora quieres estafar a tu marido y quedarte con su plata" "aquí has venido a robar, ladrona" " a mi hermano también lo quieres matar para quedarte con sus bienes" donde asimismo refiere en su misma querrela de manera textual que: "cuando insulto a mi madre, reaccione en su defensa como lo haría cualquier otra hija".

Bajo este contexto factico se dicta el Auto de Apertura de Juicio N° 433/2014 estableciendo como base de juicio los mismos supuestos hechos señalados anteriormente, pero en ninguno de estos antecedentes se indica o se le acusa por haberle dicho supuestamente a la querellante la palabra puta palabra esta que es muy distinta a la palabra hija de puta porque el primero va en el sentido de ofensa directa a la persona y el segundo a la madre de la persona, palabras totalmente distintas.

Continua señalando que de la revisión de la sentencia se podrá advertir que se le condena por supuestamente haber referido a la querellante "puta", vale decir por un hecho, un insulto totalmente distinto a los referidos tanto en la acusación como en el auto de apertura del juicio dándole valor a una prueba testifical totalmente contradictoria y sin credibilidad, ya que de la revisión de la sentencia se podrá advertir que una vez que se vino desarrollando el juicio oral primero declaró la querellante donde en ninguna parte de su declaración refiere de manera textual que su persona le habría dicho "puta", donde la misma refirió tal como señala su querrela y el auto de apertura que su persona le habría dicho supuestamente "hija de puta" y demás supuestos insultos que han sido improbados en dicha sentencia, donde posteriormente a esa declaración le toco declarar al testigo de cargo Rene Quisbert Alarcón, mismo que por edad avanzada que tiene refirió que no recordaba casi nada, tal cual así lo establece la sentencia de manera textual cuando señala "que no recuerda varias palabras, pero si oyó decir puta", esto obviamente con la única finalidad de favorecer a su presentante, donde, posteriormente a esta declaración declara Rómulo Melendres Salazar, mismo que es el marido- de la querellante donde en ninguna parte de su declaración refiere haber oído la palabra "puta", señalando el mismo que habría escuchado supuestamente todo vía teléfono. Por lógica se tiene que los testigos que han tenido que presenciar los hechos, han de tener que haber tenido una misma versión, lo que en el presente caso no ocurre donde ni la misma querellante en su declaración refiere que su persona le habría dicho "Puta", saliéndose por el contrario por la tangente y rellenando los justificativos por consideraciones doctrinarias que resultan inoportunas, a fuerza de hacer una valoración de cada uno de los testimonios, que son contradictorios unos con otros, elemento este que suma la cadena de violación a las reglas de la sana crítica que debió de haber sido aplicada conforme a lo establecido en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., cuando señala que se tiene que hacer una valoración en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida, donde en este caso de manera errónea se dio un valor a una sola declaración misma que, es contradictoria con la declaración de los otros testigos de cargo como así también con la misma declaración de la supuesta víctima, condenándole en el resultado por un hecho que nunca se refirió ni en la querrela mucho menos en el auto de apertura de juicio, ni mucho menos haciendo una valoración correcta de la prueba, vulnerando de esta forma lo establecido en los arts. 173 y 362 del Cód. Pdto. Pen.

Por otra parte, refiere que al no existir una valoración apropiada de la prueba, hace que las contradicciones se hagan patentes y evidentes, por lo tanto, le lleva al convencimiento de que no existe convicción de la responsabilidad penal, la que ha sido inventada y atribuida desafortunadamente para justificar la imposición simplemente de unas costas que no corresponde.

Por lo expuesto, concluye que estas faltas importan desconocimiento al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocida en infinidad de fallos, que cita en su recurso como precedentes contradictorios, constituyen defectos absolutos al sentir del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., solicitando de conformidad al art. 413 de Cód. Pdto. Pen. la rectificación legal consiguientemente la revocación de la sentencia declarándola absuelta de todos los delitos falsamente acusados, o en su defecto la anulación total de la sentencia bajo responsabilidad.

A mérito de que en el otrosí 1° de su memorial de apelación restringida la acusada solicito audiencia de fundamentación; este tribunal de alzada señalo para tal fin audiencia para el 29 de julio de 2016; actuación procesal en la que la parte apelante, se ratifica en lo esencial en los fundamentos de su recurso escrito, toda vez que reitera que las dos normas vulneradas por el juez a quo son los arts. 173 y 362 del Cód. Pdto. Pen.; solicitando que se anule totalmente la sentencia y se disponga un nuevo juicio oral.

II.- Fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal de alzada respecto de la apelación formulada por la acusada Maria Concepción Melendres Salazar.

A manera de preámbulo debemos hacer presente que el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. dispone que los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución impugnada, extremo interpretado por la jurisprudencia constitucional establecida en la S.C. N° 2523/2010-R de 19 de noviembre que señala: "La competencia que tiene el tribunal de alzada en las resoluciones que emita en grado de apelación, están determinadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., que señala: "los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución". Conforme a dicha norma, la jurisprudencia constitucional en la S.C. N° 0682/2004-R de 6 de mayo, señaló que "(...) toda resolución dictada en apelación, no sólo por disposición legal sino también por principio general, debe sujetarse a los puntos de apelación expuestos por la parte apelante, que se entiende deben estar relacionados con lo discutido ante el juez a quo...".

Bajo el lineamiento establecido, así como la revisión puntual del escrito de apelación se puede advertir que la apelante en lo esencial hace referencia a que la sentencia apelada acusa contradicción entre la parte considerativa y dispositiva, y de consiguiente una forma de valoración de la prueba que lleva a la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación, viciando de esta

forma ostensiblemente los arts. 173 y 362 del Cód. Pdto. Pen., al habersele condenado por el delito de Injuria porque supuestamente le habría dicho a la querellante la palabra "puta", cuando del contexto fáctico de la acusación y el Auto de apertura de juicio N° 433/2014 se le acusa por haberle dicho supuestamente a la querellante la palabra "hija de puta" y no así directamente "puta", ya que considera que al no existir una valoración apropiada de la prueba, hace que las contradicciones se hagan patentes y evidentes, por lo tanto, le lleva al convencimiento de que no existe convicción de su responsabilidad penal, la que ha sido inventada y atribuida desafortunadamente para justificar la imposición simplemente de unas costas que no corresponden.

Al respecto, y aun de no haber señalado de manera concreta los numerales que correspondan del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., este tribunal de alzada privilegiando el principio de verdad material y acceso efectivo a la justicia, encuentra que los fundamentos de la apelante se circunscriben a los nums. 6, 8 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Aclarado esto, respecto al num. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; se tiene que la parte apelante efectúa un análisis particular de la actividad efectuada por el tribunal a quo con referencia a los aspectos fácticos, sin tener presente quede conformidad a la Doctrina Legal aplicable los tribunales de alzada se encuentran impedidos de realizar una nueva valoración o revalorización de la prueba e ingresar a analizar las circunstancias fácticas, actividad que es privativa de los jueces y Tribunales de Sentencia que bajo la intermediación y contradicción en la audiencia de juicio oral emiten la sentencia correspondiente, conforme lo ha establecido la uniforme Doctrina Legal aplicable emitida por el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, con referencia a los alcances y límites de la apelación restringida como mecanismo de control de las sentencias pronunciadas por los jueces y Tribunales de Sentencia, que han sido claramente establecidos en el A.S. N° 01412013-RRC de 6 de febrero: donde se precisó que: "La actuación y límites circunscritos a los tribunales de alzada en la resolución del recurso de apelación restringida, en primer plano se hallan dispuestos por la competencia otorgada por el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen.; asumiendo un segundo plano en el marco sobre el cual aquel tipo de recurso debe ser resuelto; es así que, los arts. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen., predisponen a partir de la propia naturaleza jurídica de este recurso dos aspectos, una incorrecta interpretación o aplicación de la ley (error in iudicando) o bien que la decisión de presunto agravio haya sido emitida a través de un procedimiento que no reúna requisitos o condiciones de validez (error in procedendo); de ello se desprende que la labor de los tribunales de apelación debe necesariamente estar apartada de una nueva valoración de la prueba producida en juicio, debiendo limitar su ámbito de decisión a que la revisión de la sentencia de grado posea fundamentos suficientes (tanto descriptivos como intelectivos) sobre la valoración de la prueba, su coherencia, orden, idoneidad a los principios de la sana crítica, motivación eficaz, y que ofrezcan en consecuencia certidumbre sobre la decisión de condena o absolución según el caso".

En forma concordante, se tiene el A.S. N° 200/2012-RRC de 24 de agosto, que señala: "Es necesario precisar, que el recurso de apelación restringida, constituye un medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la sentencia, no siendo el medio idóneo que faculte al tribunal de alzada, para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho que es de potestad exclusiva de los jueces o Tribunales de Sentencia; por ello, si el ad quem, advierte que la sentencia no se ajusta a las normas procesales, con relación a la valoración de la prueba y la falta de fundamentación y motivación, que haya tenido incidencia en la parte resolutive, le corresponde anular total o parcialmente la sentencia, y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal".

En ese mismo sentido, el A.S. N° 196 de 03 de junio de 2005 al establecer la doctrina legal aplicable ha señalado que: "... la facultad de valorar la prueba corresponde con exclusividad al juez o Tribunal de Sentencia, quien al dirigir el juicio oral y recibir la prueba, adquiere convicción a través de la apreciación de los elementos y medios de prueba; convicción que se traduce en el fundamento de la sentencia que lleva el sello de la coherencia y las reglas de la lógica; consiguientemente, el tribunal de alzada en caso de revalorizar la prueba, convierte dicho acto en el defecto absoluto contemplado en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; por haber aplicado el art. 173 contradiciendo el A.V. N° 45 de 07 de septiembre de 2004 pronunciado por la Sala Penal Segunda del mismo Distrito Judicial; situación que además contradice la línea jurisprudencial trazada por el tribunal de casación donde se indica que el juez o Tribunal de Sentencia tiene la facultad de valorar la prueba y no así el tribunal de apelación como ocurrió en el sublite...". De lo que resulta que el tribunal de alzada no puede ingresar a valorar nuevamente las pruebas producidas y judicializadas en audiencia para establecer los hechos, conductas y circunstancias calificados en juicio oral bajo los principios de intermediación, contradicción, publicidad y oralidad.

Así también es pertinente indicar el A.S. N° 074/2013-RRC de 19 de marzo que establece: "III.2. Las cuestiones de hecho no son atendibles en apelación restringida. En el sistema procesal penal boliviano, solamente los jueces y Tribunales de Sentencia pueden analizar los hechos contenidos en las acusaciones (pública o particular) y dispuestas al debate contradictorio en juicio oral, motivo propio del enjuiciamiento, en vistas al principio de intangibilidad de los hechos. Son cuestiones de hecho, en general, las referencias a los comportamientos humanos que, se hallan conceptualizados por las normas jurídicas aplicables a cada caso en particular; es decir, aquellas conductas acaecidas en el mundo material susceptibles de ser subsumidas a tipos penales. Los hechos acreditados en criterio del juez o Tribunal de Sentencia, quedan inmutables y no pueden ser modificados en ninguna etapa del proceso, tampoco pueden ser introducidos nuevos hechos que no hayan sido determinados por esa instancia. Al respecto, en virtud de los arts. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen., la competencia del tribunal de apelación en lo que respecta al recurso de apelación restringida, se circunscribe al análisis de denuncias basadas exclusivamente en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal; de ahí que, el control a ser ejercido en apelación restringida por parte de los tribunal de apelación, se circunscribe, simplemente, a la aplicación del derecho y a la legitimidad de la sentencia".

Con relación a la observación del núm. 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia - ahora Tribunal Supremo de Justicia- con relación al principio de congruencia en la Doctrina Legal Aplicable contenida en el A.S. N° 103 de 25 de febrero de 2011 señaló: "que, el principio procesal de congruencia consiste en que la sentencia que emita el tribunal o juez de la causa debe circunscribirse en lo fáctico y legal a los hechos acusados probados y no probados, aspecto que necesariamente debe encontrarse fundamentado tanto de hecho como de derecho, tomando en cuenta el derecho a la defensa e igualdad de las partes, que consiste básicamente en la necesidad de ser oídos, alegar y probar sus propias teorías sobre el hecho traído a juicio.

Que en ese entendido, se debe tener muy claro que los hechos son acusados desde la óptica del acusador y es la base del juicio; donde el juzgador transcribe su percepción que tiene sobre los hechos y la participación o no del sujeto activo, donde necesariamente debe tomar en cuenta la verificación de las pruebas producidas en juicio oral, lo que implica, que no necesariamente este debe contener todos los términos empleados en la acusación, sino incluso puede calificar el hecho dentro de un tipo penal diferente pero siempre cuidando que sea dentro de la misma familia de ilícitos, aspecto que se expresa en el principio de *lura novit curia*".

En ese entendido y en mérito a la problemática planteada, la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación se da cuando la parte imputada es condenada por un hecho distinto al atribuido en la acusación, conforme prevé el art. 362 del Cód. Pdto. Pen., en el presente caso este tribunal de alzada de la revisión de la sentencia impugnada concretamente en el Considerando V Actividad probatoria, cursante de fs. 89 a 93 vta., ha podido constar que el juez a quo no ha incurrido en el defecto de sentencia alegado, ya que en el desarrollo del juicio ha contrastado la prueba producida con relación al hecho y a los delitos de difamación, calumnia e injuria y ha establecido la concurrencia del delito de Injuria y absuelto por los delitos de difamación y calumnia, esto en consideración a que lo que se sanciona son los hechos fácticos que vulneran bienes jurídicamente protegidos, en este caso, el "honor" de la parte querellante por la conducta de la imputada en la expresión de la palabra ofensiva de "Putá", la cual causa la misma ofensa al honor que la palabra "hija de puta" contenida en la acusación particular, ya que conforme establece el art. 287 del Cód. Pen., la "Injuria es la ofensa directa que se hace a una persona en su dignidad y decoro, es decir que se pueden consistir la misma en insultos, agravios u ofensas que se realice a una persona de forma directa en su contra o en contra de sus familiares directos más cercanos." (Jorge Valda Daza en el Libro Código penal Boliviano Comentado); por consiguiente se tiene que el juez a quo ha privilegiado los principios de verdad material y de valoración integral de las pruebas apreciando de manera conjunta y armónica la prueba; al respecto el A.S. N° 067/2013-RRC de 11 de marzo, claramente establece que: "El principio de la verdad material o real, se encuentra reconocido en el art. 180-I de la C.P.E., que establece que la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en el principio de la verdad material, que se expresa en la obligación que tiene todo juzgador al momento de emitir una resolución judicial, anteponer la verdad de los hechos antes que cualquier situación, sin dejar de lado las formas procesales determinadas por la ley; es decir, que al efectuar la decisión el Tribunal de Justicia, prevalecerá la verificación y el conocimiento de los hechos materiales, sobre el conocimiento de las formas, siempre y cuando no signifique vulneración de derechos y garantías constitucionales"; por lo que carece de mérito este fundamento de impugnación.

De manera coincidente, respecto a la contradicción entre la parte considerativa y la dispositiva (art. 370-8 del Cód. Pdto. Pen.); este tribunal de alzada encuentra que los argumentos de la apelante no son pertinentes a este defecto de sentencia, que tiene que ver en lo esencial en el respeto del principio de congruencia en la sentencia, es decir, que esta resolución debe referirse a los hechos acusados probados y no probados, aspecto que necesariamente debe estar fundamentado tanto de hecho como de derecho, en consecuencia, este tribunal de alzada no puede pronunciarse al respecto por la omisión de la parte apelante, sin embargo, a mayor abundamiento, se tiene que en la sentencia impugnada no existe contradicción en su parte dispositiva o entre ésta y la parte considerativa, por lo que no existiendo mayor fundamento al respecto por la apelante, no tiene mérito su reclamo.

Por lo expuesto, siendo que de conformidad a la Doctrina Legal emitida por el Máximo Tribunal de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, este tribunal de alzada no puede ingresar a analizar las cuestiones de hecho de la sentencia impugnada, la misma que se advierte contiene una adecuada fundamentación descriptiva e intelectual, así como fundamentación jurídica coherente con la parte dispositiva de la misma y no percibe la existencia de contradicción entre los componentes valorativos y reflexivos que contiene, habiéndose constatado que por el contrario la convicción de la juez de sentencia a quo sobre la responsabilidad penal de la imputada apelante fueron adecuadamente fundamentados sobre el delito acusado y condenado de Injuria, como tampoco se advierte el quebrantamiento de normas adjetivas previstas en los arts. 173 y 362 del Cód. Pdto. Pen., como erróneamente indica la apelante; consiguientemente, no ha existido vulneración a derecho o garantía constitucional al no evidenciar ningún quebrantamiento al debido proceso y derecho a la defensa, por lo que la impugnación por este aspecto no tiene mérito.

Finalmente, respecto, a las costas impuestas en el presente caso, las cuales la apelante considera no corresponden; corresponde a este tribunal de alzada precisar que en el caso, tal como lo señaló el juez a quo en el Auto de 31 de octubre de 2014, se ha dictado una sentencia mixta, toda vez que se ha condenado a la apelante por la comisión del delito de injuria, y se le ha absuelto por los delitos de calumnia y difamación, de consiguiente, el juez de la causa, ha encontrado que los hechos acusados si han sido subsumidos en un tipo penal (Injuria), por lo que no se ha liberado a la acusada de una condena, y en cumplimiento de la primera parte del art. 266 del Cód. Pdto. Pen. si corresponde imponer costas a la imputada, y no así a la parte querellante; de consiguiente no tiene mérito la impugnación.

Consecuentemente, considerados y revisados los fundamentos de agravio, no existiendo mérito en los mismos, corresponde declarar la improcedencia de la impugnación y confirmar la Sentencia venida en apelación restringida.

POR TANTO: La Sala Penal Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba-ahora-Tribunal Departamental de Justicia, declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida interpuesto por la acusada María Concepción Melendres Salazar. En consecuencia, CONFIRMA la sentencia pronunciada por el Juez de Partido Penal y de Sustancias Controladas Liquidador y de Sentencia N° 5 de la Capital, con costas.

Se advierte a las partes que tienen el plazo de cinco días para interponer el recurso de casación computable desde la notificación con la presente resolución, conforme establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dra. Karem L. Gallardo Sejas.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Karem L. Gallardo Sejas.- Nuria Gisela Gonzales Romero.

Ante mí: Abg. Luz Nadir Acebey Arispe.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 24 de octubre de 2016, cursante de fs. 142 a 145 María Concepción Melendres Salazar, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, de fs. 129 a 133 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por las vocales Karen Lorena Gallardo Sejas y Nuria Gisela Gonzales Romero, dentro del proceso penal seguido por Catalina Castro Guarayo de Melendres contra la recurrente, por los delitos de difamación, calumnia e injurias, previstos y sancionados por los arts. 282, 283 y 287, todos del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 59/2014 de 28 de octubre (fs. 87 a 96 vta.), el Juez de Partido en lo Penal y Sustancias Controladas Liquidador y de Sentencia Quinto del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a la imputada María Concepción Melendres Salazar, culpable del delito de Injuria previsto y sancionado por el art. 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis meses de prestación de trabajos en la EPI SUD, a cargo del director de dicha repartición para que colabore y coadyuve en los servicios que se requieran en el comedor de esa institución; además, le impuso la multa de cien días a razón de Bs 1.- (un boliviano) por día, con costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia. Asimismo, le absolvió por los delitos de difamación y calumnia, tipificados en los arts. 282 y 283 del Cód. Pen., sin costas al existir condena en su contra, emitiendo también el Auto de Complementación de 31 de octubre de 2014 (fs. 101).

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada María Concepción Melendres Salazar, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 111 a 115), resuelto por Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia apelada, con costas, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. De los motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 21/2017-RA de 20 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) La recurrente citando el último párrafo del auto de vista impugnado, alega que ante la denuncia de defectuosa valoración de la prueba, el tribunal de alzada se encuentra desprovisto de la intermediación procesal para poder emitir un criterio de hecho sobre la prueba por la naturaleza del sistema acusatorio; empero, afirma que en el caso de autos ante la denuncia de incorrecta valoración de la prueba testifical, el juez a quo en sentencia otorgó valor a una sola declaración de una persona de la tercera edad, quien manifestó que no escuchaba bien según consta en el acta y que aparentemente escuchó decir la palabra "puta" (sic), lo cual el recurrente afirma que es contradictorio con las atestaciones de cargo quienes no manifestaron ello; consecuentemente, considera que hubo una incorrecta valoración de esa prueba al no vincularse con los demás elementos obtenidos, advirtiendo que no se hizo ninguna apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial, ya que el tribunal ad quem, se salió por la "tangente" con el argumento de que no le corresponde revalorizar prueba; en ese sentido, asevera que debe determinar si existió una correcta valoración de la prueba, aspecto distinto de la revalorización.

2) Haciendo referencia al primer párrafo de la página 8 del fallo impugnado sobre la verificación de las pruebas, calificación del hecho y el principio de iura novit curia, se advertiría vulneración al principio de congruencia; puesto que el juez a quo le condena por haber dicho el señalado adjetivo que no fue mencionado en la querella ni en el auto de apertura de juicio, vulnerándose así su derecho a la defensa. En este sentido, alega la existencia de defectos absolutos de acuerdo a los incs. 5, 6 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., ante la vulneración de su derecho a la defensa; por cuanto, acusa la incorrecta verificación de la prueba, afectando el principio de congruencia y del derecho a la defensa que son garantías y derechos constitucionales cuyo quebrantamiento coloca en riesgo al sistema procesal penal; puesto que, al ser condenado por haber dicho un insulto que no consta en las actuaciones procesales señaladas, este aspecto no es reparado por el tribunal ad quem pese a encontrarse en la obligación de ajustar la sentencia a las normas señaladas precedentemente y ordenar la reposición del juicio por otro juez o tribunal en cumplimiento del ellas y del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

I.2. Admisión del recurso.

Por A.S. N° 21/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 151 a 153 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por la imputada María Concepción Melendres Salazar, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y detallado el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 59/2014 de 28 de octubre, el Juez de Partido en lo Penal y Sustancias Controladas Liquidador y de Sentencia Quinto del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a la imputada María Concepción Melendres Salazar, culpable del delito de injuria previsto y sancionado por el art. 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis meses de prestación de trabajos, bajo los siguientes antecedentes y argumentos:

Como hechos acusados se tiene que la acusada sería media hermana del esposo de la querellante y concubina de su hermano menor, no tendría amistad ni enemistad; sin embargo, el 3 de junio de 2014, se comunican por teléfono la suegra y esposo de la querellante desde

EE.UU., para informarle que su suegra estaba mal de salud y ponga misa al Santo "San Juan de Dios", autorizándole para ello entrar a la casa de su suegra y deschapar el candado del oratorio para limpiar y celebrar la misa, cuando cumplía dicho encargo se presentó la acusada para increparla y agredirle verbalmente, cuestionando de porqué la querellante estaba dentro de la casa, al ver que no contestó, entonces levanto más la voz y dijo: "Te estoy hablando a ti. Quien te ha dado permiso para entrar, aquí no hay nada para robar" "Yo soy la dueña de casa, tu eres simplemente una pobre hija de...".

Luego de la producción de prueba, el juez de sentencia a los fines de sustentar el delito de Injuria, tuvo presente lo señalado por el testigo de cargo René Quisbert Alarcón, quien hubiese declarado que: "Conoce a Doña Catalina Castro, si la conoce, vive al frente y es pariente de la casa de donde vive su suegra, vive ahí hace cuatro años, conoce también a Doña María Concepción Melendres. Catalina entró con flores y oyó una discusión dentro, entró y se estaban agarrando, estaba agarrando un palo de escoba y le ha sonado a doña concepción a Doña Catalina y discutieron y nuevamente estaban peleando y les apaciguó, doña María le dijo "Putá", posteriormente cuando salió la Sra. Catalina, refirió de que en algún momento escuchó la palabra ratera, si le dijo María a doña concepción que en el lugar era el único, refiere que no recuerda varias palabras, pero si oyó decir "Putá", no vio si la Sra. Catalina hablaba por celular, refiere que la otra parte se defendía, pero no recuerda bien las palabras, ambas partes se gritaban, refiere que no recuerda alguna palabra que le hubiere dicho la Sra. Concepción a la Sra. Catalina. Testifical de cargo muy relevante al ser el único testigo que no tiene interés en el presente caso que escucho uno de los términos, contra la acusadora, que lleva a la certidumbre de que la acusada si afectó la honorabilidad de la acusadora" (sic).

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Contra la mencionada sentencia, la imputada formula recurso de apelación restringida denunciando la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación, señalando que en la querrela se le acusó por los delitos de difamación, calumnias e injurias, bajo la sindicación de que se hubiese referido a la querellante como una "Hija de ..." entre otros términos, mismos que fueron reiterados en el auto de apertura; sin embargo, ya en la sentencia se le hubiese condenado bajo el argumento de que el adjetivo utilizado contra la denunciante fue de "Putá", vale decir por un hecho -terminó- completamente distinto al citado en la acusación así como en el auto de apertura, pues no se consideró que en ninguna parte de la declaración de la querellante se refirió de manera textual a dicho término, pero además se alegó que se dio credibilidad a la testificación de René Quisbert Alarcón, cuando por su edad avanzada refirió que no recordaba casi nada, así se tendría en la sentencia cuando señaló que: "...que no recuerda varias palabras pero si oyó decir puta", esto obviamente con la finalidad de favorecer a su presentante, situación que no puede ser considerada ya que ninguno de los otros testigos respaldaron dicha aseveración, lo que hubiese demostrado la violación a las reglas de la sana crítica y lo establecido por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

Al recurso de apelación restringida formulada por la imputada, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, se pronunció mediante auto de vista impugnado, declarándolo improcedente, bajo los siguientes argumentos:

En cuanto a la denuncia planteada por la apelante, pese a no haberse señalado de manera concreta los numerales correspondientes al art. 370 del Cód. Pdto. Pen., relativos a los defectos de la sentencia, privilegiando el principio de verdad material y acceso efectivo a la justicia, el tribunal de alzada encontró que los fundamentos expuestos por la imputada se circunscribían a los incs. 6, 8 y 11 del art. 370 Cód. Pdto. Pen.

En consecuencia, respecto del inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., se estableció que la parte apelante efectuó un análisis particular de la actividad efectuada por el tribuna a quo con referencia a aspectos fácticos, sin tener presente que de conformidad a la amplia jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo de Justicia, los Tribunales de alzada se encuentran impedidos de realizar una nueva valoración o revalorización de la prueba e ingresar a analizar circunstancias fácticas, pues dicha actividad es privativa de los Jueces y Tribunales de Sentencia, así lo establecieron los AA.SS. Nos. 014/2013-RRC de 6 de febrero, 200/2012-RRC de 24 de agosto, 196 de 3 de junio de 2005 y 074/2013-RRC de 19 de marzo.

Con relación a la observación del inc. 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., citando al A.S. N° 103 de 25 de febrero de 2011 (resolución que se pronunció sobre la congruencia de las resoluciones judiciales), se tendría que sobre la problemática planteada, la incongruencia se da cuando la parte imputada es condenada por un hecho distinto al atribuido en la acusación, conforme lo establece el art. 362 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo, de la revisión de la sentencia impugnada concretamente del Considerando V (Actividad Probatoria), cursante de fs. 89 a 93 vta., se constató que el juez a quo no incurrió en el defecto de la sentencia alegado, ya que en el desarrollo del juicio se contrastó la prueba producida con relación al hecho y a los delitos de difamación, calumnia e injuria, estableciéndose la concurrencia de este último y la absolución por los delitos de difamación y calumnia, esto en consideración, a que, lo que se sanciona son los hechos fácticos que vulneran bienes jurídicamente protegidos, en este caso, el "honor" de la parte querellante por la conducta de la imputada en la expresión de la palabra ofensiva de "Putá", la cual causa la misma ofensa al honor que la palabra "Hija de puta" contenida en la acusación particular, por lo que considerando lo establecido en el tipo penal inserto en el art. 287 del Cód. Pen., considerando que el juez a quo privilegió el principio de verdad material y de valoración integral de las pruebas, apreciando de manera conjunta y armónica la prueba, sobre el tema citan al efecto el A.S. N° 067/2013-RRC de 11 de marzo, para concluir que carecía de mérito la impugnación formulada por la apelante.

Finalmente, en cuanto a la contradicción entre la parte considerativa y dispositiva de la Sentencia, prevista en el inc. 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de alzada estableció que los argumentos de la apelante no resultaban pertinentes a dicho defecto de la sentencia, que tiene que ver en lo esencial en el respeto al principio de congruencia de la sentencia; es decir, que esta resolución debe referirse a los hechos acusados probados y no probados; aspecto que, necesariamente debe estar fundamentado tanto de hecho como de derecho; en consecuencia, el tribunal ad quem no podía pronunciarse al respecto por la omisión de la parte apelante; sin embargo, a mayor abundamiento se tendría que en la Sentencia impugnada no existía la contradicción en su parte dispositiva o entre esta y la parte considerativa, por lo que no existiendo mayor fundamento al respecto por la apelante, su agravio no era atendible. Al respecto, también debiera considerarse lo establecido por la doctrina legal aplicable emitida por este Máximo Tribunal Supremo de Justicia, en el entendido de que el tribunal de alzada no puede

ingresar a analizar cuestiones de hecho de la sentencia impugnada, siendo destacable que la misma contaría con la adecuada fundamentación descriptiva e intelectual, así como fundamentación jurídica coherente con la parte dispositiva de la misma no percibiéndose la existencia de contradicción entre los componentes valorativos y reflexivos en su contenido, constatándose al contrario que el juez de sentencia sobre la responsabilidad penal de la imputada fueron adecuadamente fundamentados sobre el delito acusado y condenado; tampoco, se hubiese evidenciado el quebrantamiento del debido proceso y del derecho a la defensa, por lo que la impugnación al respecto carecía de mérito.

III. Verificación de la presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales

Este tribunal admitió el presente recurso, abriendo su competencia a objeto de verificar la presunta falta de control sobre la defectuosa valoración probatoria y la vulneración del principio de congruencia y el derecho a la defensa en la emisión del auto de vista impugnada, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. Sobre la defectuosa valoración de la prueba, su formulación y control.

La denuncia por defectuosa valoración de la prueba, defecto de sentencia descrito en el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como norma habilitante, debe encontrarse vinculada a la infracción del art. 173 del mismo cuerpo legal; es decir, a la vulneración de las reglas de la sana crítica, que son aquellas que conoce el hombre común (sentido común –conocimiento adquirido por cualquier persona de forma espontánea como verdad irrefutable); las reglas de la ciencia, entre las cuales la más aplicada es la de la psicología, que en el caso del juzgador requiere conocimientos mínimos (se aplican cuando el juzgador observa comportamientos), además de las reglas de la lógica (la lógica de lo razonable); es decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente, para crear un razonamiento debidamente estructurado.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano. Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente, en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Lo que implica, que quien alegue defectuosa valoración de la prueba, debe brindar información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los elementos analizados arbitrariamente; únicamente, planteado en esos términos el recurso, es posible el control sobre la valoración de la prueba, control que debe ser ejercitado sobre la logicidad de la Sentencia, teniendo como circunscripción lo argumentado en el recurso.

III.2. El principio de congruencia.

Consiste en la concordancia o correspondencia que debe existir entre la petición formulada por las partes y la decisión que tome el juez sobre lo peticionado; es decir, a la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia.

En el Estado boliviano, la exigencia de congruencia en la Sentencia, se encuentra establecida en el art. 362 del Cód. Pdto. Pen., que señala de forma imperativa que ningún imputado puede ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o en su ampliación. Concordante con la normativa precitada, el inc. 11 del art. 370 del cuerpo legal precitado, señala que constituye defecto de sentencia, la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación; las disposiciones precitadas; a su vez, guardan coherencia con el art. 342 del Cód. Pdto. Pen., que señala en su primer párrafo: "El juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o del querellante, indistintamente. Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio. En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación" y con el art. 348 del referido Código, que en cuanto a la ampliación de la acusación sostiene: "Durante el juicio, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación por hechos o circunstancias nuevos que no hayan sido mencionados en la acusación y que modifiquen la adecuación típica o la pena.

Admitida por el juez o tribunal la ampliación de la acusación, se recibirá nueva declaración al imputado y se pondrá en conocimiento de las partes el derecho que tienen a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, conforme a lo dispuesto en el art. 335 de este Código".

De lo anterior, se infiere que el sistema procesal penal, impone como exigencia, en la redacción de la sentencia, la prohibición de modificar, suprimir o incluir otros hechos que no estuvieran descritos en la acusación, y que sirvieron de base para el enjuiciamiento y la defensa del imputado (congruencia fáctica), debiendo emitir pronunciamiento concordante con esos hechos sujetos a debate y comprobados en juicio.

III.3. Derecho a la defensa.

El derecho de defensa, como parte integrante del debido proceso, ha sido y es uno de los pilares fundamentales en los cuales descansa la protección constitucional del imputado al asumir su defensa activa en el proceso penal, asegurando su participación en el mismo, a efectos de precautelar la correcta administración de justicia; al respecto, la jurisprudencia ha precisado en el A.S. N° 041/2012-RRC de 16 de marzo, lo siguiente: "El derecho a la defensa definido como el: '...derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano' (Gimeno Sendra, Vicente, El derecho de defensa en 'Constitución y proceso',

Madrid, 1988, página 89), se constituye en un derecho básico del ciudadano de rango constitucional y de protección especial, pues la C.P.E. establece en el art. 109.I que: 'Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección'; motivo por el cual en su art. 115-II señala que: 'El estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones' y el art. 119-II prevé que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Bolivia a través de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993, en su art. 8-1 referente a las garantías judiciales expresa que: 'Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'.

De manera específica la misma norma internacional en el acápite 2 del citado art. 8, establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a varias garantías mínimas, de las cuales se destacan las siguientes vinculadas a la problemática planteada en el recurso de casación sometido al presente análisis; es así, que el imputado tiene derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor y en su caso de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado; de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; y a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Esto significa, que dentro del proceso penal se visualizan tres funciones, como son la requirente cumplida por la parte acusadora, sea la fiscalía o la parte querellante, la decisoria desarrollada por la autoridad que ejerce jurisdicción; y, la función defensiva que le corresponde a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho delictivo; lo que implica, que dentro de cualquier ordenamiento jurídico penal, en el que se reconozcan derechos y garantías, de manera inevitable ha de reconocerse el derecho al imputado de ejercer el derecho a la defensa reconocido constitucionalmente y por tratados internacionales, habida cuenta que: 'El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho a defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal' (Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc S.R.L., 1993, página 151).

...tiene un carácter dual ya que puede ser ejercido por el defensor y por el propio imputado, en los términos previstos por los arts. 8 y 9 del Cód. Pdto. Pen., que establecen la defensa material y la defensa técnica, siendo la primera la potestad procesal que la ley reconoce al imputado en forma personal de poder decir y hacer en su defensa aquello que fuere oportuno y razonable y la segunda el derecho del imputado de estar asistido por un abogado, constituyendo una obligación para la administración de justicia velar porque ese derecho se cumpla, asignándole en su caso de oficio un defensor.

En términos prácticos, la defensa material faculta al imputado a intervenir en toda la actividad procesal, esto es en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular alegatos, implicando ello las distintas etapas que puedan darse en las fases de investigación o del proceso en sí, desde el primer acto del proceso conforme establece el art. 5 del Cód. Pdto. Pen., de modo que siempre pueda realizar todos los actos que le posibiliten excluir o atenuar la reacción penal estatal, siendo importante precisar que ambas clases de defensa deben ser desarrolladas en forma armónica, pues la defensa material de modo alguno puede perjudicar la eficacia de la defensa técnica".

III.4. Análisis del caso concreto.

Con lo desarrollado supra corresponde ingresar a resolver la problemática planteada, a fin de establecer si resulta evidente la vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el primer motivo de casación, la recurrente citando el último párrafo del auto de vista impugnado, alega que ante la denuncia de defectuosa valoración de la prueba, respecto de la declaración de una persona de la tercera edad, quien manifestó que no escuchaba bien según consta en el acta y que aparentemente escuchó decir la palabra "puta" misma que resultaría contradictoria con las atestaciones de cargo quienes no manifestaron ello; el tribunal ad quem se hubiese salido por la "tangente" con el argumento de que no le corresponde revalorizar prueba.

Al respecto, evidentemente se tiene que el tribunal de alzada a tiempo de resolver el defecto de la sentencia previsto en el inc. 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como un argumento más que sustentaba su decisión señaló, que debía considerarse lo establecido por la "doctrina legal aplicable emitida por este Máximo Tribunal Supremo de Justicia, en el entendido de que el tribunal de alzada no puede ingresar a analizar cuestiones de hecho de la sentencia impugnada", pero también refirió que resultaba destacable señalar que; "la resolución impugnada contaba con la adecuada fundamentación descriptiva e intelectual, así como fundamentación jurídica coherente con la parte dispositiva de la misma no percibiéndose la existencia de contradicción entre los componentes valorativos y reflexivos en su contenido, constatándose al contrario que el juez de sentencia sobre la responsabilidad penal de la imputada fueron adecuadamente fundamentados sobre el delito acusado y condenado", resultando estos dos argumentos bases imprescindibles para poder establecer la concurrencia o no del agravio traído en casación.

En consecuencia, respecto de la primera aseveración del tribunal de alzada de no poder ingresar a considerar a verificar cuestiones de hecho, resulta necesario observar si la recurrente efectuó una correcta fundamentación de su recurso de apelación en cuanto a la presunta defectuosa valoración, pues dependiendo de ésta, corresponde al tribunal de apelación la consideración o no de dicho agravio, resultando necesario como se precisó en el punto III.1 de la presente resolución, que los recurrentes deben brindar la información necesaria que posibilite

identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los elementos analizados arbitrariamente. Para ello, se identifica el fundamento del agravio denunciado en la apelación, en el que se argumentó que se dio credibilidad a la testificación de René Quisbert Alarcón, cuando el mismo por su edad avanzada refirió que no recordaba casi nada, así se tendría en la sentencia cuando señaló que: "...que no recuerda varias palabras pero si oyó decir puta", esto obviamente con la finalidad de favorecer a su presentante, situación que no podía ser considerada ya que ninguno de los otros testigos respaldaron dicha aseveración, lo que hubiese demostrado la violación a las reglas de la sana crítica y lo establecido por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.

De lo precisado se tiene que si bien la recurrente identifica la prueba -declaración testifical- que en su criterio fue defectuosamente valorada; sin embargo, no establece cuáles serían los hechos no ciertos en los que se sustenta la sentencia (no fue cierto que se infringió el bien jurídico protegido el honor), limitándose a señalar que las demás declaraciones no hubiesen ratificado la misma, constituyendo una conclusión subjetiva al no identificar cuáles serían las pruebas que presuntamente demuestran lo contrario a lo establecido en la sentencia, no siendo suficiente señalar que "las demás declaraciones no ratificaron lo expresado por Rene Quisbert Alarcón", pero además tampoco resulta evidente que en la apelación restringida se haya alegado que el testigo René Quisbert Alarcón "no oía bien", argumento que recién es traído en casación; por lo tanto, resulta un planteamiento inadecuado por la parte recurrente, siendo en consecuencia correcta la conclusión del tribunal de alzada, al señalar que no se puede ingresar a verificar cuestiones de hecho. Pero además, debe tenerse presente que no fue el único argumento para rechazar el planteamiento de la recurrente, ya que como se dijo a tiempo de identificar los argumentos del tribunal de alzada, también se señaló un segundo argumento, referido a que este concluyó que: "la resolución impugnada contaba con la adecuada fundamentación descriptiva e intelectual, así como fundamentación jurídica coherente con la parte dispositiva de la misma no percibiéndose la existencia de contradicción entre los componentes valorativos y reflexivos en su contenido, constatándose al contrario que el juez de sentencia sobre la responsabilidad penal de la imputada fueron adecuadamente fundamentados sobre el delito acusado y condenado", argumento que demuestra que pese al erróneo planteamiento, el tribunal de alzada efectuó el control legal sobre la valoración probatoria son identificar contradicción en los componentes valorativos, resultando en consecuencia que la actuación del tribunal ad quem fue correcta, por enmarcarse su decisión al ámbito de su competencia a tiempo de resolver la problemática planteada.

En cuanto al segundo motivo de casación, sujeto al análisis vía flexibilización ante la denuncia de vulneración a su derecho a la defensa y al principio de congruencia; puesto que, la imputada hubiese sido condenada por haber dicho un insulto que no consta ni en la querrela ni en el auto de apertura, situación que no hubiese sido reparada por el tribunal ad quem; corresponde verificar cuáles los argumentos esbozados por el tribunal de alzada para establecer la inexistencia de los defectos alegados por la recurrente; es así, que a fs. 7 y 8 del auto de vista recurrido, señaló que a los fines de resolver el defecto previsto en el inc. 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., respecto a la congruencia de las resoluciones judiciales, se debía tener presente lo señalado por el A.S. N° 103 de 25 de febrero de 2011, destacando que la incongruencia se da cuando la parte imputada es condenada por un hecho distinto al atribuido en la acusación, conforme lo establece el art. 362 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo, de la revisión de la sentencia impugnada concretamente del Considerando V (Actividad Probatoria) cursante de fs. 89 a 93 vta., se constató que el juez a quo no incurrió en el defecto de la sentencia alegado, ya que en el desarrollo del juicio se contrastó la prueba producida con relación al hecho y a los delitos de difamación, calumnia e injuria, estableciéndose la concurrencia de este último y la absolución por los delitos de Difamación y Calumnia, esto en consideración, a que, lo que se sanciona son los hechos fácticos que vulneran bienes jurídicamente protegidos, en este caso, el "honor" de la parte querellante por la conducta de la imputada en la expresión de la palabra ofensiva de "Puta", la cual causa la misma ofensa al honor que la palabra "Hija de puta" contenida en la acusación particular, por lo que considerando lo establecido en el tipo penal inserto en el art. 287 del Cód. Pen., se tendría que el juez a quo privilegió el principio de verdad material y de valoración integral de las pruebas, apreciando de manera conjunta y armónica la prueba, tal cual así fue desarrollado por el A.S. N° 067/2013-RRC de 11 de marzo.

De los argumentos expuestos por el tribunal de alzada -identificados precedentemente- y verificados desde el marco conceptual desarrollado en el punto III.2 de la presente resolución, relativos al principio de congruencia que en lo atinente al tema se tiene que el sistema procesal penal, impone como exigencia, en la redacción de la sentencia, la prohibición de modificar, suprimir o incluir otros "hechos" que no estuvieran descritos en la acusación, y que sirvieron de base para el enjuiciamiento y la defensa del imputado (congruencia fáctica), debiendo emitir pronunciamiento concordante con esos hechos sujetos a debate y comprobados en juicio. Se tiene que el tribunal de alzada en una aplicación adecuada de la norma procesal penal, estableció que no resultaba evidente que la imputada haya sido condenada por un hecho distinto al acusado, pues pese al argumento expuesto por la imputada respecto al término exacto con el que se hubiese cometido el delito de Injuria, estableció que de manera indistinta al término utilizado generó una ofensa en el honor de la querellante, tomándose como parámetro de la decisión el principio de la verdad material; de igual manera, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, tampoco resulta evidente que el término "puta" no haya sido motivo de discusión en el juicio, pues a fs. 72, a tiempo de tomársele la declaración a Catalina Castro Guarayo de manera expresa señaló que entre las ofensas recibidas fue: "eres un puta de m..."; por lo tanto, la recurrente tuvo la oportunidad de defenderse respecto de los hechos que se le atribuían ejerciendo todos sus derechos inherentes a su calidad de imputada en la tramitación de la presente causa y en particular durante el acto del juicio, no resultando evidente la vulneración al principio de congruencia y menos al derecho a la defensa, deviniendo el recurso en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por María Concepción Melendres Salazar.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



261

Ministerio Público y otro c/ Rene Benjamín llaque Flores y otro
Homicidio
Distrito: La Paz

AUTO DE VISTA

La Paz, 25 de julio de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la Resolución N° 268/2015 de 22 de junio de 2015 (fs. 1303-1305 vta.), el recurso de apelación restringida formulado por Cristóbal Estanislao Ira Campos (fs. 1314-1316 vta.), la respuesta al recurso de apelación efectuada por Genaro Quenta Fernández - Fiscal (fs. 1342 y vta.) y por René Benjamín llaque Flores (fs. 1343-1344), la remisión ordenada por el tribunal a quo, y la radicatoria ante este tribunal de alzada, previo sorteo respectivo de Sistema IANUS y todo lo inherente al presente caso se tuvo presente; y.

CONSIDERANDO: I.- Por medio de la Sentencia N° 268/2015, el Juez 5° de Instrucción Penal de la Ciudad de La Paz, Juan Carlos Montalban Z., acepta la salida alternativa de procedimiento abreviado en favor del acusado: Rene Benjamín llaque Flores, Consiguientemente, se condena al nombrado acusado como autor de la comisión del ilícito de homicidio previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen., a cuyo fin se le impone una pena privativa de libertad de presidio de diez años y costas al estado, debiendo computarse a partir de su detención preventiva a cumplir en el recinto penitenciario de la Cárcel de San Pedro.

CONSIDERANDO: II.- Notificados los sujetos procesales, se cuenta con el recurso de apelación restringida formulado por Cristóbal Estanislao Ira Campos, pretensión que la efectúa por medio del escrito de 22 de julio de 2015, que cursa a fs. 1314-1316 vta. de obrados originales, por el cual solicita la anulación de la sentencia.

CONSIDERANDO: III.- Asimismo la autoridad judicial a quo dispone el traslado correspondiente conforme la previsión del art. 409 del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia se tiene, las respuestas efectuadas por Genaro Quenta Fernández - Fiscal (fs. 1342 y vta.) y René Benjamín llaque Flores por medio de memorial de fs. 1343-1344, quienes en definitiva solicitan se ratifique la sentencia y se declare infundado el recurso.

CONSIDERANDO: IV.- Puestos todos los antecedentes inherentes a la presente causa, es que este tribunal de alzada llega a las siguientes determinaciones enteramente de orden legal y constitucional:

1.- Establecer que las nuevas directrices establecidas por el Código de Procedimiento Penal y la línea doctrinal sentada por el Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, se puede deducir que el recurso de apelación restringida, es un recurso legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación a las normas sustantivas, en los cuales se hubiere incurrido durante la sustanciación del juicio oral, público y contradictorio ante un juez o Tribunal de Sentencia, así como errores en la sentencia los cuales se consignan en dos presupuestos esenciales "in judicando" o "in procedendo"; no siendo este el medio jerárquico para pretender hacer revalorizar al tribunal de alzada la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los Tratados Internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la Ley, caso en que necesariamente debe preservar y restablecer los derechos y garantías que se hubieran lesionado.

2.- Por otro es necesario señalar la vigencia plena del principio de legalidad previsto por el art. 180-I de la C.P.E., y art. 30-6 de la L.Ó.J., por el cual obliga a toda autoridad judicial aplicar de manera estricta los mandatos legales y vigentes en la ley, en virtud a ello es menester invocar la S.C.P. N° 770/2012-R de 13 de agosto de 2012 "en cuanto al principio de legalidad de conformidad a lo previsto, por el art. 180-I de la C.P.E., "...es un principio de la jurisdicción ordinaria; al respecto cita la S.C. N° 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la S.C. N° 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: el principio de legalidad, como elemento esencial del estado de derecho (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley", en consecuencia

es deber y obligación de toda autoridad Jurisdiccional velar el cumplimiento de este principio pues la omisión del mismo llegaría a quebrantar el ordenamiento jurídico procesal penal y ello acarrearía un caos jurídico procesal el cual de manera paralela quebrantaría el principio de la seguridad jurídica.

2.1.- En igual sentido el Tribunal Supremo ha señalado: "...Desde ya el principio de legalidad entendido genéricamente como la primacía de la ley, se constituye en un principio fundamental conforme al cual el ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley y de su jurisdicción, y no a la voluntad de autoridades o personas; en este contexto, el principio de legalidad se convierte en la piedra fundamental sobre la que se edifica el derecho penal, de modo que viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley..." A.S. N° 213/2013.

3.- En ese entendido es necesario señalar que la naturaleza jurídica de este recurso de apelación restringida queda regulada por el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., que expresa: 'El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia, de conformidad a lo previsto por los arts. 169 y 370 de este Código. Este recurso sólo podrá ser planteado contra las sentencias y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes', así también el art. 408 del mismo compilado legal, señala: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia. Se citarán concretamente las disposiciones letales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos. Posteriormente no podrá invocarse otra violación...", en ese contexto por imperio legal se tiene exigencias de ciertos requisitos esenciales para la procedencia de un recurso de apelación restringida.

4.- Y de acuerdo a lo anterior dada la lectura íntegra del recurso de apelación restringida, se advirtió el incumplimiento de los requisitos de apelación, conforme lo disponen los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., en mérito a ello es que se hace la observación al mismo por medio del proveído de 17 de marzo de 2016 (fs. 1366), disponiendo la notificación a la parte apelante a objeto que en el plazo de tres días de su notificación con el precitado proveído, corrija los defectos y omisiones, adjunte o invoque los precedentes contradictorios citando las disposiciones legales que las considera violadas o erróneamente aplicadas, expresando cual es la aplicación que se pretende, bajo alternativa de rechazo y consiguiente inadmisibilidad del recurso; sin embargo y pese a su notificación legal con dicho proveído de observación, conforme resalta de la diligencia de fs. 1367 de obrados, el mismo no es subsanado por negligencia propia de la parte apelante, dando lugar con ello a la existencia de omisiones esenciales que hacen a un recurso de apelación restringida a objeto de sustanciar su trámite y su análisis de fondo. Mismo que no puede ser suplido y corregido de oficio por este tribunal de alzada pues de hacerlo se estaría quebrantando de manera flagrante el principio de imparcialidad plasmado por el art. 178-I de la C.P.E., y así como por el art. 3-3 de la L.Ó.J.

4.1.- Al efecto anterior ya el Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en el A.S. N° 442/2015 de 29 de Junio, donde ha señalado: "... el tribunal por decreto de 16 de septiembre de 2014 (fs. 824), nuevamente en observancia del art. 399 del Cód. Pdto. Pen., concede a ambos imputados el plazo de tres días para que cumplan con los requisitos de formulación del recurso de apelación restringida referidos en los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., notificados los imputados conforme consta a fs. 825, no subsanaron los recursos de apelación restringida; en consecuencia, el tribunal de apelación emitió el auto de vista impugnado que declaró improcedentes las cuestiones planteadas y confirmó la sentencia apelada. De los antecedentes procesales observados y la doctrina legal glosada, se advierte que el recurrente Warner Baptista Millares, por negligencia propia no subsanó el recurso de apelación restringida que hubo interpuesto, dando lugar a que el tribunal de alzada rechace el recurso, lo que implica que no ingresó al análisis de fondo;..." que es lo que ha sucedido en el presente caso como se tiene fundamentado. En igual sentido se ha pronunciado el A.S. N° 713/2015 de 12 de octubre, que ha señalado: "...En cuyo caso, si transcurridos los tres días, el recurrente no subsana el recurso conforme a las observaciones realizadas, precluye el derecho del recurrente por el transcurso del tiempo, debiendo el tribunal ad quem dar estricta aplicación al art. 399 del Cód. Pdto. Pen. y rechazar el recurso, sin ingresar a realizar consideraciones de fondo; de lo contrario tramitará el recurso conforme a procedimiento y dictará resolución declarando procedente o improcedente el recurso'.

Entendimiento consolidado en los AA.SS. Nos. 58 de 27 de enero y 219 de 28 de marzo, ambos del 2007, entre otros".

4.2.- A ello es menester invocar la S.C. N° 1075/2003-R de 24 de julio, que expresa "Estas exigencias tienen la finalidad de que el tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar que ha querido decir el recurrente, cual ha podido ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada. Pues una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso, dada la recargada labor e intensa actividad judicial, podría determinar el colapso (la mora judicial) imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de celeridad procesal", concluyendo que la parte apelante no ajustó su pretensión conforme a las reglas que exige el Código de Procedimiento Penal, y ello imposibilita el análisis de fondo de la misma en su mérito se hace pasible a la aplicación de la segunda parte del art. 399 de la L. N° 1970.

5.- Para mayor abundamiento se tiene también sobre la obligación de fundamentar los recursos que el Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado: "...Sobre la fundamentación del recurrente. El deber de fundamentación no sólo es propio del juez o tribunal, sino que el recurrente tiene también la obligación de dar una correcta motivación a su recurso, toda vez que el pronunciamiento sobre el recurso será en proporción a la motivación del mismo, por lo cual, el recurrente debe expresar de manera clara y jurídica lo que denuncia y lo que pretende, ...similar criterio está contenido en la S.C. N° 1306/2011, que señala: "De tal manera que el accionante tiene el deber de fundamentar los agravios, para que no sólo la parte contraria pueda en todo momento refutar éstos sino también para que el tribunal de apelación pueda resolver en total orden y coherencia los agravios denunciados en los que habría incurrido el juez a quo", A.S. N° 571/2015, que es lo que no ha sucedido en el presente caso como se tiene señalado. Y ello amerita a que se dicte una resolución como la presente.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, en cumplimiento al art. 399, en relación a la última parte del art. 411 ambos del Cód. Pdto. Pen., RECHAZA y declara INADMISIBLE el recurso de apelación restringida interpuesto por Cristóbal Estanislao Ira Campos, en consecuencia CONFIRMA la Sentencia Resolución N° 268/2015 de 22 de junio de 2015 pronunciada por el Juez 5° de Instrucción Penal de la Ciudad de La Paz.

Asimismo en aplicación del arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., se deja establecido que el presente auto de vista es recurrible de casación dentro el plazo de cinco días computables a partir de su legal notificación.

Vocal relator: Dr. Grober Jhonn Cori Paz.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Grober Jhonn Cori Paz.- Ángel Arias Morales.

Ante mí: Abg. Juan Alberto Flores Huanca.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 19 de agosto de 2016, cursante de fs. 1391-1392 vta., Cristóbal Estanislao Ira Campos, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 60/2016 de 25 de julio, de fs. 1370 a 1372, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los vocales Grover Jhonn Cori Paz y Ángel Arias Morales, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el recurrente contra Rene Benjamín Illaques Flores y Viofranco Gavincha Condori, por la presunta comisión del delito de homicidio, previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 268/2015 de 22 de junio (fs. 1303 vta., a 1305), el Juez 5° de Instrucción en lo Penal y Cautelar del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, aceptó la salida alternativa de procedimiento abreviado en favor del acusado René Benjamín Illaques Flores, a quien declaró autor de la comisión del delito de homicidio, previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen., imponiendo la pena de diez años de presidio, más el pago de costas a favor del estado.

b) Contra la referida sentencia, el acusador particular Cristóbal Estanislao Ira Campos (fs. 1314 a 1316 vta.), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 60/2016 de 25 de julio, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que rechazó y declaró inadmisibles el recurso planteado; y, confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 825/2016-RA de 21 de octubre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente efectuando una descripción del auto de vista recurrido denuncia, que el tribunal de apelación rechazó declarando inadmisibles su recurso de apelación, aspecto que conculcaría sus derechos fundamentales como la dignidad, la vida y la justicia; toda vez, que carece de fundamentación al no expresar de qué manera no cumplió con los requisitos de apelación, resultándole la resolución impugnada una transcripción de autos supremos y sentencias constitucionales, aspecto que incumpliría la segunda parte del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, fundó su apelación restringida por defecto procesal absoluto ante la incongruente solicitud de proceso abreviado efectuado por el Ministerio Público por el delito de homicidio, quien no observó que cursa denuncia y querrela por el delito de asesinato, situación por la que planteó la nulidad del proceso abreviado, ya que el Ministerio Público no tiene facultad de tipificar la conducta del acusado por homicidio cuando existe querrela y hechos fácticos que establecen el delito de asesinato; toda vez, que el 4 de abril de 2011 Cristian Ira Ramos (Víctima), María José Chura Estrada, Viofranco Gavincha Condori, René Benjamín Illaques Flores, trasladándose a las serranías de Hinchupalla para consumir bebidas alcohólicas, donde estando mareado Raúl Picachuri pretendió agredir sexualmente a Cris Leydi Cabrera, por lo que intercede la víctima siendo agredido por Raúl Picachuri interviniendo a ello Viofranco Gavincha Condori, René Benjamín Illaques Flores, María José Chura Estrada y Cris Cabrera Arteaga, donde uno de ellos a traición con violencia impactó con un ladrillo de ganbote en la cabeza de la víctima que cae inconsciente y alevosamente con una piedra mediana le trituran la cabeza hasta producir su fallecimiento y comprobando el deceso, proceden a despojar de sus pertenencias para luego fugarse a los Yungas.

Asesvera que ante la existencia de los delitos de homicidio y asesinato no podía el fiscal solamente solicitar proceso abreviado sobre su pretensión, desconociendo los derechos de la víctima sin justo proceso contradictorio e imparcial; aspecto que, vulnera el debido proceso, la igualdad de las partes previsto por el art. 180-I de la C.P.E. e ingresa en defecto procesal absoluto conforme prevé el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

Añade que se vulneró la justicia social; toda vez, que no existió proceso alguno, sólo la solicitud de proceso abreviado por el fiscal y aceptado por el imputado sin que se hubiese cumplido con los requisitos previstos por el art. 373-III del Cód. Pdto. Pen. y la seguridad jurídica que estaría definida por la S.C. N° 0753/2003-R de 4 de junio, ya que el proceso abreviado le crea un perjuicio enorme dejándole en desamparo.

I.1.2. Petitorio.

EL recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 825/2016-RA de 21 de octubre, cursante de fs. 1403 a 1405, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Cristóbal Estanislao Ira Campos, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 268/2015 de 22 de junio, el Juez 5° de Instrucción en lo Penal y Cautelar del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, aceptó la salida alternativa de procedimiento abreviado en favor del acusado René Benjamín Ilaluque Flores, siendo declarado autor de la comisión del delito de homicidio, previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen., imponiendo la pena de diez años de presidio, más el pago de costas a favor del estado, con base a los siguientes hechos probados:

“1. El sometimiento al procedimiento abreviado y la renuncia al juicio oral ordinario (memorial y acuerdo de 15 de junio de 2015).

2. El hecho se produjo en 6 de abril del 2011 a hrs. 11:20 por informe de acción directa por los informes del módulo policial N° 8 de la zona de Hinchupalla a denuncia de Miguel Quelca Coronel y Viofranco Gavoncha Condori indican que habrían visto un cadáver de sexo masculino en las serranías de Hinchupalla, constituyéndose funcionarios de la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen en la zona para el levantamiento del cadáver identificado como Cristian Ira Ramos de 29 años de edad, de las investigaciones que se habrían realizado se tiene que en fecha 4 de abril del año 2011, se encontraba la víctima Cristian Ira Ramos y María José Chura Estrada llegando entonces Viofranco Gavoncha Condori e Ilaluque Flores Rene Benjamín, Raúl Pacachuri Coyo, con el objetivo de confraternizar, motivo por el que la víctima llama en dos oportunidades por celular a sus amigos Edgar Bernardo y Juan Manuel Quisbert, pero estos no pudieron ir debido a que tenían un trabajo que realizar, a este grupo de amigos se adhiere Cris Leydi Cabrera Arteaga, para trasladarse todos los amigos al cerro con el fin de consumir bebidas alcohólicas, ya en dicho lugar la víctima tuvo un altercado con Raúl Picachuri Coyo, con quien luego de irse a las agresiones físicas ingresando en dicha pelea Viofranco Gavoncha Condori, Rene Benjamín Ilaluque Flores, María José Cura Estrada y Cris Cabrera Arteaga, propinándole golpes y patadas en el suelo hasta dejar sin vida a la víctima siendo despojado por este grupo su celular y su billetera, para luego dejar a la víctima y huir del lugar y darse a la fuga a la localidad de los Yungas.

3. Asimismo se tiene que el acuerdo de investigación cursan elementos de convicción que habría reunido el Ministerio Público, se tiene por probado el fallecimiento de Cristian Ira Ramos de 29 años de edad que se habría producido el 6 de abril del año 2011, por el certificado médico forense, la autopsia legal que se le habría practicado, una vez producido el hecho los sindicados le habrían sustraído sus pertenencias como es el teléfono celular y la suma de Bs 100.- luego de los hechos estas personas habrían huido del mismo con destino a la localidad de los Yungas, asimismo se tiene que por informe de intervención policial por el levantamiento de cadáver y el certificado de defunción que se habría emitido a nombre de Cristian Ira Ramos quien presenta fractura raquídea medular, severa trauma cerebral policontuso que se habría emitido siendo estos también complementado por la inspección técnica ocular seguida de reconstrucción que se habría realizado en 18 de agosto del 2011, donde habrían participado en esta audiencia tanto la parte querellante como los imputados, donde se advierte como habrían acontecido los hechos hasta el punto de haberle producido la muerte a Cristian Ira Ramos, consiguientemente se puede establecer que se ha probado por el Ministerio Público por los elementos de convicción para determinar la responsabilidad de René Benjamín Ilaluque Flores por el delito de homicidio previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen.” (sic).

II.2. Del recurso de apelación restringida.

a) La víctima denuncia que el juez a quo incurrió en el defecto de sentencia previsto por el inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., pues de la prueba presentada con la acusación fiscal y particular se había acreditado que el 4 de abril de 2011, en horas de la mañana la víctima en compañía de los sindicados entre ellos René Benjamín, se habían trasladado al cerro a consumir bebidas alcohólicas, donde la víctima habría tenido un altercado con Raúl Picachuri Coyo, donde habrían tenido participación Viofranco Gavoncha Condori, René Benjamín Ilaluque Flores, María José Chura Estrada y Cris Cabrera Arteaga, ocasionándole a la víctima hundimiento de nariz y un golpe en la nuca que le provocó la muerte instantánea; hechos que habían sido probados con el certificado de defunción, que establecería fractura raquídea medular severa, trauma cerebral policontuso; además, de las lesiones que le provocaron la muerte a la víctima, los sindicados le habían despojado de su celular y billetera, huyendo a la localidad de los Yungas. Estos hechos a decir del apelante, probarían los elementos de asesinato, previstos por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., como ser las circunstancias fútiles, alevosía y ensañamiento, por lo que el apelante considera que al haber el a quo calificado la conducta del co acusado Benjamín Ilaluque al tipo penal de homicidio, violó su derecho al debido proceso por no obtener una resolución fundada de fondo y en derecho, tutela jurisdiccional, seguridad jurídica, tutelados por el art. 115-II de la C.P.E. y el art. 360-3 del Cód. Pdto. Pen., que establece que debe existir una exposición de motivos de hecho y derecho en que se funda una resolución. Bajo estos argumentos la víctima solicita la anulación de la sentencia por mala adecuación de los hechos al tipo penal previsto por el art. 251 del Cód. Pen., “que funden el art. 360 y 370-3 de la L. N° 1970...” (sic)

b) Como segundo motivo de apelación, el recurrente transcribiendo lo expuesto por el Juez de mérito en los Considerandos I y III de la sentencia, denuncia que éste no individualizó la participación del acusado Benjamín Ilaluque, pues en las lesiones determinadas en el occiso, existiría hendidura de nariz y rotura de cuello, tampoco se había establecido quién sustrajo los objetos de la víctima, lo cual a decir del apelante viola sus derechos tutelados por el art. 115-II de la C.P.E., como el debido proceso, tutela jurisdiccional a obtener una resolución fundada de fondo y en derecho, seguridad jurídica como aplicación pretendida pide la anulación de la sentencia por existencia del defecto previsto por el inc. 2 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del plazo otorgado para la subsanación del recurso de apelación restringida.

El recurso de apelación restringida, fue observado por providencia de 17 de marzo del 2016 de fs. 1366, que otorgó al apelante el plazo de tres días para que subsane su recurso, en los siguientes aspectos: "(...) debiendo el apelante citar concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, expresando cual es la aplicación que se pretende; debiendo indicar separadamente cada violación con sus fundamentos; de la misma manera conforme lo establece el segundo párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., el apelante deberá invocar precedentes contradictorios. (sic).

Con el referido decreto, el apelante fue notificado en su domicilio procesal el 8 de abril de 2016, así se desprende de la diligencia que corre a fs. 1367 de obrados.

II.4. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, a través del auto de vista impugnado, resolvió el recurso de apelación restringida interpuesto por Cristóbal Estanislao Ira Campos, que rechazó y declaró inadmisibile el recurso de apelación restringida; y, confirmó la sentencia impugnada, bajo los siguientes argumentos:

En el punto 4 del Considerando IV del auto de vista impugnado, el tribunal de apelación argumentó que advirtió al apelante el incumplimiento de los requisitos de admisibilidad previstos por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., a través del proveído de 17 de marzo de 2016, providencia que había sido notificada y pese a dicha diligencia, el apelante no había subsanado las observaciones realizadas a su recurso, deficiencias que al no poder ser suplidas ni corregidas de oficio por el tribunal de alzada porque lo contrario implicaría quebrantar el principio de imparcialidad tutelado por el art. 178-I de la C.P.E. y 3.3 de la L.O.J.; concluye argumentando que la víctima apelante no ajustó su pretensión conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal, lo cual imposibilita el análisis de fondo del recurso planteado.

III. Verificación de la denuncia de vulneración de derechos y garantías constitucionales

En el caso presente, el recurrente Cristóbal Estanislao Ira Campos, denuncia la existencia de defecto absoluto por vulneración del debido proceso, igualdad de las partes, justicia social y seguridad jurídica, porque la resolución impugnada que rechazó su recurso de apelación restringida carecería de fundamentación, por la que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. La debida fundamentación de las resoluciones judiciales.

El art. 180-I de la C.P.E., entre los principios rectores en los que se fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece el debido proceso como principio que garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento motivado y fundamentado, sobre todos los motivos alegados en cualquier recurso que la ley prevé, por lo mismo las autoridades que ejercen jurisdicción a nombre del estado, deben manifestar por escrito los motivos de sus resoluciones, resguardando de esa manera tanto a los particulares como a la colectividad de decisiones arbitrarias.

Orlando A. Rodríguez Ch., en su obra "Casación y Revisión Penal", refiriéndose a la fundamentación y motivación, refiere: "...constituye un sello de garantía a los usuarios de la administración de justicia, porque con ello se evita la arbitrariedad, el capricho, decisiones contrarias, errores de lógica jurídica, y el actuar irrazonado de los funcionarios judiciales".

El mismo autor citando a Joan Pico I. Junoy, manifiesta que la motivación cumple las siguientes finalidades: a) Le permite controlar a la sociedad la actividad judicial y cumplir así con el de publicidad; b) Garantía intraprocesal de los derechos y libertades fundamentales de las partes; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; y, d) Les garantiza a las partes procesales la posibilidad de control de la resolución judicial interponiendo ante los tribunales superiores que conocen de los correspondientes recursos.

Ese entendimiento fue asumido por este tribunal mediante varios autos supremos, como el A.S. N° 5 de 26 de enero de 2007, que estableció la siguiente doctrina legal: "La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control, y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

a) Expresa: porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) Clara: en la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún por los legos.

c) Completa: la exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al *petitum* y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arribe luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del *petitum* significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes ha formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*.

d) Legítima: la legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar ex officio la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

e) Lógica: finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia”.

III.2. Análisis del caso concreto.

El recurrente denuncia que el tribunal de apelación a tiempo de rechazar el recurso de apelación restringida, había vulnerado el debido proceso, igualdad de las partes, justicia social y seguridad jurídica, porque el auto de vista carecería de fundamentación.

Previo al análisis del motivo de casación, es menester efectuar una remembranza de la doctrina señalada por este tribunal en el A.S. N° 210/2015-RRC de 27 de marzo, que estableció respecto a la fundamentación en grado de apelación lo siguiente: “Es importante que en el análisis de las circunstancias alegadas, para una mejor comprensión, el tribunal realice una reseña de los hechos denunciados en contra de la sentencia (motivos del recurso), sin que ello signifique todo el argumento del fallo, sino debe tener el debido cuidado de estructurar la Resolución, de forma tal que contenga: i) el objeto de impugnación (motivos del recurso); ii) las consideraciones argumentativas que servirán de sustento a la decisión final, es decir, fundamentación (normativa legal, doctrinal o jurisprudencial que respalda el fallo) y motivación (explicación clara, específica, completa, legítima y lógica del porqué la normativa o doctrina es aplicable al caso en concreto); iii) las conclusiones, que deben ser el fruto racional del análisis de las cuestionantes denunciadas, contrastadas con las actuaciones cursantes en el proceso y la normativa aplicable citada en el fallo, finalmente; iv) la parte resolutive o dispositiva que debe ir en coherencia con lo analizado y las conclusiones arribadas (congruencia interna)”.

Ahora bien, resulta menester tener en cuenta que en el sistema procesal penal, en los arts. 394 y ss. del Cód. Pdto. Pen., se establecen las normas generales y los requisitos de tiempo y forma que se deben observar a tiempo de interponer los diferentes recursos, siendo facultad privativa de los tribunales de apelación o alzada, velar por el cumplimiento de las normas que regulan el trámite y resolución de dichos recursos, y por ende, pronunciarse sobre la admisibilidad de los mismos.

De manera particular, por previsión expresa del art. 407 Cód. Pdto. Pen., el recurso de apelación restringida se interpondrá por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o adjetiva, cuando el vicio versa sobre la incorrección del juicio contenido en la sentencia o violación de ley sustantiva, o sobre la irregularidad en la actividad procesal, en el segundo caso, el recurso será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente, su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir durante la sustanciación del juicio, salvo en los casos de nulidad absoluta o vicios de sentencia previstos en los arts. 169 y 370 Cód. Pdto. Pen.

Conforme señalan los arts. 408 y 410 Cód. Pdto. Pen., a tiempo de interponer el recurso de apelación restringida, deberá citarse inexcusablemente, de manera concreta y precisa, las disposiciones legales que se consideran violadas o erróneamente aplicadas, además de expresar cuál es la aplicación que se pretende, indicando separadamente cada violación con sus fundamentos, con el advertido de que posteriormente no podrá invocarse otra violación; esta exigencia se explica, porque el tribunal tiene que saber cuál es la norma procesal o sustantiva que el procesado considera inobservada o erróneamente aplicada y fundamentalmente, cuál es la aplicación de la norma que pretende aquel que impugna de una sentencia, es decir, el recurrente tiene el deber, a partir de los motivos que alega en su recurso, indicar en su planteamiento cuál la solución que el tribunal de alzada debiera dar a su caso; en ese sentido la S.C. N° 1075/2003-R de 24 de julio precisó: “Estas exigencias, tienen la finalidad de que el tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar qué ha querido decir el recurrente, cuál ha podido ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada.

Pues, una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso, dada la recargada e intensa actividad judicial, podría determinar el colapso (la mora judicial), imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de celeridad procesal”.

En el caso de autos, de la revisión del auto de vista impugnado, se establece que el tribunal de apelación, en el punto 4to del Considerando IV, argumentó las razones por las cuales rechaza el recurso de apelación restringida, señalando que el apelante no subsanó su recurso en el plazo otorgado conforme lo previsto por el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., pues conforme lo descrito por en el acápite II.3 de la presente resolución, evidentemente el tribunal de apelación había observado el incumplimiento de los requisitos previstos por los arts. 407 y 408 de la Norma Adjetiva Penal, pues el apelante no había citado las disposiciones legales presuntamente violadas o erróneamente aplicadas, tampoco había señalado cuál la aplicación que pretendía de éstas; asimismo, refirió que debía invocar precedentes contradictorios.

Previo a realizar el referido análisis, el tribunal de apelación hizo una transcripción parcial de sentencias constitucionales y autos supremos, para argumentar a tiempo de rechazar el recurso de apelación restringida, que los defectos en el planteamiento de los motivos de apelación, no pueden ser corregidos de oficio por el tribunal de alzada, pues lo contrario implicaría quebrantar de manera flagrante el principio de imparcialidad tutelado por el art. 178-I de la C.P.E. y 3.3 de la L.O.J.

De los argumentos expuestos por el tribunal de apelación, se evidencia que la resolución impugnada es expresa, clara y lógica, pues los argumentos del tribunal de alzada corresponden a los datos del proceso, de los cuales se advierte que evidentemente pese a la notificación realizada a la víctima con el proveído de 17 de marzo del 2016, en el cual el ad quem, observó de manera clara que requisitos de admisibilidad habían sido incumplidos y que debían ser subsanados; el apelante, no cumplió con subsanar su recurso, lo cual conforme lo previsto por el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., determinó que el de alzada rechace el recurso sin considerar el fondo de los presuntos agravios causados por la sentencia emitida por el a quo; pues de la revisión de su recurso de apelación restringida, se advierte que el apelante se limitó a realizar una remembranza de los hechos que motivaron la presente causa y los cuales habían sido establecidos como probados en sentencia de procedimiento abreviado, invocando como norma habilitante de su recurso de apelación, los incs. 2 y 3 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; empero, no citó cuáles las normas inobservadas, inaplicadas o erróneamente aplicadas y tampoco señaló cuál la aplicación pretendida de éstas normas que debió identificar como inobservadas o erróneamente aplicadas, en este último requisito el apelante se limitó a señalar que la aplicación que pretendía era la “anulabilidad” de la sentencia, lo cual demuestra una confusión en cuanto a la aplicación que se pretende de las normas inobservadas o erróneamente aplicadas y el resultado del fallo de alzada, por lo que este tribunal establece que las observaciones realizadas al recurso de apelación restringida fueron claras y expresas; y, al no haberse subsanado los defectos en el planteamiento de los motivos de apelación aplicando el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., correspondía su rechazo sin mayor análisis, como sucedió en el caso de autos.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Cristóbal Estanislao Ira Campos.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



262

Ministerio Público y otro c/ Concepción Fernández y otros
Lesiones graves y leves
Distrito: Oruro

AUTO DE VISTA

Oruro, 23 de agosto de 2016.

VISTOS.- Los recursos de apelación restringida interpuestos por el ministerio público y la parte querellante, corrientes a fs. 40-42; 47-52, respectivamente, la sentencia motivo de impugnación y todo lo que ver convino.

CONSIDERANDO: I.- Antecedentes procesales

Que, celebrado el juicio oral y público en el marco de los principios de contradicción e intermediación, dentro el proceso penal seguido por el Ministerio Público y Margarita Casilla Vásquez contra Concepción Fernández Fernández, Edil Quispe Choque y René Quispe Choque; por la presunta comisión del delito de lesiones graves y leves, incurso en la sanción prevista en el art. 271 segunda parte del Cód. Pen., deviene la sentencia absolutoria signada con el N° 020/2015 pronunciada en 21 de mayo, absolviendo de culpa y pena a los acusados nombrados, en relación al delito de lesiones graves y leves incurso en la sanción del art. 271 segunda parte del Cód. Pen., en razón de no existir prueba suficiente que genere convicción sobre la responsabilidad penal de los acusados, en conformidad con la previsión del art. 363-3 del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: II.- Fundamentos del recurso de apelación restringida.

Impuestas las partes de la sentencia referida mediante actuados de notificación de 3 y 5 de junio de 2015 respectivamente, el Ministerio Público y la acusadora particular, asumen la facultad conferida por el art. 407 del Cód. Pdto. Pen. y la impugnan mediante recurso de apelación restringida en tiempo oportuno observando la previsión del art. 408 del citado compilado Adjetivo Penal y de cuyos fundamentos se extraen:

1.- Del Recurso de apelación restringida del Ministerio Público.

a) Denuncia de valoración defectuosa de la prueba. Art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen. Cuestionando que la sentencia en el Considerando V relativo a Motivos de Derecho en que se basa la sentencia (Subsunción), establece que por la prueba testifical de cargo según la hija de la

denunciante Lizeth Tangara Casilla, se habría suscitado una discusión propiamente y no una pelea; a decir del testigo Espiridión Chila Ignacio, la hija relata una versión distinta que no determina la real participación de los acusados, obrando la juez con total parcialidad al no valorar correctamente la prueba producida por el Ministerio Público, tomando en cuenta que la querellante ha sido la golpeada cobardemente dejándola con impedimento de 20 días por lo que no puede considerarse que fue solo una discusión, más si solamente valora la prueba documental y testifical de descargo, omitiendo la prueba documental y testifical de cargo ofrecida y producida en juicio y llegando a pronunciar una sentencia absolutoria no obstante haber admitido en la misma sentencia la existencia de un incidente de peleas en el que participaron los acusados y la existencia de lesiones en la persona de la querellante.

b) Que valorando el certificado médico legal, considera la existencia de lesiones, que dé inicio dieron lugar a cinco días de impedimento, luego ampliado a veinte días por el certificado del especialista traumatólogo, empero; contradictoriamente se quita el valor probatorio con el fundamento de no haberse demostrado mediante prueba indubitable, concurriendo duda sobre la real participación de los acusados, sin embargo de haberse demostrado los hechos y la autoría de los procesados, omitiendo también la valoración de otros medios de prueba incorporados en juicio; como el registro del lugar del hecho, los informes médicos y placas radiográficas.

c) Por último, la sentencia tuviera base en la participación de tres sujetos, quienes no son identificados, lo que resulta falso; cuando los tres acusados tienen vinculación con el hecho.

En conclusión, el recurrente considera haberse vulnerado el precepto del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., incurriendo en valoración defectuosa de la prueba, carente de objetividad, lógica y razonable de la prueba contrario al debido proceso, solicitando se anule la sentencia recurrida como consecuencia de no haberse aplicado las reglas de la sana crítica de experiencia, psicología y lógica y se disponga la reposición del juicio.

2.- Del recurso de apelación restringida de la querellante

a) Inobservancia del art. 271 segunda parte del Cód. Pen. Art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

Defecto de sentencia previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.; por el que estableciendo el marco normativo y doctrinal (transcrito), que hace a la finalidad del juicio oral y la comprobación legal del hecho así como la subsunción; que resume como "...la descripción con detalle valorativo de los elementos probatorios, aquellos elementos objetivos y subjetivos del injusto punible, para luego compararlos con el hecho acusado y su demostración en juicio para que el legislador pueda determinar si el hecho fue demostrado o no" la autoridad no hubiera considerado a plenitud en la sentencia apelada, concluyendo en que "...El hecho acusado por el delito de lesiones leves no ha sido justamente demostrado contra Concepción Fernández Fernández... con prueba indubitable y suficiente que permita convicción sobre la comisión como se acusó, generando duda sobre la real participación de los acusados en grado de autoría...".

Que tal conclusión resulta incomprensible, cuando en juicio oral se hubo demostrado con certeza los hechos de 16 de octubre de 2012, en que los ahora acusados agredieron a la víctima causándole varias lesiones", mediante el certificado médico forense, la atestación del médico y testigos presenciales, denotando el juez que en el proceso subsuntivo no guarda observancia del contenido sustantivo penal del art. 271 del Cód. Pen., contraviendo el principio de la legalidad formal en materia penal, por cuanto, no se cumplió con una adecuada subsunción del hecho al tipo penal acusado.

b) Insuficiente fundamentación de la sentencia. Arts. 370-5, 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

Para alegar este defecto de sentencia, alude al concepto jurisprudencial y la norma de la materia, a partir de los que; uno de los componentes esenciales del juicio oral, publico, continuo y contradictorio, cuyo resultado procesal es la sentencia, es el respeto a los derechos y garantías constitucionales, mismas que no se reducen simplemente a la intermediación, publicidad o contradicción, sino también a la garantía del debido proceso en su componente del derecho a una resolución fundamentada, en cuya virtud conforme al art.124 del Cód. Pdto. Pen., debe contener los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Que la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes, obligándose el juzgador, desglosar de manera detallada, suficiente y coherente los elementos de convicción que hacen al injusto punible, exigiéndose una precisión y alcance indubitable a efectos de concluir la existencia o no y de esta manera determinar absolución o culpabilidad.

En ese criterio, la recurrente considera que en la sentencia apelada es imposible constatar el acierto de la decisión porque la motivación es insuficiente, toda vez que el análisis del hecho, no se halla dirigido a un análisis armónico de toda la prueba incorporada a juicio y menos se hace un análisis particularmente dirigido a desglosar en el sentido de la sentencia; cómo los ahora acusados no hubiesen participado en el hecho, o cual la carencia de convicción, se entiende que la fundamentación de una sentencia absolutoria no solo puede afianzarse en manifestar que existía incongruencia entre los diversos actos de postulación de la acción penal, sino que la misma debe establecer con fundamento individualizado la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal atribuido; es más el hecho de señalar que las pruebas no fueron uniformes, no constituye suficiente argumento; pues la realidad material del hecho ha sido demostrada en juicio oral, y esta importaba la concurrencia de la responsabilidad penal de los acusados, advirtiéndose entonces que ante la insuficiente y contradictoria fundamentación se ha afectado de manera frontal la garantía del debido proceso en su vertiente del derecho a una resolución fundamentada conculcándose el art. 117 de la C.P.E. con relación a la art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

c) Sentencia basada en defectuosa valoración de la prueba. Art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto en el Considerando IV.2.1 relativo a fundamentación probatoria descriptiva e intelectual apartado, el juez a quo realiza una transcripción parcial de

El las declaraciones de los testigos de cargo, para sacar inferencias a partir de ello, las ido mismas que son congruentes con los antecedentes del proceso, máxime si de estas se evidencia que los acusados sí participaron de la agresión, incluso reconocidos por los testigos presenciales, entre ellos la hija de la víctima, empero inexplicablemente la juez: les exime de responsabilidad penal.

Frente a este defecto de sentencia previsto en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., puesto que queda demostrado que la sentencia consigna afirmaciones que devienen de una defectuosa valoración de la prueba e implícitamente de la inobservancia del principio de la sana crítica y de razón suficiente llegando a una decisión basada en una errónea interpretación del contenido de la prueba documental, como testifical, toda vez que en juicio fue demostrada la agresión, los autores y la magnitud de las lesiones ocasionadas por los mismos, no siendo admisible incorporar argumentos, tópicos o elementos que no originen deducción lógica de la prueba, lo que no ocurre en el caso; en el que se elaboró una conclusión diametralmente opuesta al contenido de la prueba judicializada contra la exigencia del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., generando un criterio ilegal de inocencia, con lo que la recurrente impetra que en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., anule totalmente el juicio, dejando sin efecto la sentencia impugnada y ordenando su reenvió por ante el juzgado de sentencia penal siguiente en número.

CONSIDERANDO: III.- Fundamentos de la resolución.

Compulsados los fundamentos del recurso, en vinculación con los aspectos cuestionados de la sentencia en el ámbito de la previsión del art. 398 del compilado Adjetivo Penal, se infieren las siguientes conclusiones:

1.- Sustento fáctico de la sentencia.

Se establece que por denuncia de Margarita Casilla Vásquez, en 16 de octubre de 2012, en el inmueble ubicado en calles Junín y 6 de Agosto, se suscita un hecho de agresiones protagonizado por Concepción Fernández Fernández, José Luis Quispe Quispe, Edil Quispe Choque y René Choque Quispe, causando lesiones en la persona de la querellante, configurándose en consecuencia el delito de lesiones graves y leves.

Que, en la fecha indicada, promediando hrs. 11:00 a.m., Lizeth Tancara Casilla, hija de la querellante, comunica que el albañil del vecino ingresaba a su casa, dando lugar a su retorno y a tiempo de ingresar ve al albañil extraer sus cerámicas.

Interrogándole por la razón del manejo de sus objetos y sobre quien autorizó el ingreso a su casa, motivo para ser agredida por el albañil con golpes de rodilla y puñetes en la cabeza, asumiendo similar conducta los ayudantes.

2.- Sentencia basada en defectuosa valoración de la prueba.

a) La valoración de la prueba, constituye indudablemente una operación fundamental en todo proceso y más en el proceso penal, por cuanto de ella depende que el juez o tribunal pronuncie con certeza un fallo; es decir, vaya a determinar el carácter absolutorio o condenatorio de la sentencia para el acusado; El proceso de valoración de la prueba de acuerdo al precepto del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., tiene por objeto establecer la utilidad jurídica y legal de la prueba incorporada al proceso penal, consecuentemente, es una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos probatorios de manera que en virtud del marco constitucional en relación del proceso penal, la facultad de valorar la prueba constituye exclusividad legal del juez o tribunal de sentencia, quienes adquieren convicción a través de la apreciación de los elementos y medios de prueba que traducen el fundamento de la sentencia, dejándose constancia que el tribunal ad quem en caso de revalorizar la prueba convierte el acto en defecto absoluto contemplado en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

Empero, tratándose de denuncias relativas a defectuosa valoración de la prueba, la propuesta impugnatoria debe observar determinados requisitos que hacen a la apertura de competencia del tribunal de alzada, en el entendido de no ser posible la revalorización del hecho ni de la prueba incorporada al proceso. Requisitos por los que todo recurrente debe identificar específicamente cuál o cuáles son los elementos de convicción defectuosamente valorados, establecer y precisar las reglas de la sana crítica vulneradas en el proceso de valoración y demostrar que la defectuosa valoración determinó la decisión asumida por el juzgador.

b) En la especie, el Ministerio Público al enunciar las declaraciones de dos testigos que estuvieron en el lugar del hecho como son la hija de la víctima y el chofer de la víctima; se limita a denotar contradicción en la apreciación respecto del hecho en tanto fue una discusión o una pelea, cuya valoración resulta incorrecta cuando en otra parte de la sentencia admite la existencia del incidente de peleas, la participación de los acusados y la existencia de lesiones que dieron lugar a un impedimento de veinte días de acuerdo a la valoración de la documental consistente en certificados médicos que no permiten entender tratarse solo de una discusión, luego quitar esa valoración y contradictoriamente decir no haberse demostrado con prueba indubitable la real participación de los acusados generando duda a este respecto, habiendo por otra parte valorado solo la prueba de descargo e incurrir en omisión de la prueba de cargo, como los informes médicos y placas radiográficas lo que lleva a parcialización con los acusados reflejada en la absolución, no obstante haberseles identificado por su vinculación con el hecho.

Que la vulneración del precepto del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., implica valoración defectuosa de la prueba con efecto de carecer de objetividad, lógica y razonabilidad como consecuencia de no haberse aplicado las reglas de la sana crítica de experiencia, psicología y lógica.

c) Asimismo la acusadora particular, al ejercer su recurso por este mismo hecho, se limita a referir que en juicio se hubiese probado el hecho ilícito, denunciando una valoración defectuosa en la sentencia pronunciada, empero en ningún acápite de su recurso señala qué prueba hubiese sido defectuosamente valorada y cuál la valoración que pretendía, dejando un vacío dubitable en razón de los agravios denunciados.

Si bien a través del recurso se enuncia las reglas de experiencia, psicología y lógica inherentes a la sana crítica, no se conoce fundamento que refleje el modo de omisión de cada una de ellas, es decir, cuáles son aquellos aspectos de la experiencia no considerados en la valoración de la prueba, en el caso de la lógica; qué inferencias no resultan consecuentes con las proposiciones de la recurrente y respecto de la psicología, cómo correspondía adecuar esta regla al contenido de algún elemento de prueba y en relación a qué elementos de prueba, si se tiene presente que se denuncia defectuosa valoración de la prueba y a la vez omisión de valoración.

En suma, la omisión del requisito de especificidad fundada que hace a la vulneración denunciada respecto de las reglas de la sana crítica, no hace posible que el tribunal de alzada, asuma conocimiento para establecer la evidencia de defectuosa valoración y cómo ese defecto imprime a la sentencia la calidad ilegal y arbitraria.

Asimismo, conviene señalar que no siendo, de acuerdo a la doctrina legal aplicable; el recurso de apelación restringida un medio legítimo para la revalorización de la prueba conforme al sistema procesal vigente, en el que la prueba pasa por los efectos del principio de inmediación, acorde con la naturaleza del recurso, el tribunal de alzada; menos se encuentra en condiciones de verificar el cuestionamiento de los recurrente, cuando no tiene acceso a la prueba, más si no fue propuesta en el marco de los preceptos de los arts. 410 y 412 del Cód. Pdto. Pen., de manera que la propuesta de Ministerio Público y la acusadora particular, de condenarse a los imputados por el delito de lesiones graves y leves, resulta inviable a través de la consideración de una defectuosa valoración de la prueba.

3.- Inobservancia de la normativa sustantiva penal. Arts. 271 segunda parte del Cód. Pen., 370-1 del Cód. Pdto. Pen.

a) Defecto de sentencia previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. y que la recurrente asume en virtud del marco doctrinal relativo a la finalidad del juicio oral, la comprobación legal del hecho así como la subsunción; conforme tiene transcrito, partiendo de la conclusión en sentencia de: No haberse demostrado el hecho ilícito de lesiones leves con prueba indubitable y suficiente que genere convicción sobre su comisión, generándose duda sobre la real participación de los acusados en grado de autoría.

Conclusión incomprensible para la recurrente, por cuanto en juicio oral se generó certeza respecto de los hechos del 16 de octubre de 2012, en que los acusados la agredieron causándole lesiones que constan en el certificado médico forense, en el testimonio de testigos presenciales, denotándose que en el proceso subsuntivo no se guardó observancia del contenido sustantivo penal del art. 271 del Cód. Pen., contraviniendo el principio de la legalidad formal en materia penal, por cuanto no se cumplió con una adecuada subsunción del hecho al tipo penal acusado.

b) De acuerdo a la previsión del art. 407 del Cód. Pdto. Pen., el recurso de apelación restringida, procede por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o adjetiva, por defectos de procedimiento cuya admisibilidad guarda sujeción al reclamo oportuno de saneamiento o vicios de la sentencia conforme a lo previsto por los arts. 169 y 370 del compilado adjetivo penal. Asimismo el art. 408 del citado compilado penal, prevé que el recurso de apelación restringida debe ser interpuesto por escrito citando concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, expresando cual es la aplicación que se pretende.

En el contexto de la doctrina legal aplicable, se estima necesario remitirnos al A.S. N° 57 de 27 de enero de 2006; por el que la Corte Suprema de Justicia, modula de manera determinante que la "apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia, no siendo la resolución que resuelve el recurso de apelación restringida el medio impugnativo idóneo para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho a cargo de los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, lo regulado en los Tratados Internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley".

e) Del contexto de la sentencia, se tiene que en el hecho ocurrido en 16 de octubre de 2012, en el domicilio de Margarita Casilla Vásquez; ubicado en calle Junín entre 6 de Agosto, la agresión física propinada a la querellante produjo lesiones en su persona. Hecho atribuido a la señora Concepción Fernández Fernández y los señores José Luis Quispe Quispe, Edil Quispe Choque y René Choque Quispe, provocando un impedimento de veinte días, configurando el delito de lesiones graves y leves previsto en el art. 271 segunda parte del Cód. Civ. Y de la prueba de cargo y descargo producida por las partes, la juez, previo examen y valoración establece: Haberse demostrado la existencia del hecho bajo las circunstancias descritas en la acusación, empero advierte al mismo tiempo, que dicha prueba no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal de los imputados cuando no son uniformes y concluyentes, además de aportar otros elementos que generan duda sobre la real participación de los acusados haciéndose concurrente el principio in dubio pro reo vinculado al principio de presunción de inocencia, es decir; que situaciones excluyentes de certeza benefician al imputado.

Que tales conclusiones emergen precisamente de la prueba producida por ambas partes como se refiere en el Considerando IV párrafos IV.2.1, IV.2.2, IV.2.3, IV.2.3.1, IV.2.3.2, tópicos en los que se desarrollan las características de cada medio de prueba, su contenido y consecuencia de su interpretación, la que no es susceptible de revaloración en la resolución del recurso de apelación en tanto no significa una segunda instancia en el ámbito del sistema penal acusatorio.

d) En cuanto a la subsunción en el tipo penal descrito en el art. 271 segunda parte del Cód. Pen.: Si bien de acuerdo a la valoración de la prueba vinculada a los términos de la acusación, se estableció como elementos concurrentes solo: Haber mediado reyerta con tono de violencia y agresión física, ocasionado daño en el cuerpo, derivado en incapacidad (20 días), no constituyen la integralidad del tipo penal que se fractura por su elemento de sujeto activo que en la especie remarcó duda, es decir; que la participación de los acusados Concepción Fernández Fernández y los señores José Luis Quispe Quispe, Edil Quispe Choque y René Choque Quispe, en uno de los grados de responsabilidad, no encuentra contundencia, razón en la que concluye la juez a quo; acorde con los antecedentes generados en el juicio que por lógica llevó a la sentencia absolutoria ante la insuficiencia de la prueba para generar convicción de responsabilidad penal.

Como se puede advertir, la denuncia de inobservancia de la norma sustantiva que prevé el art. 271 segunda parte del Cód. Pen., resulta de apreciación excesiva.

4.- Insuficiente fundamentación de la sentencia. Arts. 124 y 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

a) La recurrente no encuentra en la sentencia impugnada, acierto de la decisión porque la motivación fuere insuficiente como consecuencia de que el análisis del hecho conjuncionada con toda la prueba aportada en juicio carece de dirección armónica y de un análisis particularmente dirigido a desglosar en el sentido de la sentencia; cómo los ahora acusados no hubiesen participado en el hecho, o cual la carencia de convicción. Se entiende que la fundamentación de una sentencia absolutoria no solo puede afianzarse en un criterio de

incongruencia entre los diversos actos de postulación de la acción penal, sino debe establecer con fundamento individualizado la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal atribuido; es más el hecho de señalar que las pruebas no fueron uniformes, no constituye suficiente argumento; ante la realidad material del hecho demostrado en juicio oral, realidad que importaba la concurrencia de responsabilidad penal de los acusados, de manera que con la insuficiente y contradictoria fundamentación se afecta la garantía del debido proceso en su vertiente del derecho a una resolución fundamentada conculcándose el art. 117 de la C.P.E. en relación al art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

b) La recurrente a tiempo de interponer su recurso, si bien denuncia una insuficiente fundamentación en la sentencia motivo de examen, no presta una fundamentación adecuada conforme determina el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; es decir citar concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas y cuál la aplicación que se pretende, presupuesto también regulado por la jurisprudencia constitucional y el Tribunal Supremo de Justicia, antes Corte Suprema de Justicia, que en criterio uniforme dicen; "que la fundamentación y motivación constituyen presupuesto esencial del debido proceso y que: El derecho al debido proceso, en su ámbito de presupuestos exige que toda resolución sea fundamentada, es decir, que cada autoridad que dicte una resolución debe exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma, consecuentemente cuando un juez omite la motivación de una resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino en los hechos toma una decisión de hecho, no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cual es la "ratio decidendi" que lleva al juez a tomar la decisión", también "se consideran defectos absolutos cuando en la resolución sea sentencia o auto de vista, no existen razones ni criterios sólidos que fundamenten los alcances de la resolución basados en normas sustantivas, adjetivas penales o correspondan a Convenios o Tratados Internacionales, omisión que constituye un defecto insalvable porque genera incertidumbre en los sujetos procesales, consecuentemente el tribunal de alzada velando por su observancia y la economía procesal, debe proceder a anular únicamente cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación cuando exista violación al debido proceso" como en el presente caso no ocurre, toda vez que en un examen de la sentencia no se encuentra defecto a los fines del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., por cuanto tratándose de una fundamentación individualizada de la conducta de los acusado como reclama, desde el planteamiento de la acusación se refleja acción conjunta, es decir sin describir la observada por cada uno de los sujetos activos, siguiendo igual línea la prueba dando lugar en consecuencia a una fundamentación conforme las condiciones establecidas por las propias partes, particularmente por la querellante o víctima, de modo que el reclamo no lleva sustento cuando en la sentencia se explica sus conclusiones en función de cada elemento de prueba, conforme se tiene desarrollado en el decurso de la presente resolución, con lo que la falta de motivación, fundamentación e incongruencia carecen de sustento.

POR TANTO.- La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, en virtud de las consideraciones expuestas y las normas legales anotadas, declara improcedentes los recursos de apelación restringida deducidos por el Ministerio Público y Margarita Casilla Vásquez, en su mérito confirma la Sentencia N° 20/2015 pronunciada en 21 de mayo dentro del presente proceso.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Beatriz Cortez Vásquez.- Bernardo Bernal.

Ante mí: Abg. Sonia R. Lafuente Álvarez.-Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 12 de septiembre de 2016, cursante de fs. 95 a 103, Margarita Casilla Vásquez, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 9/2016 de 23 de agosto, de fs. 79 a 82 vta., integrada por los vocales Bernardo Bernal y Beatriz Cortez Vásquez, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la recurrente contra Concepción Fernández Fernández, Edil Quispe Choque y René Quispe Choque, por la presunta comisión del delito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 20/2015 de 21 de mayo (fs. 28 a 34 vta.) la Jueza Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a los imputados Concepción Fernández Fernández, Edil Quispe Choque y René Quispe Choque, absueltos de responsabilidad y pena de la comisión del delito de lesiones leves, previsto y sancionado por el art. 271 (segundo párrafo) del Cód. Pen.

b) Contra la referida sentencia, el Ministerio Público (fs. 40 a 42) y la querellante Margarita Casilla Vásquez (fs. 47 a 52 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 9/2016 de 23 de agosto, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró improcedentes los citados recursos y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 883/2016-RA de 8 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) La recurrente como primer motivo de su recurso, denuncia falta de fundamentación del auto de vista recurrido, indicando que el mismo no habría dado respuesta a cada uno de los puntos apelados, habiéndose limitado a transcribir los recursos de apelación restringida para establecer que la juez obró correctamente y afirmar que los agravios no tenían sustento legal, especificando que no se respondió de manera fundamentada y motivada el agravio, expresado como falta de fundamentación de la sentencia, sobre el que habrían afirmado que no

argumentó la norma infringida, cuando en el recurso de apelación claramente alegó la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., cita como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 207/2007 de 28 marzo y 144/2013 de 28 de mayo.

2) El auto de vista de manera indebida habría convalidado la inobservancia de la ley sustantiva, debido a que el tribunal de alzada no habría respondido las cuestiones de hecho que denunció; puesto que, a su criterio en juicio se habría probado cómo fue agredida de manera conjunta por lo acusados, los que le causaron una serie de lesiones que le provocó un impedimento de 20 días, como demostró en juicio, cita como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 231 de 4 de julio, 329 de 29 de agosto, 315 de 25 de agosto y 431 de 11 de octubre todos del 2006.

3) Finalmente, denuncia que el auto de vista recurrido solo se habría limitado a establecer de manera errónea una presunta falta de fundamentación en la formulación del agravio, convalidando una sentencia que carece de una adecuada fundamentación probatoria intelectual, dado que solo describe las pruebas de cargo y descargo sin otorgarles valor probatorio, cita como precedente contradictorio el A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita que se deje sin efecto el auto de vista recurrido, para que la misma sala pronuncie nueva resolución de acuerdo a la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso

Mediante A.S. N° 883/2016-RA de 8 de noviembre, cursante de fs. 111 a 113, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por la recurrente Margarita Casilla Vásquez, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 20/2015 de 21 de mayo, la Jueza 1° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a los imputados Concepción Fernández Fernández, Edil Quispe Choque y René Quispe Choque, absueltos de responsabilidad y pena de la comisión del delito de lesiones leves, previsto y sancionado por el art. 271 (segundo párrafo) del Cód. Pen., por no existir prueba suficiente para generar convicción sobre la comisión del delito acusado, sentencia que se emitió por no haberse comprobado que los acusados hubieran ingresado a la propiedad de la acusadora y que le habrían agredido o propinado golpes de puño y rodillazos, como se denunció.

II.2. De las apelaciones restringidas.

Por un lado el representante del Ministerio Público, por memorial interpuso recurso de apelación restringida, argumentando defectuosa valoración de la prueba, porque sólo se habría valorado la prueba documental y testifical de descargo. Señala que se acreditó la existencia de las lesiones; empero, que no existe prueba que demuestre que los acusados no sean los autores de dichas lesiones; por otro lado, indica que tampoco se hubiera valorado el acta de registro del lugar del hecho, los informes médicos y las placas radiográficas.

Por otra parte, la acusadora particular Margarita Casilla Vásquez, denunció errónea aplicación de la ley sustantiva, porque a su criterio las pruebas demostrarían que los acusados adecuaron su conducta al tipo penal acusado de "calumnia" (sic), porque sus testigos de cargo habrían manifestado que si existió la agresión por parte de los acusados.

Por otro lado, denuncia insuficiente fundamentación de la sentencia, porque no se habría hecho el análisis, respecto a cómo se llegó a la conclusión que los acusados no participaron del hecho; y, denuncia que la sentencia estaría basada en una defectuosa valoración de la prueba, pues sólo se habría hecho una transcripción parcial de las declaraciones de los testigos de cargo, señalando que las mismas no son congruentes con los antecedentes del proceso, porque de las declaraciones se puede colegir que los acusados participaron de la agresión, y que en el juicio habrían sido reconocido por los testigos presenciales, empero se les habría eximido de responsabilidad penal, además indica que en la valoración de la prueba no se habría observado el principio de la sana crítica.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, emitió el auto de vista impugnado, que declaró improcedentes los recursos de apelación restringida, bajo los siguientes argumentos:

1. Respecto a la defectuosa valoración de la prueba, refiere que la acusada se limita a señalar que en juicio se hubiera probado el hecho ilícito; empero, en ningún acápite de su recurso señala qué prueba hubiese sido defectuosamente valorada y cuál la valoración que pretendía, dejando un vacío dubitable en razón de los agravios denunciados y que no se conoce fundadamente como es que se hubiera omitido aplicar las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas o en relación a que elemento de prueba, porque por una parte se denuncia defectuosa valoración de la prueba y por otra omisión de valoración.

2. En relación a la denuncia de errónea valoración de la prueba, el tribunal de alzada señala que si bien se demostró las lesiones producidas en el cuerpo de la acusadora; empero, de la valoración de la prueba, no se habría llegado a la convicción plena de que los acusados fueron los que ocasionaron las referidas lesiones, por lo que de manera correcta ante la duda se aplicó el principio del in dubio pro reo.

3. Finalmente, respecto a la denuncia de insuficiente fundamentación, concluyó que el recurrente no cita concretamente las disposiciones legales que considera violadas y cuál la aplicación que pretende.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

El presente recurso fue admitido para verificar, si son evidentes las denuncias de falta de fundamentación respecto a cada uno de los puntos apelados; y, a la convalidación del tribunal de alzada de una inobservancia de la ley sustantiva y carencia de una adecuada fundamentación probatoria intelectualiva, por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutive de la misma; caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.2. Sobre la defectuosa valoración de la prueba, su formulación y control.

La denuncia por defectuosa valoración de la prueba, defecto de sentencia previsto en el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como norma habilitante debe encontrarse vinculada a la infracción del art. 173 del mismo cuerpo legal; es decir, a la vulneración de las reglas de la sana crítica, que son aquellas que conoce el hombre común a través de su experiencia (sentido común – conocimiento adquirido por cualquier persona de forma espontánea como verdad irrefutable); las reglas de la ciencia, entre las cuales la más aplicada es la de la psicología, que en el caso del juzgador requiere conocimientos mínimos (se aplican cuando el juzgador observa comportamientos); además de las reglas de la lógica (la lógica de lo razonable); es decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente, para crear un razonamiento debidamente estructurado. Lo que implica, que quien alegue defectuosa valoración de la prueba, debe brindar información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los elementos analizados arbitrariamente, únicamente planteado en esos términos el recurso, es posible el control sobre la valoración de la prueba, control que debe ser ejercitado sobre la logicidad de la sentencia, teniendo como circunscripción lo argumentado en el recurso.

Sobre la temática, el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, estableció como doctrina legal aplicable que: "Los jueces de mérito son soberanos en la valoración de las pruebas, que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desestimar determinados elementos probatorios, los razonamientos del fallo deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano, siendo este el iter lógico de una sentencia, el que debe fundarse en las leyes del pensamiento, las que independientemente de nuestra experiencia se presentan como necesarias en nuestro raciocinio.

Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda.

El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la ciencia (psicología), controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso

de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia y no referirse a actuaciones procesales sin incidencia directa en la resolución de mérito, la inobservancia de estas reglas emergentes de lo expresamente determinado en la ley adjetiva penal deberán ser observadas por los tribunales que conocen el recurso de apelación restringida previamente a admitirse los recursos por estos motivos y en caso de no ser debidamente subsanada la observación referida, los tribunales deberán declarar inadmisibles los recursos por este motivo, en cuyo caso no podrán reiterarse estos argumentos en el recurso de casación.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural.

Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez...”.

III.3. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal Superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional; toda vez, que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva, atribución que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar, por este motivo para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro del plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., lo contrario por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este tribunal, el A.S. N° 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: “El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: ‘El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema’, en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: ‘Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida’.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: ‘...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación’, norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.Ó.J., que instituye como

atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: 'Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance'. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: 'Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar'.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal".

III.4. Sobre el planteamiento de los recursos.

Si bien es cierto que la exigencia de fundamentación y motivación de las resoluciones, constituye una obligación inexcusable para la autoridad que emite un fallo, es también cierto que esta exigencia es atinente en igual medida al recurrente, quien en procura de una resolución favorable, debe redactar el recurso de forma clara, precisa, pertinente, verificando que el memorial se encuentre estructurado y compuesto de un esquema lógico-jurídico coherente, que permita entender con claridad la pretensión, permitiendo con ello delimitar en la dimensión exacta los motivos o causales del recurso, a efectos de que el tribunal de impugnación pueda resolver sobre denuncias concretas y no sobre supuestos respecto a la pretensión del recurrente, lo contrario podría significar que la reclamación no sea atendida por incoherente, vaga o imprecisa; o, conducir a error al tribunal de impugnación en cuanto a la reclamación, por lo que el recurrente, debe argumentar el recurso identificando claramente los hechos que causaron su planteamiento, los que deben estar apoyados en la norma legal vigente y motivados de forma objetiva, de lo contrario se configura en un recurso subjetivo, caprichoso y dilatorio; toda vez, que se debe tomar en cuenta que son los argumentos del recurso los que delimitan el ámbito de pronunciamiento, pero a la vez implica autolimitación de la pretensión recursiva.

III.5. Análisis del caso en concreto.

En el primer motivo del recurso, la recurrente denuncia falta de fundamentación del auto de vista, porque no habría dado respuesta a los puntos apelados, aspecto que sería contrario a la doctrina legal aplicable establecida en los AA.SS. Nos. 207/2007 de 28 de marzo y 144/2013 de 28 de mayo.

El primer precedente, fue emitido dentro de un proceso seguido por los delitos de estafa, apropiación indebida y abuso de confianza, constatando la extinta Corte Suprema de Justicia que el auto de vista impugnado resolvió los motivos denunciados, sin absolver de manera suficiente la crítica formulada por el acusador particular, indicando de manera general que los motivos de hecho y de derecho están debidamente fundamentados con indicación expresa de las razones que motivaron el fallo, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo previamente como doctrina legal aplicable la siguiente: "la exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales...".

El A.S. N° 144/2013 de 28 mayo, fue dictado dentro de una causa tramitada por los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, en el cual este Máximo Tribunal de Justicia constató que el tribunal de alzada no se pronunció respecto a todos y cada uno de los puntos apelados; y, respondiendo los demás de manera vaga, con ese antecedente estableció la siguiente doctrina legal aplicable: "Es obligación del tribunal de apelación, realizar una adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie, debiendo todo auto de vista contener suficiente fundamentación, circunscribiéndose a los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, dentro lo límites señalados por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17-II de la L.Ó.J., los cuales serán absueltos uno a uno con la debida motivación y en base de argumentos

jurídicos individualizados y sólidos, a fin de que se pueda inferir una respuesta con los criterios jurídicos correspondientes al caso, sin que la argumentación vertida sea evasiva o incongruente; cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad, logicidad que se encuentran determinados en el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, dejando conocer al recurrente la respuesta a cada alegación, lo contrario constituye un vicio de incongruencia omisiva (citra petrita o ex silentio) que vulnera lo establecido por los artículos 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.”.

Ahora bien, revisado el contenido del auto de vista impugnado, se verifica que la mencionada resolución, en su Considerando II, sintetizó las denuncias de los recursos de apelación restringida interpuesto tanto por el representante del Ministerio Público como por la querellante, en los siguientes términos: a) Defecto de sentencia prescrito en el inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., (Inobservancia o Errónea aplicación de la ley sustantiva); b) Insuficiente fundamentación de la sentencia; y, c) La sentencia se basaría en una defectuosa valoración de la prueba. A continuación en su Considerando III., resuelve de manera expresa y clara cada una de las referidas denuncias señalando: a) Respecto a la defectuosa valoración de la prueba, inicialmente dejó establecido que no era posible revalorizar la prueba incorporada al proceso en segunda instancia, luego señaló que todo recurrente debe identificar específicamente cuál o cuáles son los elementos de convicción defectuosamente valorados, establecer y precisar las reglas de la sana crítica vulneradas en el proceso de valoración y demostrar que la defectuosa valoración determinó la decisión asumida por el juzgador. Con ese argumento concluyó que la recurrente en su recurso de apelación restringida en ninguno de sus acápites señaló la prueba que hubiera sido defectuosamente valorada y cuál la valoración que pretendía y si bien hizo referencia a las reglas de la experiencia, la psicología no señaló qué aspecto de la experiencia no fue considerado en la valoración de la prueba, en el caso de la lógica que inferencias no resultaban consecuentes con las proposiciones de la recurrente; y finalmente, respecto a la psicología, cómo correspondía adecuar esta regla al contenido de algún elemento de prueba. Además señalo que por un lado se denunció defectuosa valoración de la prueba y a la vez omisión de valoración, por lo que concluyó que esa omisión, no permitía que el tribunal de alzada asuma conocimiento para establecer la evidencia de defectuosa valoración y cómo ese defecto imprimió a la sentencia la calidad de ilegal y arbitraria; b) En relación a la inobservancia de la ley sustantiva, concluyó que si bien se demostró el hecho bajo las circunstancias descritas en la acusación; la prueba no habría generado convicción sobre la responsabilidad penal de los acusados, generando duda sobre su real participación haciendo concurrente el principio in dubio pro reo, lo cual beneficia a los imputados; c) finalmente respecto a que la sentencia estuviera insuficientemente fundamentada, concluyó que la recurrente no señaló concretamente las disposiciones legales que consideraba fueron violadas y cuál la aplicación que pretendía y que en el caso de autos desde la acusación habría realizado una fundamentación en conjunto de todos los acusados y no una fundamentación individualizada de su conducta como reclama; es decir, no se describió la conducta de cada uno de los acusados, por lo que su recurso carecía de sustento.

La precisión que antecede demuestra que la pretensión de la recurrente no es evidente; puesto que, en el caso de autos el tribunal de alzada respondió de manera clara, precisa y fundada cada una de las denunciadas realizadas por la acusadora y el Ministerio Público, en cambio la doctrina legal de los precedentes se fundó en el hecho de que el tribunal de alzada no respondió todas las denuncias o lo hizo sin una debida fundamentación, situación que en el caso de autos no ocurre; en consecuencia, no se advierte que el auto de vista impugnado resulte contradictorio a los precedentes invocados, por lo que el motivo de casación formulado deviene en infundado máxime si se considera que tanto la jurisprudencia constitucional como la emitida por este tribunal ha sostenido de manera reiterada que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión.

En el segundo motivo, denuncia que el tribunal de alzada de manera indebida habría convalidado la inobservancia de la ley sustantiva, porque a su criterio en juicio se hubiera comprobado la existencia del tipo penal acusado, señalando como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 231 de 4 de julio, 329 de 29 de agosto, 315 de 25 de agosto y 431 de 11 de octubre todos del 2006.

El A.S. N° 231 de 4 de julio de 2006 emitido en una causa tramitada por el delito de apropiación Indebida, estableció la siguiente doctrina legal aplicable: “La doctrina legal existente establece que es imprescindible que el juzgador realice adecuadamente el trabajo de subsunción del hecho (base fáctica) con el tipo penal en el que se subsuma la conducta tachada de delictiva, lo contrario daría lugar al denominado caso de ‘atipicidad’ o conducta no delictiva en el Código Penal, para este efecto y de acuerdo al giro positivo sufrido por el Código Penal a partir del año 1997 es necesario establecer la conducta final del imputado siendo para este efecto preciso determinar: 1.- La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido. 2.- La realización del riesgo imputable en el resultado y 3.- La concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos en la conducta del agente con el tipo de injusto imputado. En el primer aspecto deberá constatare si la conducta del agente genera ‘riesgo ilegal o no permitido’. Para ello habrán de valorarse en primer lugar las normas administrativas de control de la actividad en que se desenvuelve el imputado, respecto al segundo aspecto esa conducta generadora de riesgo ilegal debe dar lugar a la vulneración de un bien jurídico, consecuentemente a la subsunción del hecho a un determinado tipo penal, de lo contrario y ante su inexistencia dará lugar a la ‘falta de tipicidad’ en la conducta del agente y finalmente en el tercer aspecto es imprescindible la concurrencia de todos los elementos del tipo de injusto, objetivos y subjetivos, detallados en el tipo penal en el cual se pretende subsumir la conducta del imputado, su no concurrencia da a lugar a la ‘falta de tipicidad’, tal el caso de autos en que no se establece en la conducta del agente ‘generación de riesgo ilegal’ o relevante penalmente de acuerdo a la segunda base fáctica por la que fue juzgado, dando lugar a ausencia de ‘relación de causalidad’ entre su conducta final y el resultado (vulneración del bien jurídico), consecuentemente, su conducta no se subsume en el tipo penal de ‘apropiación indebida’ por el que fue condenado ilegalmente además de no existir todos los elementos del tipo de injusto de ‘apropiación indebida’ en la conducta del imputado”.

El A.S. N° 329 de 29 de agosto 2006, dictado dentro de un proceso penal seguido por los delitos de tráfico de sustancias controladas, donde la extinta Corte Suprema de Justicia constató que la conducta del acusado no se subsumió al tipo penal de tráfico de sustancias controladas, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable: “La calificación del delito en el Código de Procedimiento Penal, se entiende como la apreciación que cada una de las partes hace de los hechos, de las leyes aplicables y de

la resultante relacionada al acusado, y, cuando no se la califica adecuadamente, se genera una errónea aplicación de la ley sustantiva, por la errónea calificación de los hechos (tipicidad), porque la adecuación de la conducta humana a la descripción objetiva del o de los delitos enlignados, debe ser correcta y exacta...”.

El A.S. N° 431 de 11 de octubre de 2006, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de suministro de sustancias controladas, donde se estableció como doctrina legal aplicable la siguiente: “que la calificación del hecho a un tipo penal determinado es en razón a describir primeramente el hecho para luego comparar las características de la conducta ilícita con los elementos constitutivos del delito; es necesario tomar en cuenta que la conducta general descrita por el tipo penal se encuentra en la norma, mientras que la conducta particular se identifica por la descripción de sus peculiaridades, si estas se subsumen a todos los elementos constitutivos de un tipo penal, recién podrá calificarse el hecho como delito incurso en tal normativa; en caso de que falte la adecuación de un elemento constitutivo del tipo penal, el hecho no constituye delito o en su caso se adecua a tentativa u otra figura delictiva”.

Finalmente el A.S. N° 315 de 2006, fue emitido dentro de un proceso seguido también por el delito de tráfico de sustancias controladas, en el cual la entonces Corte Suprema de Justicia constató que el Tribunal de Sentencia, subsumió erróneamente la conducta del imputado al tipo penal de tráfico de sustancias controladas y siendo que a su criterio la conducta del acusado se subsumió al tipo penal de transporte, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo como doctrina legal la siguiente: “Un estado democrático de derecho está sostenido por el equilibrio y control riguroso que dimanar de los principios de legalidad, derecho al cumplimiento de la reglas del debido proceso penal y publicidad. Bastará que exista la ausencia de uno de ellos para demandar la corrección y, con mayor razón, si las infracciones han sido reclamadas oportunamente por el recurrente a quien le causa perjuicios la forma de resolución que incurre en ‘error injudicando’, tarea que la ley obliga a que los Tribunales de Justicia se sometan a la ley emitiendo sentencias que fluyan del respeto absoluto al ‘principio de legalidad’ realizando los juzgadores tareas objetivas de subsunción que demuestren, objetivamente, el encuadramiento perfecto de las conductas tachadas de antijurídicas en el marco descriptivo de la ley penal, lo contrario significaría crear ‘inseguridad jurídica’ en perjuicio de toda la población...”.

Contrastando los referidos precedentes con el motivo en análisis, inicialmente se debe reiterar que los criterios desarrollados por este tribunal en cuanto a la labor de contraste que la ley le asigna que exige la concurrencia de supuestos fácticos análogos, resultando que en materia sustantiva el supuesto fáctico, análogo implica que el hecho analizado sea similar y en materia procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar; al respecto, en el caso de autos se observa que la recurrente, refiere que el auto de vista impugnado habría convalidado la inobservancia de la ley sustantiva, señalando que las lesiones ocasionadas en el cuerpo de la víctima fueron debidamente demostradas por el certificado médico forense y por las atestaciones en juicio del médico forense y que respecto a los autores se habría comprobado por las declaraciones de los testigos de cargo; al respecto, el auto de vista recurrido concluyó que evidentemente se acreditaron las lesiones que fueron provocadas a la víctima; sin embargo, lo que no se probó fue la participación de los acusados en el hecho acusado, observando que evidentemente existe contradicción en las testificales de descargo; puesto que, por la certificación del Juzgado de Instrucción 1° en lo Civil, se verificó que Concepción Fernández, a la hora de los hechos acusados se encontraba en audiencia y el Testigo Esperidión Ignacio señaló que Concepción llegó cuando pasó la pelea, que la acusación pública y particular fueron imprecisas sobre la real participación de cada uno de los acusados; es decir, no se individualizó como participó cada uno de los acusados. Además, se precisó que los acusados Edil Quispe Choque y René Quispe Choque, adujeron que fueron agredidos por la demandante, la cual en ese afán tropezó y se golpeó; en consecuencia, cuando se está en una situación donde no existe certeza sobre la autoría de los acusados, el principio in dubio pro reo favorece a la parte acusada, como ocurrió en el caso de autos.

Ahora bien, analizados los precedentes se evidencia que no se está ante situaciones similares, habida cuenta que la doctrina contenida en los autos supremos citados como precedentes contradictorios, tienen como común denominador que los acusados fueron condenados sin haberse subsumido su conducta de manera correcta a los tipos penales acusados; en cambio, en el caso de autos se absolvió a los acusados precisamente porque no se comprobó su participación en los hechos acusados; es decir, que las situaciones de hecho resueltas por los precedentes no son similares a la que funda el presente motivo; en consecuencia, menos existe contradicción entre el auto de vista impugnado y los precedentes invocados por la recurrente deviniendo en consecuencia este motivo también en infundado.

Finalmente, en el tercer motivo, la recurrente denuncia que el auto de vista recurrido habría convalidado una sentencia que carecía de una adecuada fundamentación probatoria intelectual, situación que sería contraria a la doctrina legal establecida en el A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004.

El referido precedente fue emitido dentro de un proceso seguido por los delitos de Estafa y Estelionato, en el cual la extinta Corte Suprema de Justicia constó que el auto de vista recurrido no se pronunció sobre todos los puntos apelados, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo como doctrina legal aplicable: “Que el juicio oral, público y contradictorio conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla tutelado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y contradictorio. En su desarrollo las partes asumen el papel protagónico de someterse a las reglas del debido proceso en igualdad de condiciones. Los Tribunales de Sentencia o el Juez deben emitir la sentencia fundamentada consignando todos y cada uno de los hechos debatidos en juicio, con un análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo incorporadas legalmente al proceso, debiendo la fundamentación ser clara sin contradicciones entre la parte considerativa y resolutive, con indicación de las normas sustantivas o adjetivas que respalden el fallo requisitos que toda sentencia deben contener, constituyendo su omisión defecto de sentencia insubsanables el tenor del art. 370-3 del Cód. Pdto. Pen., por lo que en esos casos corresponde aplicar el primer parágrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.”.

Precisado el reclamo y el precedente invocado, se tiene en el caso de autos que la recurrente alega como otro motivo que el auto de vista recurrido habría convalidado una sentencia que carecía de una fundamentación probatoria intelectual; en cambio, el precedente invocado como contradictorio, se fundó en el hecho de que el tribunal de alzada incurrió en un defecto absoluto como es la incongruencia omisiva, por no

haber respondido todos las denuncias del recurso de apelación restringida, concluyéndose en consecuencia que la problemática resuelta por el precedente no es similar al caso de autos, por lo que este tribunal se halla imposibilitado de realizar un contraste entre el referido precedente y la resolución recurrida de casación, deviniendo en consecuencia este motivo en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Margarita Casilla Vásquez, cursante de fs. 319 a 325 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



263

Ministerio Público y otros c/ Genaro Canasi Viracocha
Abuso sexual
Distrito: Chuquisaca

AUTO DE VISTA

Sucre, 12 de septiembre de 2016.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia N° 005/2016 de 22 de marzo de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia de Padilla (fs. 222-226), en el juicio penal seguido por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Sopachuy contra Genaro Canasi Viracocha por el delito de "Abuso sexual", previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen.; los antecedentes remitidos, normas legales pertinentes; y,

CONSIDERANDO: Que desarrollado el juicio referido supra, en los términos que informa el acta correspondiente, el tribunal de la causa dicta la Sentencia N° 005/2016, en la que falla declarando a Genaro Canasi Viracocha culpable y autor del delito de abuso sexual previsto en el art. 312 del Cód. Pen., condenándolo a cumplir la pena de reclusión de 10 años en la cárcel pública de la localidad Padilla.

Que la referida sentencia, es impugnada vía apelación restringida por el acusado Genaro Canasi Viracocha, en los términos del memorial de fs. 236- 249; a los que se imprime el trámite establecido por el art. 409 del Cód. Pdto. Pen., respondiendo a dicha apelación la representación del Ministerio Público cursante a fs. 254-255 vta.; de igual manera responde la representación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Sopachuy mediante memorial de fs. 276-279; en cuyo mérito el tribunal ad quem a fs. 280, dispone la remisión de obrados ante el tribunal de alzada de turno con emplazamiento de partes, cumpliéndose tal remisión cual consta por oficio de fs. 285 y comprobante de sistema de fs. 286, cursando decreto de observación de fs. 319, respecto de los motivos de apelación restringida, que no cumplen a cabalidad con los requisitos establecidos por el art. 408 del Cuerpo Adjetivo Penal, en la parte in fine del primer y segundo párrafo, dándose aplicación al art. 399 primer párrafo del mismo, para que se subsanen las observaciones referidas bajo apercibimiento de rechazo; presentando en mérito al decreto referido el recurrente, memorial de subsanación de fs. 321-328, dentro del plazo legal otorgado; radicándose la causa en la Sala Penal Primera por decreto de fs. 329, efectuada la audiencia de fundamentación oral conforme consta en el acta respectiva, se procede oportunamente al sorteo de ley, conforme consta a fs. 340; dictándose en consecuencia la presente resolución.

CONSIDERANDO: Que por los efectos pertinentes; es menester realizar en primer término juicio de admisibilidad; en ese orden, se tiene haberse dado lectura íntegra a la sentencia, notificándose de manera escrita al acusado Genaro Canasi el día miércoles 11 de mayo de 2016 (fs. 271 constancia de notificación); y el recurso de apelación de parte del acusado Genaro Canasi fue presentado el día jueves 02 de junio del mismo año, a hrs. 20:26 (fs. 249 según constancia de recepción); dentro del plazo -15 días- establecido por el art. 408 de la L. N° 1970, computado en la forma dispuesta por el art. 130 párrafos cuarto y sexto de dicha norma procesal, los recursos han sido presentados dentro del término de ley. El decreto de observación de fs. 319, ha sido cumplido por memorial de fs. 321-328; consecuentemente se admite el recurso y se ingresa al análisis de los aspectos cuestionados, en el marco del art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

Primer Motivo, inobservancia o errónea aplicación de la Ley Sustantiva penal.-

Normas Habilitantes.- Son los arts. 370-1 y 407 del Cód. Pdto. Pen.

Normas Inobservadas o erróneamente aplicadas.- Es el art. 312 del Cód. Pen.

Fundamentos Jurídicos.- Alega, el recurrente que el tipo penal por el cual ha sido condenado el ahora recurrente es el art. 312 del Cód. Pen., el cual se descompone en dos supuestos de hechos distintos, los cuales conminan penas distintas, así en el primer supuesto se establece un mínimo de 6 años y un máximo de 10 años y en el segundo supuesto un mínimo de 10 años a 15 años, no obstante esta precisión de una lectura de la sentencia confutada los jueces no precisan bajo cuál de dichos supuestos de hecho se ha condenado, sin embargo por el quantum de la pena se presume que habría sido por el segundo presupuesto; como se podrá evidenciar este tipo de incoherencias y ausencia de técnica jurídica no solo se han plasmado en el fallo, sino que se ha llegado inclusive a fundamentar el mismo con una total falta de aplicación de los principios que hacen a la doctrina penal y la hermenéutica jurídica lo cual ha desencadenado en los vicios de inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva penal en lo que refiere a la subsunción y a la imposición de la pena; se puede evidenciar que según el tribunal a quo, se habría cumplido los elementos constitutivos del tipo penal, sin embargo no indica cuales son esos elementos constitutivos que hacen al tipo penal referido, más al contrario solo se remiten a referirse al dolo del conocimiento y voluntad sin expresar bajo qué elemento de prueba se asume tal razonamiento; refiere el recurrente que el art. 312 del Cód. Pen. precisamente es este punto donde se produce la inobservancia de la ley sustantiva, pues con el razonamiento desglosado el tribunal a quo no observó la norma y por ende creo causas paralelos a los establecidos en la misma, conforme han precisado las SS.CC. Nos. 1056/03-R y 1146/03-R, tomando en cuenta que conforme consta en obrados por la prueba documental de cargo MP-PD1, denuncia de 25 de marzo de 2014, MP-PD2, entrevista psicológica, MP-PP-1 dictamen pericial no existe elementos objetos de prueba toda vez que estas pruebas son propuestas por terceras personas ajenas al hecho, en ninguna parte del juicio oral se produjo careo entre una supuesta colusión de hechos históricos, ya que solo se trató la palabra de la niña contra el supuesto agresor, queda claro que no hubo testigos presenciales del hecho, tan solo la declaración de la supuesta víctima y del padre de la víctima que replico en el relato de hecho. Asimismo corresponde señalar que no se pudo acreditar la violencia física que se hubiese ejercido en caso de autos, pese a que se argumentó que se le había abrazado a fuerza, sin embargo la parte acusadora no se pudo sostener ningún tipo de violencia física acreditada por médico forense o fotografías que señalen tal extremo, si bien es cierto que no necesariamente tiene que radicar la violencia física, se debe acreditar y demostrar la intimidación o coacción para lograr la agresión sexual, por tanto no basta con justificar que por ser de contextura física más grande y requisito este cumplido.

De los entendimientos doctrinarios se advierte que el razonamiento del tribunal a quo es inconsistente y arbitrario, pues sostener que preguntar si había lavado su calzón y ver su ropa interior para luego abrazarla y provocar su huida constituyan actitudes lascivas para obtener una satisfacción morbosa, púes estos hechos no se asemejan a la amenaza grave o intimidación como forzosamente pretende el tribunal a quo.

Por lo que al no haberse podido demostrar mediante prueba documental o testifical la existencia real del animus delicti en la conducta del ahora recurrente, claramente se está ante la falta de uno de los elementos constitutivos de la tipicidad el cual es el elemento subjetivo, por lo que la conducta no se acomoda a cabalidad al tipo penal, también se puede observar la ausencia el elemento objetivo de la tipicidad en el abuso sexual, lo que significa que el hecho no existió puesto que no se puede demostrar por ningún medio probatorio que el recurrente haya cometido el hecho, lo que lleva al último elemento de la tipicidad que es el juicio de culpabilidad esto quiere decir que el acusado deba acomodar a cabalidad su conducta en el tipo penal, o sea que cumpla al pie de la letra con la decisión del tipo penal, situación que de igual manera no se ha podido demostrar, por tanto al no poder cumplirse estos tres elementos constitutivos de la tipicidad se está ante la existencia de una conducta totalmente atípica, por lo cual no existe la comisión de un delito en este caso de abuso sexual.

Aplicación que se pretende.- La aplicación que se pretende del art. 312 del Cód. Pen., es que habiéndose probado que no existen todos los elementos constitutivos del tipo penal de abuso sexual se debe efectuar una correcta calificación de los hechos acusados y probados y determinar la inexistencia fehaciente de un hecho con carácter penal es plenamente atípica, por tanto no perseguible penalmente por no constituirse en delito, por ello habiendo correcta aplicación de la norma sustantiva en cuestión, se debe resolver la atipicidad de la conducta acusada.

Petitorio.- En consecuencia y tomando en cuenta los fundamentos desarrollados en el presente acápite y motivo, corresponde solicitar, que en aplicación de lo dispuesto por el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., en su primer párrafo se disponga la anulación total de la sentencia y la reposición del juicio.

Segundo motivo, la Sentencia se basa en la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación.-

Norma habilitante.- La norma es los arts. 370-11 y 169-1 y 3 del Cód. Pdto. Pen.

Norma Violada.- Señala el recurrente al art. 362 del Cód. Pdto. Pen., toda vez que se emite condena por un hecho distinto al atribuido en la acusación, arts. 329 y 342 en su tercer párrafo del Cód. Pdto. Pen., toda vez que el tribunal concluye hechos no contemplados en ninguna de las acusaciones; también cita a los arts. 15 de la L.O.J., 1 de la L. N° 1430, 8-2-b) y c) del Pacto de San José de Costa Rica, concordantes con los arts. 1 y 2 del mismo Pacto, los arts. 9-4, 13-1, 23-III, 115, 116, 119 de la C.P.E., toda vez que el tribunal de manera flagrante al dictar sentencia vulnera los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, los Tratados Internacionales y la Ley, actuando en contra posición a lo que manda nuestro ordenamiento jurídico.

Fundamento de Derecho.- Arguye, el recurrente que este motivo se funda en virtud de que en la fundamentación de la sentencia, omite y viola los derechos y garantías fundamentales del acusado con relación a la aplicación de normas constitucionales y legales que cimientan nuestro sistema de justicia haciendo legal y racional y no arbitrario y discrecional como los jueces del tribunal a quo han hecho, de igual forma han violentado las leyes de convencionalidad ratificadas por el estado. Entonces surge la pregunta obvia ¿Qué disposición constitucional o legal instituye o autoriza la aplicación del *lura Novit Curia* por parte de los jueces penales?; hasta por razonamiento lógico queda claro que en un estado democrático como el nuestro se debe ejercer el estado de derecho, donde los jueces administran justicia aplicando la primacía de la norma que es la Constitución Política del Estado donde se encuentra fundada en cimientos de contenido principista y garantista del cual se siente orgullo de tener este tipo de Constitución, sin embargo en el caso concreto los jueces todavía actúan sobre la antigua práctica del

positivismo pretendiendo aplicar una norma genérica a raja tabla en un caso concreto que no se acomoda de ninguna manera a lo pretendido por los jueces que subalternan la Constitución Política del Estado.

Asimismo refiere el recurrente que se ha violentado las leyes de convencionalidad ratificadas por el estado, las cuales al formar parte del ordenamiento jurídico boliviano y del bloque de constitucionalidad, tienen aplicación obligatoria por parte del estado y sus órganos en este caso jueces del órgano judicial; corresponde referir que en este punto en particular se ha violado una ley del estado de carácter ratificatorio, por una parte, y el contenido de la disposición internacional ratificada, bajo dicho entendido se evidencia que la ley manifiestamente contrariada o violada es el artículo primero de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993; disposición jurídica que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico dicha convención teniendo carácter obligatorio en su aplicación y cumplimiento por parte del Estado Boliviano, al haberse incorporado esta norma internacional a nuestro derecho su contenido también goza del carácter obligatorio en su aplicación y cumplimiento, en este punto se debe indicar que con su accionar, han contrariado y violado lo señalado en el art. 8-2-b) y c).

Aplicación Pretendida.- La aplicación pretendida en este acápite en relación a los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., deviene de que por el principio de legalidad se debe valorar toda la prueba producida en juicio aplicando la sana crítica, en relación a la lógica y se debe justificar de manera objetiva y clara el valor que se le da a cada elemento de prueba en contra la prueba documental de cargo MP-PD1 y MP-PD2, MP-PP1, toda vez que se le dio un valor arbitrario a cada una de estas pruebas. La aplicación pretendida respecto al art. 362 del Cód. Pdto. Pen., es que el Tribunal de Sentencia debe valorar toda la prueba, fundamentos y solicitud contendida tanto en la acusación fiscal como la particular objeto sobre lo que se basó el presente juicio, debiendo emitir una sentencia basada en el delito acusado, toda vez que se emite condena por un hecho distinto al atribuido en la acusación. Respecto al art. 15 de la L.O.J., de igual manera solicita que este artículo sea aplicado como manda la norma, respetando la jerarquía normativa al momento de dictar sentencia y no como el tribunal hizo utilizando un principio que no se encuentra reconocido ni en la Constitución Política del Estado, ni en la Ley, bajo el aforismo del *lura Novit Curia*.

En relación a los arts. 1 de la L. N° 1430, 8-2-b) y c) del Pacto de San José de Costa Rica, concordantes con los arts. 1 y 2 del mismo Pacto, la aplicación pretendida es que el tribunal de cumplimiento a lo contenido en estos artículos, velando la protección de los Derechos Humanos y Garantías Constitucionales reconocidos en nuestra Constitución Política del Estado. Respecto a los arts. 9-4 y 13-I de la C.P.E., la aplicación que se pretende es que el tribunal dé un estricto cumplimiento a estos artículos, garantizando el cumplimiento de los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, puesto que de no haberse esto se estaría atentado contra el ahora recurrente y sus derechos.

Respecto al art. 23-III de la C.P.E., la aplicación que se solicita es que el tribunal velando por el derecho a la libertad reconocido en este artículo, aplique de manera concreta el mismo, no condenándolo por un supuesto principio "*lura Novit Curia*", el cual no se encuentra reconocido por nuestra Constitución Política del Estado, debiendo respetar el derecho a la libertad y debido proceso.

Petitorio.- En el presente punto pide se declare procedente la apelación del motivo, correspondido en calidad de solución impugnativa disponer el reenvío y la realización de un nuevo juicio por un tribunal realmente imparcial, toda vez que el tribunal de alzada no puede reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación.

CONSIDERANDO.- Inicialmente, este tribunal considera pertinente recordar previamente algunos entendimientos; es en ese sentido que: El Libro Tercero de la L. N° 1970, establece el sistema recursivo del Procedimiento Penal Boliviano; dentro de éste, el Título I, dispone normas generales de cumplimiento obligatorio en todos los recursos previstos por el legislador; el Título IV, además de lo mencionado anteriormente, prevé y regula exclusivamente el recurso de apelación restringida en los arts. 407 al 415, siendo éste el marco y base legal de análisis del presente recurso, en etapa de juicio de admisibilidad.

En el sistema procesal penal vigente, la apelación restringida se ha normado como un medio de impugnación de puro derecho, ya no es una "segunda instancia" en los términos establecidos en el sistema procesal abrogado; y ha de interponerse por inobservancia o errónea aplicación de la ley -sustantiva o adjetiva-, alegaciones que deben ser específicas y adecuarse a defectos de sentencia (art. 370 del Cód. Pdto. Pen.) o a defectos absolutos (art. 160 del Cód. Pdto. Pen.).

Por mandato del art. 408 del Cód. Pdto. Pen., la formulación del recurso de apelación restringida debe enmarcarse a los requisitos en ella impuestos, a saber, a más del plazo y forma escrita: la cita concreta y separada de las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, debidamente fundamentadas (las violaciones o errónea aplicación); y, expresando cuál la aplicación que de ellas (normas identificadas como violadas o erróneamente aplicadas) se pretende.

En cuanto a la fundamentación de violación o errónea aplicación de las normas que se invoquen, ha de entenderse a toda formulación específica de hechos vinculada a defectos en aplicación del derecho, objetivamente sustentada -momento en que se vincula al requisito general previsto en el art. 396-3 in fine-, que exponga el análisis jurídico de la norma y el dónde (de la sentencia y/o de la audiencia de juicio), el cómo y el por qué el a quo hubiere incurrido en violación o errónea aplicación de dicha norma sustantiva o adjetiva; exposición que no puede pretender sustituirse por simple transcripción de la norma, ni por el simple enunciado genérico de concurrencia del defecto, o por una alegación de su postura sin vinculación directa con el hecho y derecho que invoca.

En cuanto a la aplicación que se pretende, este requisito está referido a cómo se considera que debieran aplicarse las normas individualizadas y alegadas de violadas o erróneamente aplicadas, y no como se confunde, con la forma en que se pretende que el tribunal de alzada resuelva el recurso de apelación -forma de decisión-, que es lo que ocurre cuando se invocan los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen.

Debe tenerse presente que la L. N° 1970, en el sistema impugnativo que regula, protege tanto el principio de inexcusabilidad de cumplimiento de requisitos que exige para cada medio, cuanto los derechos de tutela judicial efectiva y revisión de una decisión judicial; pues ante la concurrencia de defectos formales, establece en el art. 399 primer párrafo, la posibilidad de subsanación previendo un plazo para ello, el que concedido, si la parte no ha corregido efectivamente los defectos observados y puntualizados, da lugar a la aplicación del segundo párrafo

de la referida norma, que es el de rechazar -sin ingresar al fondo- el recurso, por inadmisibile; al igual que ocurre cuando no se observa el plazo concedido para subsanación o el plazo de interposición del recurso.

Es el cumplimiento de estas reglas y requisitos, lo que permite al tribunal de alzada abrir su competencia para resolver el recurso en el marco del art. 398 del Cód. Pdto. Pen.; en otros términos, no se abre la competencia del tribunal de alzada para ingresar al análisis y resolución de los motivos de recurso, en tanto y en cuanto éste no haya superado el juicio de admisibilidad; es decir, si no se ha verificado el cumplimiento estricto e inexcusable de los requisitos de plazo y forma de interposición.

Que por expresa determinación del art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen., este tribunal es competente para sustanciar y resolver el recurso de apelación restringida, dentro del marco establecido por el art. 398 y en las formas -según el caso- previstos en los arts. 413 y 414 del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que admitidos los motivos primero y segundo del recurso de apelación, este tribunal de alzada, en el marco de lo establecido por la norma referida, ingresa a pronunciamiento de fondo, en los siguientes términos:

En relación al primer motivo: De la cuidadosa revisión de la sentencia impugnada, denunciada en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva penal; se tiene que el Tribunal de Sentencia ha valorado adecuadamente cada una de las pruebas introducidas al juicio oral y contradictorio, así como de manera conjunta y armónica de toda la prueba que colige sustentatoriamente los hechos acusados a partir de la revelación congruente de la denuncia del padre de la víctima ante el Ministerio Público, también la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Sopachuy, la entrevista psicológica realizada a la menor víctima, dictamen pericial; que de manera coherente y sistemática se ha desarrollado, refrendada por una víctima menor de edad; circunstancias conclusivas que han sido determinadas por las pruebas aportadas en juicio y no han sido desvirtuadas por la defensa, habiendo fundamentado el Tribunal de Sentencia brevemente con extractos objetivos considerando todos los elementos de prueba aportados, por lo que se cumplieron los principios rectores que pregonan los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., ya que adecuaron a cada una de las reglas de sana crítica racional, constatándose suficiente fundamentación y valoración inmerso dentro del ámbito del derecho al debido proceso que exige que toda resolución judicial debidamente fundamentada, exponiendo los hechos de manera detallada para determinar la condena del acusado con argumentos válidos y necesarios que no advierten los defectos denunciados por el recurrente.

Es también importante considerar de manera relevante que la defensa no aportó con prueba alguna conforme el acta de audiencia de juicio oral, por lo que menos ahora en alzada se puede inferir supuestos y después de las pruebas que denotan las circunstancias que establecen la existencia de autoría y culpabilidad del acusado, resulta incuestionable por los resultados del proceso penal instaurado.

Como consecuencia de lo señalado anteriormente, este tribunal de alzada no encuentra elementos que demuestran las infracciones que hacen viable la petición recursiva, ya que la redacción de la sentencia es suficiente para comprender y entender las consideraciones de concurrencia de elementos de la conducta del agente en base a la prueba producida en juicio oral y contradictorio y que no constituyen de ninguna manera la expresión de los agravios y comisión de los errores de derecho o de hecho en la apreciación y valoración de la prueba con sujeción al precepto citado, para obtener la censura de la decisión y su anulación o reposición del juicio a otro tribunal, debe tenerse en cuenta que la prueba ha sido apreciada y valorada por el juzgador, según su conciencia y con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica, como enseña el art. 173 del Código Adjetivo Penal que dispone: "el juez o tribunal asignará valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida".

Ahora bien, la credibilidad de la víctima, el valor de un documento ya sea público o privado y todo el elenco probatorio desfilado en juicio, deberá ser apreciado por el tribunal, por constituir actividades que le competen; en esa esfera debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva; lo contrario, implicaría no sólo suprimir una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho y por ende infringiría la garantía del debido proceso, que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en uno u otro sentido; en definitiva cuál fuese la ratio decidendi que acarrió al tribunal a tomar la decisión. En el caso de autos, las conclusiones a las que arriba el tribunal, resultan ser razonables; se ha actuado observando los derechos del acusado, inadvirtiéndose carencia de motivación pues existe concisa y clara que justifica razonablemente la decisión, exponiendo una fundamentación probatoria descriptiva incorporados al fallo los medios de prueba, exteriorizando cómo derivó de ellos la información para sustentar los hechos probados, por qué le merecieron crédito o no y cómo vincula cada uno con el resto del elenco de prueba, de este modo, conoció y desarrolló el iter lógico del tribunal, para arribar al convencimiento de la adecuación del accionar del imputado al tipo penal descrito.

Asimismo, en autos, el tribunal a quo analizó y valoró no solo el contexto formal de la prueba, sino principalmente su contenido, así se tiene expuesto; es más, por vía del recurso de apelación restringida, no es atendible el ingresar a un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas no está prefijado o predeterminado de antemano y compete al juez o tribunal de juicio justificar fundada y adecuadamente las razones por las que otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra; extremo, que aconteció en el caso de autos; pues contiene el análisis adecuado y motivado de todo el elenco probatorio, tanto de cargo; de ahí porque no habiéndose acreditado las infracciones acusadas por el recurrente; y, siendo que la valoración de las pruebas representa una operación intelectual del juzgador; siendo la regla básica en esta materia, que el tribunal produzca su convicción siguiendo los principios de inmediación que en los hechos se tiene cumplidos, deviene en improcedente.

Respecto al segundo motivo recursivo; falta de congruencia entre la sentencia y la acusación; es necesario recordar inicialmente la jurisprudencia establecida en el A.S. N° 185 de 26 de abril de 2010 de la SP1, al referirse a los modos en que pueden vulnerarse la congruencia, al señalar: "la congruencia solo puede quebrantarse de dos modos: por defecto, sino se resuelve sobre todo lo que debió resolver, y por exceso, si se resuelve lo que no es objeto de resolución, cuya infracción da lugar a las incongruencias; 1) extra petitum, 2) infra petitum y

3) mixta por error. Para que la incongruencia por exceso, pueda ser constitutiva de una lesión del derecho o tutela judicial efectiva, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, suponga una modificación sustancial del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la resolución judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho a la defensa (...).

Ahora bien, de la lectura de la sentencia en la parte correspondiente al acápite VI Fundamentación jurídica, se ha determinado y aclarado, que el verbo rector por el cual establece la acusación fiscal es el de tentativa de violación, pero el tribunal a quo llegó a la convicción de que se trataba de otro delito "Abuso sexual"; llegando el tribunal a la convicción de que el ahora apelante realizó actos con conocimiento y voluntad por cuanto el agente tenía conocimiento y sabía de su conducta antijurídica teniendo la capacidad de entender y comprender lo que estaba haciendo, no otra cosa significaría que el acusado aprovechó la minoridad de la víctima, y que para cometer el hecho acusado, en 23 de febrero de 2014, en horas de la noche, el ahora recurrente ingreso al dormitorio donde se encontraba durmiendo la menor víctima junto a sus compañeras, la hizo despertar y con mentiras, como que la madre de ella la estaba esperando en la cocina, una vez que ella fue a esa cocina él aprovechó, cuando estaban solos, para preguntar si había lavado su calzón e incluso dobló su buzo para ver su ropa interior, luego la abrazó, este último hecho asustó a la menor y provocó su huida, como atestigua tanto la víctima; por lo que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un acto o conducta punible, por ello que el ahora apelante en su calidad de autor, se ha representado mínimamente la consecuencia antijurídica de su acto y consuma el delito a sabiendas de las consecuencias penales, finalmente la motivación del autor tuvo como fin o resultado su satisfacción sexual, como se tiene acreditado en la sentencia confutada.

De otro lado, también de una revisión del contenido de la acusación fiscal, en la relación circunstancial del hecho, respecto del delito abuso sexual donde se lo acusa del mismo, en virtud a la suficiente prueba aportada de parte del Ministerio Público para demostrar la concurrencia de este delito.

De estas dos aseveraciones expresadas tanto en la sentencia que hacen a la configuración del verbo rector dolo, como la establecida en la acusación fiscal relativa a la comisión del delito de abuso sexual, no solamente fue de conocimiento oportuno del recurrente hasta antes del juicio, sino que también ya conocía cuales las circunstancias del hecho acusado por el que debía asumir defensa y debatido en juicio. De tal modo que lo alegado por el apelante, no refleja ni tiene consistencia que amerite modificación sustancial del objeto procesal al que se sometió el contradictorio, lo que hace colegir que tampoco se advierte contradicción entre la acusación fiscal y la Sentencia, que más bien correctamente razonado por el tribunal a quo; por lo que este motivo deviene en improcedente.

En consecuencia, analizados estos aspectos cuestionados, se concluye no ser evidentes las infracciones y violaciones acusadas por la recurrente, por lo que tanto el primero como el segundo motivos de la apelación, devienen en improcedentes.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la atribución prevista en el art. 51-2, 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen.; en mérito a los fundamentos expuestos y en aplicación de las disposiciones legales invocadas, declara **IMPROCEDENTES** los motivos traídos a este tribunal de apelación del acusado Genaro Canasi Viracocha, en consecuencia, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., mantiene incólume la sentencia confutada.

La presente resolución puede ser recurrida de casación en el plazo y forma dispuestos por el art. 417 de la L. N° 1970.

Vocal relatora: Dra. M. Sandra Molina Villarroel.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: M. Sandra Molina Villarroel.- Iván Sandoval Fuentes.

Ante mí: Abg. Patricia M. Achá Mora.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 29 de septiembre de 2016, cursante de fs. 438 a 447 vta., Genaro Canasi Viracocha, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 292/2016 del 12 de septiembre, de fs. 341 a 349 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, conformada por los vocales Iván Sandoval Fuentes y M. Sandra Molina V., dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Sopachuy contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen.

I. Antecedentes del proceso.- De la revisión de los antecedentes venidos en casación se establece lo siguiente:

a) Por Sentencia N° 005/2016 de 22 de marzo (fs. 222 a 226), el Tribunal Primero de Sentencia de Padilla del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Genaro Canasi Viracocha, autor del delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 parte in fine del Cód. Pen., modificado por la L. N° 348 de 9 de marzo de 2013, imponiendo la pena de diez años de reclusión, con costas.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Genaro Canasi Viracocha, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 236 a 249) y previo memorial de subsanación (fs. 221 a 228), fue resuelto por A.V. N° 292/2016 del 12 de septiembre, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que declaró improcedentes las cuestiones planteadas en el recurso y confirmó la sentencia apelada dando lugar a la interposición del recurso de casación.

I.1.1. De los motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del Auto Supremo de admisión 892/2016-RA de 14 de noviembre (fs. 463 a 466), se extraen los motivos a ser analizados en la presente resolución, sobre los cuales, este tribunal circunscribirá su análisis, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente luego de referirse a algunos fundamentos de la sentencia condenatoria, concluye que dicha resolución se apartó del objeto del proceso, al sancionar una conducta que no fue motivo de la apertura de la causa penal ni de la acusación, pero contrariamente al A.S. N° 267/2013-RRC del 17 de octubre, emitido como emergencia del análisis relativo a la subsunción en materia penal sustantiva, el auto de vista impugnado con relación a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, confunde el motivo impetrado y se da la tarea oficiosa de explicar un agravio que no fue invocado como es la valoración defectuosa de la prueba ingresando así a la ratificación de la misma, cuando dicen que la prueba de cargo creó convicción de hechos delictivos, sin considerar las contradicciones que existen entre los hechos acusados y los hechos calificados como abuso sexual, es así que el tribunal de alzada apartándose del principio de logicidad califica por bien hecho el fundamento de la sentencia; además, que conforme a la prueba de cargo la víctima reiteró en su declaración que jamás le tocaron sus partes íntimas o genitales; por tanto, nunca existió tocamiento impúdico, por lo que, se está ante un hecho atípico conllevando a que los fundamentos de la sentencia y del auto de vista no tengan ningún valor legal para mantener semejante falacia que vulnera el principio de sana crítica, invoca el A.S. N° 013 del 6 de febrero de 2013, relacionado al acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y de recurrir, aclara que en el recurso de apelación restringida se invocó el A.S. N° 21 de 26 de enero de 2007 y que se puede evidenciar que la conducta acreditada y probada en el juicio no condice con el tipo penal del art. 312 del Cód. Pen., ya que no se acreditó los elementos de circunstancia y medios consignados en los arts. 308 del Cód. Pen.; es decir, que la sentencia no señala la prueba que demuestre la intimidación, violencia física o psicológica como medios empleados por su persona, pero el tribunal de alzada en vez de verificar la correcta calificación de los hechos de forma cómplice decide declarar inadmisibles. Transcribiendo parte del A.S. N° 369/2014 de 8 de agosto, señala que el tribunal de alzada con referencia al primer motivo declara infundado sin aplicar el control de logicidad sobre las pruebas que llevaron adecuar la conducta del acusado, tampoco realizó la subsunción penal con el rigor científico penal que exige el A.S. N° 82/2006 del 30 de enero, por ello el primer agravio del recurso (declarado inadmisibles) ha demostrado el error en la subsunción penal; sin embargo, no ha merecido pronunciamiento, invoca los AA.SS. Nos. 231 del 4 de julio de 2006 y 509 del 16 de noviembre del 2006, indicando que el tribunal de alzada se apartó de dichos precedentes al no realizar la contrastación de los fundamentos de la apelación con los hechos, las pruebas y la calificación legal, eludiendo dicho deber a través de una inadmisibilidad; denuncia la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva de acceso a la justicia y al debido proceso.

2) El auto vista impugnado, vulnera el debido proceso en su componente falta de fundamentación y respuesta al punto apelado, ante flagrante omisión con relación al derecho, garantía y principio al debido proceso expuesto en el segundo motivo del recurso de apelación y que no mereció ninguna respuesta, invoca las SS.CC. Nos. 1439/2013 y 1023/2012 entre otras, el A.S. N° 199/2013, indicando que lo lógico es brindarle al acusado la oportunidad de defenderse con la nueva acusación para que así tenga tiempo suficiente para proponer diligencias que le permitan aportar prueba y desvirtuar los hechos que se le acusan, invoca los AA.SS. Nos. 337/2011 del 13 de junio, 368/2005 del 17 de septiembre y 241/2006 de 6 de julio que se refieren a la vulneración al debido proceso y transcribe parte del A.S. N° 272 del 4 de mayo de 2009, agrega que el tribunal de alzada se limita a decir que el recurso es improcedente convalidando la sentencia arbitraria, invoca el A.S. N° 166/2012-RRC, concluyendo que no puede pretenderse que el juez asuma una posición innovadora frente a los hechos, sin que haya dado a las partes la posibilidad de discutir una nueva calificación, tampoco es legal modificar la calificación jurídica contenida en la acusación si vulnera el derecho a la defensa y afecta la causa y objeto pedido.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista, estableciéndose la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 892/2016-RA de 14 de noviembre, este tribunal declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el recurrente, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.- De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 005/2016 de 22 de marzo, el Tribunal Primero de Sentencia de Padilla del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Genaro Canasi Viracocha, autor del delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 parte in fine del Cód. Pen., modificado por la L. N° 348 de 9 de marzo de 2013, imponiendo la pena de diez años de reclusión, con costas, en base al siguiente argumento:

El 23 de febrero de 2014, en horas de la noche, el imputado ingresó al dormitorio donde se encontraba durmiendo la menor junto a sus compañeritas, le hizo despertar y con mentiras indicándole que su mamá le estaba esperando en la cocina; una vez que ella fue, en el momento cuando estaban solos, el acusado le preguntó si había lavado su calzón e incluso dobló su buzo para ver su ropa interior, luego la abrazó a la menor asustándole así y provocando su huida; estas circunstancias precisas que fueron ratificadas en todos los relatos de la víctima, hacen denotar una actitud lasciva, pues cuando le mira la ropa interior él ha obtenido una satisfacción morbosa fruto precisamente de esa observación, más no se aprecian actos de violencia, física o moral, que pongan a la víctima en una posición preparatoria de una violación sexual, pues cuando la abrazó la menor escapó, es justo suponer que por su condición física y abrumadora superioridad hubiera impedido la huida para proseguir con el acceso carnal, por ello, el tribunal concluye que por los hechos demostrados en juicio oral, ha existido actos sexuales no constitutivos de penetración o acceso carnal, este acto criminal, el abuso sexual, consiste en ejecutar con otras personas actos libidinosos que provoquen en el sujeto activo o agresor, una excitación o satisfacción sexual sin que se llegue al coito como en la violación, por

ello, demostrado esta que el imputado ejerció intimidación aprovechando la incapacidad de la víctima, pues hace que le acompañe a un lugar solitario y cerrado, donde sin testigos procede a la vejación sin posibilidad de auxilio, esto sin perder de vista que él ya tenía un plan elaborado, no otra cosa significa que lleve solamente a la víctima con mentiras separándola de las demás, una vez dentro, realiza actos lascivos y libidinosos como mirarle su calzón y abrazarla, obteniendo con ello una insana satisfacción sexual, se ha establecido también, la evidente desproporción en cuanto a la fuerza física y dominio (ella contaba con tan solo 9 años) podía doblegar la voluntad de ella, por esa circunstancia era imposible esperar de la víctima una resistencia adecuada para defenderse de su agresor, optando esta última en huir.

II.2. De la apelación restringida.

Contra la referida sentencia, el imputado formuló recurso de apelación restringida que es desarrollada sólo en cuanto a lo atinente a los motivos traídos en casación:

1) El Tribunal de Sentencia no observó la norma sustantiva, creando causas paralelos a los establecidos en la misma, tomando en cuenta que conforme consta en obrados por la prueba documental de cargo MP-PD1 (denuncia de 25 de marzo de 2014); MP-PD2 (entrevista psicológica); MP-PP-1 (dictamen pericial) no existe elementos objetivos de prueba; toda vez, que estas pruebas son propuestas por terceras personas ajenas al hecho, en ninguna parte del juicio se produjo careo entre una supuesta colusión de hechos históricos, ya que solo se trató de la palabra de la niña versus el supuesto agresor, queda claro que no hubo testigos presenciales del hecho, tan solo la declaración de la supuesta víctima y del padre. El informe psicológico demuestra que el imputado no tocó a la menor que sólo la abrazó, elemento que desecha más bien el forzado argumento de violencia en su referencia a intimidación.

2) Alega que la sentencia se basa en la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación, ya que fue condenado por abuso sexual, pese que desde el primer momento fue acusado originalmente por violación, por lo que existió un cambio abrupto y sorpresivo, porque emergió en el momento en que se leyó la parte resolutive de la sentencia cuando el proceso ya concluyó materialmente.

II.3. Auto de Vista.

Por A.V. N° 292/2016 del 12 de septiembre, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró improcedentes las cuestiones planteadas en el recurso y confirmó la Sentencia apelada, en base a los siguientes fundamentos:

i. Se tiene que el Tribunal de Sentencia ha valorado adecuadamente cada una de las pruebas introducidas al juicio oral y contradictorio, así como de manera conjunta y armónica de toda la prueba que colige sustentatoriamente los hechos acusados a partir de la revelación congruente de la denuncia del padre de la víctima ante el Ministerio Público, también la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la entrevista psicológica realizada a la menor, dictamen pericial, que de manera coherente y sistemática se ha desarrollado, refrendada por una víctima menor de edad; circunstancias conclusivas que han sido determinadas por las pruebas aportadas en juicio y no han sido desvirtuadas por la defensa, habiendo fundamentado el Tribunal de Sentencia brevemente con extractos objetivos considerando todos los elementos de prueba aportados, por lo que se cumplieron los principios rectores que pregonan los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen. , ya que adecuaron a cada una de las reglas de la sana crítica racional, constatándose suficiente fundamentación y valoración inmerso dentro del ámbito del derecho al debido proceso; aclara que conforme al acta de juicio oral, la defensa no aportó con prueba alguna su tesis, por lo tanto, menos en alzada puede inferir supuestos, pues no desvirtuó las circunstancias que establecen la existencia de autoría y culpabilidad; además, por el recurso de apelación restringida no es atendible el ingresar a un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia.

ii. De la lectura de la sentencia en la parte correspondiente al acápite VI Fundamentación jurídica, se ha determinado y aclarado, que el verbo rector por el cual establece la acusación fiscal es el de tentativa de violación, pero el Tribunal de Sentencia llegó a la convicción de que se trataba de otro delito "Abuso Sexual", llegando a la convicción del que el ahora apelante realizó actos con consentimiento y voluntad; por cuanto, el agente tenía conocimiento y sabía de su conducta antijurídica teniendo la capacidad de entender y comprender lo que estaba haciendo, no otra cosa significa que el acusado aprovechó la minoridad de la víctima y para cometer el hecho acusado el 23 de febrero del 2014 en horas de la noche, ingresó al dormitorio donde se encontraba durmiendo la menor víctima junto a sus compañeras, la hizo despertar y con mentiras, como que la madre le estaba esperando en la cocina, una vez que ella fue, él aprovechó cuando estaban solos para preguntar si había lavado su calzón e incluso dobló su buzo para ver su ropa interior, luego la abrazó, este último hecho asustó a la menor y provocó su huida como atestigua la víctima; por lo que, el dolo es conocimiento y voluntad de realizar el acto o conducta punible, finalmente la motivación del autor tuvo como fin el resultado de la satisfacción sexual como se tiene acreditado en la sentencia. También se evidencia de la revisión de la acusación fiscal en la relación circunstanciada del hecho, respecto al delito de abuso sexual, donde se le acusa al imputado de la comisión del mismo, hechos que no solo fueron de conocimiento del imputado sino también que ya conocía cuales fueron las circunstancias del hecho acusado por el que debería asumir defensa y debatido en juicio.

III. Verificación de la existencia de contradicción y de vulneración a derechos y garantías constitucionales

En el presente caso conforme se desprende del auto de admisión, esta sala penal admitió el recurso de casación formulado por el imputado precisando respecto al primer motivo alegado que se abocaría a efectuar la labor de contraste con el A.S. N° 369/2014 de 8 de agosto a los fines de establecer si el tribunal de alzada no aplico el control de legalidad sobre las pruebas que llevaron a adecuar la conducta del acusado, además de verificar si se vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa, ante el cuestionamiento del recurrente en sentencia de que no fuese legal la modificación de la calificación jurídica contenida en la acusación sin que pueda defenderse; por ello, efectuada esa necesaria puntualización, corresponde resolver ambas problemáticas.

III.1. Sobre el control de logicidad de las pruebas.

La parte recurrente invoca el A.S. N° 369/2014 de 8 de agosto, que fue pronunciado dentro de un proceso penal seguido por el delito de abuso de confianza; auto de vista que fue dejado sin efecto al evidenciarse que el tribunal de apelación, no ejerció su función de control de

verificación de la correcta fundamentación probatoria efectuada en la sentencia, incumpliendo con su labor de verificación del iter lógico en la valoración de la prueba, en vulneración al derecho a la defensa invocado por el recurrente, situación por la que el tribunal de alzada debía ejercer su deber de control a través de una resolución debidamente fundamentada, conforme se estableció en el Fundamento Jurídico III.2.1 de este auto supremo.

Ahora bien, toda vez que el precedente invocado contiene hechos similares al denunciado vía recurso de casación, se reitera que este tribunal se avocara únicamente al análisis del aspecto admitido mediante A.S. N° 892/2016-RA de 14 de noviembre, donde el recurrente denuncia que existiría contradicción entre el precedente y el auto de vista ahora impugnado, porque el tribunal de alzada no hubiese realizado el control de logicidad sobre las pruebas que llevaron a adecuar su conducta.

De la revisión del auto de vista ahora impugnado, se tiene que, el tribunal de alzada argumentó que el Tribunal de Sentencia valoró adecuadamente cada una de las pruebas introducidas al juicio oral y contradictorio, así como de manera conjunta toda la prueba que fue contrastada con los hechos acusados a partir de la revelación congruente de la denuncia del padre de la víctima ante el Ministerio Público, también la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la entrevista psicológica realizada a la menor y el dictamen pericial; circunstancias conclusivas que fueron determinadas por las pruebas aportadas en juicio y no fueron desvirtuadas por la defensa, por lo que, se cumplieron los principios rectores que pregonan los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., ya que adecuaron a cada una de las reglas de la sana crítica racional, constatándose suficiente fundamentación y valoración inmersa dentro del ámbito del derecho al debido proceso.

En este sentido, se constata que el tribunal de alzada, verificó a tiempo de resolver el recurso de apelación restringida, el proceso lógico seguido por el Tribunal de Sentencia en su razonamiento a través del examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, cotejando los hechos con cada una de las pruebas, así identificó de manera clara, cuáles fueron los elementos probatorios que conllevaron a la convicción de que efectivamente el imputado es autor de la comisión del delito de abuso sexual, en lo esencial, a partir de la labor y análisis conjunto de la prueba judicializada como es la entrevista psicológica realizada a la menor y el dictamen pericial, que fueron contrastados armónicamente con los testimonios de la menor de edad, concluyendo el auto de vista que encuentra en la sentencia la aplicación de las reglas que componen la sana crítica, detallando así las circunstancias del hecho sucedido, la intimidación por la edad que tenía el imputado y la mayor vulnerabilidad de la niña por su condición de minoridad; también dichas pruebas fueron relacionadas con el dolo, ya que se asumió que el imputado planificó el cómo engañarle a la víctima para llevarle a un lugar en horas de la noche donde efectivamente no existía gente. Planificación que sirvió como dijo correctamente el auto de vista y la sentencia, para la satisfacción sexual del imputado acomodando así su conducta al tipo penal de abuso sexual, pues si bien no existió acceso carnal, toda la prueba y el iter lógico desplegado por el tribunal de alzada, demuestra que existió actos sexuales contra una menor de edad y que en el juicio oral, la tesis de la acusación fiscal no fue desacreditada por ningún medio idóneo.

En este sentido, a partir de la lógica, no se podría pretender que existan testigos presenciales como alega el imputado, justamente porque existió un iter criminis con el fin de engañar, intimidar y llegar a una satisfacción sexual, o sea, existió todo un proceso de desarrollo para llegar al objetivo, aprovechando se reitera, la minoridad de la víctima y la edad del imputado, pues su simple presencia en un lugar oscuro (noche) y donde no existe gente, sin duda atemoriza e intimida a una menor de edad, fruto de ello, que escapó la menor cuando el imputado la abrazó conforme se tiene en los hechos probados y correctamente analizados por el tribunal de alzada; consiguientemente, el auto de vista verificó que la sentencia contiene la debida fundamentación respecto a la valoración probatoria otorgada, no estando facultada como dice el propio tribunal de alzada de otorgarle otro valor al dispuesto por el tribunal de mérito, por lo que, no existe contradicción entre el auto de vista y el precedente invocado, deviniendo el motivo en infundado.

III.2. Sobre la incongruencia denunciada.

El recurrente alega que, no es legal modificar la calificación jurídica contenida en la acusación sin que pueda defenderse, pues existiría incongruencia entre la acusación y la sentencia lo cual vulneraría el debido proceso y el derecho a la defensa.

De la revisión del auto de vista, se evidencia que el tribunal de alzada, luego de fundamentar sobre las circunstancias del hecho relacionadas con las pruebas, argumentó que, de la revisión de la acusación fiscal en la relación circunstanciada del hecho, respecto al delito de abuso sexual, donde se le acusa al recurrente de la comisión del mismo se establecieron hechos que no solo fueron de conocimiento del imputado sino también que ya conocía cuáles fueron las circunstancias del hecho acusado por los que debía asumir defensa y debatir en juicio.

En este sentido, se constata que el tribunal de alzada realizó un correcto control de legalidad al respecto, pues de la revisión de la acusación formal, se tiene totalmente detallado los hechos y circunstancias por las cuales se acusó al recurrente, que fueron de pleno conocimiento del imputado para que asuma su derecho amplio e irrestricto a la defensa, prueba de ello, es que mediante memorial de 18 de mayo del 2015, ofreció prueba testifical y solicitó se remita todo el cuaderno de investigaciones en calidad de prueba documental, teniendo expedidos en el juicio oral los medios de defensa que le otorga la ley dentro de un proceso impregnado de principios por los cuales se rige el sistema procesal penal.

En este sentido, es menester señalar respecto al principio de congruencia, que conforme a la doctrina legal aplicable contenida en el A.S. N° 166/2012-RRC, la posición doctrinal basada en el principio de la desvinculación condicionada ha sido modulada, aplicándose más bien el principio iura novit curia, en cuya virtud el juez o tribunal de juicio tiene amplias facultades para variar la calificación del tipo penal, siempre y cuando no se cambien los hechos objeto del proceso. Entendiendo que el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, discurre en relación al hecho y no así al tipo penal, por lo que, no es exigible la advertencia que exige el principio de desvinculación condicionada para el cambio de calificación jurídica, siempre y cuando se respeten los límites establecidos para la aplicación del principio iura novit curia, desarrollados en la explicación de los criterios jurisprudenciales (delitos de la misma familia).

Bajo este criterio doctrinal, en el presente caso, por una parte se tiene que, el imputado fue condenado por los mismos hechos que se encuentran en la acusación formal, sin que los mismos hayan sido modificados en el transcurso del juicio oral y por otra parte, efectivamente se cambió la calificación jurídica de tentativa de violación con abuso sexual; sin embargo de ello, este último ilícito también se encuentra dentro de la familia de delitos contra la libertad sexual, por lo que, se aplicó correcta y objetivamente el principio iura novit curia, no habiendo quedado en indefensión el imputado -como se dijo- porque conoció materialmente los hechos y circunstancias acusadas que no fueron cambiadas al momento de dictar sentencia, por lo tanto, menos podría decirse que se vulneró el debido proceso; por consiguiente, el recurso deviene en infundado al no existir incongruencia entre la acusación y la sentencia.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Genaro Canasi Viracocha de fs. 438 a 447 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



264

Ministerio Público y otra c/ Hugo Ossorio Paz
Violación de infante, niño, niña o adolescente
Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 17 de octubre de 2016, cursante de fs. 233 a 234, Hugo Ossorio Paz interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 331/016 de 7 de octubre de 2016, de fs. 214-215 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Iván Sandoval Fuentes y Sandra Molina, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Jeannette Camargo Canedo contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 19/2016 de 14 de junio (fs. 163 a 172), el Tribunal Tercero de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Chuquisaca, declaró al imputado Hugo Ossorio Paz, autor de la comisión del delito de violación de infante, niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis. del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinte años de privación de libertad, más costas, daños y perjuicios a favor del estado y la víctima averiguables en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Hugo Ossorio Paz interpuso recurso de apelación restringida (fs. 178 a 180 vta.), resuelto por A.V. N° 331/016 de 7 de octubre de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que rechazó por inadmisibles el recurso planteado, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 936/2016-RA de 24 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente alega que el tribunal de alzada incurrió en la vulneración del principio de la seguridad jurídica en su vertiente procesal, ya que rechazó por inadmisibles su recurso de apelación restringida en sus dos motivos, en razón a que no hubiere realizado una indicación de la aplicación que pretendía y al no existir dicho requisito no se ingresó al fondo del recurso, resultando esta decisión contradictoria, ya que por un lado indicó que no cumplió con indicar cuál la aplicación que pretendía, pero luego señaló en la parte sobresaliente del auto, que existía esa exigencia, pero que no debía confundirse con la forma en que se pretendía que el tribunal de alzada resuelva el recurso, lo cual considera es inaceptable al existir en la apelación la aplicación pretendida; además, de no existir en su decisión un sustento constitucional, advirtiendo que la formalidad nunca estará por encima de la verdad material. A cuyo efecto, invoca como precedente el A.S. N° 098/2013-RRR de 15 de abril, fallo que comprende que en un recurso no sólo debe tomarse en cuenta la taxatividad a momento de la revisión para su admisión, sino que debe llevar a una interpretación amplia para conocer la verdad material.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se anule el auto de vista impugnado y se disponga la doctrina legal aplicable, señalando: “que los vocales recurridos resuelvan el recurso en el fondo” (sic).

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 936/2016-RA de 24 de noviembre, cursante de fs. 240-241 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Hugo Ossorio Paz, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 19/2016 de 14 de junio, el Tribunal Tercero de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Chuquisaca, declaró al imputado Hugo Ossorio Paz, autor de la comisión del delito de violación de infante, niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinte años de privación de libertad, más costas, daños y perjuicios, al haber concluido que la conducta del acusado se subsume al tipo penal establecido en el art. 308 Bis del Cód. Pen., ya que se habría demostrado más allá de toda duda razonable, que el 24 de junio de 2014, en su domicilio de la calle Valentín Abecia #171 de la zona del estadio Patria de la ciudad de Sucre, en horas de la mañana mantuvo relaciones sexuales con la menor, al haberse demostrado que el 23 de junio de 2014, día del cumpleaños de María Leonor Campos Camargo, con quien el acusado tuvo un hijo, a su retorno del Paraguay trajo regalos para las hermanas menores de María Leonor, incluyendo “N.C.C.” y también para su hijo, ese día había una actividad cultural en la ciudad; posteriormente, compartió bebidas alcohólicas con los padres y hermanos de la víctima en el domicilio de éstos últimos ubicado en la calle Ayacucho, lugar donde se quedó a dormir; al día siguiente 24 de junio de 2014, se dirigió conjuntamente Felicidad Janeth, la menor víctima y su hijo menor de edad a su domicilio, cuando Felicidad Janeth se dirigió al baño a lavar la cara del hijo del acusado, ingresó a su dormitorio Hugo Ossorio Paz, ambiente donde se encontraba la víctima viendo televisión, momento en el que procedió a accederla carnalmente, al retornar del baño, Felicidad Janeth vio que el acusado agredía sexualmente a su hermana menor, ante lo cual no hizo nada, consumado el hecho la menor víctima advirtió que en su parte íntima había un líquido blanquecino, hecho que no contaron hasta el momento en que la menor se sintió mal en su colegio. Es así, que la víctima el 24 de junio de 2014, contaba con 13 años y siete meses de edad; no obstante, que el acusado no hizo uso de la fuerza, ni intimidó a la menor, resulta evidente que ella no podía resistir la agresión sexual por su edad, ya que como adolescente, aún no tiene el desarrollo mental y físico adecuado, tal como lo refirió la psicóloga de la Defensoría de la Mujer quien advirtió que la menor aún tiene actitud infantil en su comportamiento y cierto tipo de dependencia en su relación al acusado, al ser amigo de la familia de la menor, además padre de su sobrino y que de alguna manera el acusado prestaba ayuda alimenticia a las menores, el mismo acusado habría manifestado que la situación económica de la familia de la menor era menos que regular, que algunas veces iban a visitarle y le manifestaban que no habían almorzado, llevándolas a comer el acusado, que en ocasiones concurrían esporádicamente al domicilio del acusado para ayudar su hermana María Leonor Campos, en la cocina y la limpieza, siendo así el tribunal a quo manifiesta que les resulta lógico pensar que por tales motivos, la menor era vulnerable; aspectos que, han incidido para que no avise a su entorno familiar ni escolar de la agresión sexual de la que fue objeto, sino hasta que se sintió mal en su colegio y pensó en ese momento que estaba embarazada por la agresión sexual que había sufrido.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

El imputado Hugo Ossorio Paz interpuso recurso de apelación restringida, manifestando en síntesis que la sentencia: i) Se encuentra basada en una valoración defectuosa de la prueba [inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.]; y, ii) Carece de fundamentación o es insuficiente o contradictoria [inc. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.].

Memorial que fue observado por providencia de 18 de agosto de 2016, a cuyo efecto el imputado presentó escrito de 23 de agosto de 2016, contemplando los mismos motivos inicialmente planteados en los siguientes términos: i) Sentencia basada en valoración defectuosa de la prueba inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que la norma violada es el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., respecto de la forma de valoración que ha realizado el tribunal que se considera erróneamente aplicado o erróneamente valorado, porque los parámetros que utilizó no son los mismos para todas las pruebas, habida cuenta el art. 173 del Cód. Pdto. Pen. En lo referido a la aplicación que se pretende, señala que el tribunal considere la sana crítica, en su elemento lógica, afirmando que no es lógico darle valor probatorio a las pruebas MPPD 7 y MPPD 9 consistente en las entrevistas policiales de Felicidad Janneth Campos Camargo, Cristina Daniela Delgadillo Camargo y María Leonor Campos Camargo, que se han recibido en etapa preparatoria en tal sentido no se ha cumplido el principio de inmediación, además de ser documentos que se han obtenido en etapa preparatoria; y, ii) Falta de fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria [inc. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.], donde indica que la norma vulnerada es el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., norma que considera vulnerada o erróneamente aplicada, porque el tribunal a quo no explicó por qué llega a determinada conclusión, cuando la fundamentación una explicación clara determinada conclusión y también dentro de la fundamentación tiene que referir cual es la motivación por la cual llegó a determinada conclusión; es decir, la aplicación que se pretende es que expliquen en la sentencia con qué prueba se apoyan las conclusiones a las que arriban; aspecto que, de una lectura de la sentencia en lo que respecta a conclusiones se advertiría que no se tiene lo extrañado; es decir, no explica qué prueba apoya su conclusión, por lo que el tribunal debió haber aplicando una correcta fundamentación explicando el por qué toma determinada posición y en qué prueba apoya su conclusión; es decir, motivar su resolución.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, dictó el auto de vista impugnado, por el que rechaza por inadmisibles los dos motivos del recurso de apelación interpuesto, sin ingresar al fondo del asunto, señalado entre otros aspectos que por decreto de observación de fs. 196, al no haber cumplido los requisitos establecidos por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., se dio aplicación al art.

399 primer párrafo, para que se subsane las observaciones bajo apercibimiento de rechazo, cursando el memorial al efecto; posteriormente, indica que el recurso fue planteado dentro del término establecido por ley, advirtiendo que se observó lo siguiente: “El primer y segundo motivo si bien refieren la norma habilitante; empero, no refiere la norma violada o erróneamente aplicada en cada uno de los motivos, por último tampoco refiere la aplicación que pretende”; en ese sentido, el recurrente habría presentado el memorial de fs. 200, por el que dice que subsana la observación en cuyo contenido el tribunal de alzada observa que si bien en ambos motivos observados cita y fundamenta las normas violadas, no ocurre lo mismo con relación a la aplicación que pretende; es decir, ha obviado referirse a ello resultándole importante al tribunal ad quem, saber en el marco de la normativa prevista en los arts. 396, 407 al 415 del Cód. Pdto. Pen., la aplicación que se pretende, requisito que está referido –dice- a como se considera que deberían aplicarse las normas individualizadas y alegadas de violadas o erróneamente aplicadas, que no debe confundirse con la forma en que se pretende que el tribunal de alzada resuelva el recurso de apelación (forma de decisión), que por mandato del art. 408 del Cód. Pdto. Pen., la formulación del recurso de apelación restringida debe enmarcarse a los requisitos en ella impuestos a saber a más del plazo que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, debidamente fundamentadas (las violaciones o errónea aplicación) y expresando cuál la aplicación que de ellas (de las normas identificadas como violadas o erróneamente aplicadas) se pretende.

Afirma que debe tenerse presente que la L. N° 1970, protege tanto el principio de inexcusabilidad de cumplimiento de requisitos que exige para cada medio, cuanto los derechos de tutela judicial efectiva y revisión de una decisión judicial, pues ante la concurrencia de defectos formales, se establece en el art. 399 primer párrafo, la posibilidad de subsanación, previniendo un plazo para ello, el que concedido, si la parte no ha corregido efectivamente los defectos observados puntualizados, da lugar a la aplicación del segundo párrafo de la referida norma, ya que el cumplimiento de estas reglas y requisitos, permite al tribunal de alzada abrir su competencia para resolver el recurso en el marco del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., en otros términos no se abre la competencia del tribunal ad quem para ingresar al análisis y resolución de los motivos de recurso en tanto y en cuanto éste no haya superado el juicio de admisibilidad; es decir, si no se ha verificado el cumplimiento estricto e inexcusable de los requisitos de plazo y forma de interposición como el caso de autos, donde no se cumplió con uno de los requisitos que fue observado oportunamente sobre cual la aplicación que se pretende.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con el precedente invocado y la vulneración de derechos

En el caso presente el imputado Hugo Ossorio Paz, denuncia que el tribunal de alzada, rechazó su apelación restringida con el argumento de que no habría cumplido con el requisito concerniente a la aplicación que pretendía, pese a que protesta su cumplimiento, sin considerar el tribunal de apelación que la formalidad no está por encima de la verdad material, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3 de la L.O.J. y 419 del Cód. Pdto. Pen., las salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., preceptúa: “Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance”. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: “Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar.”

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes, ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios, será de aplicación obligatoria para los tribunales y Jueces inferiores; y, sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen.

III.2. Del precedente invocado y análisis del motivo.

Precisando como se encuentra el motivo de casación, se evidencia que la parte imputada invoca como precedente el A.S. N° 098/2013-RRC de 15 de abril, emitido dentro de un proceso por el delito de despojo, donde inicialmente se dictó sentencia condenatoria, apelada esta determinación por auto de vista se declaró inadmisibles los motivos primero al quinto, e improcedente el sexto motivo, recurrido de casación, este fallo fue dejado sin efecto, a raíz de que la decisión de rechazo del recurso de apelación restringida de los motivos 1) a 5): “vulneró el derecho de acceso al recurso y la tutela judicial efectiva, por excesivo rigorismo, pues por un lado su decisión se basó en supuestos defectos que no fueron advertidos al recurrente oportunamente para su subsanación dentro del plazo otorgado por el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., y por otro, no consideró que el ejercicio de la valoración para determinar la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, debe interpretar estas exigencias en el respeto del derecho de acceso al recurso y de la tutela judicial efectiva, sin limitarse a una aplicación literal de la disposición legal o aplicarla de forma excesivamente rigurosa y formalista, determinando obstáculos innecesarios carentes de justificación. A tal efecto,

todo tribunal de apelación, debe analizar cuidadosamente la fundamentación que el recurrente realiza tanto en su recurso de apelación restringida como en la subsanación, si es el caso, para determinar si cumplió con las exigencias legales o puede entenderse de esas fundamentaciones la norma que considera violada o erróneamente aplicada y la aplicación que pretende”.

Al respecto, se advierte que la problemática procesal dilucidada en el precedente invocado que antecede, responde en cierta manera al hecho fáctico motivo de casación; en cuanto, al rechazo al recurso de apelación restringida por defectos formales, por lo que existiendo una situación fáctica procesal similar entre el precedente invocado y el motivo de casación, corresponde ingresar a verificar la posible existencia o no de la contradicción denunciada.

A este fin, corresponde referir que para la interposición del recurso de apelación restringida, si bien los arts. 408 y 410 Cód. Pdto. Pen., prevén que debe citarse de manera concreta y precisa, las disposiciones legales que se consideran violadas o erróneamente aplicadas, además de expresar cuál es la aplicación que se pretende, indicando separadamente cada violación con sus fundamentos, con el advertido de que posteriormente no podrá invocarse otra violación, pues esta exigencia se explica porque el tribunal tiene que saber cuál es la norma procesal o sustantiva que la parte apelante considera inobservada o erróneamente aplicada; y fundamentalmente, cuál es la aplicación de la norma que pretende aquel que impugna una sentencia; no es menos cierto que a los efectos de la valoración del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, deben aplicarse los criterios rectores de la actividad de la actividad jurisdiccional como los principios de interpretación más favorable, de proporcionalidad y de subsanación, cuyo contenido fue desarrollado en el precedente invocado por la parte recurrente; debiendo el tribunal de alzada asumir una determinación fundamentada en la aplicación e interpretación de la norma en el ámbito del acceso al recurso, la tutela judicial efectiva y el principio pro actione.

Con la anterior precisión, en el caso de autos se advierte que formulado el recurso de apelación restringida por el recurrente y remitidos los antecedentes, el tribunal de alzada observó el recurso por providencia de 18 de agosto de 2016, indicando que el primer y segundo motivo si bien se refieren a la norma habilitante no hacen referencia de forma clara a la norma violada o erróneamente aplicada en cada motivo, ni a la aplicación que se pretende, por lo que otorgó al efecto un plazo de tres días para que se subsanen ambas observaciones; es así, que el apelante presentó memorial de subsanación a fs. 200, donde precisó respecto a su primer motivo que la sentencia se basó en una valoración defectuosa de la prueba [inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.], indicado que la norma violada fue el art. 173 del Cód. Pdto. Pen. y en lo que refiere a la aplicación que se pretendía señaló que el tribunal observe la sana crítica en su elemento de lógica, cuestionando el valor probatorio de ciertas pruebas por lo que se debió disponer que las entrevistas policiales recibidas durante la etapa preparatoria carecían de valor probatorio, ante el incumplimiento del principio de inmediación; asimismo, respecto al segundo motivo apelado, referido a la falta de fundamentación en la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria [inc. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.] precisó que la norma vulnerada fue el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., para luego de expresar que pretendía que la fundamentación contenga una explicación clara del porqué se llegó a una determinada conclusión y se explique con qué prueba la sentencia apoya sus conclusiones.

Consecuentemente, se advierte que el apelante aun de manera escueta cumplió con las observaciones efectuadas por el tribunal de alzada, que al haber rechazado y declarando la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto bajo el argumento de que el apelante no cumplió con la observación referida a la falta de señalamiento de cuál la aplicación que pretende, sin ingresar a resolver el fondo de la causa en aplicación al art. 399 del Cód. Pdto. Pen., menos aperturar su competencia para resolver el recurso al amparo del art. 398 del Cód. Pdto. Pen.; desconoció los principios desarrollados por el precedente invocado que deben ser observados por el tribunal de alzada a los efectos de la valoración del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, resultando evidente la vulneración del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, ante un rigorismo de formalismos de la norma para la admisión del recurso de apelación, soslayando el contenido del memorial por el que el apelante subsanó las observaciones efectuadas y que proporcionan los insumos suficientes para su análisis de fondo, omitiendo en consecuencia el tribunal de alzada su labor de control sobre lo denunciado y lo resuelto, amparándose en ritualismos formalistas restrictivos de acceso a la justicia y a un debido proceso, por lo que ante la vulneración de los derechos señalados y ante la contradicción con el precedente invocado, el presente recurso de casación resulta fundado, debiendo el tribunal de alzada pronunciarse sobre el recurso de apelación restringida planteado conforme a derecho, observando las previsiones establecidas por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., razones por las que corresponde dejar sin efecto la Resolución impugnada, a los fines de que se emita de manera inmediata una nueva resolución, teniendo en cuenta la necesidad de resolver el conflicto procesal penal bajo el principio de celeridad en resguardo de la tutela judicial efectiva en consideración de la minoridad de la supuesta víctima.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Hugo Ossorio Paz, de fs. 233 a 234, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 331/016 de 7 de octubre de 2016, cursante de fs. 214 a 215 vta., disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



265

Ministerio Público y otro c/ Luis Armando Valdez Romero y otros

Peculado

Distrito: La Paz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 1 de febrero de 2016, cursante de fs. 1424 a 1427 vta., el Gobierno Autónomo Municipal de El Alto, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 57/2015 de 28 de agosto de fs. 1406 a 1409, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los Vocales Elías Fernando Ganam Cortez y Virginia J. Crespo Ibáñez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, el Vice Ministerio de Lucha Contra la Corrupción y la parte recurrente contra Luis Armando Valdez Romero, Eduardo Vásquez Quintanilla, Florentino Guzmán Centellas y David Fernando Agromont Brito, por la presunta comisión de los delitos de peculado, malversación, uso indebido de influencias, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previstos y sancionados por los arts. 142, 144, 146, 154 y 224 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 4/2014 de 14 de mayo (fs. 1284 a 1298), el Tribunal Sexto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Luis Armando Valdez Romero, Eduardo Vásquez Quintanilla, Florentino Guzmán Centellas y David Fernando Agromont Brito, absueltos de responsabilidad y pena, de la comisión de los delitos de peculado, malversación, uso indebido de influencias, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previstos y sancionados por los arts. 142, 144, 146, 154 y 224 del Cód. Pen., los tres primeros acusados como autores y el último en calidad de cómplice, sin costas.

b) Contra la mencionada sentencia, la Vice Ministra de Lucha contra la Corrupción (fs. 1304 a 1306 vta.), el Ministerio Público (fs. 1308 a 1312 vta.) y el Gobierno Autónomo Municipal de El Alto (fs. 1337 a 1344), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 57/2015 de 28 de agosto, que declaró admisibles e improcedentes las cuestiones planteadas en los tres recursos y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 877/2016-RA de 08 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) Denuncia falta de fundamentación, señalando que el auto de vista recurrido no se habría pronunciado sobre los puntos primero y cuarto de apelación, relativos a la falta de fundamentación y la violación del principio de continuidad, señalando que toda autoridad que emite una resolución, debe hacerlo con la debida fundamentación con la mención de los hechos y el derecho que llevaron a tomar la determinación. Cita como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 14 de 26 de enero de 2007 y 25 de 4 de febrero de 2010.

2) También denuncia que el tribunal de alzada al emitir el auto de vista recurrido confirmando la no existencia del tipo penal de contratos lesivos al estado, inobservó los estándares mínimos de una fundamentación suficiente, debida y razonada, citando como precedentes contradictorios los mismos invocados en el agravio primero.

3) Denuncia que el auto de vista recurrido no se habría pronunciado sobre la violación del principio de continuidad del juicio oral, citando como precedente contradictorio el A.S. N° 37 de 27 de enero de 2007.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se cree precedentes contradictorios sobre los puntos alegados, correspondiendo además a este Máximo Tribunal de Justicia, anular el auto de vista recurrido.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 877/2016-RA de 8 de noviembre, cursante de fs. 1467 a 1469 vta., este tribunal admitió por precedente el recurso de casación formulado por el Gobierno Autónomo Municipal de El Alto, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 4/2014 de 14 de mayo, el Tribunal Sexto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Luis Armando Valdez Romero, Eduardo Vásquez Quintanilla, Florentino Guzmán Centellas y David Fernando Agromont Brito, absueltos de responsabilidad y pena, de la comisión de los delitos de peculado, malversación, uso indebido de influencias, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, conforme a los siguientes fundamentos:

Los hechos que generaron el proceso penal estarían referidos a que los procesados como funcionarios de la Empresa de Manteamiento Urbano (EMMU) en el ejercicio de sus funciones entre las gestiones 2000 al 2005 hubieran cometido los delitos de peculado, malversación, uso indebido de influencias, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, al no haber presentado la documentación de descargo de los gastos efectuados en su administración, por un monto aproximado de Bs 2.966.000.- montos de dinero que fueron desembolsados por la Alcaldía de El Alto, para cubrir los gastos de administración de EMMU.

Con los hechos descritos, realizado el juicio oral, público y contradictorio una vez introducida las pruebas de cargo, se tuvo como hechos no acreditados y que sustentaron la sentencia absolutoria, los siguientes: i) Los acusados hayan incurrido en actos irregulares de apropiarse de títulos y valores que se encontraban bajo su custodia o hacer mal uso de los caudales de dineros que administraban; ii) La maquinaria que se encontraba a cargo de la empresa EMMU, los acusados hayan podido provocar el desmantelamiento, la inoperancia o destrucción de los mismos en el tiempo que les tocó administrar desde el año 2000 a marzo del 2005; iii) Las obras entregadas en la gestión 2000 a 2005 sean de manera provisional o definitiva, hayan sido construidas, edificadas de una manera deficiente y que por ello se ha dado lugar a la demolición de las mismas; iv) No se ha probado que los acusados en la emisión de los diferentes cheques que salían de la cuenta bancaria de EMMU, hayan procedido a una entrega irregular por concepto de fondos de avance y que los mismos hayan sido dados por obras no ejecutadas; v) "No se ha probado que en los informes de auditoría el número de dos (nos referimos a los Ingresos y Egresos de EMMU y la Técnica referente a la ejecución de obras), realizadas por el G.M.E.A. y otros dos informes externos de auditoría realizadas por la contraloría General de la República, los acusados no presentaron documentos de descargo de gastos efectuado en su administración por un monto aproximado de Bs 2.966.000.- así como sobre la emisión de cheques por Bs 1.612.035.-" (sic); y, vi) Los acusados cuando cumplían las funciones de Gerente General, Gerente Técnico, Director Financiero y Coordinador de Gerencia General hayan actuado de manera discrecional en el manejo de los recursos que el EMMU recibía del G.M.E.A.

II.2. De la apelación restringida de la representación del Gobierno Autónomo Municipal de El Alto.

Ante la emisión de la sentencia absolutoria, la representación del Gobierno Autónomo Municipal de El Alto, mediante memorial cursante de fs. 1337 a 1344, interpone recurso de apelación restringida de acuerdo a los siguientes fundamentos:

i) Falta de fundamentación de la sentencia en cuanto a la relación de hechos acusados e incongruencia entre la acusación y la sentencia ya que esta última no se hubiera pronunciado con relación al delito de contratos lesivos al estado, efectuando para ello la descripción de cada uno de los hechos que no hubieren sido motivo de pronunciamiento, siendo estos el fraccionamiento irregular de contratos vía procesos de contratación de obra, Incumplimiento del art. 27, 36 y 42 de la Ley SAFCO, Incumplimiento en la aplicación de las normas básicas de administración de bienes y servicios D.S. N° 27328 y Reglamento de Contrataciones de bienes, obras, servicios generales y servicios de consultoría, Irregular entrega de fondos en avance por Bs 77.026.31.- sin respaldo, emisión irregular de cheques por un importe de Bs 1.612.035.31.- también, sin documentación de respaldo; y, ii) Identificado como punto cuarto de la apelación, denuncia la violación al principio de continuidad del juicio oral, alegando que se hubiese incumplido con el principio de celeridad así como el art. 335 del Cód. Pdto. Pen., al haberse incumplido el plazo máximo de diez días para las suspensiones de las audiencias provocando dispersión probatoria, efectuando para ello el detalle de fechas en las que se hubiese provocado las mismas.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, emite el A.V. N° 57/2015 de 18 de diciembre, declarando admisible e improcedentes las cuestiones planteadas, señalando entre sus argumentos lo siguiente:

Efectuada la precisión de los agravios apelados por la acusación particular resolvió señalando; i) En cuanto a la falta de fundamentación de la sentencia, debiera considerarse que en dicha instancia judicial –alzada- no corresponde valorar hechos o acontecimientos que no fueron base del juicio oral; toda vez, que indudablemente la acusación formal es la base para la apertura del debate, pues sobre el particular el recurrente hace referencia al fraccionamiento irregular de contratos, aspecto que no se adecua a los tipos penales acusados, pues el incumplimiento a normas administrativas no forman parte de las condiciones objetivas de punibilidad. Asimismo, en lo que se refiere a la ausencia del tipo penal de contratos lesivos al estado el mismo no fue base del juicio oral, por lo que los sustentos esgrimidos no evidenciarían suficientes argumentos de vulneración a nuestro ordenamiento jurídico; y, ii) Respecto de la vulneración al principio de continuidad, de manera conjunta al agravio referido a la denuncia de contradicción entre la parte considerativa y dispositiva de la sentencia se concluyó que dentro de la estructura jurídica de la sentencia, esta debe merecer un análisis integral y de manera armónica ejercida por los sujetos procesales, la parte tercera por la cual se considera como hechos probados se infiere que ciertas circunstancias del proceso que fueron verídicos lo cual no constituyen elementos de algún tipo penal; puesto que, los hechos denunciados deben ser sustentados por los fundamentos jurídicos a objeto de llegar a la verdad histórica de los hechos; aspecto que, en el presente caso no hubiere acontecido al generar duda razonable a los miembros del tribunal durante el continuo trámite del presente proceso.

III. Verificación de contradicción con los precedentes invocados

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: "El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema", en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: "Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida".

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: "...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación", norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.O.J., que instituye como atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y, c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto, al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal.

III.2. De los precedentes invocados.

A.S. N° 14 de 26 de enero de 2007, emitido dentro de un proceso penal seguido por el delito de Estelionato, teniéndose como antecedente la denuncia de una total falta de fundamentación intelectual en el auto de vista recurrido, al haberse limitado a transcribir los antecedentes del proceso, el razonamiento del a quo, las alegaciones de las partes y la relación de normas legales, lo que no suple la debida fundamentación; emitiéndose la siguiente doctrina legal aplicable: "...De ahí que los fallos deben ser debidamente fundamentados, no siendo suficiente que se limiten a transcribir los antecedentes procesales, los criterios del juzgador expuestos en la resolución en análisis, los fundamentos de las partes o a hacer una relación de normas legales sin que se ponga en evidencia el iter lógico, o camino del razonamiento, seguido por el juzgador a efecto de arribar a determinada conclusión, cumpliendo de esa manera con la previsión del art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y asegurando la efectividad de una amplia gama de derechos constitucionales".

A.S. N° 25 de 4 de febrero de 2010, emitido dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra VFOD, en el que de la misma forma se tuvo como tema de pronunciamiento entre otro la falta de fundamentación del auto de vista impugnado, estableciéndose que la exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que asegura la publicidad de las razones que tuvieron los jueces para pronunciar sus sentencias, permitiendo el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces, la motivación también responde a otros fines, que deberán ser conocidas por los interesados, o sea las diferentes razones que justificaron el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley le concede, al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer el control como para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales, por tal circunstancia, la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser, expresa, clara, completa, legítima y lógica.

A.S. N° 37 de 27 de enero de 2007, resolución emitida dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y otro contra B.S.C. por la comisión del delito de asesinato, teniendo como antecedente generador de doctrinal denuncia de vulneración al principio de celeridad y por ende el de continuidad por las constantes suspensiones del juicio oral:

“Esta sala estima que el espíritu del Código de Procedimiento Penal y del sistema oral acusatorio, contiene como regla general, el principio de continuidad de la audiencia de juicio, el que consiste que aquella se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su culminación; estableciendo como excepción al mencionado principio, la suspensión de dicha audiencia, por un plazo máximo de diez días, tan solo una vez y en cualquiera de los casos enumerados en la disposición 335 del Cód. Pdto. Pen.

Dicho principio persigue que el juicio se desarrolle en un lapso cerrado mediante un proceso consecutivo para la exposición de la acusación, las pruebas, las alegaciones o informes de las partes y, de inmediato se dicte la sentencia. Con ello se busca hacer efectivo que el proceso se desenvuelva sin dilaciones indebidas...”.

De los precedentes contradictorios referidos supra; en cuanto, a los dos primero se tiene que ambos tuvieron como base de pronunciamiento la denuncia de falta de fundamentación de la resolución impugnada, y el tercer auto supremo referido a la denuncia de vulneración al principio de continuidad, en consecuencia corresponde ingresar al análisis de fondo de los agravios traídos en casación.

III.3. Resolución del caso concreto.

En cuanto al primer motivo de casación, admitido por precedente en el que se denuncia la falta de fundamentación, del auto de vista recurrido al no haberse pronunciado sobre los puntos primero y cuarto de apelación; al respecto, se tiene que como primer motivo de apelación se denunció la falta de fundamentación de la sentencia; en cuanto, a cinco aspectos que no hubiesen sido motivo de consideración del Tribunal de Sentencia, agravio que fue resuelto en el auto de vista impugnado señalando que respecto de la falta de fundamentación de la sentencia debiera considerarse que, en dicha instancia judicial –alzada- no corresponde valorar hechos o acontecimientos que no fueron base del juicio oral; toda vez, que indudablemente la acusación formal es la base para la apertura del debate, pues sobre el particular el recurrente hace referencia al fraccionamiento irregular de contratos, aspecto que no se adecua a los tipos penales acusados, pues el incumplimiento a normas administrativas no forman parte de las condiciones objetivas de punibilidad.

Esta respuesta de ninguna manera cumple con lo previsto en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., es decir, una adecuada fundamentación, al no ser una respuesta clara y completa ya que como se desarrolló en los precedentes invocados, no es clara porque no se advierte cuál el pensar jurídico que llevó a dicha determinación, al no dar una respuesta concreta a si existió o no una adecuada fundamentación en la sentencia apelada, pues señalan únicamente que no les corresponde valorar hechos que no fueron base del juicio oral, sin establecer con precisión cuáles fueron los hechos base del juicio que emergieron de la acusación formal, ya que de esta información recién se podrá a establecer si evidentemente no fueron aspectos acusados; pero además, se limitan a hacer referencia únicamente a uno de los cuestionamientos: “Fraccionamiento irregular de contratos” y a señalar que las normas administrativas demandas como incumplidas no forman parte de las condiciones objetivas de punibilidad, sin pronunciarse de modo alguno respecto de los demás cuestionamientos relativos por ejemplo a la irregular entrega de fondos en avance por Bs 77.026.31.- sin respaldo o la emisión irregular de cheques por un importe de Bs 1.612.035.31.-, incurriendo en el segundo defecto observado es decir no resulta una fundamentación completa, ya que no señala si también serían hechos no contemplados en la acusación; en consecuencia, corresponde al tribunal de alzada emitir nueva resolución pronunciándose de manera clara y completa respecto de todos los tópicos que presuntamente no hubiesen merecido una correcta fundamentación por parte del Tribunal de Sentencia.

En cuanto al cuarto agravio del recurso de apelación restringida, que tampoco hubiese sido adecuadamente fundamentado, de la verificación del auto de vista recurrido se tiene que de manera conjunta se pronunciaron a la denuncia de contradicción de la sentencia y vulneración al principio de continuidad, refiriendo que dentro de la estructura jurídica de la sentencia, esta debe merecer un análisis integral y de manera armónica ejercida por los sujetos procesales, la parte tercera por la cual se considera como hechos probados se infiere que ciertas circunstancias del proceso que fueron verídicos, lo cual no constituyen elementos de algún tipo penal; puesto que, los hechos denunciados deben ser sustentados por los fundamentos jurídicos a objeto de llegar a la verdad histórica de los hechos, aspecto que en el presente caso no hubiera acontecido al generar duda razonable a los miembros del tribunal durante el continuo trámite del presente proceso.

De lo señalado precedentemente, se tiene que el tribunal de alzada si bien tuvo presente de forma precisa la denuncia de vulneración al principio de continuidad, a tiempo de resolver olvidó por completo pronunciarse al respecto pues, efectuó únicamente la argumentación respecto de la denuncia de contradicción de la sentencia, para señalar en la parte final “continuo tramite”, frase que de ninguna puede ser considerada como una respuesta a lo denunciado, pues lo correcto era que el tribunal de alzada verifique si evidentemente se vulneró el principio de continuidad y si con las suspensiones se provocó dispersión de prueba y que por ende haya afectado a la aprehensión de los hechos debatidos en juicio por parte del Tribunal de Sentencia, o en su caso estas fueron debidamente justificadas.

Respecto del segundo motivo de casación en el que se denuncia que el tribunal de alzada al emitir el auto de vista recurrido confirmando la no existencia del tipo penal de contratos lesivos al estado, inobservó los estándares mínimos de una fundamentación suficiente, debida y razonada, respecto de este agravio, el tribunal de alzada se pronunció señalando que en lo que se refiere a la ausencia del tipo penal de contratos lesivos al estado el mismo no fue base del juicio oral, por lo que, los sustentos esgrimidos no evidenciarían suficientes argumentos de vulneración a nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, acontece situación similar a lo extrañado en el anterior motivo, pues el tribunal de alzada se pronuncia con demasiada ligereza a tiempo de responder el recurso de apelación de los recurrente, pues si bien se ha establecido que para la existencia de una adecuada fundamentación no es necesario que ésta sea ampulosa, resultando plenamente válida si esta da una respuesta expresa, clara, completa, legítima y lógica, lo que no ocurre en el caso de autos, ya que se limita a señalar que este delito no hubiese sido base del juicio oral, situación que no da certeza sobre el agravio planeta, pues si bien es completamente claro que el tribunal de juicio, juzga hechos y no tipos penales, mínimamente se debió establecer cuales las bases fácticas sobre las que se apertura el juicio (Auto de apertura de juicio oral fs. 116), para recién concluir si efectivamente fue un tema de debate o no los hechos que se subsumirían a el referido tipo penal.

Finalmente, en cuanto al tercer agravio referido a que el auto de vista recurrido no se habría pronunciado sobre la violación del principio de continuidad, ese aspecto ya fue resuelto a tiempo de considerar el primer motivo del recurso de casación, estableciéndose efectivamente que el tribunal de alzada omitió un pronunciamiento a la problemática planteada incurriendo en contradicción con el precedente contradictorio invocado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Autónomo Municipal de El Alto, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 57/2015 de 28 de agosto, disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie un nuevo auto de vista en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, para que por intermedio de sus presidentes, bajo responsabilidad, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de la sala, ofíciase nota al consejo de la magistratura, para que tome conocimiento del presente auto supremo.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



266

Ministerio Público y otros c/ Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y otro
Falsedad ideológica y otro
Distrito: La Paz

AUTO DE VISTA

La Paz, 6 de mayo de 2016.

VISTOS: La Sentencia Penal N° 285/2015 de 01 de septiembre de 2015, cursante a fs. 192-196, pronunciada por el Tribunal de Sentencia Tercero de la Ciudad de El Alto, los recursos de apelación restringida formulada por Celestina Gladys Viveros Viuda de Serna, de fs. 205-207, y el recurso de apelación restringida formulada por Tomas Serna Flores de fs. 212-214, respuesta de la acusación particular de fs. 224-227, 234-237, 238-240, 264-265, auto de remisión de la apelación cursante a fs. 267; demás antecedentes:

CONSIDERANDO: I.- Que finalizado el juicio oral, público y contradictorio, el Tribunal de Sentencia Tercero de la Ciudad de El Alto, en 1 de septiembre de 2015 dicto Sentencia N° 285/2015, cursante a fs. 192-196 por la que declara contra los acusados Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomas Serna Flores autores de la comisión del delito de uso de instrumento falsificado previsto y sancionado en el art. 203 del Cód. Pen., sancionándole a la pena de reclusión para la primera de 4 años y para el segundo de tres años y seis meses.

CONSIDERANDO: II.- Que contra la referida sentencia, los acusados Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomas Serna Flores, interponen recurso de apelación restringida bajo los fundamentos contenidos en el memorial presentado la primera en 01 de octubre de 2015 cursante a fs. 205-207, y por el segundo en fecha 13 de octubre de 2015, cursante a fs. 212-214, que fue respondido por los acusadores particulares Daniela Huayta de Aruquipa, Felicidad Huayta de Nina, Salustiana Huayta Cerda, Eduarda Huayta Cerda, por memorial de 20 de octubre de 2015 cursante a fs. 224-227, por memorial de 16 de noviembre cursante a fs. 234-237, y respondido por el representante del Ministerio Público por memoriales de fechas, 18 de noviembre del año 2015, cursante a fs. 238-240 y por memorial de 21 de diciembre del 2015 cursante a fs. 264-265.

Que en aplicación del art. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen., el juez de la causa dispone por Auto de 23 de diciembre de 2015 cursante a fs. 267 la remisión de actuados procesales ante el Tribunal Departamental de Justicia de la Ciudad de La Paz, con el emplazamiento correspondiente y previo sorteo legal.

CONSIDERANDO: III.- Así glosadas la impugnación y la respuesta que antecede establecida los parámetros de la consideración al recurso de impugnación el tribunal de alzada concluye:

1. Que en el sistema procesal penal la aplicación de la apelación restringida se ha normado como un medio de impugnación de puro derecho que implica que ya no hay una segunda instancia como ocurría en el otrora procedimiento abrogado y que este recurso conforme lo manifestado precedentemente se interpone por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o adjetiva, por ello las alegaciones que emerjan de una impugnación deben ser específicas o en su caso adecuarse a los defectos de la sentencia penal, o a los defectos de la tramitación de juicio que se sancionan con la nulidad, extremos que se pasan a verificar.

2. Que debe entenderse por inobservancia o errónea aplicación de la ley en dos sentidos: primero que el razonamiento a la que la autoridad judicial arriba en la decisión judicial, no ha observado la norma penal sustantiva o ha procedido a una interpretación errada a la ley penal, y en el segundo caso que si ha sido observada la norma, la autoridad judicial la aplico de manera errada, estableciendo que la inobservancia de la ley o su aplicación errónea puede ser tanto en la ley sustantiva como la ley adjetiva, cuando se trata de la errónea aplicación de la norma sustantiva, puede darse sobre: la errónea calificación de los hechos (tipicidad); errónea concreción del marco penal o 3) errónea fijación judicial de la pena, y en lo que corresponde a la errónea aplicación de la ley adictiva nos lleva a los defectos de procedimiento penal establecidas en los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen., y que no se comprueban los hechos acusados conforme a parámetros exigidos por ley, estableciéndose ello como errores in iudicando y errores in procedendo.

3. Que conforme prevé los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., la apelación restringida corresponde por errores in iudicando o violaciones de la ley que el juez aplica al caso y por errores in procedendo o violaciones de la ley procesal, a ese fin el apelante deberá expresar en su impugnación los motivos del recurso con precisión indicando los preceptos legales que se consideran violados o inobservados o erróneamente aplicados, mencionándose las normas que debieron ser aplicadas o en su caso la forma en que debió ser interpretada y explicar esa violación o aplicación errada de la ley incide en el resultado de la causa, manifestando o explicando la aplicación que se pretende en términos claros y precisos que implica que ya no hay una segunda instancia.

4. Que el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. prevé la competencia del tribunal respecto a los puntos de la impugnación y la competencia que debe atenderse el tribunal de alzada por ello dentro esos requisitos de procedibilidad se establece que el recurso de la apelación formulado por Gladis Viveros vda. de Serna y Tomas Serna Flores se haya dentro del término previsto por ley.

5. Que en lo que corresponde sobre la apelación de Celestina Gladis Viveros vda. de Serna, y la apelación de Tomas Serna Flores en similar fundamentación presenta su apelación, sobre la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva tal como lo indica el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., se debe tomar en cuenta lo que señala el A.S. N° 255 de 23 de abril de 2009 "Sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva: Respecto a la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva, se debe considerar que aparentemente parece dependiente o emergente de otros defectos de la sentencia, como el de defectuosa valoración de la prueba, empero se trata de un defecto totalmente independiente, puesto que el mismo se refiere al hecho de que consentidos y aceptados los elementos probatorios extraídos por el juez de mérito de los diferentes medios de prueba puestos en su conocimiento, determinada la relación de hechos, la conducta de los procesados, su participación así como otras circunstancias concomitantes, el defecto se opera a tiempo de aplicar la norma sustantiva, de ahí que este defecto in iudicando es preciso, no cuestiona la prueba misma, ni los elementos que de ella se han obtenido sino, por el contrario, se encuadra en lo que se denomina la teoría general del delito, y se debe razonar sobre la premisa incuestionable que provee la sentencia a través de la fundamentación intelectual: De ahí que tratar de promover un análisis nuevo de la prueba a efecto de cuestionar la errónea o defectuosa aplicación de la ley sustantiva resulta de una equivocada concepción de la norma procedimental por lo anteriormente señalado en la jurisprudencia se tiene que el apelante no fundamento correctamente la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal mas solo se limitó a pretender indicar de porque su prueba no fue tomada en cuenta esto hace ver que de acuerdo a la doctrina antes señalada, la parte apelante pretende que se vuelva a revalorizar las pruebas que por la autoridad a quo ha sido analizado bajo los fundamentos que la ley que prevé en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen. siendo el proceso de subsunción realizada por el tribunal a quo razonando y de manera clara, ello hace que no se adecua a lo expresado por los apelantes acusados, por lo que debe ser rechazado.

6. Que sobre la insuficiencia en la fundamentación de la sentencia se debe establecer que el art. 180 de la C.P.E., refiere "La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez..." extremos coincidentes con el art. 30 de la L.Ó.J.: "debido proceso impone que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido a disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar; comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales, conforme a la Constitución Política del Estado, los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos y la Ley" entendiéndose que es indispensable que la resolución objeto del presente análisis debe ser debidamente fundamentada, realizando un análisis razonable respecto a sus fundamentos legales y jurisprudenciales, conforme lo establece el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que establece "...toda resolución debe ser debidamente fundamentada y motivada..." señalando por ambos apelantes de los acusados con respecto al art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen. en lo específico haciendo mención en el acápite 8, núm. 3, que no es como pretende los apelantes, la misma sea una simple relación, aun si se lo leerá aisladamente por párrafos separados parecería que así fuera, sin embargo ello forma parte de un todo como es la sentencia y el resaltar la declaración constituye parte de la hermenéutica procesal que lo desarrolla la autoridad a quo, en ese sentido al leer en el contexto de la sentencia este tribunal no advierte que solo tenga como fundamento una relación de hechos, que por el contrario permiten conocer los aspectos que llevarían a tomar una determinación acorde a los hechos sometidos a juicio, como en el caso, que hace inviable sobre este punto la impugnación de los apelantes de Celestina Gladis Vivieras vda. de Serna y Tomas Serna Flores.

7. Que la línea jurisprudencial respecto a la exigencia de motivación y fundamentación de resoluciones no solo es el Tribunal Constitucional, sino también el ahora Tribunal Supremo de Justicia del Estado contando con el A.S. N° 349 de 28 de agosto de 2006, cuya doctrina legal aplicable establece textualmente lo siguiente: "En ningún fallo puede omitirse la fundamentación que justifique lo determinado en la parte dispositiva de la resolución, no pudiendo ser reemplazado por la simple relación de documentos o la mención de los requerimientos de las partes; tampoco puede existir incongruencia y contradicción entre los fundamentos expuestos en la parte considerativa y la resolutive", aspecto este que ha sido analizado y observado por el tribunal a quo, a mayor explicación la S.C. N° 1489/2004-R de 17 de septiembre ha establecido en su razón que "...el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda resolución sea fundamentada, es decir que cada autoridad que dicte una resolución debe exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que la sustenta la parte dispositiva de los mismos...", por lo señalado precedentemente y de la revisión de la sentencia no se encuentra que exista una falta de fundamentación realizada por el tribunal a quo, más aun cuando se tiene que en el punto IX de valoración intelectual de pruebas el tribunal a quo relaciona cada una de las pruebas con los hechos acusados, así como en el punto X de Fundamentación de Derecho, por lo que no se encuentra ninguna falta de fundamentación como lo 1 señalada por la parte apelante.

8. Que en lo que corresponde a la valoración defectuosa de la prueba, el tribunal de alzada señala el A.S. N° 515 de 16 de noviembre del año 2006 "que es de competencia del juez o Tribunal de Sentencia, porque son ellos los que se encuentran presentes en la producción de la prueba y perciben directamente dicho acto trascendental, que luego servirá como plataforma objetiva para la apreciación de la prueba producida; el tribunal de apelación en sus competencias está el de revisar si la prueba fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica, en caso de que la apreciación de la prueba no sea coherente y que los juicios vertidos sobre la prueba no respondan a un procedimiento lógico, razonable, valorativo o teleológico, entonces debe anularse totalmente o parcialmente la sentencia reponiendo el juicio con otro Tribunal de Sentencia. Todo acto como la valoración de la prueba por el tribunal de alzada que contravenga los principios constitucionales del debido proceso, seguridad jurídica, derecho a la defensa y tutela judicial efectiva, constituye defecto absoluto susceptible de ser enmendado una vez que se ha dejado sin efecto la resolución que origino dicho defecto, para recomponer el acto que vulnero los principios constitucionales mencionados" al efecto señalado por la jurisprudencia referida, con relación al punto de impugnación de ambos apelantes debe dejarse establecida que la sentencia penal que se apela individualiza las pruebas que según el apelante fueron objeto de valoración defectuosa ingresando en una contradicción y una incorrecta apelación, debido a que no se establece por los apelantes las pruebas que son objeto de la defectuosa valoración, no sabemos si son todas o solo algunas el Tribunal Tercero de Sentencia en lo Penal indica claramente en la fundamentación probatoria, valoración intelectual de las pruebas en el punto ocho, nueve y diez, que a criterio de este tribunal de alzada ello se hace razonable, sin establecer conforme lo señalado que derecho, que garantía, que principio se la desconoce y como debió realizarse respecto a la supuesta no valoración de esas pruebas, estableciéndose el razonamiento de la decisión que adopta, cumpliendo de manera específica con la motivación de darle el razonamiento que corresponde a la prueba documental en análisis integral, bajo la comunidad, así compulsadas los antecedentes se tiene, que la autoridad a quo al emitir la sentencia condenatoria ha obrado conforme a ley habiendo analizado el postulado de la pretensión de la parte querellante y acusadora particular, en el contraste integro de la comunidad probatoria y que al efecto de contrastar la impugnación con la sentencia penal este tribunal de alzada no encuentra violación al debido proceso como a la fundamentación reclamada, no habiéndose vulnerado el art. 169 y 370 del ritual la sustenta la procesal, por lo que lo solicitado en la apelación por los acusados no es viable.

9. De todo lo señalado se establece que la autoridad judicial al pronunciar la sentencia penal apelada, ha obrado conforme a procedimiento, por lo que debe ser confirmada la sentencia.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, ADMITE la apelación por haber sido presentada dentro del término de ley previsto por el art. 406 del Cód. Pdto. Pen. y se declara IMPROCEDENTE la cuestión planteada en los recursos de apelación restringida de fs. 205 y vta., así como en el de fs. 212-214 formulados por los acusados Celestina Gladis Viveros vda. de Serna y Tomas Serna Flores, en consecuencia CONFIRMA la Sentencia apelada N° 285/2015 de 1 de septiembre de 2015 de fs. 192-196, sea con las formalidades de ley.

La presente resolución, puede ser impugnada mediante el recurso extraordinario de casación dentro los cinco días hábiles posteriores a la legal notificación a las partes procesales de conformidad con los arts. 416-417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Rubén Ramírez Conde.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Rubén Ramírez Conde.- Virginia Janeth Crespo Ibáñez.

Ante mí: Abg. Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 6 de julio de 2016, cursante de fs. 297 a 299 vta., Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomás Serna Flores, interponen recurso de casación, impugnando el A.V. N° 029/2016 de 6 de mayo, de fs. 287 a 289 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, conformada por los vocales Rubén Ramírez Conde y Virginia Janeth Crespo Ibáñez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Daniela Huayta de Aruquipa, Felicidad Huayta de Nina, Salustina Huayta de Cerdas y Eduarda Huayta de Cerda contra los recurrentes, por la presunta comisión de los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 199 y 203 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 285/2015 de 1 de septiembre (fs. 192 a 196), el Tribunal Tercero de Sentencia de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomás Serna Flores, autores de la comisión del delito de uso de instrumento falsificado, sancionado por el art. 203 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cuatro años y seis meses de reclusión a la primera; y, tres años y seis meses de reclusión al segundo, con costas y daño civil en favor de la víctima y absueltos del delito de falsedad ideológica.

b) Contra la mencionada sentencia, los imputados Celestina Gladys Viveros vda. de Serna (fs. 205 a 207) y Tomás Serna Flores (fs. 212 a 214 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 029/2016 de 6 de mayo, emitido por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró admisibles e improcedentes los recursos planteados y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición de recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 900/2016-RA de 14 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) Los recurrentes señalan que en sus recursos de apelación restringida denunciaron la errónea aplicación de la ley sustantiva; empero, el auto de vista recurrido, se limitó a transcribir partes del A.S. N° 255 de 23 de abril de 2009, sin hacer referencia a la ausencia de los elementos constitutivos del delito, indicando que en el caso de autos no se demostró de forma objetiva e incontrastable que tuvieran conocimiento de la falsedad del documento, porque en obrados no existe prueba que acredite la nulidad de la Escritura Pública N° 178/1991, por lo que, en su criterio es original, sin que pueda ser considerado como falso. En ese sentido, alegan que no se efectuó una correcta subsunción de su conducta al delito por el que fueron condenados, acusando de errada la determinación del auto de vista, en sentido de que hubiesen pretendido una revalorización de la prueba, cuando en el fondo impetraron al tribunal de apelación revise la correcta subsunción de los hechos a su conducta y al no hacerlo se vulneró el principio de legalidad, por no haberse tomado en cuenta el in dubio pro reo. Citan como precedente contradictorio el A.S. N° 315 de 25 de agosto de 2006.

2) Añaden que en sus recursos de apelación restringida también denunciaron la falta de fundamentación de la sentencia; al respecto, el auto de vista a manera de fundamento, transcribió parte del A.S. N° 349 de 28 de agosto de 2006, para concluir que no existía el defecto denunciado, omitiendo una respuesta de exhaustividad sobre el motivo apelado, en trasgresión del debido proceso en su vertiente de falta de motivación. Invocan como precedente contradictorio el A.S. N° 443 de 11 de octubre de 2006.

I.1.2. Petitorio.

Los recurrentes solicitan que se declare fundado su recurso de casación interpuesto y se deje sin efecto el auto de vista impugnado a los fines de que se emita uno nuevo conforme la doctrina legal establecida.

I.2. Admisión del recurso

Mediante A.S. N° 900/2016-RA de 14 de noviembre, de fs. 318-319 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomás Serna Flores, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 285/2015 de 1 de septiembre (fs. 192 a 196), el Tribunal Tercero de Sentencia de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomás Serna Flores, autores de la comisión del delito de uso de instrumento falsificado, sancionado por el art. 203 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cuatro años y seis meses de reclusión a la primera; y, tres años y seis meses de reclusión al segundo, con costas y daño civil en favor de la víctima y absueltos del delito de falsedad ideológica sancionado por el art. 199 del Cód. Pen., en base a los siguientes argumentos:

i) De los hechos probados en la sentencia se determinó con certeza que el proceso civil de prescripción adquisitiva fue falso, porque en ella se insertó el hecho falso de que el demandado Leonardo Huayta Sarmiento estaba vivo, cuando en verdad ya había fallecido, por lo que, se tiene probada la falsedad ideológica, resolución judicial de prescripción adquisitiva 302/86 de 21 de agosto de 1986 y de la Escritura N° 178/1991 de 09 de abril; siendo que la autoría en este hecho no se puede atribuir plenamente a los acusados, porque la persona que realiza la demanda es Emilio Serna Flores. De donde surge duda razonable respecto de la autoría del delito de falsedad ideológica; empero, concurren todos los elementos constitutivos del tipo penal de falsedad ideológica, como es la acción típica de insertar o haber hecho insertar, el hecho falso de que el demandado estaba vivo cuando estaba muerto, presentándose como documentos verdaderos en perjuicio de los querellantes que alegan derecho propietario a título sucesorio.

ii) En relación al delito de uso de instrumento falsificado, se probó que la Escritura N° 178/1991 de prescripción adquisitiva a nombre de Emilio Serna Flores generó la matrícula fusionada 2084010000414 a nombre de Celestina Gladys Riveros vda. de Serna y Tomás Serna Flores, estas mismas personas usaron documentos para una acción reivindicatoria en contra de las querellantes, entonces para la subsunción de la conducta de los acusados a los elementos constitutivos del tipo penal de uso de instrumento falsificado, es necesario razonar sobre el elemento subjetivo del dolo definido en el art. 14 del Cód. Pen., teniendo en cuenta que el imputado tenía conocimiento de la falsedad ideológica, es decir del hecho de haberse insertado el nombre del fallecido Leonardo Huayta Sarmiento como persona viva en la demanda de prescripción adquisitiva, porque los acusados tenían relación de parentesco de esposo y hermano, con Emilio Serna Flores.

iii) En consecuencia, la conducta de los imputados fue típicamente antijurídica que contraviene a las leyes penales, culpables por su actuar porque es reprochable que personas falsifiquen resoluciones judiciales, insertando o haciendo insertar hechos falsos, usen los mismos sorprendiendo al notario de fe pública e inclusive autoridades judiciales, que vulneren la fe pública que es un bien jurídicamente protegido por el estado, por lo que en justicia corresponde aplicar una sanción.

II.2. De las apelaciones restringidas.

Notificada la parte imputada, interpone recursos de apelación restringida contra la sentencia pronunciada, con los siguientes argumentos:

II.2.1. Tomás Serna Flores.

1) Refiere la existencia de defectos y vicios de la sentencia que contravienen lo previsto por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., porque dicha resolución se basó en inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva consistente en la vulneración de los arts. 203, 124 del Cód. Pdto. Pen., 115 y 117 de la C.P.E.

2) La sentencia contiene vicios y defectos que se adecuan a lo previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., porque existió insuficiencia en la fundamentación de la sentencia, al haber infringido los arts. 203 y 124 del Cód. Pdto. Pen. y 115 y 117 de la C.P.E.

3) Defecto de la sentencia que contraviene lo previsto por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen. porque existió valoración defectuosa de la prueba, al haberse infringido los arts. 173, 6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen. , 115 y 117 de la C.P.E.

II.2.2. Celestina Gladys Viveros Vda. de Serna.

1) La imputada señala que existió defectos y vicios de la sentencia que se encuentran previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., porque dicha resolución se basó en inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva, debido a que se vulneró los arts. 203, 124 del Cód. Pdto. Pen., 115 y 117 de la C.P.E.

2) Refiere que la sentencia contiene vicios y defectos, porque se adecua a lo establecido en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., ya que existió insuficiencia en la fundamentación de la sentencia, al haberse infringido los arts. 124, 6 y 173 del Cód. Pdto. Pen.; 115 y 117 de la C.P.E.

3) Finalmente, hace mención de que existió el defecto de la sentencia que contraviene lo previsto por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen. porque existió valoración defectuosa de la prueba, por la vulneración de los arts. 173, 6, 13, 124 del Cód. Pdto. Pen.; y 115, 117 de la C.P.E.

II.3. Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró admisibles e improcedentes los recursos interpuestos; y en consecuencia confirmó la sentencia, en base a los siguientes aspectos:

a) Con relación a las apelaciones restringidas interpuestas por Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomás Serna Flores, señala que fueron planteados en similar fundamentación; posteriormente, respecto a la inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva, hace referencia al A.S. N° 255 de 23 de abril de 2009, señalando que la pretensión de promover un análisis nuevo de la prueba a efecto de cuestionar la errónea o defectuosa aplicación de la ley sustantiva resulta de una equivocada concepción de la norma procedimental teniendo en cuenta que el apelante no fundamentó correctamente la inobservancia o errónea aplicación de la Ley Penal, limitándose a indicar el por qué su prueba no fue tomada en cuenta, haciendo que de acuerdo a la doctrina antes señalada, los imputados pretenden que se vuelva a revalorizar las pruebas, que ya fueron analizadas por el inferior bajo los fundamentos que la ley prevé en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., siendo el proceso de subsunción realizado por el Tribunal de Sentencia razonando y de manera clara, ello hace ver que no se adecua a lo denunciado por los apelantes, por lo que rechazó dicha pretensión.

b) Sobre la denuncia insuficiencia de fundamentación de la sentencia, refirió que se debe establecer que el art. 180 de la C.P.E. señala que la jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez; aspectos, que son concordantes con el art. 30 de la L.O.J., por lo que, se entiende que es indispensable que la resolución objeto de la revisión del auto de vista debe ser debidamente fundamentada, realizando un análisis razonable respecto a sus fundamentos legales y jurisprudenciales, conforme lo establece el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. También se verificó que la sentencia no realizó una simple relación de antecedentes aún si se leyera aisladamente por párrafos separados, parecería que fuera así; sin embargo, ello forma un todo como es la sentencia y el resaltar la declaración constituye parte de la hermenéutica procesal que desarrolla la autoridad juez o Tribunal de Sentencia; en ese sentido, en el contexto de la sentencia, el tribunal de alzada aclaró que no se advierte que solo tenga como fundamento una relación de hechos, que por el contrario su redacción permite conocer los aspectos que llevaría a tomar una determinación acorde a los hechos sometidos a juicio, siendo inviable este punto de impugnación de los apelantes.

c) De la revisión de la sentencia, el auto de vista advirtió que dicha resolución no se aduce que exista una falta de fundamentación, más aún cuando se tiene que en el punto IX destinado a la valoración intelectual de pruebas, el Tribunal de Sentencia relaciona cada una de las pruebas con los hechos acusados así como en el punto X de Fundamentación de Derecho, por lo que no se encuentra ninguna falta de fundamentación como lo señala la parte apelante.

d) Con relación a la valoración defectuosa de la prueba, se debe tener en cuenta que la sentencia individualiza las mismas que según los apelantes fueron objeto de valoración defectuosa, con las que se hubiera ingresando en una contradicción y una incorrecta apelación, debido a que no establecen los apelantes las pruebas que son objeto de la defectuosa valoración, no se sabe si son todas o solo algunas, el Tribunal Tercero de Sentencia en lo Penal indica claramente en la fundamentación probatoria, valoración intelectual de las pruebas en el punto

ocho, nueve y diez, que a criterio del tribunal de alzada ello se hace razonable; asimismo, observó que no se establece en la apelación qué garantía, qué principio se desconoció y cómo debió realizarse respecto a la supuesta no valoración de las pruebas; al respecto, el tribunal de alzada afirmó que el razonamiento de la decisión adoptada y posteriormente impugnada, cumplió de manera específica con la motivación de darle el razonamiento que corresponde a la prueba documental, al tenerse en cuenta que el tribunal de sentencia al emitir la sentencia condenatoria obró conforme a ley habiendo analizado el postulado de la pretensión de la parte querellante y acusadora particular en el contraste íntegro de la comunidad probatoria y que el efecto de contrastar la impugnación con la sentencia penal, el tribunal de alzada no encontró vulneración al debido proceso como lo fundamentan los apelantes; en consecuencia, determinó que no se vulneró los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen.; por lo que, lo solicitado en la apelación resultaba inviable.

III. Verificación de la existencia de contradicción del auto de vista con los precedentes invocados

En el presente recurso de casación, los recurrentes denuncia: 1) De errada la determinación del auto de vista en sentido de que hubiesen pretendido con su apelación una revalorización probatoria, cuando en realidad solicitaron que el tribunal de alzada revise la correcta subsunción de los hechos a su conducta; y, 2) El auto de vista no respondió con exhaustividad la denuncia de falta de motivación de la sentencia; resultando en el planteamiento de los recurrentes, contradictorio estos extremos con los precedentes invocados; por lo que, corresponde verificar en el fondo ambas problemáticas.

III.1. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal Superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este tribunal, el A.S. N° 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: "El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: 'El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema', en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: 'Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida'.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: '...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación', norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.O.J., que instituye como atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: 'Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance'. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: 'Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar'.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal".

III.2. Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de verificar si el auto de vista incurrió en contradicción con los precedentes invocados, corresponde ingresar a dicho análisis a efectos de seguir con el lineamiento doctrinal establecido por esta sala penal del Supremo Tribunal de Justicia; por lo que se tiene:

En el primer motivo del recurso de casación se denuncia que es errada la determinación del auto de vista en sentido de que hubiesen pretendido con su apelación una revalorización probatoria, cuando en realidad solicitaron que el tribunal de alzada revise la correcta subsunción de los hechos a su conducta, situación que en el planteamiento de los recurrentes vulneraría el principio de legalidad y resultaría contradictorio al precedente invocado que estableció criterios relativos al error iudicando, al principio de legalidad y a la tarea objetiva de subsunción de la conducta considerada como antijurídica; enfatizando que en el caso de autos, no se hubiese demostrado que tuvieran conocimiento de la falsedad del documento.

A efectos de lo señalado, se evidencia que el A.S. N° 315/2006 de 25 de agosto, fue dictado dentro de un proceso penal por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias controladas (L. N° 1008); en dicho precedente se estableció como base para la emisión de la doctrinal legal aplicable que el tribunal de sentencia subsumió erróneamente la conducta del imputado al tipo penal de tráfico de sustancias controladas (art. 48 de la L. N° 1008) porque el imputado "transportaba" cocaína como lo subrayó el propio Tribunal de Sentencia colocando en mayúsculas este hecho antijurídico en la sentencia. Por otro lado, también estableció que el hecho de que el imputado portara un celular no era fundamento suficiente para determinar que su actividad por esta causa sea calificada en el delito de "tráfico" de sustancias controladas, ya que las "suposiciones" respecto al uso que habría podido darse al celular a futuro no podrían ser fundamento jurídico para calificar la conducta del imputado en el marco descriptivo del tipo penal del art. 48 de la L. N° 1008, delito que obviamente cuenta con una punición mucho mayor. Además, se estableció que la base fáctica se refería a una conducta anterior al proceso penal, y en el caso, se observó que el tribunal llegó a la conclusión de que la conducta del imputado era de "transporte de sustancias controladas" por lo que ante, la existencia de una norma especial respecto al tipo penal establecido en el art. 55 de la L. N° 1008, debió tipificarse la conducta del recurrente en este ilícito y no en el de tráfico ante la inexistencia de prueba que determine la subsunción de la conducta del imputado en este tipo penal.

De lo referido precedentemente se infirió en dicho auto supremo una errónea aplicación de la ley sustantiva por parte de los Tribunales de Sentencia y apelación al no estar calificada la conducta del imputado en el tipo penal de "transporte de sustancias controladas" (art. 55 de la L. N° 1008), por lo que, correspondió dejar sin efecto el auto de vista recurrido el precedente estableció la siguiente doctrina legal aplicable:

"Un estado democrático de derecho está sostenido por el equilibrio y control riguroso que dimanar de los principios de legalidad, derecho al cumplimiento de la reglas del debido proceso penal y publicidad. Bastará que exista la ausencia de uno de ellos para demandar la corrección y, con mayor razón, si las infracciones han sido reclamadas oportunamente por el recurrente a quien le causa perjuicios la forma de resolución que incurre en 'error injudicando', tarea que la ley obliga a que los Tribunales de Justicia se sometan a la ley emitiendo sentencias que fluyan del respeto absoluto al 'principio de legalidad' realizando los juzgadores tareas objetivas de subsunción que demuestren, objetivamente, el encuadramiento perfecto de las conductas tachadas de antijurídicas en el marco descriptivo de la ley penal, lo contrario significaría crear "inseguridad jurídica" en perjuicio de toda la población.

Que los supuestos de errónea aplicación de la ley adjetiva se refieren: a) a los defectos de procedimiento en general y b) a los específicamente contenidos en los arts. 169 y 370-1 del Cód. Pdto. Pen., al haberse condenado al imputado, por un tipo penal que no le corresponde, en evidente infracción de norma penal sustantiva, toda vez que el tipo penal de 'transporte de sustancias controladas' se encuentra previsto en el art. 55 que señala: 'El que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transportare cualquier sustancia controlada, será sancionado con ocho a doce años de presidio y mil a mil quinientos días de multa e incautación definitiva del motorizado o medios de transporte'. Constituyéndose en norma especial frente al tipo penal descrito en el art. 48 de la L. N° 1008, por lo que se incurre en violación al 'principio de legalidad' al no calificarse adecuadamente la conducta ilícita del imputado en el tipo penal correcto, máxime si no se tomaron en cuenta los principios de 'favorabilidad' e 'in dubio pro reo' en favor del imputado. La conducta descrita por el artículo 48 de la L. N° 1008 que establece el 'tráfico de sustancias controladas' tiene por elemento esencial la 'comercialización' de sustancias controladas ilícitas en una de las formas que establece el art. 33-m) de la referida ley especial, si la conducta del imputado no se encuentra vinculada a estos fines pero es 'ilícita per se' por una norma especial, ésta debe aplicarse, lo contrario significaría dejar a la definición discrecional del juzgador que a su vez traduciría una violación al Principio Constitucional y Penal de 'legalidad' e infracción al Derecho fundamental a la Seguridad Jurídica inmerso en el art. 7 de la C.P.E. Siendo evidente la existencia de 'error injudicando' por indebida subsunción de la conducta del procesado en un tipo penal diferente al establecido por ley aspecto que debió ser advertido por el tribunal de alzada, corresponde al Supremo Tribunal, en aplicación del segundo párrafo del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., dejar sin efecto el auto de vista impugnado y disponer que la misma Sala Penal Primera del

Distrito de La Paz pronuncie nuevo auto de vista tomando en cuenta la línea doctrinal sentada en cuanto a la infracción de norma penal sustantiva”.

Analizado el precedente, corresponde señalar que en el caso de autos, los imputados denuncian que es errada la determinación del auto de vista en sentido de que hubiesen pretendido con su apelación una revalorización probatoria, cuando en realidad solicitaron que el tribunal de alzada revise la correcta subsunción de los hechos a su conducta, situación que en el planteamiento de los recurrentes vulneraría el principio de legalidad y resultaría contradictorio al precedente invocado porque en el mismo se estableció criterios relativos al error iudicando, al principio de legalidad y a la tarea objetiva de subsunción de la conducta considerada como antijurídica; enfatizando que en el caso de autos, no se hubiese demostrado que tuvieran conocimiento de la falsedad del documento; mientras que el precedente invocado si bien se refiere estrictamente a la aplicación de la ley sustantiva, el hecho generador de su doctrina está vinculado a la calificación de la conducta del imputado en el marco descriptivo del tipo penal del art. 48 de la L. N° 1008, delito que cuenta con una punición mucho mayor; por lo que, el tribunal llegó a la conclusión de que la conducta del imputado era de "transporte de sustancias controladas" y ante la existencia de una norma especial respecto al tipo penal establecido en el art. 55 de la L. N° 1008, debió tipificarse la conducta del recurrente en este ilícito y no en el de tráfico.

En ese sentido, conforme lo expuesto en el acápite III.1 de la presente resolución, cuando se trata de errónea aplicación de la norma sustantiva, el supuesto fáctico análogo debe ser similar al hecho que originó la doctrina legal aplicable del precedente invocado; situación que en el caso de autos no acontece; primero, porque el precedente invocado contiene análisis de los tipos penales previstos en la L. N° 1008, cuyos elementos son disímiles a los que componen los delitos de uso de instrumento falsificado, que fueron juzgados en el caso de autos; y, segundo, porque en el precedente invocado, se juzgó un hecho que correspondió a la comisión del delito de transporte de sustancias controladas porque se constató que el imputado se encontraba transportando y no traficando; mientras que en el caso de autos, los imputados cuestionan que su conducta no se subsumió al delito de uso de instrumento falsificado, circunstancias que sin duda difieren sustancialmente del hecho resuelto en el precedente invocado.

Por lo referido, no existiendo una situación de hecho similar entre el motivo traído en casación y el precedente invocado, no es posible efectuar la labor de contraste jurisprudencial asignada a este Máximo Tribunal de Justicia ordinaria, correspondiendo declarar infundado este motivo del recurso de casación.

En cuanto al segundo motivo, se tiene que los recurrentes denuncian que el auto de vista no respondió con exhaustividad la denuncia de falta de motivación de la sentencia; por lo que, denuncian la trasgresión del debido proceso en su vertiente de falta de motivación, aclarando que tal situación es contradictoria al precedente invocado.

Al respecto, invocaron el A.S. N° 443 de 11 de octubre de 2006, que fue dictado dentro de un proceso penal por la presunta comisión del delito de Lesión Seguida de Muerte, previsto y sancionado por el art. 273 del Cód. Pen.; al evidenciarse que el auto de vista impugnado no estableció las razones o fundamentos para incrementar la pena en la sentencia de primer grado, violando la garantía del debido proceso y la línea doctrinal establecida por el Supremo Tribunal, infringiendo lo dispuesto por los arts. 124 y 370 del Cód. Pdto. Pen., relativos a los fundamentos que deben contener imprescindiblemente la fijación de la pena, que respalden la determinación de agravar la sanción; asimismo, se observó que los argumentos utilizados en el auto de vista recurrido, eran claros en su interpretación, y utilizando los mismos se observó contradicción para disponer la modificación del quantum de la pena, cuando por el contrario servían de sustento para confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Sentencia; por lo que, en dicho precedente que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, se estableció la siguiente doctrina legal aplicable:

“Constituye uno de los elementos esenciales del ‘debido proceso’ la correspondiente fundamentación de las resoluciones, las mismas que deben ser motivadas, individualizando la responsabilidad penal del imputado, tomando en cuenta las atenuantes y agravantes que establece la Ley Penal sustantiva, a objeto de imponer la sanción.

La Corte Suprema de Justicia, intérprete de la ‘legalidad’, cumple una función unificadora de la jurisprudencia establecida en materia penal, siendo de aplicación obligatoria la doctrina legal aplicable, por los tribunales colegiados y unipersonales, lo contrario significaría ir en contra de los fines del Derecho Procesal Penal que tiene como objetivo una justicia equitativa.

Que el Tribunal de Casación ha establecido una línea doctrinal concerniente a los aspectos que se deben considerar para determinar el quantum de la sanción imponible al autor del hecho antijurídico, en éste caso de lesión seguida de muerte (art. 273 del Cód. Pen.), tomando en cuenta las atenuantes y agravantes, considerando la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias, los móviles que le impulsaron para la comisión del mismo, etc., tal como lo cita el recurrente, en la jurisprudencia vinculatoria de la Corte Superior de Justicia de Tarija, y que si bien es cierto que la pena estatuida en el art. 273 del Cód. Pen., es indeterminada, y que la valoración y apreciación de las pruebas es una facultad privativa de los jueces de instancia, esto no les exonera de la obligación de considerar y tomar en cuenta las agravantes o atenuantes que hubieren en favor o en contra del acusado conforme los arts. 37, 38, 39 y 40 del Código Sustantivo en materia penal, señalando porque razón llegan a esa determinación, pues el omitir dichos razonamientos constituye un defecto absoluto a tenor del art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. y a los derechos y garantías previstos en la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales, tal como determina el art. 169-3 del art. 169 del mismo Cód. Pdto. Pen.

Que el penalista Franz Von Liszt, conceptualiza: ‘La pena como un mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor’ y para Pisa, además de significar un mal para el delincuente, ‘es un medio de tutela jurídica’ afirmando que ‘No es el Estado el que puede decirle al delincuente: tengo derecho de corregirte, pues de ello sólo puede jactarse el superior de un claustro; es el culpable el que tiene el verdadero derecho de decir al estado: estás en la obligación de irrogarme una pena que me enmiende y no tienes potestad de someterme a una pena que me degrade y me torne más corrompido de lo que soy’ (Fernando Villamor Lucia, Derecho Penal Boliviano, Parte General página 198), evitando, como dice Beristain, que ‘la queja que continuamente brota de las prisiones, donde yacen miles de hombres sepultados vivos por otros hombres, en nombre de la justicia, en nombre de la libertad,

constituyendo su imposición el alfa y omega de todo el Derecho Penal" siendo esencial el equilibrio y la proporcionalidad que debe existir entre la culpabilidad y la punición que constituye uno de los rasgos esenciales del derecho penal en el que la imposición de la pena tiene como finalidad, además de la retribución por el daño causado, la readaptación y reinserción del delincuente al medio social, tomando en cuenta que el nuevo sistema acusatorio penal es 'garantista' y preserva los derechos fundamentales del imputado y de la víctima, así como a la sociedad en su conjunto, le interesa la correcta aplicación de la ley, el respeto irrestricto de los derechos y garantías constitucionales y procesales, porque así se garantiza la paz social y la pervivencia del estado social y democrático de derecho".

Analizado el precedente, corresponde contrastarlo con el auto de vista, con la finalidad de establecer el supuesto fáctico análogo respecto a una problemática similar, de donde se puede advertir que la denuncia que originó el precedente emergió del hecho de que el auto de vista que resolvió el recurso de apelación restringida, no contaba con los fundamentos para la fijación de la pena, que respalden la determinación de agravar la sanción, debido a que se observó que los argumentos utilizados en el auto de vista recurrido, fueron claros en su interpretación, cuyo uso provocaba una contradicción para disponer la modificación del quantum de la pena; de la misma, forma en su doctrina legal aplicable, se limitó a realizar un análisis doctrinario de la aplicación de la ley sustantiva vale decir de los arts. 273 con relación al 37, 38, 39 y 40 del Código Sustantivo en materia penal; y, en el presente caso se pretende establecer contradicción con el hecho de que el tribunal de alzada no respondió con exhaustividad la denuncia de falta de motivación de la sentencia, por lo que, el auto de vista no realizó una correcta revisión del recurso de apelación restringida que formularon; aspecto que no resulta contradictorio porque el punto principal de la emisión del precedente que invoca es el incorrecto incremento de la pena y en el caso de autos que el tribunal de alzada no hubiera respondido con exhaustividad la denuncia de falta de motivación de la sentencia lo que hubiera generado la trasgresión del debido proceso en su vertiente de falta de motivación; por tanto, no se advierte que en el auto de vista se haya aplicado una misma norma con diverso alcance, menos se haya aplicado normas distintas ante una situación de hecho similar; en consecuencia, el recurso interpuesto deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Celestina Gladys Viveros vda. de Serna y Tomás Serna Flores de fs. 297 a 299 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



267

Juan Eduardo Michel Vargas y otros c/ Ludy Norma Barahona Michel de Durán

Despojo

Distrito: La Paz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 9 de septiembre de 2016, cursante de fs. 1009 a 1017, Ludy Norma Barahona Michel de Durán, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 75/2016 de 3 de junio, de fs. 992 a 995, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los vocales Virginia Janeth Crespo Ibáñez y Willy Arias Aguilar, dentro del proceso penal seguido por Juan Eduardo Michel Vargas, Martha Yolanda Michel Vargas y María René Michel de Soria representados por Karlo Edwin Brito Pozo contra la recurrente, por la presunta comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 10/2014 de 9 de junio (fs. 847 a 854), el Juez 5° de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a la imputada Ludy Norma Barahona de Durán, absuelta de pena y culpa por la comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., de conformidad al art. 363-1 y 2 del Cód Pdto. Pen., notificada con la referida resolución la imputada solicitó complementación y enmienda, resuelto por Auto de 18 de julio de 2014 (fs. 860).

b) Contra la referida Sentencia, la imputada Ludy Norma Barahona Michel de Durán (fs. 921 a 925 vta.) y Karlo Edwin Brito Pozo en representación de la parte acusadora (fs. 928 a 932), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 3/2015 de 16 de enero (fs. 953 a 959), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre (fs. 982 a 988); en cuyo mérito, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, pronunció el A.V. N° 75/2016 de 3 de junio, que declaró procedentes los

recursos planteados y anuló totalmente la sentencia apelada y su Auto Complementario de 18 de julio de 2014, ordenando el reenvío del juicio por otro juez de sentencia, motivando la formulación de recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 11/2017-RA de 17 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) Como primer agravio la recurrente denuncia, que el auto de vista recurrido se apartó de la doctrina legal aplicable del A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, que estableció que en cuanto a la aplicación del art. 363-3 del Cód Pdto. Pen., debía ser complementada por el tribunal de alzada, por lo que declaró fundado ese motivo; no obstante, el auto de vista recurrido omitió ese extremo que fue reclamado en su recurso de apelación restringida bajo el rótulo: “inobservancia, errónea aplicación de la Ley Sustantiva art. 370-1, al no considerar la absolución en relación al art. 363-3, hecho que vulnera el debido proceso en su vertiente motivación y fundamentación de las resoluciones”; cuando, lo que hizo fue hablar de la anotación preventiva que pesa sobre el inmueble refiriendo que “...se trata de una errónea aplicación que no puede ser reparada directamente, pues hacerlo implicaría una nueva valoración de la prueba”; sin embargo, en ningún momento explicó cómo llegó a la conclusión de que hubiere una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y por qué no podía repararlo directamente; puesto que, si hizo referencia a la anotación preventiva se observa un tema de forma que no llega al fondo de la sentencia, pudiendo ordenar su levantamiento al constituirse en una medida cautelar; empero, vulnerando el art. 124 del Cód Pdto. Pen., se limitó a señalar: “...que evidentemente la jueza del fallo ha incurrido en una incorrecta aplicación de la ley sustantiva”, sin fundamentar cómo llegó a esa conclusión, aspecto que vulnera el debido proceso; puesto que, fue uno de los motivos por el que ordenó la anulación total de la sentencia apartándose de la doctrina legal establecida en el A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre.

Agrega, en el acápite “Cuarto” del recurso, que el tribunal de alzada de manera injusta e ilegal pretende ligar la solicitud de levantamiento de anotación preventiva a una incorrecta aplicación de la ley sustantiva, usando dicho extremo para injustamente anular la sentencia, sin considerar que la parte in fine del art. 413 del Cód Pdto. Pen., establece que cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente; sin embargo, el tribunal de alzada atentando los principios de celeridad, economía procesal, legalidad y generando innecesarias dilaciones, prefirió anular la sentencia y no así reparar un tema de forma como es el levantamiento de la anotación preventiva que no afecta al fondo de la sentencia, sin que ello presuponga una revalorización de la prueba; a cuyo efecto, invoca los AA.SS. Nos. 149 de 6 de junio de 2008 y 304/2012-RRC de 23 de noviembre.

2) Como segundo agravio, denuncia que el auto de vista recurrido dispuso la anulación de la sentencia basándose en hechos inexistentes; puesto que, alegó en su parte 2.2 que con relación a la apelación de Karlo Edwin Brito Pozo mencionaría que sus mandantes ejercían posesión a través de terceros mediante arrendamiento que Fanny Amonzabel sería inquilina por más de 40 años en el bien inmueble, quien además señalaría que a la muerte de Ofelia habría pagado alquileres a Martha Michel, “En ese sentido la sentencia no es clara al establecer el valor asignado a cada prueba simplemente se realiza a realizar una descripción...asimismo no se advierte un pronunciamiento claro sobre la declaración indicada”, argumento que a decir de la recurrente evidencia que el tribunal de alzada, no analizó ni revisó la sentencia que claramente en su acápite fundamentación probatoria y contraste intelectual de la comunidad de las pruebas en la parte segunda de la declaración de Wendy Marina del Rosario Díaz Lazarte haciendo una valoración y comparación con la declaración de Fanny Amonzabel señaló que: “...estas dos declaraciones al no ser coincidentes generan duda en la suscrita sobre el haber estado en posesión o tenencia del inmueble...”, argumento que desvirtúa lo alegado por el tribunal de alzada; puesto que, el tribunal de mérito realizó una valoración correcta de las pruebas testificales cuestionadas; además, la resolución recurrida habría alegado, que de la revisión de la sentencia constató que no existía pronunciamiento respecto a la prueba codificada con el N° 27, afirmación que asevera la recurrente resulta falsa; toda vez, que de la parte pruebas literales de descargo de la sentencia, se evidenciaría que la prueba 27 corresponde al acta de ingreso e inventario de bienes efectuado por Jorge Canedo Durán el 30 de diciembre de 2009, que fue valorado por la sentencia que alegó: “para la fecha de apertura de candados y cadenas la acusada ostentaba declaratoria de herederos a su favor, así como las resoluciones del interdicto de adquirir la posesión (sentencia, auto de vista) que también fueron favorables a ella, en consecuencia la misma se hallaba apoyada por resoluciones firmes, pese a la oposición que presentaron los hoy querellantes”, fundamentos que evidencian que el auto de vista recurrido basó la decisión de anulación de la sentencia en aspectos omitidos; por cuanto, si existió una valoración de la prueba codificada como 27, no correspondiendo un juicio de reenvío que vulneraría el debido proceso por omisiones en la valoración de las pruebas realizadas por el auto de vista recurrido que le resulta incorrecta e injusta que lesiona gravemente sus derechos constitucionales.

3) Como tercer agravio la recurrente reclama que el auto de vista recurrido incurrió en incongruencia omisiva; puesto que, en ninguna de sus partes valoró lo establecido por el A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, con relación a la fundamentación del auto complementario, que también fue reclamado en su recurso de apelación restringida bajo el rótulo “Defecto de la sentencia previsto por el art. 370-5 de la L. N° 1970, que no exista fundamentación de la complementación y enmienda que es parte de la sentencia o este sea insuficiente o contradictoria”, al respecto invoca los AA.SS. Nos. 49/2012 de 16 de marzo y 309/2012 de 29 de octubre.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido y se confirme la sentencia.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 11/2017-RA de 17 de enero, cursante de fs. 1027 a 1030 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por la recurrente Ludy Norma Barahona Michel de Durán, para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.- De la revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 10/2014 de 9 de junio, el Juez 5° de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a la imputada Ludy Norma Barahona de Durán, absuelta de pena y culpa por la comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., de conformidad al art. 363-1 y 2 del Cód Pdto. Pen., porque la parte querellante a momento de presentar su querrela y acusación particular no probó los elementos que fundaron la querrela y acusación particular, porque la prueba aportada no fue suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal de la acusada; además, dispuso que se salva el derecho de la parte querellante para hacer valer sus derechos en la vía civil ordinaria respecto al derecho de propiedad, por el que se pretendió reclamar por la vía penal; por otro lado, señala que la parte acusada no puede ni debe iniciar acción penal recriminatoria de calumnia u otra, estableciendo en forma expresa que la prueba aportada y generada por la parte querellante no es suficiente o convincente para dictar una sentencia condenatoria, por previsión del art. 364 del Cód. Pen.; y finalmente, dispuso el pago de costas, determinación que se tomó bajo el siguiente entendimiento:

Del análisis y valoración de la prueba desfilada en juicio, concluyó que Ludy Norma Barahona Michel de Durán, ingresó al inmueble ubicado en la plaza Uyuni, que fuera de propiedad de Ofelia Michel Rocabado previa la obtención de sentencia firme y con autoridad de cosa juzgada, dentro del proceso de interdicto de adquirir la posesión y previa la inscripción del nombre de su madre y el de ella en Derechos Reales y que tiene inscrito su nombre en el folio real, por lo que concluye que su conducta no se adecúa al tipo legal de despojo; puesto que, tampoco se habría establecido que los querellantes hayan estado en posesión o tenencia del inmueble. Por otro lado, en el juicio oral se estableció que el derecho propietario se encuentra cuestionado, determinándose que esa situación se debe dilucidar en la vía correspondiente, tomando en cuenta que tanto la sentencia emitida dentro del interdicto señalado, así como en la misma posesión, la autoridad jurisdiccional de manera expresa dispuso salvar la vía ordinaria para que los opositoristas la hagan valer, señalándose que la actual imputada no podía ser despojada del inmueble: "antes de haber sido oída en un proceso ordinario y contradictorio" (sic).

II.2. De la solicitud de complementación y enmienda; y, el Auto de 18 de julio de 2014.

Una vez conocida la determinación de la jueza de mérito, la parte imputada, solicitó la: a) Enmienda de la parte dispositiva en la que se dispuso la prohibición del inicio de acciones recriminatorias o en su caso, se aclare el fundamento legal de dicha decisión; b) complementación de la sentencia, declarando la temeridad y malicia de la acusación, conforme a las actuaciones dentro del juicio oral y las previsiones del art. 364 del Cód Pdto. Pen.; y, c) complemente la resolución de mérito, disponiendo que por la oficina de registro de Derechos Reales de La Paz, se proceda al levantamiento de la anotación preventiva que pesa sobre el bien inmueble.

Las referidas solicitudes, fueron declaradas "No ha lugar" por la jueza de mérito, especificando en cuanto al segundo punto que la sentencia absolutoria se basó en los incs. 1 y 2 del art. 363 del Cód Pdto. Pen.; es decir, en que la prueba aportada no alcanza para imponer una sanción, no habiéndose aplicado el inc. 3 de la citada norma.

Con relación a las solicitudes de enmienda respecto a la identificación correcta de la persona que se presentó a la audiencia de juicio oral y de la que se habría pretendido la nulidad de filiación [puntos d) y e)], dicha autoridad jurisdiccional, las declaró "Ha lugar"

II.3. De la apelación restringida.

La imputada Ludy Norma Barahona Michel de Durán, interpuso recurso de apelación restringida, alegando: i) La jueza de sentencia, en la parte dispositiva del fallo de mérito, estableció que se salven derechos de la parte querellante para la vía civil, privándole del inicio de acciones recriminatorias contra los acusadores, lo que está fuera de su competencia, por lo que denuncia la concurrencia del defecto de sentencia previsto en el art. 370-8 del Cód Pdto. Pen., siendo por tanto nulo, en aplicación del art. 122 de la C.P.E.; ii) A título de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva [art. 370-1 del Cód Pdto. Pen.], haciendo referencia a los fundamentos de la sentencia, asegura que no concurren los elementos del tipo penal de despojo, por lo que correspondía declarar su absolución también en el marco del inc. 3 del art. 363 del Cód. Pen.; por cuanto, se demostró que el hecho no existió, no constituye delito o que no participó en él; en consecuencia, conforme al art. 364 del Cód Pdto. Pen., debieron cesar todas las medidas cautelares, fijándose costas y en su caso, declarando la temeridad y malicia de la acusación; sin embargo, la sentencia además de mantener la medida gravosa de anotación preventiva que pesa sobre su inmueble, dispuso que no inicie acción recriminatoria alguna, salvando los derechos del querellante para acudir a la vía ordinaria, facultad privativa de los Jueces de Instrucción en lo civil y no de los de materia penal; y, iii) La fundamentación del auto que respondió la solicitud de complementación y enmienda efectuada por su parte, es insuficiente [conforme al defecto previsto en el art. 370-5 del Cód Pdto. Pen.], debido a que únicamente se remitió a mencionar que se debe pedir bajo procedimiento y "no ha lugar" sin fundamento legal o doctrinal.

II.4. Del Auto Supremo que anuló el primer auto de vista.

El A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, dejó sin efecto el A.V. N° 3/2015 de 16 de enero, de fs. 953 a 959, que anuló la sentencia emitida en la causa y dispuso el reenvío del juicio determinando que la misma sala sin espera de turno y previo sorteo emita nuevo fallo conforme a la doctrina legal aplicable que se sintetiza a continuación:

Sobre el recurso de apelación restringida de la imputada Ludy Norma Barahona Michel de Durán, concluyó que era evidente que el tribunal de alzada corroboró que la conducta de la acusada no se subsumió al tipo penal de despojo; y en consecuencia, la acusada fue declarada absuelta del tipo penal acusado, que el tribunal de alzada no se pronunció sobre la medida gravosa que pesa sobre el bien, la cual debía ser levantada, concluyendo que esa situación tenía que ser corregida directamente por el tribunal de alzada, sin necesidad de ordenar el reenvío de la causa, en aplicación del último párrafo del art. 413 del Cód Pdto. Pen.

Por otro lado, concluyó que el tribunal de alzada no se pronunció sobre el reclamo, en sentido que la sentencia tenía que pronunciar sentencia aplicando el inc. 3 del art. 363 del Cód Pdto. Pen. Finalmente, en relación a la falta de fundamentación del auto complementario de la sentencia y el hecho de levantar la medida gravosa, concluyó que el tribunal de alzada podía corregir directamente sin necesidad de mandar a reenvío al tratarse de temas que no hacían al fondo de la decisión, porque al ser declarada absuelta la acusada, también las medidas gravosas debían ser levantadas.

Respecto a la revalorización que hubiere realizado el tribunal de alzada, al resolver el recurso de apelación restringida de la parte acusadora, este tribunal constató que evidentemente el tribunal de alzada otorgó valor a la sentencia que declaró probado el interdicto de adquirir la posesión en favor de la acusada, traducida en la afirmación de que la misma no ordenó expresamente el ingreso de la acusada al bien inmueble y que la jueza de mérito ministró posesión fuera de él, concluyéndose que la valoración de prueba, únicamente puede efectuar el tribunal o jueza de sentencia a tiempo de efectuar la valoración de la probatoria, por lo que declaró fundada la denuncia de revaloración de prueba efectuada en casación.

II.4. Del Auto de Vista recurrido.

El auto de vista ahora recurrido concluyó en relación a la denuncia de errónea aplicación del delito de despojo, que en la sentencia se afirma, que no se hubiera probado que Martha Yolanda Michel Vargas, Juan Eduardo Michel Vargas y María René Michel Vargas en su condición de primos hermanos no se hubieran hecho declarar herederos; tampoco, que los mismos se hallaban en posesión de la propiedad, lo que si se hubiera probado habría sido la existencia de una sentencia firme en la vía civil dentro del proceso de interdicto de adquirir la posesión; por otro lado, la misma sentencia a fs. 853, afirmaría que durante todo el proceso se pudo establecer que el derecho propietario se hallaría cuestionado, situación que debería reclamarse por la vía correspondiente, por lo que inclusive la autoridad jurisdiccional habría expresado que se salva la vía ordinaria para que los opositoristas los hagan valer, así como se señaló que la acusada no podía ser despojada del inmueble, antes de haber sido oída en un proceso ordinario y contradictorio, "por lo que se no se ha incurrido" (sic) en el defecto previsto por el art. 370-8 del Cód Pdto. Pen., ya que la afirmación de salvar los derechos proviene de otra autoridad.

Respecto a que se habría dictado sentencia absolutoria y el objeto del litigio es un inmueble sobre el que pesa una anotación preventiva, el deber de la misma era pronunciarse sobre el levantamiento o no de la carga, porque si se pronunció en salvar los derechos; entonces también, podía disponer el levantamiento de la anotación preventiva. En el presente caso, si es que se repararía directamente el error, al disponer que la jueza no podía pronunciarse en salvar los derechos de los querellantes, entonces cómo puede el tribunal pronunciarse sobre el levantamiento de la anotación preventiva, más si se acreditó por la apelante que evidentemente la jueza responsable del fallo emitido incurrió en una incorrecta aplicación de la ley sustantiva, en este caso específico, situación que habilita el recurso de apelación restringida acorde al art. 370-1 del Cód Pdto. Pen. y que se motiva; asimismo, la aplicación de la primera parte del art. 413 del Cód Pdto. Pen., porque se trata de una errónea aplicación que no puede ser reparada directamente, pues el hacerlo implicaría una nueva valoración de la prueba aportada con base para la acción penal, entre ellas los documentos que acreditan o no el derecho de propiedad, así es la misma parte apelante acusada que recurre en apelación, tomando en cuenta que dicha valoración está reservada única y exclusivamente a la juez de grado.

En relación a la apelación restringida interpuesta por la parte acusada, señala que la sentencia no es clara al establecer el valor asignado a cada prueba, que simplemente se limita a realizar una descripción. Que la valoración está reservada al juzgador que conoce directamente el proceso, no existiendo la posibilidad de revalorizar prueba en alzada, al no existir la doble instancia, más aun si se considera que la demanda presentada en la acción civil de interdicto fue voluntaria y unilateral, plasmada en una sentencia; asimismo, no se advierte un pronunciamiento claro sobre la declaración indicada.

En cuanto a que se habría suministrado posesión en la parte externa del bien inmueble, la sentencia no menciona ese aspecto, ya que en forma general se afirma que habría existido una posesión a consecuencia de una sentencia, por la que la acusada no podría ser despojada del inmueble. La facultad de realizar la valoración se ejerce aplicando el principio de inmediación, ya que es facultad de la autoridad que tuvo contacto con las partes en juicio quién debe apreciar y valorar, en la sentencia no explica si la posesión fue en el interior o exterior del inmueble, si además se toma en cuenta que toda resolución debe ser clara, lo que en apelación no se puede valorar, en consecuencia afirmar el lugar de la posesión.

Respecto a la falta de valoración de la prueba de descargo N° 27, que consistiría en el acta de ingreso e inventario de bienes efectuada por Jorge Canedo Durán, que señalaría que se hubieran destruido candados y cadenas, procediéndose a la apertura de la puerta metálica; aspecto que, habría sido corroborado por la declaración de la acusada, se concluye de la revisión de la sentencia, que no existiría pronunciamiento sobre la referida prueba, incurriendo en una incongruencia omisiva valorativa de los medios señalados como prueba, situación que no puede ser reparada directamente.

Finalmente en relación al delito de despojo, concluye que no se puede limitar a que la víctima sea despojada física y violentamente, en la sentencia se sostiene que la acusada contaba con una sentencia firme dentro del proceso interdicto de adquirir la posesión; así también, se habría probado que eran los querellantes quienes colocaron cadenas, reclamo que más se refiere a la falta o defectuosa valoración de las pruebas, así se llega a concluir que no se ha valorado los documentos que demostraría la posesión del bien inmueble mediante una sentencia en la vía civil.

El tribunal de alzada concluye que existen errores y omisiones a momento de dictar sentencia, reclamados tanto por la parte acusadora como por la parte acusada, que llevaría a que se ordene el reenvío, ya que por el contrario podría existir una lesión de los derechos y garantías.

III. Verificación de la existencia de contradicción

La recurrente denuncia: a) Incumplimiento de la doctrina legal aplicable establecida en el A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, emitido en la presente causa que estableció que el tribunal de alzada complementó en cuanto a la aplicación del art. 363-3 del Cód Pdto. Pen., pretendiendo además ligar la solicitud de levantamiento de anotación preventiva a una incorrecta aplicación de la norma sustantiva; b) La decisión del tribunal de alzada de anular la sentencia basándose en hechos inexistentes; y, c) Incongruencia omisiva con relación al auto de complementación. En consecuencia corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones, para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas, debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón Suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal, pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutoria de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia.

III.2. La labor de contraste en el recurso de casación.

El art. 416 del Cód Pdto. Pen., instituye que: "El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema", en esa línea el art. 419 del Cód Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: "Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida".

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: "...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación", norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.O.J., que instituye como atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a), respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y, c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto, al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación, vienen a constituir entonces criterios interpretativos, que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo de Justicia y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód Pdto. Pen., manifiesta: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso

anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal.

III.3. Análisis del caso concreto.

Como primer motivo de su recurso, la recurrente denuncia incumplimiento de la doctrina legal aplicable contenida en el A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, señalando que dicho fallo estableció que la aplicación del inc. 3 del art. 363 del Cód Pdto. Pen., debía ser complementado directamente por el tribunal de alzada, aspecto sobre el cual el nuevo auto de vista soslaya referirse; aspecto que, sería contrario además a la doctrina legal establecida en los AA.SS. Nos. 149 de 6 de junio de 2008 y 304/2012-RRC de 23 de noviembre.

Del análisis de ambos precedentes, se advierte que los mismos establecen que el actual sistema procesal penal, no reconocen la doble instancia, en consecuencia los tribunales de alzada se hallan impedidos de revalorizar prueba, empero en observancia del último párrafo del art. 413 del Cód Pdto. Pen., está permitido que dicten nueva sentencia, siempre y cuando no sea necesario revalorizar prueba, además cuando no se cambie la situación jurídica de los acusados; también, el segundo precedente establece que: “la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo de Justicia como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria de acuerdo al art. 181 de la C.P.E., tiene carácter ‘erga omnes’, por lo que debe ser cumplida en forma obligatoria en supuestos de similar naturaleza, aspecto que no ha sido estimado por el tribunal inferior; consecuentemente, corresponde reiterar como en casos similares de inobservancia a sus fallos, que en previsión al fortalecimiento institucional y, especialmente, de la naturaleza, finalidad y efectos obligatorios de la que están revestidos los autos supremos que establecen doctrina legal, con sentido ponderable de uniformar la jurisprudencia en el órgano judicial en materia penal, ningún juez o tribunal inferior podrá sustraerse de su cumplimiento bajo ningún concepto o razonamiento, omitiendo la imperatividad prevista por el segundo párrafo del art. 420 del Cód Pdto. Pen.”.

En el caso de autos se observa que este Máximo Tribunal de Justicia, a través del referido A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, emitido dentro del actual proceso, anuló el primer auto de vista emitido por el tribunal de alzada disponiendo que sin necesidad de mandar a reenvío corrija directamente, la medida gravosa impuesta sobre el bien inmueble que es objeto del presente proceso, levantado la misma, en razón a haberse declarado la inexistencia del delito de despojo; por otro lado, concluyó que el tribunal de alzada no resolvió de manera expresa, la denuncia de no haberse aplicado el inc. 3 del art. 363 del Cód Pdto. Pen., siendo que se estableció que el hecho acusado no constituyó delito; asimismo, la indicada Resolución determinó que el auto complementario de la sentencia fue emitido sin una debida fundamentación al resolver la complementación, concluyendo que el tribunal de alzada debía corregir directamente sin necesidad de mandar el proceso a reenvío, en el entendido de que la indicada corrección no afecta al fondo de la decisión, porque al declararse absuelta a la acusada, por lógica consecuencia, también debieron ser corregidas directamente por la juez y al no haber procedido de esa manera esa situación debía ser corregida por el tribunal de alzada.

Ahora bien, del análisis detallado del auto de vista recurrido, se observa que si bien inicialmente hace referencia al A.S. N° 570/2015-RRC de 04 de septiembre; empero, a tiempo de resolver no cumplió con la doctrina legal establecida en el referido auto supremo; puesto que, al emitir el auto de vista ahora recurrido, el tribunal de apelación de manera oficiosa ingresa a resolver el recurso de apelación restringida de la acusada, refiriendo cuestiones que no fueron denunciadas por la acusada, como que los querellantes no se hubieran hecho declarar herederos, o que los mismos no se encontraban en posesión del inmueble, que existiría una sentencia civil firme sobre el interdicto de adquirir la posesión, que el derecho propietario se hallaría cuestionado, que la acusada no podía ser despojada mientras no sea oída dentro de un proceso ordinario y contradictorio y de manera confusa concluye que: “por lo que se no se ha incurrido en el defecto previsto por el art. 370-8 del Cód Pdto. Pen.” (sic), ya que la afirmación de salvar los derechos proviene de otra autoridad.

Respecto a la anotación preventiva, al haberse dictado sentencia absolutoria y siendo que el objeto del litigio es un bien inmueble sobre el que pesa una anotación preventiva, el deber de la misma era también pronunciarse sobre el levantamiento o no de la referida carga; el tribunal de alzada concluye que la apelante habría acreditado que la juez responsable del fallo emitido incurrió en una incorrecta aplicación de la Ley Sustantiva, por lo que a criterio del tribunal de alzada se motivaría la aplicación de la primera parte del art. 413 del Cód Pdto. Pen., indicando por lo tanto que no puede repararse directamente, que el hecho de hacerlo implicaría revalorización de prueba; observándose en consecuencia que, es evidente que la resolución impugnada no cumple con la doctrina legal aplicable establecida en el A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, vulnerando en consecuencia el art. 420 del Cód Pdto. Pen.

Al efecto, inicialmente es necesario precisar que, el tribunal de alzada al emitir el auto de vista anulado, concluyó: que es evidente la errónea aplicación de la ley sustantiva, porque al declararse la inexistencia del delito de despojo, correspondía emitir la sentencia conforme al inc. 3 del art. 363 del Cód Pdto. Pen. y como efecto de la inexistencia del delito acusado correspondía levantar la anotación preventiva que pesaba sobre el bien inmueble objeto del litigio, además que en cumplimiento del principio de igualdad, no podía prohibirse que la parte acusada presente algún proceso recriminando a los acusadores, con esas conclusiones anuló la sentencia y mando a reenvío la causa. Al respecto, el reiterado A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, dispuso que para corregir esas situaciones no era necesario el reenvío de la causa, porque las correcciones no eran de fondo, que tampoco se estaba cambiando la situación jurídica de la acusada, menos era necesario revalorizar prueba, por lo que observando el principio de celeridad dispuso que las indicadas situaciones debía ser corregidas directamente por el tribunal de alzada, sin necesidad de mandar a reenvío; sin embargo, ese aspecto no fue comprendido por el tribunal de alzada, más al contrario el referido tribunal concluyó de manera confusa señalando que: “por lo que se no se ha incurrido en el defecto previsto por el art. 370-8 del Cód Pdto. Pen.” (sic), conclusión que no se entiende si se incurrió o no en el defecto mencionado; en consecuencia, se concluye que este motivo deviene en fundado.

Respecto al segundo motivo, el que se admitió para verificar si es evidente, que se hubiera anulado la sentencia en base a hechos inexistentes, como es el caso de que no se hubiese valorado la declaración de Fanny Amonzabel y la documental 27; se observa que el auto de vista recurrido, concluye que no se advierte pronunciamiento claro sobre la indicada declaración y que se habría omitido valorar la prueba

codificada con el N°. 27; sin embargo, de la revisión de la sentencia se observa que esa afirmación no es evidente, puesto que a fs. 848 vta., último párrafo la Jueza de sentencia valoró la declaración de Fanny Amonzabel Azín, de manera conjunta a la declaración de Wendy Marina del Rosario Díaz Lazarte, concluyendo que las mismas son contradictorias, por lo que generan duda en la a quo, sobre el haber estado en posesión o tenencia del bien inmueble materia del litigio; del mismo modo a fs. 852, se observa la valoración de la documental 27, concluyéndose que de la referida documental se observa que para la ocasión de la apertura de candados y cadenas la acusada ostentaba la declaratoria de herederos a su favor, así como las resoluciones del interdicto de adquirir la posesión, resoluciones que son favorables a la acusada, por lo que la referida posesión se hallaba apoyada por resoluciones firmes.

Por lo referido, se concluye que la denuncia de la acusada recurrente es evidente, al no ser cierto que no se hubieran valorado la testifical de Fanny Amonzabel y la literal 27, deviniendo en consecuencia este motivo también en fundado.

Finalmente, respecto al tercer motivo, por el cual se denuncia incongruencia omisiva señalando que el auto de vista recurrido no habría valorado lo establecido en el A.S. N° 570/2015-RRC de 4 de septiembre, en relación a la falta de fundamentación del Auto complementario; al efecto, cita como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 49/2012 de 16 de marzo y 309/2012 de 29 de octubre.

El primer precedente fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de asesinato y otros, en el cual se estableció que, el tribunal de alzada no se pronunció sobre todos los puntos impugnados, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo como doctrina legal aplicable la siguiente: "...es una premisa consolidada que todo auto de vista... respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida ...cuando en el mismo se evidencia que el tribunal de alzada no se pronunció sobre todos los motivos en los que fundaron los recursos de apelación restringida deducido por el o los procesados, lo cual constituye un vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) que vulnera el art. 124 del Cód Pdto. Pen..., ello en estricto cumplimiento del art. 398 del citado Cód Pdto. Pen. Por lo que la omisión de pronunciamiento de un aspecto reclamado o la utilización de argumentos evasivos se constituye en un defecto absoluto invalorable que vulnera el derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva...".

El segundo precedente fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de cheque en descubierto, en el cual también este Máximo Tribunal de Justicia constató que el tribunal de alzada no respondió todos los motivos denunciados en la apelación restringida, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo como doctrina legal la siguiente: "Se considera que existe incongruencia omisiva (citra petrita o ex silentio) cuando en el auto de vista no se resolvieron todos y cada uno de los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, los cuales deben ser absueltos uno a uno con la debida motivación y en base de argumentos jurídicos individualizados y sólidos, a fin de que se pueda inferir una respuesta con los criterios jurídicos correspondientes al caso en concreto sin que estos sean esquivos o imprecisos, lo contrario constituye infracción del principio tantum devolutum quantum appellatum, y al deber de fundamentación que vulnera lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód Pdto. Pen., siendo obligación del tribunal de apelación, realizar la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie".

Analizando el caso de autos, se observa que la recurrente como último punto de su recurso de apelación restringida, denunció falta de fundamentación del auto complementario de la sentencia, y revisando minuciosamente el auto de vista ahora recurrido, se evidencia que la referida resolución no resuelve la indicada denuncia, por lo que es evidente que se incurre en incongruencia omisiva, al incumplir con lo establecido por el art. 398 del Cód Pdto. Pen.; concluyéndose en consecuencia, que existe contradicción entre la doctrina legal aplicable establecida en los precedentes invocados y la resolución recurrida de casación, deviniendo en consecuencia este motivo también en fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ludy Norma Barahona Michel de Durán, cursante de fs. 1009 a 1017, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del Cód Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 75/2016 de 3 de junio, de fs. 992 a 995, disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



268

Ministerio Público y otro c/ Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes
Falsedad Material y otros
Distrito: La Paz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 23 de marzo de 2016, cursante de fs. 1537 a 1540 vta., Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 76/2015 de 12 de noviembre, de fs. 1519 a 1523 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, conformado por los vocales A. Willy Arias Aguilar y Virginia Janeth Crespo Ibáñez dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 19/2014 de 28 de febrero (fs. 1056 a 1071), el Tribunal Cuarto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, autor y culpable de la comisión de los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 199 y 203 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, más el pago de daño civil y costas al estado calificable en ejecución de sentencia y lo absolvió del delito de falsedad material; asimismo, le aplicó lo dispuesto en el art. 36 del Cód. Pen., estableciendo la inhabilitación especial de cinco años.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, formuló recurso de apelación restringida (fs. 1366 a 1370 vta.), resuelto por A.V. N° 69/2014 de 5 de septiembre (fs. 1468 a 1476 vta.), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril (fs. 1506 a 1515 vta.); en cuyo mérito, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, pronunció el A.V. N° 76/2015 de 12 de noviembre, que declaró improcedentes las cuestiones planteadas y confirmó la sentencia apelada, dando lugar a la interposición del presente recurso de casación en análisis.

I.1.1. Motivo del recurso

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 013/2017-RA de 17 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pcto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente en referencia al A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril, denuncia que el tribunal de alzada no cumplió con la doctrina legal aplicable de la resolución emitida por esta sala penal, particularmente en lo referido a que: i) Pese a lo establecido en el punto III.2.2. del auto supremo antes referido, en el que se identificó los elementos constitutivos del delito de falsedad ideológica concluyéndose que sería insuficiente acreditar solo la probable producción de perjuicio y que en la sentencia se hubiese cumplido con la acreditación de los demás elementos constitutivos del citado tipo penal, observando que el tribunal de alzada en el auto de vista dejado sin efecto, omitió controlar si de acuerdo a los hechos probados y la fundamentación jurídica desarrollada en la sentencia la conducta del imputado se adecuaba al ilícito de falsedad ideológica; sin embargo, en el nuevo auto de vista, el tribunal de alzada hubiere omitido efectuar el control instruido, es decir si de acuerdo a los hechos probados y fundamentación jurídica desarrolladas en la sentencia, concurrieron en su conducta los elementos del tipo penal de "falsedad material" pese a la claridad del auto supremo referido, situación que se advertiría de la verificación del Considerando III del auto de vista impugnado en el que más al contrario se consignarían alegaciones erradas respecto de las fotocopias de los títulos académicos tachados de falsos alegándose que el dolo se acreditó por haber presentado el imputado solo fotocopias simples de estos documentos conclusión a decir del recurrente se denota incluso una valoración probatoria, situación prohibida en alzada, asimismo respecto de los informes emitidos por el Jefe de División de Documentos y Archivo de la UMSA: II) Se argumenta sobre la obligatoriedad que los jueces y tribunales de cumplir con la doctrina legal aplicable, invocando el A.S. N° 639 de 20 de octubre de 2004, precedente que el tribunal de alzada hubiere incumplido al no considerar lo dispuesto por el A.S. N° 256/2015-RRC, en el que inclusive se ordenó que de acuerdo a lo previsto en el A.S. N° 660/2014-RRC, de ser posible se debía subsanar sin realizar un nuevo juicio por reenvío. No se consideró que el auto supremo tantas veces referido -256/2015-RRC-, solo se hubiese acreditado el delito de uso de instrumento falsificado y que en su momento demostró su arrepentimiento; en consecuencia, al no haber causado daño correspondía la aplicación de una pena más benigna -2 años- invocando los AA.SS. Nos. 236 de 7 de marzo de 2007 y 267/2013-RRC de 17 de octubre.

I.1.2. Petitorio

Por lo expresado, solicita al Tribunal Supremo de Justicia, la emisión de nuevo auto supremo, determinando la existencia de contradicción y la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 013/2017-RA de 17 de enero, de fs. 1548 a 1550, este tribunal admitió el recurso formulado por el imputado, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

El Tribunal Cuarto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por Sentencia N° 19/2014, declaró a Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, autor de la comisión de los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 199 y 203 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión e inhabilitación especial por el lapso de cinco años después del cumplimiento de la pena principal; y, le absolvió del delito de falsedad material, tipificado por el art. 198 del Cód. Pen., conforme a los siguientes fundamentos:

a) De acuerdo a los hechos tenidos como probados en juicio, concluye que los mismos se adecuaron a los delitos tipificados y sancionados por los arts. 199 y 203 del Cód. Pen., especificando en cuanto al delito de falsedad ideológica que los títulos académicos y en provisión nacional, cuyo titular sería Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, eran documentos públicos; en consecuencia, estos instrumentos tenían formas verdaderas, pero en ellos se introdujo datos falsos; por lo que el contenido carece de una verdad objetiva, y quien efectuó ese acto antijurídico es precisamente el imputado, al haber consentido que cursó algunas materias de la carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés; empero, éste no egresó de la misma y no se tituló bajo ninguna modalidad como licenciado en derecho.

b) En cuanto al delito de uso de instrumento falsificado, el imputado, a sabiendas que los títulos eran falsos hizo uso de los mismos en forma reiterada, primero en su presentación a la Unidad de Recursos Humanos y Escalafón del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; y, luego a la Dirección de Identificación Personal de la Policía Boliviana; c) en la conducta del imputado existió dolo, porque actuó con conocimiento y voluntad en los hechos acusados, entendiéndose la concurrencia del primer elemento del delito. En cuanto a la acción, la antijuricidad entendida como aquella “que es contra el derecho”, establece que el acto se encuentra en haber hecho insertar datos falsos en un documento público y la utilización de documentación falsa para acreditar su formación profesional; es antijurídico, porque dada su formación y experiencia de la vida, conocía que hacer insertar datos falsos en un documento público para hacer creer su formación profesional y utilizar el mismo está prohibido. Por otra parte, el uso de un documento a todas luces falso y a sabiendas que esa falsedad está prohibido, lo utilizó incursionando en la conducta descrita provocando perjuicio, sin que en su accionar se hubiera advertido alguna causa de justificación.

c) Es culpable, ya que la culpabilidad es el “Conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”, que se vislumbra de manera nítida porque en el momento de hacer insertar datos falsos y usar los documentos falsos, son hechos acaecidos en diferentes momentos, habiendo sido capaz de comprender la antijuricidad de su acción, estado mentalmente sano y haber cometido el delito a sabiendas y voluntariamente.

II.2. De la apelación restringida.

El imputado Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, planteó recurso de apelación restringida contra la Sentencia N° 19/2014 de 28 de febrero alegando que, en estrecha vinculación con los motivos de casación:

i) La sentencia incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, específicamente del art. 199 del Cód. Pen.; por cuanto, para que una conducta se subsuma exactamente en los hechos descritos, deben existir los siguientes requisitos y elementos concurrentes: Que exista un instrumento público verdadero, en su caso, dos instrumentos públicos verdaderos, el diploma académico signado con el 000101 y el título en provisión nacional, con Folio 002448/2002 de 18 de octubre; empero, dichos instrumentos públicos no existen en el cuaderno y no fueron presentados ni por la acusación fiscal ni la particular, no obstante ser necesarios, de acuerdo a la norma citada; en consecuencia, no existe el primer elemento que configura el delito de falsedad ideológica, puesto que en la sentencia en reiterados párrafos, el tribunal de mérito, dijo que llegó a la certeza que los documentos antes aludidos, especialmente en el punto cuarto del romano II, eran falsos, así como la caligrafía, el número y las firmas de las autoridades.

ii) Otro elemento concurrente para que se configure y subsuma el hecho en la previsión del art. 199 del Código Sustantivo Penal, es que debe probarse en juicio que exista un sujeto identificado totalmente, que inserte o hiciera insertar en un instrumento público verdadero declaraciones falsas concernientes a hechos que el documento debe probar. En el caso de autos, no se identificó a ese sujeto, no se investigó al respecto; sin embargo, el tribunal de instancia, haciendo una inferencia estableció que él presentó a la Unidad de Recursos Humanos y Escalafón de la entidad, documentos falsos que no acreditan su formación académica y profesional, por eso cometió el delito de falsedad ideológica. No se demostró que hubiere insertado o hecho insertar en los instrumentos públicos verdaderos, declaraciones falsas concernientes a hechos que los documentos deban probar; a cuyo efecto, afirma que la inferencia no se encuadra dentro del marco de las facultades previstas en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; por cuanto, dicha norma procesal en cuanto a la valoración de la prueba a la que están reatados los jueces, es clara al determinar que el juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorgó determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida. En ese contexto, no caben las inferencias con las que actuó el Tribunal al dictar la sentencia impugnada.

iii) Otro elemento sustancial, concurrente y elemental que debe existir para que los hechos se subsuman a la descripción del art. 199 del Cód. Pen., y que existió falsedad, es el elemento pericial; es decir, por la naturaleza de esos delitos es necesario que un tercer sujeto, perito, entendido en la materia, diferente a los sujetos procesales, realice un estudio pericial para determinar la autenticidad o falsedad de los documentos o si se han insertado declaraciones falsas en instrumentos públicos y verdaderos. Al respecto, el art. 204 del Cód. Pdto. Pen., prevé que se ordenará una pericia para descubrir o valorar un elemento de prueba, que necesite un conocimiento especializado en alguna ciencia, arte o técnica, aspectos que fueron objeto de la defensa, habiendo sido expresados y fundamentados claramente en los alegatos finales; sin embargo, el Tribunal en Sentencia no se refirió para nada al mismo, restándole importancia y menospreciándolo, negando en todo caso el derecho a la defensa, que correspondía en sujeción al art. 363-1 y 2 del Cód. Pdto. Pen., dictar sentencia absolutoria, porque no se probó la acusación o esta fue retirada del juicio al haber renunciado la parte acusadora a producir la prueba pericial y, porque la prueba aportada no era suficiente para generar en el juez o tribunal, convicción sobre la responsabilidad penal de su persona.

iv) Denuncia errónea aplicación del art. 203 del Cód. Pen.; por cuanto, habiendo sido absuelto por el delito de falsedad material, además de no haberse demostrado la falsedad ideológica, conforme detalló precedentemente, no puede existir solo y sin sustento, la calificación del delito de uso de instrumento falsificado, porque de acuerdo a la previsión del art. 203 del Cód. Pen., el que a sabiendas hiciera uso de un documento falso o adulterado, será sancionado como si fuere autor de la falsedad; en razón de ello, si no es autor de ninguna falsedad, no puede ser sancionado como si fuera autor de uso de instrumento falsificado, por lo que, resulta claro el despropósito del tribunal, al aplicar erróneamente la ley citada, por lo tanto, igualmente corresponde declararle absuelto del referido delito, porque no se probó la acusación, habiendo sido retirada del juicio.

v) Luego de cuestionar la imposición de la inhabilitación especial, acusando la errónea aplicación del art. 36 del Cód. Pen., citó como precedente contradictorio, entre otros el A.S. N° 455 de 14 de noviembre de 2005.

II.3. Del Auto de Vista recurrido.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, en cumplimiento al A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril, emitió nuevo A.V. N° 76/2015 de 12 de noviembre, por el que declaró improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto por el imputado Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, confirmando la sentencia en base a los siguientes argumentos:

a) El anuncio de recurso de apelación es con el objetivo de cuidar que se cumplan los principios que rigen el juicio y garantizar derechos y garantías constitucionales, constituye el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiese incurrido durante la sustanciación del juicio.

b) La naturaleza y finalidad de la apelación es esencialmente de puro derecho, siendo que la ley señala cuando pueden ser apeladas observándose los requisitos de forma exigidos por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen.

c) Respecto a la afirmación de la existencia de errónea aplicación de ley sustantiva del art. 190 del Cód. Pen., dicha normativa entiende como la falta de verdad de un documento, donde contiene afirmaciones falsas, considerando el tribunal como hecho probado en referencia al Diploma Académico y el Título en Provisión Nacional, habiendo actuado el imputado con dolo, pruebas que hubieren sido observadas y valoradas correctamente, verificadas con otras fuentes como informes emitidos por el Jefe de la División Documentos y Archivo de la UMSA en la que el imputado no figura como profesional titulado de la carrera de derecho, llevando a la convicción de condenar por los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado.

d) Con relación al argumento de que debiera probarse que el imputado inserte o hiciera insertar en un instrumento público verdadero declaraciones falsas, que en el caso no se ha identificado al sujeto activo del delito, sustenta que ha sido demostrado en juicio con las testificales y literales descritos en el punto séptimo de la sentencia, habiendo el Tribunal de Sentencia adecuado los hechos y las pruebas a la conducta ilícita del imputado, razonando adecuadamente las pruebas del acusador público y aplicando las reglas de la sana crítica.

e) Respecto al perjuicio alegado, se tiene que este aspecto ha sido objetivamente descrito en la Sentencia siendo expuesto el perjuicio, que al margen de identificar a la víctima en abstracto afecta a la sociedad en su conjunto porque la persona se hace pasar como profesional abogado sin haber obtenido legalmente su título.

f) Con relación a la falta de pericia de los documentos incriminados de falsos, en este caso, las partes ni los juzgadores, no tendrían la capacidad para expresar y afirmar, cuáles de los documentos son falsos; al respecto, es necesario tomar en cuenta que la prueba presentada por los acusadores, las fotostáticas del Diploma Académico, Título en Provisión Nacional y el informe de la UMSA a través del Jefe de División de Documentos y Archivos, mencionan que el imputado, no figura como profesional titulado en la carrera de derecho y verificadas las fotocopias, son falsos así como la caligrafía, número y firmas de autoridades fraguadas, aspecto que por la naturaleza de la falsedad ideológica y la autoridad que evacúa el informe es contundente y no cabe duda alguna sobre la falsedad de los documentos ostentados por el imputado.

g) Sobre la errónea aplicación del art. 203 del Cód. Pen., sostiene que es necesario tomar en cuenta que los delitos atribuidos tienen independencia, no tienen que ser necesariamente concomitantes, en cuanto cada delito tiene su verbo nuclear y en el caso del delito de uso de instrumento falsificado, se ha demostrado en el juicio la utilización de los documentos falsos desde la obtención de un trabajo en la cancillería y acceso a una beca.

h) En cuanto al reclamo sobre la errónea aplicación del art. 36 del Cód. Pen., no es evidente, en razón a que la pena accesoria empieza a computarse una vez el condenado recupera su libertad de cinco años de inhabilitación especial, tomando en cuenta la última parte del mencionado artículo, aplicándose en forma correcta por el Tribunal de Sentencia.

i) Respecto a la falta de fundamentación, insuficiente y contradictoria que vulnera derechos y garantías; sostiene que este argumento, no tiene asidero legal y tomando en cuenta el A.S. N° 449 de 12 de septiembre de 2007, la sentencia apelada realizó una descripción de las

pruebas seguida de una fundamentación probatoria y menciona los hechos probados y no probados, de la misma manera realiza la fundamentación jurídica refiriendo las pruebas testificales y documentales a todos los hechos probados no habiendo incurrido en la vulneración de las normas que menciona, existiendo una adecuada relación entre los motivos de hecho y derecho con una motivación debida fruto de la convicción razonada.

j) Que, la valoración de la prueba es privativa del juez o Tribunal de Sentencia, en el presente caso se ha efectuado una justa y correcta valoración de toda la prueba producida y judicializada conforme a las reglas de la sana crítica, que el tribunal de alzada no puede revalorizar la prueba valorada por el inferior menos retrotraer la actividad jurisdiccional a hechos y circunstancias y pruebas fácticas que fueron sometidos al control oral y contradictorio del juzgador.

III. Verificación de la existencia de contradicción entre el auto de vista impugnado y los precedentes invocados

Esta sala penal admitió el presente recurso de casación, ante la denuncia de incumplimiento por parte del tribunal de alzada de la doctrina legal aplicable establecida en el A.S. Nº 256/2015-RRC de 10 de abril, que omitió el control de la adecuación típica del delito de falsedad ideológica e incumplió el A.S. Nº 660/2014-RRC, respecto de la posibilidad de subsanar directamente las observaciones, sin necesidad de juicio de reenvío pues al no haberse causado daño debió imponerse una pena más benigna; por lo que, corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. De los precedentes invocados.

El recurrente denuncia que el auto de vista impugnado, no dio cumplimiento a la doctrina legal aplicable del A.S. Nº 256/2015-RRC de 10 de abril, en cuanto a la identificación de los elementos constitutivos del delito de Falsedad Ideológica, omitiendo controlar si de acuerdo a los hechos probados y la fundamentación jurídica desarrollada en la Sentencia, la conducta del imputado se adecuaba al ilícito mencionado; igualmente, incumplió la observación del A.S. Nº 660/2014-RRC, respecto de la posibilidad de subsanar sin necesidad de la realización de nuevo juicio por reenvío, al haberse determinado que solo se hubiese acreditado el delito de uso de instrumento falsificado; por lo que previamente, corresponde desglosar la doctrina legal aplicable de los precedentes invocados.

Invocó en primer término el A.S. Nº 236 de 7 de marzo de 2007, dictado en el proceso penal por los delitos de peculado, falsedad material, uso de instrumento falsificado, estafa y engaño a personas incapaces, habiendo la entonces Corte Suprema de Justicia, establecido que el delito de uso de instrumento falsificado, actúa independientemente al de falsedad material o ideológica, pudiendo ser diferentes sus agentes o la misma persona, estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable: "El debido proceso se manifiesta en que las partes procesales gocen de los derechos y garantías previstas para que la investigación y juzgamiento se desarrollen en el marco del respeto a los derechos fundamentales de la persona, sea aquella el acusador particular o público, y el acusado; precepto al que se suma el derecho a la seguridad jurídica, debiendo la actividad jurisdiccional esmerarse para brindar a los administrados la seguridad que las decisiones se enmarquen en los preceptos establecidos en la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales, y la ley.

Los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probado en juicio oral, público, contradictorio y continuo, y en la fase de subsunción legal los tribunales y jueces de sentencia, y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que a la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito".

Asimismo, invocó el A.S. Nº 267/2013-RRC de 17 de octubre, pronunciado en un proceso penal por el delito de hurto, en los puntos que analizó, determinó que la subsunción supone la concreción de la norma esencialmente abstracta (tipo penal) y general al caso concreto y particular (hecho o hechos) que haya sido objeto del juicio. Una vez concluida la valoración de la prueba y establecidos los hechos probados y no probados, el juzgador debe verificar la existencia y materialización del verbo rector en la conducta del imputado dentro de él o los hechos debatidos en juicio; es decir, realizar un enjuiciamiento jurídico del hecho, para después realizar el mismo trabajo de coincidencia para la restante estructura del tipo penal. De este modo la selección e interpretación del tipo penal y su adecuada subsunción no sólo supondrá una aplicación coherente y correcta de la norma sustantiva, sino que involucrará el cumplimiento del derecho a una tutela judicial efectiva (art. 115-I de la C.P.E.), un entender contrario; es decir, el tomar una decisión por parte del juzgador, en base a una deficiente y defectuosa subsunción de la conducta enjuiciada aplicando el tipo penal irrazonablemente, comprometerá la vulneración del principio de la legalidad penal, en íntima y directa conexión con el derecho a la libertad. La problemática planteada por los recurrentes, al estar íntimamente ligada a la debida subsunción de las conductas a los tipos penales por parte del juzgador, en atención al art. 413 del Cód. Pdto. Pen., faculta a los tribunales de alzada subsanar los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, por lo que, al evidenciar dicha omisión dispuso que el tribunal de alzada, emita nueva resolución reparando directamente la errónea aplicación de ley sustantiva -inc. 5 del art. 326 del Cód. Pen.-, sin ingresar a revalorizar la prueba y sin modificar los hechos ya delimitados por el Tribunal de Sentencia, desestimando la circunstancia agravante e imponer la pena dentro de los límites legales establecidos para la figura básica del tipo de hurto.

III.2. Análisis del caso concreto.

En los contextos del motivo expresado en el recurso de casación y los precedentes contradictorios, del análisis del auto de vista impugnado, a tiempo de disponer la improcedencia de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación restringida del imputado Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, en referencia al delito de falsedad ideológica, argumentó que al haber el imputado actuado con dolo, la valoración y razonamiento de las pruebas realizadas en la sentencia han sido observadas en su integridad, demostrándose con prueba testifical y documental la participación del sujeto activo del delito, habiendo el tribunal de sentencia razonado adecuadamente y aplicado las reglas de la sana crítica; que los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, tienen independencia y no necesariamente deben ser concomitantes. Que el Tribunal de Sentencia, aplicó correctamente la pena accesoria de inhabilitación especial de acuerdo al art. 36 del Cód.

Pen.; finalmente enfatizó, que la sentencia realizó una descripción de las pruebas en base a una adecuada fundamentación probatoria y jurídica, sin haber incurrido en ninguna vulneración de normas y ser resultante de una convicción razonada; fundamentos, que constituyeron la base para confirmar en su totalidad la sentencia, desmereciendo los argumentos expresados en el recurso de apelación restringida del imputado.

El auto de vista, si bien responde a los planteamientos expuestos en el recurso de apelación restringida del imputado; sin embargo, deja de lado considerar o tomar cuenta los fundamentos del A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril, emitido con anterioridad en la presente causa, que en lo referente al análisis interpretativo de los tipos penales de falsedad material, ideológica y uso de instrumento falsificado, en el punto III.2., rememora la observación del principio de legalidad establecida en el A.S. N° 267/2013-RRC de 17 de octubre, por el que, se insta la realización de una adecuada labor de subsunción para una aplicación coherente y correcta de la norma sustantiva. Además, en el punto III.2.1., igualmente rescatando la posición del A.S. N° 55/2014 de 24 de febrero, en referencia a los tipos penales de falsedad material e ideológica con relación al tipo de uso de instrumento falsificado, determinó que para la configuración del uso de instrumento falsificado, no constituye una condicionante la previa acreditación del autor del documento falso o que el autor del delito de uso sea condenado previamente o al mismo tiempo como autor de la falsedad, pues este precepto está dirigido a castigar la conducta del agente que no ha intervenido en la elaboración del documento falso pero que hace uso de él, de donde resulta que no puede existir el concurso de delitos de falsedad material o ideológica con el uso de dicho documento porque al agente que labró el documento, no le alcanza el tipo penal de Uso de acuerdo a la base legal del mismo tipo penal del art. 203 del Cód. Pen., descartándose que el sujeto activo de este tipo sea la misma persona que forjó ese documento.

En ese sentido en el punto III.2.2., esta sala penal dejó establecido en cuanto al delito de falsedad ideológica, que el tribunal de alzada omitió el control si de acuerdo con los hechos probados y la fundamentación jurídica demandada en la sentencia, los elementos constitutivos del tipo mencionado concurrían en la conducta del imputado al advertirse, a partir de una precisión conceptual del delito de falsedad ideológica, que sus elementos con la descripción de los hechos probados según consta en la sentencia, no fueron identificados en la actuación del imputado y, en referencia al delito de uso de instrumento falsificado, de acuerdo a la relación efectuada en dicha resolución, concluyó que es correcta la subsunción realizada por el Tribunal de Sentencia en la parte de la exposición de motivos de derecho y doctrinales de la sentencia, siendo que el razonamiento del tribunal de alzada es errado en cuanto determinó que por el hecho de no haberse demostrado la autoría por el delito de falsedad material, no sería posible la condenación por el delito de uso de instrumento falsificado, cuando ambas figuras son independientes y excluyentes; sin embargo, el tribunal de alzada, sin tomar en cuenta esta doctrina legal, optó por la confirmatoria de la sentencia denotando una actitud reticente a las observaciones que sirvieron de fundamento para dejar sin efecto la primera resolución, avalando la actuación del Tribunal de Sentencia de haber aplicado un razonamiento adecuado y una valoración probatoria en base a las reglas de la sana crítica, así como en la participación y adecuación de la conducta del imputado en la comisión de los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, persistiendo en una actitud incorrecta, contraria a la posición impartida por este tribunal para enmendar la errónea subsunción de la conducta del imputado al tipo penal que generó como consecuencia una errónea aplicación de ley sustantiva referida al tipo de falsedad ideológica, actitud que implica desconocer que, de acuerdo al ordenamiento jurídico boliviano en materia penal, se tiene establecido que los fallos del Tribunal Supremo de Justicia, son de cumplimiento obligatorio por los tribunales y jueces inferiores.

En ese sentido, de acuerdo al art. 420-II del Cód. Pdto. Pen., el cumplimiento de los fallos de este tribunal, no está sujeto a la voluntad de las autoridades jurisdiccionales, sino que es el resultado de una estructura procesal recursiva para significar la vigencia de los principios de igualdad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, base de la jurisdicción ordinaria, más aún en el ámbito penal donde se debate la responsabilidad penal del procesado con implicancias que de ello irrumpen, en confluencia al art. 419-II del Cód. Pdto. Pen., que trata de la ineludible obligación de parte de jueces o tribunales inferiores, de cumplir con los razonamientos jurídicos y la doctrina establecida en un auto supremo que deje sin efecto el auto de vista recurrido de casación y ordene el pronunciamiento de otro nuevo, bajo los entendimientos de la doctrina legal que emerge del auto supremo, cuya omisión importa un incumplimiento directo de la ley, trascendiendo en vulneración también de los principios de tutela judicial efectiva, igualdad, celeridad y economía procesal, conforme lo establecido en el A.S. N° 037/2013-RRC, de 14 de febrero, que estableció la siguiente doctrina: "El art. 180-I de la C.P.E., entre los principios rectores en los que se fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece el de la "celeridad", principio que garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento oportuno sin dilaciones innecesarias.

Respetando el principio constitucional de celeridad, los tribunales y jueces inferiores, están obligados a cumplir en forma inexcusable con la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, al constituirse en el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria de acuerdo al art. 181 de la C.P.E.; en cuyo mérito, teniendo esta doctrina carácter 'erga omnes', debe ser cumplida en forma obligatoria, pues su inobservancia por un lado afecta al fortalecimiento institucional y, especialmente, a la naturaleza, finalidad y efectos obligatorios de la que están revestidos los autos supremos que establecen doctrina legal, con sentido ponderable de uniformar la jurisprudencia en el órgano judicial en materia penal; y, por otro, provoca dilaciones innecesarias generando a las partes incertidumbre respecto a la resolución de sus causas; consecuentemente, ningún juez o tribunal inferior podrá sustraerse de su cumplimiento bajo ningún concepto o razonamiento, omitiendo la imperatividad prevista por el segundo párrafo del art. 420 del Cód. Pdto. Pen."

Finalmente, el A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril, dispuso que ante la errónea labor de subsunción detectada en la labor de los jueces de mérito, la posibilidad de su subsanación directa, sin necesidad de ordenar el reenvío de la causa en aplicación al art. 413 última parte del Cód. Pdto. Pen., eventualidad concebida y aplicable al caso que no implique trastocar el principio de la intangibilidad de los hechos y de inmediación en la valoración de la prueba producida en el juicio oral en el escenario de los hechos probados, dado que el problema se centra en la errónea subsunción y consiguiente aplicación de ley sustantiva penal del tipo penal establecido en el art. 199 del Cód. Pen.; en consecuencia, corresponde al tribunal de alzada en atención a los fundamentos descritos, observar el A.S. N° 660/2014-RRC de 20 de noviembre, respecto a la aplicación del art. 413 última parte del Cód. Pdto. Pen., al estar establecida la siguiente doctrina legal aplicable: "...este tribunal entiende que no siempre la modificación de la situación jurídica del imputado implica un descenso al examen de la prueba y a los

hechos per se, pues ello no sucede cuando lo que se discute en esencia no son los hechos establecidos por el juzgador; sino, la adecuación o concreción de esos hechos al marco penal sustantivo, ya sea por el imputado que sostiene que el hecho por el que se lo condenó no constituye delito por falta de alguno de sus elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y que lógicamente no implique modificación de los hechos mediante la revalorización de la prueba, o por el acusador que, ante la absolución del imputado plantea que esos hechos demostrados y establecidos en sentencia, sí se subsumen en alguna conducta prohibida por el Código Penal. En consecuencia, en estos casos el tribunal de alzada no tiene necesidad alguna de valorar prueba (lo que se reitera le está vetado), por cuanto los hechos ya están establecidos en sentencia y no son objeto de discusión, correspondiéndole únicamente verificar si el trabajo de subsunción o adecuación del hecho acreditado fue correcta o no, entonces, de advertir que el juez incurrió en error al adecuar la conducta del imputado, ya sea por haber establecido la absolución o determinando la condena en forma indebida, tiene plena facultad para enmendar el mismo, sin necesidad de anular la sentencia, puesto que el error se cometió en la operación lógica del juzgador y no en la valoración de la prueba que dio lugar al establecimiento de los hechos tenidos como probados; consiguientemente, no es razonable ni legal que se repita el juicio únicamente para que otro juez realice una correcta subsunción del hecho.

En tal sentido, a tiempo de ratificar el concepto rector de que el tribunal de alzada no puede cambiar la situación del imputado como consecuencia de la revalorización de la prueba o de la modificación de los hechos probados en juicio; debe concebirse la posibilidad en el supuesto de que se advierta y constate que el juez o Tribunal de Sentencia, incurrió en errónea aplicación de la norma sustantiva, que el tribunal de alzada en estricta aplicación del art. 413 último párrafo del Cód. Pdto. Pen. y con base a los hechos probados y establecidos en sentencia, en los casos de que éstos no sean cuestionados en apelación o de serlo se concluya que fue correcta la operación lógica del juzgador en la valoración probatoria conforme a la sana crítica, pueda resolver en forma directa a través del pronunciamiento de una nueva sentencia, adecuando correctamente la conducta del imputado al tipo penal que corresponda, respetando en su caso la aplicación del principio iura novit curia, ya sea para condenar al imputado o en su caso, para declarar su absolución, de no poder subsumirse la conducta al o los tipos penales, por no ser punible penalmente el hecho o porque no reúne todos los elementos de delito.

En consecuencia, este tribunal considera necesario establecer la siguiente subregla: El tribunal de alzada en observancia del art. 413 última parte del Cód. Pdto. Pen., puede emitir nueva sentencia incluso modificando la situación del imputado de absuelto a condenado o de condenado a absuelto, siempre y cuando no proceda a una revalorización de la prueba, menos a la modificación de los hechos probados en juicio al resultar temas intangibles, dado el principio de intermediación que rige el proceso penal boliviano; supuestos en los cuales, no está eximido de dar estricta aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., esto es, fundamentar suficientemente su determinación, ya sea para la absolución o condena del imputado y respectiva imposición de la pena" (resaltado nuestro). Posibilidad anunciada y reiterada al presente que responde a la vigencia y observación de los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva.

Por todo lo referido, se establece que el auto de vista impugnado por las falencias que presenta, incurrió en contradicción con los precedentes invocados, además del A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril, que amerita sea nuevamente dejado sin efecto y en su lugar se emita uno nuevo en el que se observe la doctrina legal impartida por las mencionadas resoluciones y el presente.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Juan Carlos Eyzaguirre Fuentes, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., deja SIN EFECTO el A.V. N° 76/2015 de 12 de noviembre, y determina que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, de manera inmediata sin esperar turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida.

Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



269

Oscar Alfredo Rejas y otro c/ Gloria Herrera Molina y otro
Delitos contra la propiedad intelectual
Distrito: La Paz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 19 de septiembre de 2016, cursante de fs. 961 a 970 vta., Gloria Herrera Molina de Ergueta y Bacilio Carlos Ergueta Albarracín, interponen recurso de casación, impugnando el A.V. N° 14/2016 de 24 de febrero de fs. 922 a 926 vta. y la Resolución de 2 de septiembre de 2016 a fs. 935, pronunciados por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, conformado por los vocales A. Willy Arias Aguilar y Virginia Janeth Crespo Ibáñez, dentro del proceso penal seguido por Oscar Alfredo Rejas y Marco Antonio Rejas Daza contra los recurrentes, por la presunta comisión de delitos contra la propiedad intelectual, previsto y sancionado por el art. 362 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 03/2014 de 20 de marzo (fs. 721 a 729), el Juez 6° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Gloria Herrera Molina de Ergueta y Bacilio Carlos Ergueta Albarracín, autores de la comisión de Delitos contra la Propiedad Intelectual, previsto y sancionado por el art. 362 del Cód. Pen., imponiendo la pena de un año de reclusión, más el pago de sesenta días multa a razón de Bs 5.- por día, así como al resarcimiento del daño civil y costas a favor de la parte querellante, y rechazó la petición de excepción de prescripción del proceso. Por otra parte, les concedió el beneficio de perdón judicial; como también la solicitud de aclaración y enmienda deducida y resuelta mediante Resolución de 24 de marzo de 2014 (fs. 734-735).

b) Contra la mencionada sentencia, interpusieron apelación restringida y adhesión los imputados Gloria Herrera Molina de Ergueta (778 a 791 vta.) y Bacilio Carlos Ergueta Albarracín (fs. 793), que fueron resueltos por A.V. N° 78/2014 de 7 de octubre (fs. 818 a 822), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 494/2015-RRR de 17 de julio (fs. 911 a 918); a cuyo efecto, se emitió el A.V. N° 14/2016 de 24 de febrero, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró admisible e improcedente el recurso planteado; en consecuencia, confirmó la Sentencia apelada y mediante Resolución de 2 de septiembre de 2016 (fs. 935), fue rechazada la solicitud de complementación y enmienda de los imputados, dando lugar a la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. De los motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del Auto Supremo de admisión 014/2017-RA de 17 de enero (fs. 980 a 984 vta.), se extraen los motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) Los recurrentes refieren que la errónea aplicación de la ley sustantiva también se aplica el hecho de que el juez de mérito determinó una sentencia condenatoria aplicando una figura atípica establecida en el art. 362 del Cód. Pen., con el rótulo de distribución y comercialización, siendo agregado el término comercialización, aspecto que viola el principio de legalidad teniendo en cuenta que el término comercializar no se encuentra previsto en la referida norma, si bien el tribunal de alzada señala que comercializar es sinónimo de distribuir; empero, este hecho vulnera el principio de legalidad teniendo en cuenta el A.S. N° 239 de 29 de agosto de 2006, el cual en su razonamiento señala, que si no se califica adecuadamente el delito, se genera una errónea calificación de los hechos debido a que ésta debe ser correcta y exacta; en consecuencia, no se puede juzgar con sinónimos y deducciones lo cual es un razonamiento ilegal.

2) Refieren que con relación a los siguientes motivos planteados en su recurso de apelación restringida el auto de vista impugnado no se pronunció: a) Contradicción entre la parte dispositiva y la parte considerativa, b) Falta de congruencia entre la sentencia y la acusación, c) Falta de motivación en la sentencia; d) Falta de fundamentación del dolo; y f) La existencia de valoración defectuosa y parcializada de la prueba; éstos aspectos, a criterio de los recurrentes, no fueron respondidos incurriendo el auto de vista en incongruencia omisiva, porque los mismos fueron fundamentados con argumentos ajenos y nada técnicos, a los cuestionamientos realizados, aspecto que también vulnera su derecho a la defensa. Invocan como precedentes los AA.SS. Nos. 8 de 26 de enero de 2017 y 512 de 11 de octubre de 2007.

3) Refieren que el auto de vista incurrió en contradicción con relación a los precedentes invocados debido a que: a) Invocaron el A.S. N° 329 de 29 de agosto de 2006, el cual establece que la calificación del delito en proceso debe ser exacta, en la adecuación de la conducta del sujeto al tipo penal, en el presente caso en el dilema de que el tribunal de apelación manifiesta que el juez habría juzgado en base a un sinónimo, de los términos distribuir y comercializar contradice el precedente; por cuanto, el término de comercialización no es parte del texto del art. 362 del Cód. Pen., y revisados los libros de la lengua española se tiene, que los términos distribuir y comercializar no son sinónimos, pues puede distribuirse algo sin que contenga un aspecto comercial o utilitario, lo que contradice el precedente referido a la calificación exacta del tipo penal; b) Reclaman que la sentencia no fundamentó respecto de la pena impuesta, es decir la aplicación del art. 37 del Cód. Pdto. Pen.,

pese a que se hubiera invocado el A.S. N° 507 del 11 de octubre de 2007, el cual establece que en la sentencia se debe fundamentar respecto del quantum de la pena y las atenuantes; c) En cuanto a la falta de congruencia entre la sentencia y la acusación hubieran invocado el A.S. N° 62 de 27 de enero de 2007 y sin embargo, de que la referida resolución establecía que ninguna persona puede ser condenada a un hecho distinto al formulado en la acusación, el auto de vista de manera general señala que no existe incongruencia entre la sentencia y la acusación, sin analizar lo denunciado, lo cual contradice al auto supremo invocado.

I.1.2. Petitorio.

Los recurrentes interponen recurso de casación contra el A.V. N° 14/2016 de 24 de febrero y Auto de Complementación y Enmienda de 2 de septiembre de 2016, solicitando la reparación de sus derechos fundamentales, se emita una nueva resolución atendiendo a todos los puntos apelados, alternativamente se anule la sentencia con la reposición del juicio ante otro juez.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 014/2017-RA de 17 de enero, de fs. 980 a 984 vta., este tribunal declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el recurrente, para el análisis de fondo de los tres motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.- De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 03/2014 de 20 de marzo, el Juez 6° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Gloria Herrera Molina de Ergueta y Bacilio Carlos Ergueta Albarracín, autores de la comisión de Delitos contra la Propiedad Intelectual, previsto y sancionado por el art. 362 del Cód. Pen., imponiendo la pena de un año de reclusión, más el pago de sesenta días multa a razón de Bs 5.- por día, así como al resarcimiento del daño civil y costas a favor de la parte querellante, y rechazó la petición de excepción de prescripción del proceso, siendo concedido el beneficio de perdón judicial, bajo los siguientes argumentos:

En su apartado "V.- Fundamentación probatoria intelectual y jurídica" (sic), el juez de sentencia llegó a las siguientes conclusiones: "Tercera.- (...) se ha demostrado que el 27 de octubre de 2009, Librería Jurídica Temis ha distribuido y comercializado la obra 'Interpretación Jurídica de la Constitución Política del Estado' (4 tomos), en la suma de Bs 700.-, en perjuicio de los querellantes, sin tener autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual para distribuir, vender o comercializar, legítimamente, la obra producida por Oscar Alfredo Rejas y Marco Antonio Rejas Daza, que junto a Editorial Excelsior, tenían la exclusividad para distribuir y comercializar su obra" (sic).

En las siguientes conclusiones, asumió los siguientes aspectos:

La referida comercialización del libro está respaldada principalmente por las declaraciones de Maritza Cuevas Ruelas, que compró el libro, la de Augusto Molina Jemio y Yacibia Cabrera Reguerin, quien elaboró la factura por la venta del libro, por la documental consistente en la factura N° 033835 de 27 de octubre y la proforma de 30 de octubre, ambos documentos de 2009, donde se ofreció el libro en tapa dura a Bs 700.- y en forma rústica a Bs 500.

El argumento de los imputados en sentido de que no conocían sobre la venta de los libros, sino hasta después que se suscitó el conflicto, no los exime de responsabilidad, porque el cargo que asumen ellos les coloca en situación de garantes de evitar resultados lesivos por la actividad que desempeñan dentro del rubro, máxime si el gerente es de profesión abogado; consiguientemente, por no haber evitado el resultado lesivo determinó que incurrieron en responsabilidad penal.

Respecto al argumento de la defensa, en sentido que la obra objeto del proceso, no se encontraba registrada en el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, determinó que ese aspecto tampoco hizo desaparecer el delito acusado.

Asimismo, determinó que la prueba de descargo, no enervó ni desvirtuó el hecho punible, más al contrario estableció que los imputados encuadraron su conducta en el art. 362 del Cód. Pen., por haber distribuido y comercializado el libro: "Interpretación Jurídica de la Constitución Política del Estado", sin autorización de los titulares de la obra.

II.2. De la apelación restringida

La parte imputada denunció en su apelación restringida los siguientes aspectos:

i. Acusó inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, por existir incongruencia entre la acusación y la sentencia, porque los actores habrían pedido se dicte una sentencia invocando el art. 68-a), b), c) y f) de la L. N° 1322; empero, el juez de sentencia se limitó a adecuar su conducta de manera forzada al art. 362 del Cód. Pdto. Pen., dejando de lado la ley especial; además indicó incongruencia entre la parte dispositiva y considerativa de la sentencia.

ii. De otro lado señaló falta de fundamentación, indicando que no se probó de qué manera se provocó perjuicio a los acusadores, que no se consideró que el hecho imputado era desconocido por el acusado, por lo que, a decir de la parte apelante no se comprobó la concurrencia del dolo, que la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena; asimismo, indican que no se fundamentó porqué se les impuso la pena de un año, también que no se valoraron las pruebas testificales de Javier Ricardo Rejas, Augusto Molina Gemio, Luis Molina Patón y Yacibia Cabrera Reguerin, y las pruebas signadas como "DP-2, DP-3- DP-4, DP-7 y DP-9"; por todo lo referido, concluyó que se vulneró su derecho a la defensa, se aplicó erróneamente el art. 362 del Cód. Pen., vulnerado la L. N° 1322 que es de aplicación preferente.

iii. Refirió que el juez de mérito, no se pronunció de manera fundamentada sobre la prescripción planteada.

II.3 Auto Supremo N° 494/2015-RRC de 17 de julio.

Mediante A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, dictado dentro del presente proceso, este tribunal anuló el A.V. N° 78/2014 de 7 de octubre, emitiéndose la siguiente doctrina legal aplicable:

“Esta relación necesaria de antecedentes, demuestra que la denuncia de incongruencia omisiva planteada por el recurrente no es evidente pues aún de manera lacónica, el tribunal de alzada asumió una posición respecto a cada uno de los motivos alegados por la parte recurrente en apelación restringida conforme se advierte de la comprensión integral del contenido del auto de vista impugnado, para finalmente declarar la improcedencia del citado medio de impugnación y confirmar la sentencia apelada, correspondiendo seguidamente verificar si la resolución impugnada observó los presupuestos relativos a la exigencia de una resolución debidamente motivada...”.

Respecto a la denuncia de falta de motivación (...), se tiene de la revisión del auto de vista impugnado, que el tribunal de alzada en principio hizo referencia a la pena impuesta por el juez de sentencia a los imputados; en el segundo considerando, efectuó un resumen de la denuncia realizada por la apelante, en el siguiente mencionó la respuesta de los querellantes a la apelación restringida; y, en el considerando cuarto, estableció algunas consideraciones generales del recurso de apelación restringida, para señalar que no podía revalorizar prueba, que de la revisión de la sentencia estableció que fue motivada, refiriéndose a los hechos y al derecho, valorando la prueba, subsumiendo el hecho al derecho, para luego concluir que no era evidente la aplicación errónea de la ley sustantiva, y la incongruencia entre la acusación y la sentencia como alegó la recurrente en apelación; y previa la siguiente referencia: “cuando el juez omite la motivación de una resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes cuales son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cual es la ratio decidendi” (sic), concluyó señalando que en el presente caso no evidenció la existencia de falta de fundamentación siendo que el juez de sentencia valoró correctamente las pruebas aportadas conforme a la sana crítica.

De lo anterior, se establece claramente que el tribunal de alzada no realizó la motivación o fundamentación correspondiente, tal y como lo exige el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., por lo que no se evidencia la motivación o el razonamiento lógico -iter lógico- que fuera desplegado, en relación a la manera como concluyó que el juez de sentencia no incurrió en aplicación errónea de la ley sustantiva, en incongruencia y en falta de fundamentación, a partir de una respuesta no solamente positiva o negativa, sino también expresa, clara y completa que abarque los argumentos expuestos por la parte recurrente en su recurso de apelación restringida; por lo que se concluye que el tribunal de apelación no efectuó una correcta fundamentación ni motivación en la respuesta otorgada al peticionante, incurriendo en consecuencia en la vulneración del derecho al debido proceso en su elemento de falta de fundamentación y motivación”.

II.4. Auto de Vista N° 14/2016 de 24 de febrero.

Mediante A.V. N° 14/2016 de 24 de febrero, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró admisible e improcedente el recurso planteado y su adhesión, confirmando la Sentencia apelada; en base al siguiente fundamento:

1. No es evidente la denuncia de la parte apelante que en la sentencia se hiciera una simple relación de antecedentes y mención de los medios probatorios, máxime si de la revisión exhaustiva se constata que dentro del romano V de la merituada sentencia la juez de mérito ha fundamentado y/o motivado en lo referente a las pruebas, respetando la sana crítica y que cabe recalcar constituye una tuición única de las autoridades (Juez o tribunal) de mérito, por lo que, se tiene que la sentencia ha sido motivada puesto que se refiere al hecho y al derecho, valorando las pruebas y la misma ha expresado las conclusiones, subsumiendo el hecho al derecho, indicando además, las consecuencias jurídicas que derivarían en su aplicación, no siendo evidente una aplicación errónea de la ley sustantiva y la incongruencia entre la acusación y la sentencia.

2. En cuanto a la figura que la parte apelante considera no contemplada, refiriéndose expresamente al término “Comercializar”, es menester recordar que la Real Academia de Lenguaje Española ha sentado que el término distribuir constituye en la acción de entregar una mercancía a los vendedores y consumidores, en ese entendido, se deduce que el término comercializar constituye un sinónimo del término distribuir, por lo que, el juez de mérito no ha agregado ninguna figura como señala la parte apelante, máxime si de la sentencia se evidencia que los ahora condenados incurrieron en el delito previsto por el art. 362 del Cód. Pen., que describe las conductas típicas antijurídicas y punibles, sentando entre una de ellas la de “distribuir”.

3. Con referencia a que la acusación no cumpliría con los requisitos establecidos del art. 341 del Cód. Pdto. Pen., es necesario señalar que la Ley Procesal Penal no prevé de manera expresa ningún recurso contra la resolución acusatoria; sin embargo, en casos en que la resolución acusatoria no cumpla con los requisitos establecidos, dicho artículo reconoce el derecho a impugnación a la acusación antes de que la autoridad juez de mérito dicte el auto de apertura de juicio (S.C. N° 0543/2004-R), en el presente caso los ahora recurrentes debieron haber impugnado la resolución en su oportunidad respetando el principio de inmediatez.

4. En cuanto a que no existiera fundamentación en la sentencia y que la misma sería contradictoria, se tiene que la resolución no carece de fundamentación, ya que la autoridad ha fundamentado en el V romano, la decisión de su fallo, pues dentro del romano I ha establecido los antecedentes que originan la acción penal, en el romano III y IV las pruebas de carago y descargo, concluyendo con una fundamentación probatoria intelectual y jurídica del fallo dentro del romano V, por lo que, no se hace evidente el extremo denunciado por los recurrentes.

5. Respecto a que la sentencia no tendría congruencia, en el sentido de que la acusación y dicha resolución no guardarían relación, este razonamiento si bien tiene lógica; sin embargo, en el juicio oral y contradictorio se contrasta la acusación con las pruebas producidas y judicializadas, el juez toma una decisión previo razonamiento y convicción utilizando la sana crítica, incluso eventualmente el iura novit curia; si la acusación menciona como tipificación de los hechos el art. 362 del Cód. Pen., arts. 1, 2, 3, 4, 8, 14-a) y b), 15-b) y otros de la L. N° 1322 de derechos de autor; y ahora es reclamado por la parte acusada que previamente debería aplicarse la norma especial (Derechos de autor), por encima de la ley ordinaria, el juez de mérito en su valoración intelectual y como juez natural, ha tomado la decisión de condenar por el delito

previsto y sancionado en el art. 362 del Cód. Pen.; dicho razonamiento tiene su fundamento y valoración, en la fundamentación probatoria intelectual y jurídica de la sentencia.

6. Otro fundamento de la parte apelante es que si la base de la acusación es la venta de una obra plagiada, suplantada y falsificada y los denunciados no han probado dicho extremo se violaría el debido proceso; al respecto, el auto de apertura del juicio en contra de los acusados, es por el delito previsto por el art. 362 del Cód. Pen. (Delitos Contra la Propiedad Intelectual), todo el desarrollo del juicio oral ha tenido su base y centro, precisamente en función a la acusación particular y el auto de apertura del juicio; en consecuencia, al momento de dictar la sentencia no se ha incurrido en ninguna incongruencia y menos se ha afectado el debido proceso, por lo que, no se ha vulnerado el art. 370-1, 5, 6 y 11 del Cód. Pdto. Pen.

7. Con relación a la errónea aplicación de la norma sustantiva en cuanto a la prescripción, que el incidente sería repetitivo, no es evidente tomando en cuenta el cómputo de la prescripción hasta el momento de la interposición, siendo el tiempo el elemento esencial de la prescripción, y que ahora en la resolución no se habría motivado; pero se tiene que el juez de mérito en el punto noveno de la sentencia se ha referido a la excepción de prescripción mencionando la Resolución N° 370 y la norma legal aplicable, sus argumentos y razonamientos son claros y contundentes y no es necesario que la fundamentación sea ampulosa sino como en el presente caso, que la misma sea concreta y clara.

III. Verificación de la existencia de contradicción

En el caso presente, la parte imputada denuncia en casación que se hubiese incurrido en errónea aplicación de la norma sustantiva aplicando una figura atípica establecida en el art. 362 del Cód. Pen., como es la comercialización; que el auto de vista incurrió en incongruencia omisiva respecto a cinco motivos alegados en apelación restringida, además de contradicción con varios autos supremos, debiendo resolverse en el fondo las problemáticas planteadas.

III.1. Sobre la denuncia de errónea aplicación de la Ley sustantiva.

De la revisión de la base de datos del Tribunal Supremo de Justicia, se constata que, el A.S. N° 239 del 29 de agosto de 2006, no se encuentra en dicha base, razón por la cual, esta sala penal se encuentra imposibilitada de realizar la contrastación con el auto de vista conforme a la labor encomendada por la ley; sin embargo de ello, debe considerarse lo siguiente:

Mediante A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, emitido en el presente proceso, este tribunal dejó sin efecto el A.V. N° 78/2014 de 7 de octubre, con el fundamento que respecto a la denuncia de errónea aplicación de la ley, el tribunal de alzada no fundamentó su resolución conforme a lo establecido por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; ahora bien, en el presente motivo, los recurrentes denuncian que la errónea aplicación de la Ley sustantiva también se aplica al hecho de que el juez de mérito determina una sentencia condenatoria aplicando una figura atípica establecida en el art. 362 del Cód. Pen., con el rótulo de distribución y comercialización, siendo agregado el término comercialización, aspecto que violaría el principio de legalidad teniendo en cuenta que el término comercializar no se encuentra previsto en la referida norma, si bien el tribunal de alzada señala que comercializar es sinónimo de distribuir, empero, este hecho vulneraría el principio de legalidad.

Al respecto, este tribunal constata de la revisión del auto de vista ahora impugnado, que el mismo, nuevamente incumple con el A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, ya que contiene los mismos argumentos del auto de vista dejado sin efecto por este Tribunal Supremo de Justicia, lo que significa que el nuevo auto de vista tampoco se encuentra debidamente fundamentado, pese de que toda autoridad tiene la obligación de cumplir los precedentes emitidos por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria; es así, que el A.V. N° 14/2016 de 24 de febrero, de forma similar expresa sobre el tema relativo a la figura que el recurrente considera no contemplada, refiriéndose expresamente al término "Comercializar", que la Real Academia de Lenguaje Española ha sentado que el término distribuir constituye la acción de entregar una mercancía a los vendedores y consumidores, en ese entendido se deduce que el término comercializar constituye un sinónimo del término distribuir, por lo que, el juez de mérito no agregó ninguna figura como señala el apelante, máxime si de la sentencia se evidencia que los ahora condenados incurrieron en el delito previsto por el art. 362 del Cód. Pen., que describe las conductas típicas antijurídicas y punibles, sentando entre una de ellas la de "distribuir".

Consiguientemente, este tribunal no puede dejar pasar la doctrina legal aplicable dispuesta en el A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, que sobre el tema en particular, estableció que no tiene la debida fundamentación el A.V. N° 78/2014 de 7 de octubre (dejado sin efecto), pero contrariamente el nuevo auto de vista, contiene los mismos argumentos, vulnerándose así el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., el debido proceso, y esencialmente contradiciendo el propio razonamiento emitido por esta sala, por lo que, el motivo deviene en fundado, resultando ilustrativo para la emisión de una nueva resolución por parte del tribunal de apelación, las precisiones efectuadas en el A.S. N° 322/2013-RRC de 6 de diciembre, que sobre la obligatoriedad de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia por parte de los tribunales inferiores, señaló: "Bajo la premisa que los actos jurisdiccionales son la vía de materialización de la ley, se concibe que ésta opere a partir de su puesta en frente ante una situación o problemática de conocimiento de la autoridad jurisdiccional; es decir, la aplicación de la ley, proviene de la interpretación que el juzgador le otorgue para la solución de un hecho en concreto, estableciendo a través de los fallos que emita la relación entre una y otra.

En la eventualidad de aplicación divergente de una misma norma en diversos casos o bien que en la resolución de diversos hechos se aplique un alcance distinto de una misma norma, y dada la naturaleza abstracta de la ley, emerge la necesidad de uniformar criterios de su aplicación, ello en pos de asegurar la igualdad de las partes ante la ley, forjando un sentimiento colectivo de seguridad jurídica y predictibilidad en la aplicación de la norma. Tales criterios no sólo trascienden ámbitos de índole procesal y sustantivo, sino adquieren vigor y comprensión en los postulados que la propia Constitución Política del Estado sienta, véanse los arts. 119-I, 178-I. Una contingente inobservancia de los parámetros establecidos a partir de la doctrina legal aplicable, vulneraría los principios de celeridad y economía procesal que han sido plasmados en el art. 115-II de la C.P.E. y 3-7 de la L.O.J., que establecen que el estado debe garantizar una justicia sin dilaciones.

El ordenamiento jurídico boliviano en materia penal, establece claramente que los fallos del Tribunal Supremo de Justicia son de cumplimiento obligatorio por los jueces inferiores; en ese sentido, el art. 420-II del Cód. Pdto. Pen., establece como efectos de los fallos emergentes de un recurso de casación que: “La doctrina legal establecida será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá ser modificada por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, de tal consecuencia que el cumplimiento de los fallos de este tribunal, no está sujeto o reatado a la circunstancialidad o a la voluntad de las autoridades jurisdiccionales, sino que es el resultado de una estructura procesal recursiva, como de la vigencia de los principios de igualdad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, que son base de la jurisdicción ordinaria; más aún en el ámbito penal, donde se debate la responsabilidad penal del procesado, que puede generar en su caso, la restricción de su derecho a la libertad o la imposición de una sanción penal.

El art. 419-II del propio Cód. Pdto. Pen., a su turno señala: “Si existe contradicción, la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida; de esta norma, se desprende un entendimiento básico, sin lugar a interpretaciones, que se trata de la insoslayable obligación de parte de jueces o tribunales inferiores, de cumplir con los razonamientos jurídicos y la doctrina establecida en un auto supremo, ello en la circunstancia que se identifiquen hechos fácticos análogos o similares, así como tal obligación se ve visiblemente amplificada cuando un auto supremo deje sin efecto un auto de vista recurrido de casación y ordene el pronunciamiento de un nuevo, bajo los entendimiento de la doctrina legal emergente de un auto supremo; una omisión de naturaleza contraria a la expuesta, importa incumplimiento directo de la ley, trascendiendo en vulneración también de los principios de tutela judicial efectiva, igualdad, celeridad y economía procesal”.

III.2. Sobre la denuncia de incongruencia omisiva relacionada a la falta de fundamentación.

La parte recurrente invoca el A.S. N° 8 del 26 de enero del 2007, pronunciado dentro del proceso penal seguido por la supuesta comisión de los delitos de injurias y calumnias; auto de vista que fue dejado sin efecto; toda vez que, el Tribunal de Sentencia no sometió su criterio a las normas legales adjetivas aplicables, ya que la simple enunciación de las conclusiones a las que arribó sin mayores explicaciones, evidenció que no se emitió una resolución conforme exige las normas previstas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., lo que implica violación al debido proceso y al derecho a la defensa, constituyéndose, por tanto, el auto de vista recurrido en una resolución arbitraria; por lo que, la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“Al no haberse pronunciado el tribunal a quo sobre todos los motivos en los que se fundaron el recurso de apelación restringida deducido por la procesada, sin que del conjunto del auto de vista pueda inferirse una respuesta táctica a los mismos, hace evidente un vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio), y en consecuencia la infracción del principio tantum devolutum quantum appellatum, y al deber de fundamentación”.

También invocó el A.S. N° 512 de 11 de octubre del 2007, que fue pronunciado dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, por los delitos de uso indebido de influencias y otros; auto de vista que fue dejado sin efecto, al no circunscribirse a los fundamentos de la apelación ni tampoco emitió una resolución fundamentada; por lo que, la sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“Los fallos judiciales deben ser debidamente fundamentados, no siendo suficiente que se limiten a transcribir los antecedentes procesales, los criterios del juzgador expuestos en la resolución en análisis, los fundamentos de las partes o a hacer una relación de normas legales sin que se ponga en evidencia el iter lógico, o camino del razonamiento, seguido por el juzgador a efecto de arribar a determinada conclusión, cumpliendo de esa manera con la previsión del art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y asegurando la efectividad de una amplia gama de derechos constitucionales”.

Sobre el presente, los recurrentes alegan que, el auto de vista no se pronunció respecto de: a) Contradicción entre la parte dispositiva y la parte considerativa, b) Falta de congruencia entre la sentencia y la acusación, c) Falta de motivación en la sentencia; d) Falta de fundamentación del dolo; y f) La existencia de valoración defectuosa y parcializada de la prueba; incurriendo dicho fallo en incongruencia omisiva, porque los mismos fueron fundamentados -según el criterio de los recurrentes- con argumentos ajenos y nada técnicos a los cuestionamientos realizados; sin embargo previamente debe aclararse que si bien los precedentes invocados están relacionados a la falta de fundamentación, no es menos cierto que el A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, emitido en el presente proceso, dejó sin efecto el A.V. N° 78/2014 de 7 de octubre, justamente porque “no se evidencia motivación o el razonamiento lógico -iter lógico- que fuera desplegado, en relación a la manera como concluyó que el juez de sentencia no incurrió en aplicación errónea de la ley sustantiva, en incongruencia y en falta de fundamentación, a partir de una respuesta no solamente positiva o negativa, sino también expresa, clara y completa que abarque los argumentos expuestos por la parte recurrente en su recurso de apelación restringida”; en este sentido, este tribunal ya sentó parámetros -en el presente proceso- para que el tribunal de alzada cumpla dicha doctrina aplicable al emitir una nueva resolución, en ese orden, ya habiéndose definido ut supra respecto a la falta de fundamentación sobre la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva, corresponde verificar sobre la incongruencia y la falta de fundamentación de la sentencia, pues respecto a las otras situaciones el auto supremo referido, igualmente se pronunció con referencia al incongruencia omisiva indicando que: “Esta relación necesaria de antecedentes, demuestra que la denuncia de incongruencia omisiva planteada por el recurrente no es evidente pues aún de manera lacónica, el tribunal de alzada asumió una posición respecto a cada uno de los motivos alegados por la parte recurrente en apelación restringida conforme se advierte de la comprensión integral del contenido del auto de vista impugnado...”.

Ahora bien, de la revisión del auto de vista impugnado, se constata que el tribunal de alzada efectivamente se pronuncia respecto a la congruencia, señalando en lo principal que en el juicio oral y contradictorio, se contrastó la acusación con las pruebas producidas y judicializadas y en mérito a ello el juez asumió una decisión previo razonamiento y convicción utilizando la sana crítica, incluso eventualmente el iura novit curia; que la acusación contiene su base legal y su tipificación de los hechos en el art. 362 del Cód. Pen., concordante con

disposiciones de la L. N° 1322 de derechos de autor; pero que ahora sería reclamado por la acusada que previamente debería aplicarse la norma especial (Derechos de Autor), por encima de la ley ordinaria, por lo que, el Juez de mérito en su valoración intelectual y como juez natural, tomó la decisión de condenar por el delito previsto y sancionado en el art. 362 del Cód. Pen.; y que dicho razonamiento tendría su fundamento y valoración, en la fundamentación probatoria intelectual y jurídica de la sentencia; consiguientemente, el tribunal de alzada efectivamente dio cumplimiento al A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, emitido en el presente proceso, otorgando las razones suficientes a las partes de que no existe contradicción entre la acusación y la sentencia, identificando que la acusación contiene una base legal coherente con la sancionada por el juez de mérito, así identificando claramente las normas invocadas en la acusación y la base legal de la condena, cumpliendo con lo establecido por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., ya que debe tomarse en cuenta, que la fundamentación no implica necesariamente una explicación ampulosa y repetitiva de los actuados, sino más bien, se cumple con un debido proceso otorgando las razones suficientes de la decisión asumida a partir de un pronunciamiento razonable y claro como sucede en el presente caso.

Con referencia a la denuncia de falta de fundamentación de la sentencia y que ésta es contradictoria, el auto de vista impugnado, señaló que no es evidente, ya que la autoridad fundamentó en el V romano, la decisión de su fallo, pues dentro del romano I estableció los antecedentes que originan la acción penal, en el romano III y IV las pruebas de cargo y descargo y concluyó con una fundamentación probatoria intelectual y jurídica del fallo dentro del romano V. Al respecto, este tribunal constata que el tribunal de alzada respecto a esta denuncia, si bien efectivamente se pronuncia a diferencia del auto de vista dejado sin efecto; sin embargo, lo hace de manera totalmente genérica, remitiéndose únicamente a los números romanos, sin explicar mínimamente si contiene la debida fundamentación y motivación y porqué considera que la sentencia no es contradictoria; es así que se refiere a la labor realizada por el juez de sentencia pero de manera totalmente general indicando que en el romano V estaría la decisión de juez, sin realizar un razonamiento propio conforme establece el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues toda resolución debe ser: expresa, clara, completa, legítima y lógica. i) Expresa porque se debe señalar los fundamentos que sirvieron de soporte para sustentar su tesis, sin remisión a otros actos procesales; ii) Clara, en sentido que el pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y claro, no dejando lugar a dudas sobre las ideas que expresa el juzgador; iii) Completa, debiendo abarcar los hechos y el derecho; iv) Legítima, ya que debe basarse en pruebas legales y válidas. Para que exista legitimidad en la denuncia de valoración defectuosa de la prueba en la sentencia, el tribunal de alzada debe realizar el análisis de iter lógico por el que se evidencie la correcta o incorrecta valoración de la prueba efectuada por el juez de sentencia; y, v) Lógica, que es el requisito transversal que afecta a los otros requisitos; debiendo la motivación, en términos generales, ser coherente y debidamente derivada o deducida, pero utilizando las máximas de la experiencia, la psicología y las reglas de la sana crítica.

En el presente caso, el auto de vista respecto a la denuncia de falta de fundamentación de la sentencia y que la misma es contradictoria, no realiza un control de legalidad completo, objetivo y amplío, sino más bien –como se dijo- de manera genérica, obviando y omitiendo responder los argumentos del recurso de apelación restringida sobre el tema impugnado, por lo que el motivo deviene en fundado.

III.3. Sobre la calificación del tipo penal y sus emergencias.

Los recurrentes alegan que, el tribunal de apelación hubiese manifestado que el juez habría juzgado en base a un sinónimo, de los términos distribuir y comercializar contradiciendo al precedente; por cuanto, el término de comercialización no es parte del texto del art. 362 del Cód. Pen., y que revisados los libros de la lengua española se tiene, que los términos distribuir y comercializar no son sinónimos, pues puede distribuirse algo sin que contenga un aspecto comercial o utilitario, lo que contradice a la doctrina legal aplicable referida a la calificación exacta del tipo penal; con referencia a esta alegación, en el apartado III.1 de la presente resolución, este tribunal ya se pronunció al respecto, señalando que la argumentación del tribunal de alzada no se encuentra debidamente fundamentada y motivada y que es copia del auto de vista dejado sin efecto, evidenciando así que no se dio estricto cumplimiento al A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, por lo que, no corresponde un nuevo pronunciamiento.

Sobre el quantum de la pena y atenuantes, los recurrentes, reclaman que la sentencia no fundamentó respecto de la pena impuesta, es decir la aplicación del art. 37 del Cód. Pdto. Pen., pese a que hubiera invocado el A.S. N° 507 del 11 de octubre de 2007, el cual sería contradictorio porque establece que en la sentencia se debe fundamentar respecto del quantum de la pena y las atenuantes.

Con referencia a esta alegación, en el apartado III.2 de la presente resolución, este tribunal ya se pronunció manifestando que no existe fundamentación en el auto de vista sobre la denuncia en el recurso de apelación de que la sentencia no se encuentra debidamente fundamentada, aspecto que se entiende debe alcanzar al supuesto hecho de que toda resolución debe ser: expresa, clara, completa, legítima y lógica, en este caso, incluido el quantum de la pena, por lo que, ya no corresponde mayor explicación.

Por último, los recurrentes alegan que el auto de vista de manera general señala que no existe incongruencia entre la sentencia y la acusación; al respecto sobre esta alegación de la misma forma, este tribunal ya fundamentó sobre la temática en el apartado III.2 de la presente resolución, indicando que el tribunal de alzada, dando cumplimiento al A.S. N° 494/2015-RRC de 17 de julio, fundamentó razonablemente con relación a la supuesta incongruencia entre la acusación y la sentencia, por lo que, no corresponde mayor análisis.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Gloria Herrera Molina de Ergueta y Bacilio Carlos Ergueta Albarracín, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., deja SIN EFECTO el A.V. N° 14/2016 de 24 de febrero, determinando que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen.; remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución, a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



270

Ministerio Público c/ Richard Paco Mamani y otros
Tráfico de sustancias controladas y otros
Distrito: Potosí

AUTO DE VISTA

Potosí, 9 de agosto de 2016.

VISTOS: Los recursos de apelación restringida planteados por Richard Paco Mamani de fs. 367 a 374, Beymar Cáceres Gutiérrez de fs. 384 a 389, Carlos Mamani Cáceres de fs. 399 a 405, Abundio Mamani Cáceres de fs. 413 a 422 y Marco Antonio Mamani Alvarado de fs. 430 a 432, Memoriales de cumplimiento de las observaciones a las apelaciones de fs. 456-457 vta., 459 a 461, 462 a 469 vta., fs. 471, fs. 472-473 vta., y 474 a 477 vta., del cuaderno procesal contra la Sentencia N° 01/2016, que cursa de fs. 326 a 338 del expediente de apelación, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 1 de Potosí, que en su parte resolutive, falla declarando culpables a los acusados Richard Paco Mamani y Abundio Mamani Cáceres autores de la comisión de los delitos de narcotráfico, asociación delictuosa y confabulación tipificado en los arts. 48 con relación al 33-m) en las modalidades de poseer dolosamente sustancia controlada en este caso marihuana, transportar, sacar del país y realizar transacciones a cualquier título y art. 53 de la L. N° 1008. A Carlos Mamani Cáceres, Marco Antonio Mamani Alvarado y Beymar Cáceres Gutiérrez autores de la comisión de los delitos de transporte de sustancias controladas y asociación delictuosa y confabulación tipificado en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008 y los condena a Richard Paco Mamani y Abundio Mamani Cáceres a la pena de presidio de 16 años y 13 mil días multa a razón de Bs. 1 por día multa y a los acusados Carlos Mamani Cáceres, Marco Antonio Mamani Alvarado y Beymar Cáceres Gutiérrez a la pena de presidio de 13 años y mil días multa a razón de Bs. 1 por día multa, (concurriendo para los 5 imputados el concurso real art. 45 del Cód. Pen. aplicándose la sanción de la pena del delito más grave, facultando al juez a aumentar en este caso al máximo hasta la mitad), no cursa responde alguno y demás antecedentes que cursan en el cuaderno procesal.

CONSIDERANDO: Que los imputados, disconformes con la sentencia dictada en su contra interponen el recurso de apelación restringida Richard Paco Mamani de fs. 367 a 374, Beymar Cáceres Gutiérrez de fs. 384 a 389, Carlos Mamani Cáceres de fs. 399 a 405, Abundio Mamani Cáceres de fs. 413 a 422 y Marco Antonio Mamani Alvarado de fs. 430 a 432 y habiendo sido observadas sus apelaciones por auto de fs. 450, han corregido por memoriales de fs. 456 a 457 vta., 459 a 461, 462 a 469 vta., fs. 471, fs. 472-473 vta., y 474 a fs. 477 vta., del cuaderno procesal, bajo los siguientes argumentos:

1.- Apelación de Richard Paco Mamani

Con la permisibilidad prevista en el art. 180-II Constitucional y arts. 408 y 409 del Cód. Pdto. Pen. expresa los siguientes agravios:

Primer agravio: Violación de derechos y garantías constitucionales respecto a la falta de motivación y fundamentación de la sentencia. Indica las garantías constitucionales se encuentran descritas en el Título I del Código de Procedimiento Penal y son fundamentales para la consolidación de un estado de derecho, en la obra guía para La Capacitación a Operadores del Sistema Administrativo de Justicia Penal en su página 11 al decir "Sin las garantías es decir sin juicio previo, sin presunción de inocencia, sin juez natural, sin inviolabilidad a la defensa, sin legalidad de la prueba, no hay proceso penal". Por ello hoy en día el principio de legalidad y el debido proceso aparecen inscritos en todas las Constituciones de todos los países democráticos y su vigencia está vinculada el efectivo reconocimiento de los derechos constitucionales, los arts. 115-I, 117-I y 119-II Constitucionales, refieren al debido proceso y la legítima defensa pues en el juicio oral público y contradictorio, se deben respetar cuando indica que "El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable" y "nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en un proceso legal," Garantías constitucionales que deben velarse como requisito sine quantum para llevarse a cabo un juicio oral por un tribunal independiente e imparcial, y se da esta figura cuando el juez o tribunal lesiona estos derechos constitucionales cuales son el sagrado derecho a la defensa y el debido proceso; el derecho a la defensa significa que toda persona acusada tienen el derecho a defenderse en forma irrestricta, o sea que el derecho a la defensa en materia penal tiene carácter irrestricto e inviolable, esta garantía tiene la finalidad de que una persona encausada, imputada o procesada, encare el proceso en igualdad de condiciones en un juego limpio, con quien lo acusa o procesa y con quien se defiende, que en dicho proceso oral y contradictorio se respeten sus derechos y

garantías constitucionales. A su vez el debido proceso es una garantía complementaria a la anterior y que consiste en que toda persona tiene el derecho a ser escuchada en un proceso para hacer conocer su defensa y demostrar su inocencia, las causas eximentes de responsabilidad o hacer valer las causas atenuantes, a objeto de que la pena que se le imponga se gradúe en base a los antecedentes del juicio.

Una de esas garantías constitucionales es el debido proceso previsto en el art. 115-II Constitucional, esto vinculado al proceso penal en su vertiente fundamentación, en las resoluciones en este caso la N° 01/2016 adolece de la respectiva motivación y fundamentación, al ser así no solo se ha cercenado una parte fundamental de la estructura de la sentencia, sino que lo peor es que al ser así y hace solo una relación de la prueba más nunca una valoración real, está acreditada un defecto absoluto, previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; en toda tramitación de un proceso penal se tiene el derecho al nemo tenetur, el derecho a guardar silencio, y que el mismo no puede ser utilizado en su contra tal, como establece el art. 121 Constitucional al decir art. 121. I. En materia penal ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o sus afines hasta el segundo grado. El derecho de guardar silencio no será considerado como indicio de culpabilidad. De la revisión de la sentencia se puede establecer que el fundamento se basa en su auto inculminación, sin embargo en juicio nunca fueron demostrados con ninguna prueba que su persona hubiera organizado grupo de personas para cometer delitos, mucho menos ha señalado que un solo testigo ha declarado, aun siendo que su persona se hubiera auto inculminado el mismo es nulo conforme señala el art. 93 del Cód. Pdto. Pen. al señalar: art. 93.- (métodos prohibidos para su declaración).

"En ningún caso se exigirá juramento al imputado, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o instigarlo a declarar contra su voluntad; ni se le harán cargos tendientes a obtener su confesión. La declaración del imputado sin la presencia del fiscal y su abogado defensor que contenga una confesión del delito será nula y no podrá ser utilizada en el proceso, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de quienes la reciban o utilicen...".

Disposiciones Legales Erróneamente Aplicadas: Dice, el Tribunal a quo al pronunciar la sentencia que es objeto de la presente impugnación, ha aplicado erróneamente lo dispuesto por los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, consecuentemente ha hecho que se haga presente un defecto de la sentencia que habilita la apelación restringida, cual es la errónea aplicación de la ley sustantiva conforme al citado art. 370 del Ritual de la Materia en sus numerales 6) y otros que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba; por las siguientes razones estrictamente de orden legal:

Aplicación que pretende.- Como el Tribunal Superior está prohibido para revalorizar la prueba se solicita anular el juicio y disponer su reenvío, ya que estos agravios no pueden ser subsanados por el Tribunal Superior.

Segundo agravio: Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva art. 370-1, dice, de acuerdo al contenido de la sentencia que se impugna, se ha declarado autor a su persona del delito arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, dicen por haber subsumido su conducta a los tipos penales, que para llegar a realizar tal apreciación no han observado lo señalado por dichas normas sustantivas, así como los que expresan los arts. 13, 14 y 20 del mismo cuerpo legal, por consiguiente dichas normas sustantivas erróneamente han aplicado, por las siguientes razones de orden legal: Para comprender mejor la errónea aplicación de la Ley sustantiva es necesario referir que dice la norma sustantiva penal: Art. 55 (transporte) señala: "el que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transportare cualquier sustancia controlada será sancionado con ocho a doce años de presidio y diez mil a mil quinientos días de multa e incautación definitiva del motorizado o medio de transporte". Por su parte el art. 53 (Asociación delictuosa y confabulación) señala "los que se organicen en grupo de dos o más personas para la comisión de tipos penales establecidos en la presente ley, serán sancionados con un tercio más de la pena principal". De lo que se comprende que se trata de un delito de acción y no de omisión, es decir que para conseguir el resultado transportar. Asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme señala el art. 365 del Cód. Pdto. Pen. cuando señala: Art. 365.- (Sentencia condenatoria) "se dictara condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para generar en el juez o tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado. La sentencia fijara con precisión las sanciones que correspondan, la forma y lugar de su cumplimiento y en su caso, determinara el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado...".

Alega el recurrente que en la sentencia que se impugna, su fundamento es inexistente, dicho fallo no indica de qué forma su persona estaba transportando sustancias controladas, asimismo que hubiera organizado un grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales que se le acusa. De las pruebas introducidas al juicio por el Ministerio público se tiene: La única declaración del policía: Sandrino Elvi Fuentes Nina, señala: "que estaba trabajando en ese departamento FELCN, el 10 de febrero de 2015, en la localidad de Alote él, estaba presente en el operativo antinarcóticos con otros policías; en sustancias controladas, señalando que en 8 de febrero de 2015 en cumplimiento del plan de operaciones tormenta, avanzan dos patrullas de la FELCN. Potosí, con dirección a la frontera del vecino país de Chile- Bolivia, para realizar operativos de interdicción del narcotráfico, en 10 de febrero realizan e instalan en la carretera Uyuni- Abaroa DEX dispositivos estacionarios de control, en ese instante se aproximó a ese puesto un auto camioneta color blanco, marca Chevrolet placa Chilena, al mismo tiempo en ese auto estaban 5 ocupantes, realizadas entrevistas a esos presentaron actitud nerviosa, luego uno de ellos recibe una llamada telefónica en el cual se escuchó de la siguiente manera: "que está pasando ahí adelante", al escuchar esa vos funcionarios de la FELCN proceden a reducir a esas personas de ese auto, minutos después se aproxima otro auto segundo guindo se dieron a la fuga, posteriormente realizando rastillaje se encuentra a esos tres, luego se pudo controlar al lugar del hecho y se procede a requisar por sospecha de autos a los dos, en primera instancia de auto Blanco Chevrolet placa Chilena, conducía Abundio Mamani Cáceres y 4 ocupantes, en requisar se encontró mochilas medianas que en su interior contenían víveres, galletas, malchani, agua, además que en el interior del auto se encontró certificado de salida de autorización entre Bolivia y Chile a nombre temporal de Gaby Paco Mamani, con relación al segundo auto color guindo marca Ford placa Chilena, también se requiso y en la parte posterior del vehículo se identificó hábilmente camuflado tres bolsas de yute color blanco, una bolsa comercial multicolor y una bolsa nylon color verde, al mismo tiempo se encontró un certificado de salida temporal a nombre de Richard Paco Mamani, proceden a verificar sacos y bolsa de nylon, en su interior contenía paquetes en forma de ladrillo y en su interior hierba verdusca que sometida a prueba de campo luego, dio positivo a marihuana. Pese que en juicio ha declarado un solo testigo sin embargo la sentencia

señala: "...Hecho demostrado contundente y de manera objetiva por los siguientes elementos probatorios. Por la prueba testifical dice: Atestaciones de: los testigos de cargo, consistente precisamente en la declaración de un policía de la FELCN". Tratando de justificar lo injustificable el tribunal pretende sorprender y generar convicción dice que hubo muchos testigos que le incriminan de la comisión del delito que se le acusa, empero no existe, de lo contarle hubiera señalado nombres y apellidos y sus atestaciones. De las pruebas introducidas al juicio, sea testifical, documental no se demuestra que su persona hubiera organizado un grupo de personas para cometer delitos, es decir de transportar sustancias controladas. El fiscal pese a haber propuesto como prueba testifical de ocho personas, solo hizo declarar un solo testigo (policía; Sandrino Elvi Fuentes Nina) en juicio en la producción de pruebas el fiscal señala: "que no hay más testigos, recién se hace cargo, le dijeron que se notificó a todos por cooperación, todos ellos que intervinieron en este hecho ya no trabajan en este departamento... pide suspensión de la audiencia y contradictoriamente renuncia a sus demás testigos." Sin embargo el tribunal en forma errónea basa su fundamento señalando de las declaraciones de los testigos, faltan a la verdad ya que en verdad solo ha declarado un testigo, ahora bien, la declaración de los imputados no puede señalar que somos testigos de cargo que fácilmente a confundido el tribunal. Lo correcto era que se diga la declaración de un solo testigo y no señalar los testigos, cuales testigos, solo son imaginarios debió señalarse con nombres y apellidos, como no existe señala en forma contradictorio por la propia declaración de los imputados.

Con todos los antecedentes que consta en el expediente se pregunta ¿con que elementos de prueba se le ha sancionado los delitos de: transporte, asociación y confabulación delictuosa?. Con ninguna especialmente la asociación delictuosa y confabulación, posiblemente los otros testigos propuestos hubieran dado algún indicio de su supuesta participación, sin embargo como no han declarado le exige de responsabilidad, que han inobservado lo expreso por el art. 20 del Cód. Pen., por consiguiente erróneamente han aplicado la ley sustantiva. Porque han fallado en el fondo contradiciendo la normativa penal, aun no existiendo prueba alguna le han sancionado con agravante de pena de 16 años. La interpretación jurídica de la norma indicada (Art. 20 del Cód. Pen.) y falta de fundamentación en la que incurre el juez o tribunal al pronunciar su resolución, se halla especificada claramente en el A.S. N° 59 de 27 de enero de 2006 pronunciada por la SPS que expresa "...de acuerdo con la línea doctrinal sentada por la Corte Suprema de Justicia, en varios autos supremos, la "teoría del dominio del hecho" respecto de la acción de los agentes que da lugar a la vulneración de bienes jurídicos, que afirma que en todos los delitos dolosos es autor quien tiene en sus manos el curso de los hechos del suceder típico y antijurídico, lo que significa que para que el agente sea considerado coautor de un delito doloso es necesario que haya una resolución conjunta para ejecutar el hecho por parte de los agentes sin importar en el momento del hecho la mayor o menor gravedad de su actuación por haber previamente consentido en el accionar de todos en el logro común del resultado antijurídico. Al respecto son muy claros los AA.SS. Nos. 54 de 26 de febrero de 2002 y 426 de 16 de agosto de 2001. Por otra parte los Tribunales de Sentencia y de alzada deben fundamentar debidamente sus fallos porque al adolecer de este factor esencial en las resoluciones "violan al debido proceso" por dejar en estado de incertidumbre a los sujetos procesales respecto a cada uno de los puntos impugnados, queda establecido el agravio que ha sufrido en este acápite por la sentencia que se impugna, por cuanto como se tiene recalado especialmente no se ha realizado una adecuada fundamentación para considerar la existencia, la euforia peor aún de la agravante en el que no existe prueba alguna, ya sea testifical, documental u otra prueba que señalen que su persona hubiese organizado grupos de personas para transportar sustancias controladas. Con relación a la inobservancia de la ley sustantiva respecto del art. 14 del Cód. Pen., esta norma legal expresamente señala: actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta su posibilidad. En la sentencia que se impugna al margen de glosar el delito acusado con agravante y por el cual le han condenado no se dice nada sobre el elemento subjetivo, que al ser el tipo penal acusado de naturaleza dolosa debía referirse a este elemento subjetivo para comprender si su persona actuó con conocimiento y voluntad, no se ha precisado de qué manera se ha comprobado que existió dolo en su accionar, por lo que queda cuestionado su resolución por cuanto no hacen mención a un solo elemento de prueba por medio del cual quede acreditado que actuó dolosamente, no existe prueba que demuestre que planificó el hecho de sustancias controladas y organizó un grupo de personas para cometer delitos, no existe prueba alguna, aun así el tribunal en forma errónea le condena con una pena máxima de 16 años. Concluye, señalando que al pronunciar de esta manera la sentencia ya referida, han desconocido también lo que señala el A.S. N° 236/2007 de 7 de marzo de 2007, que en su doctrina legal aplicable expresa: El debido proceso se manifiesta en que las partes procesales de los derechos y garantías previstas para que la investigación y juzgamiento se desarrollen en el marco del respeto a los derechos fundamentales de la persona, sea aquel el acusador particular o público, y el acusado; precepto al que suma el derecho a la seguridad jurídica, debiendo la actividad jurisdiccional esmerarse para brindar a los administrados la seguridad que las condiciones se enmarquen en los preceptos establecidos en la Constitución Política del Estado, los tratados y convenios internacionales y la ley. Los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probado en juicio oral público, contradictorio y continuo y en la fase de subsunción legal de los tribunales y jueces de sentencia y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que a la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito. Con referencia al dolo el Tribunal Supremo ha señalado mediante el A.S. N° 455/2005 de 14 de noviembre de 2005, '... El juicio oral, público y contradictorio, conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla titulado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio. Indica también el recurrente que, esta valoración inadecuada de la prueba en los términos señalados, ha hecho que el tribunal a quo obre inaplicando, inobservando y contradiciendo el A.S. N° 134/2013 RR de 20 de mayo de 2013, que en su doctrina aplicable hace mención a la correcta subsunción del hecho al derecho, lo que no realizaron en el presente caso, especialmente al determinar la existencia de agravante.

Normas legales que considera violadas.- Habiendo demostrado la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, las normas erróneamente aplicadas e inobservadas se encuentran inmersas en los arts. 13, 14, 20, del Cód. Pen. y 365 del Cód. Pdto. Pen. Añade que aun cuando no se ha probado que su persona hubiera organizado grupo de personas para cometer delitos, que prueba existe? Ninguna el único testigo que ha declarado es el policía Sandrino Elvi Fuentes Nina, no ha manifestado, no ha señalado que su persona ha organizado grupo de personas para cometer delitos, entonces siendo así los antecedentes, el tribunal solo se basa en apreciaciones subjetivas.

Al no existir pruebas con relación de asociación ilícita y confabulación no existe relación de causalidad.- Conforme a los datos del proceso y las pruebas introducidas al juicio oral público y contradictorio, donde con ninguna prueba documental, menos testifical se le ha demostrado que su persona hubiera organizado grupos para cometer los delitos que se le acusa, consiguientemente no existe causalidad alguna con las personas que estaban en la otra movilidad, peor en juicio no se ha demostrado que su persona hubiera repartido roles y a que personas, consiguientemente el tribunal se basa simplemente en apreciaciones subjetivas más nunca estos extremos fueron comprobados en juicio con prueba idónea, de esta forma afectando su presunción de inocencia. La doctrina y la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente forma: "...En forma conclusiva y del contenido de la norma legal y de los instrumentos internacionales que consagra el derecho a la presunción de inocencia de la persona en el proceso, se tiene que el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores... Por consiguiente el juez o tribunal de sentencia no está seguro de la responsabilidad penal del acusado, deberá pronunciar absolución en aplicación del art. 363 del Cód. Pdto. Pen. cualquier decisión contraria implicaría violar el art. 116 de la C.P.E., lo que importa que el tribunal de alzada tenga que dictar un nuevo fallo sin necesidad de un nuevo juicio.

Aplicación que se pretende.- Se anule la sentencia impugnada y se disponga el juicio en reenvió.

Tercer agravio: Sentencia basada en valoración defectuosa de la prueba art. 370-6).- Señala que habiendo demostrado la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, las normas erróneamente aplicadas e inobservadas que se encuentran inmersas en los arts. 13, 14, 20, todos del Cód. Pen. y el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., la aplicación que se pretende de dichas normas versan en el hecho: La sentencia que es motivo de impugnación en su acápite referente a la fundamentación probatoria descriptiva, sostiene su participación en grado de autor en el delito de transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación. El Ministerio Público, que tenía la carga de la prueba en juicio no ha probado, que su persona hubiera organizado grupo de personas para cometer el delito de transporte de sustancias controladas tomando en cuenta que debe individualizarse su participación por ejemplo en la asociación delictuosa, de qué forma su persona a formado grupos, en qué lugar en qué fechas, como ha distribuido roles como señala la sentencia y a qué personas?, simplemente no existe prueba alguna que le incrimine por este delito, por lo que se ha hecho presente defectos absolutos conforme lo señala el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen. Pretenden condenarle con la declaración de un solo testigo que no refiere estas circunstancias, vulnera el principio de presunción de inocencia prevista en el art. 116 de la C.P.E. que señala: I. Se garantiza la presunción de inocencia.

Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado. II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible. De esta forma afectando al principio de la presunción de inocencia y favorabilidad. La sentencia se basa en informes contradictorios. En juicio, se ha solicitado exclusión de la prueba del fiscal signados del número 1 al 16 y 28, por existir contradicciones en los informes de los policías que han intervenido, por ejemplo el informe del policía Guido Fernández señala que el operativo se hubiera realizado el 10 de febrero del 2014, sin embargo otros informes señalan que el operativo se hubiera realizado en la gestión del 2015. En esta eventualidad una vez advertida el tribunal y existiendo contradicciones que no cumplen los requisitos del art. 120 del Cód. Pdto. Pen. correspondía ser excluido, sin embargo en forma forzada la prueba ha sido introducida, pese que el propio fiscal señala que reconociendo el error manifiesta que fue un error de dedo, consiguientemente ha existido error de procedimiento, ante el rechazo del tribunal se ha reservado de impugnación, conforme se puede evidenciar del acta del juicio oral público y contradictorio.

La supuesta comunicación mediante celular no fue investigado que determine comunicación de la primera movilidad a la segunda movilidad. La sentencia se basa que existiendo dos movilidades, supuestamente hubiera existido comunicación mediante celular de la primera movilidad a la otra movilidad, sin embargo en juicio no se ha podido demostrar de que numero de celular de la primera movilidad llamo al otro celular de la segunda movilidad, si bien existe informe de ENTEL, donde sale un sin número de números de celulares, sin embargo no existe un informe específico como para sostener con firmeza que el día del hecho, hubiera existido una comunicación de un celular al otro celular con una identificación específica, tomando en cuenta que en ENTEL se registros todas las llamadas entrantes y salientes con datos de, minuto, hora, día, mes y año, sin embargo pese a las facilidades que otorga la tecnología no fue demostrado que hubiera existido comunicación, de la primera movilidad a la segunda movilidad, consiguientemente no existe relación de causalidad. Con estos antecedentes el tribunal, llega a esa conclusión por apreciaciones subjetivas y de ninguna manera el mismo es sustentado mediante pruebas para generar prueba suficiente conforme establece el art. 365 que exige que para dictar sentencia condenatoria debe existir prueba suficiente.

Los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probado en juicio oral público, contradictorio y continuo y en la fase de subsunción legal los tribunales y jueces de sentencia y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que a la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito. Con todos estos antecedentes, se puede decir que la sentencia se basa en hechos inexistentes y una valoración defectuosa de la prueba. Evidenciando que se ha vulnerado su derecho a la defensa, se han violado los arts. 6, 13, 92, 93, 94, 95, 97, 123, 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., porque el tribunal baso su sentencia en hechos inexistentes y no acreditados, al igual que los arts. 119-II, 121-II, 180-1 de la C.P.E., este último en relación al art. 30 de la L.Ó.J., así como el art. 310-3 del Cód. Pen.

En juicio no fue demostrado que los imputados serian familiares y se hubieran organizado para cometer delitos. El único documento que demuestra una filiación civil, es la institución encargada, como es el SERECI, mediante documentos públicos como ser certificado de nacimiento, certificado de matrimonio, en el presente proceso no fue demostrado con documento idóneo nuestra condición de familiaridad, sin embargo el tribunal en forma alegre e irresponsable señala con toda facilidad que organizaron el padre, el hijo, el hermano. Incluso le hacen casar con una persona, pero sin sustentarse en un documento idóneo, este invento del tribunal ha servido para que a su persona se le condene por asociación delictuosa y confabulación y con la pena máxima, sin haber demostrado estos extremos. La sentencia se basó en hechos inexistentes y no acreditados sobre su participación y sobre la existencia de la agravante, porque no se puede utilizar la declaración para auto incriminarla y peor aún obtenida por medio ilícito, no se tiene ningún elemento incorporado al juicio que de manera directa le atribuya responsabilidad. Contradictoriamente sus pruebas de descargo el tribunal no ha tomado en cuenta, sin embargo el tribunal señala: "De todo lo expuesto se concluye que a favor del acusado Richard Paco Mamani, existen las siguientes atenuantes: el ser padre de familia, tener 3 hijos y

no tener antecedentes penales"; el imponerle la pena máxima de 16 años con agravante, inevitablemente causa muchos perjuicios deja en desprotección a su familia, sus hijos son menores que necesitan alimentarse, educarse, empero con la sanción drástica le causa agravios y perjuicios, más aun si no existe prueba suficiente como exige la norma adjetivo penal.

Las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas fueron beneficiados con una pena mínima ahora los inocentes son sancionados con la pena máxima; de la sentencia y los antecedentes las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas (Nelson Wilder Mamani Murillo, Sabino Flores Mamani, Omar Félix Flores Ramos) en la segunda movilidad, incluso según el informe policial se dieron a la fuga, los mismo fueron beneficiados con una pena mínima acogiendo a un procedimiento abreviado con una pena de 8 años, conforme se evidencia por la prueba que adjunta, sin embargo su persona sin haberle encontrado con ninguna sustancia controlada, mucho menos hubiera organizado grupos para cometer delitos se le sanciona con una pena de 13 años incluso aplicando en forma errónea el art. 45 del Sustantivo Penal. El tribunal no ha tomado en cuenta al momento de dictar la sentencia, considera que existe una contradicción, ya que por una parte a los autores del delito se sanciona con una pena mínima y a su persona sin existir prueba suficiente se le sanciona con una pena máxima, el tribunal basa su sentencia en apreciaciones subjetivas, más nunca con prueba suficiente como exige el art. 365 del Cód. Pdto. Pen. El tribunal se olvidó que en nuestro sistema penal la valoración de la prueba que se define como "una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos se sustenta en el método de la sana crítica, desde esa perspectiva, "para que la fundamentación de la sentencia sea válida se requiere no solo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en prueba de valor decisorio, sino también que estas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral a las reglas de la sana crítica a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda"; por haber obrado de la forma como lo hicieron, han realizado una valoración deficiente de la prueba, por consiguiente han obrado inaplicando, inobservando y contradiciendo el A.S. N° 223/2007 de 28 de mayo de 2007, que en su doctrina aplicable hace mención a la valoración correcta de la prueba cuya omisión hace posible anular la sentencia, al respecto hace mención al A.S. N° 037/2013-RR de 14 de febrero de 2013, y A.S. N° 237/2007 de 7 de marzo de 2007, por el cual se ha determinado que debe existir en la sentencia una debida fundamentación y además que esta debe ser completa, lo que en autos no se ha dado.

Aplicación que pretende. Se anule la sentencia impugnada y se disponga el juicio en reenvió

Petitorio.- La nulidad de la sentencia en consecuencia, juicio de reenvió o su absolución directa.

2.- Apelación de Beymar Cáceres Gutiérrez:

Con la permisibilidad prevista en el art. 394, 396, 398, 400,408 y 409 del Cód. Pdto. Pen. expresa los siguientes agravios ocasionados por la sentencia que falla declarando autor de la comisión de los ilícitos tipificados señalando que ha adecuado su conducta a los tipos penales tipificados en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, que se refieren al transporte de sustancias controladas, con circunstancia agravante al estarse traficando esta droga marihuana en gran cantidad y a la asociación delictuosa y confabulación, que consiguientemente concurriría el concurso real previsto en el art. 45 del Cód. Pen.

Disposiciones legales erróneamente aplicadas: al pronunciar la sentencia que es objeto de la presente impugnación, han aplicado erróneamente lo dispuesto por los arts. 55 Y 53 de la L. N° 1008, han hecho que se haga presente un defecto de la sentencia que habilita la apelación restringida, cual es la errónea aplicación de la ley sustantiva conforme al num. 1 del art. 370 del Adjetivo Penal, como también con dicho pronunciamiento han erróneamente aplicado la Ley Adjetiva conforme al citado art. 370 del Ritual de la Materia en sus numeral, 6) que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba; por las siguientes razones estrictamente de orden legal:

Primer agravio: Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva art. 370-1; Le han declarado autor de la comisión del delito arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, dicen por haber subsumido su conducta a los tipos penales, que para llegar a realizar tal apreciación no han observado lo señalado por dichas normas sustantivas, así como lo que expresan los arts. 13, 14 y 20 del mismo cuerpo legal, normas sustantivas erróneamente han aplicado, por las siguientes razones de orden legal: El art. 55 (transporte) señala: "El que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transportare cualquier sustancia controlada será sancionado con ocho a doce años de presidio y diez mil quinientos días de multa e incautación definitiva del motorizado o medios de transporte". Por su parte el art. 53 (Asociación delictuosa y confabulación) señala: "Los que se organicen en grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales establecidos en la presente ley, será sancionado con un tercio más de la pena principal". Dice, de lo que se comprende que se trata de un delito de acción y no de omisión, es decir que para conseguir el resultado transportar, asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme señala el art. 365 del Cód. Pdto. Pen. (Sentencia condenatoria) "Se dictará sentencia condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para generar en el juez o tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado. La sentencia fijará con precisión las sanciones que correspondan, la forma y lugar de su cumplimiento y en su caso, determinará el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado..." Refiere que, la sentencia que se impugna, su fundamento es inexistente, dicho fallo no indica de qué forma su persona estaba transportando sustancias controladas, ya que en la movilidad que se encontraron no existía droga alguna, por ninguna prueba se ha demostrado ya sea documental o testifical que existiría nexo causal entre las dos movilidades, no fue demostrado que su persona hubiera organizado un grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales y para lograr el fin perseguido que se le acusa; no existe congruencia en la sentencia. Los autos supremos al respecto señalan lo siguiente: "En toda resolución emitida por un juez o tribunal como garante del debido proceso debe considerarse que los razonamientos de fundamentación guarden relación y correspondencia con la parte decisiva de la sentencia de fondo...". Asimismo la S.C. N° 1846/2014-R ha señalado "...Supone de lo anterior que la existencia de la incongruencia y contradicción entre la ratio decidendi y la parte resolutive constituyen defectos absolutos que merecen su revisión.

Al subsanar su apelación refiere que se ha violado su derecho a la presunción de inocencia y en todo momento la sentencia ha presumido su culpabilidad, violándose su derecho a la inocencia, en relación al art. 116 Constitucional.

Aplicación que se pretende.- Se repare directamente el error, emitiendo nueva sentencia mediante el cual se declare la absolución de su persona.

Segundo agravio: La sentencia se basa en hechos inexistentes y en valoración defectuosa de la prueba art. 370-6. De las pruebas introducidas al juicio ya sea testifical, documental, no se ha demostrado que su persona estaba trasladando sustancias controladas y que hubiera organizado un grupo de personas para cometer delitos del que se le acusa, es decir de transportar sustancias controladas. Del informe policial y de la requisita, se puede establecer con meridiana claridad que en la movilidad que su persona viajaba no se encontró ninguna droga o sustancia controlada.

La sentencia se basa en la declaración de un solo testigo.- En efecto en la sustanciación del juicio, el Ministerio Público solo hizo declarar un Policía: Sandrino Elvi Fuentes Nina, señala: "que estaba trabajando en este departamento FELCN, el 10 febrero año 2015, en la Localidad Alota él estaba presente en operativo antinarcóticos con otros policías, en sustancias controladas, señalando que, en 8 de febrero de 2015 en cumplimiento al plan operaciones tormenta, avanzan dos patrullas operativas de FELCN Potosí con dirección a la frontera del vecino País Chile-Bolivia, para realizar operativos de interdicción al narcotráfico, en 10 febrero realizan, instalan en carretera Uyuni Abaroa DEX dispositivos estacionarios de control, en ese instante se aproximó a ese puesto un auto camioneta color blanco, marca Chevrolet placa chilena, al mismo tiempo en ese auto estaban 5 ocupantes..." El fiscal pese a haber propuesto como prueba testifical ocho personas, solo hizo declarar un solo testigo. En juicio en la producción de pruebas el fiscal señala: "que no hay más testigos, recién se hace cargo. Le dijeron que se notificó a todos por cooperación, todos ellos que intervinieron en este hecho ya no trabajan en este departamento removidos a otros departamentos, el testigo que declaro vino de Santa Cruz y más allá, fue debidamente notificado, pero ellos están en otros operativos, para constancia presenta comparendos y fax que se remitieron a la nacional, lamentablemente solo vino uno, considera que es importante de otros, pide suspensión audiencia y contradictoriamente renuncia a sus demás testigos. Con todos los antecedentes que consta en el expediente, le pregunto; ¿con que elementos de prueba se le ha demostrado los delitos de; transporte, con qué elementos de prueba, asociación y confabulación delictuosa? Ninguna, los otros testigos propuestos hubieran dado algún indicio de su supuesta participación, sin embargo como no han declarado le exime de responsabilidad. Máxime si tomamos en cuenta que la participación en un determinado acto jurídico es intuitu persone, es decir que debe individualizarse la participación de cada imputado. En el fundamento de la sentencia se señala que han declarado testigos, cuando no es así, solo ha declarado un testigo; no fue individualizada su participación en la comisión del delito de tráfico, ya que no se le encontró con sustancias controladas, así mismo no se ha individualizado que su persona hubiera organizado grupos para la comisión de los delitos que se le acusa, es decir de la asociación delictuosa y confabulación, consiguientemente la sentencia se basa en apreciaciones sugestivas.

La supuesta comunicación mediante celular no fue investigada.- La sentencia se basa que existiendo dos movilidades, hubiera existido comunicación mediante celular de la primera movilidad a la otra movilidad, en juicio no se ha podido demostrar de qué número de celular de la primera movilidad llamo al otro celular de la segunda movilidad, existe Informe de ENTEL, donde sale un sin número de números de celulares, sin embargo no existe un informe específico como para sostener con firmeza que el día del hecho, hubiera existido una comunicación de un celular al otro celular con una identificación específica, tomando en cuenta que en ENTEL se registra todas las llamadas entrantes y salientes con datos de, minuto, hora, día, mes y año, sin embargo pese a las facilidades que otorga la tecnología no fue demostrado que hubiera existido comunicación, de la primera movilidad la segunda movilidad, consiguientemente no existe relación de causalidad. Con todos estos antecedentes el tribunal, llega a esa conclusión por apreciaciones subjetivas y de ninguna manera el mismo es sustentado mediante pruebas para generar prueba suficiente conforme establece el art. 365 que exige que para dictar sentencia condenatoria debe existir prueba suficiente. Asimismo el tribunal no ha tomado en cuenta lo dispuesto en el art. 38 del sustantivo penal que su persona no tiene antecedentes penales, sin embargo el tribunal menciona; "En relación al acusado Beymar Cáceres Gutiérrez, existen las siguientes atenuantes: el ser padre de familia, tener 2 hijos y no tener otros antecedentes penales...". Dice que los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probado en juicio oral público, contradictorio y continuo y en la fase de subsunción legal los tribunales y jueces de sentencia y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que a la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito. Con todos estos antecedentes, se puede decir que la sentencia se basa en hechos inexistentes y una valoración defectuosa de la prueba. Evidenciando que se ha vulnerado su derecho a la defensa, se han violado los arts. 6, 13, 92, 93, 94, 95, 97, 123, 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., porque el tribunal baso su sentencia en hechos inexistentes y no acreditados, al igual que los arts. 119-II, 121-II, 180-1 de la C.P.E., este último en relación al art. 30 de la L.Ó.J., así como el art. 310-3 del Cód. Pen.

Aplicación correcta de las normas indicadas.- Si el tribunal a quo, hubiese tomado en cuenta lo que expresa en forma taxativa la normativa precedentemente citada, se hubiese: 1.- Valorado la prueba bajo los principios de la sana crítica. 2.- Pronunciado una sentencia debidamente fundamentada. 3.- Pronunciado una sentencia absolutoria en contra de su persona y 4.- No ha tomado en cuenta la agravante, no está demostrado con ninguna prueba.

Aplicación que Pretende.- Al establecerse defecto absoluto porque se han vulnerado derechos y garantías constitucionales. Se le absuelva de pena y culpa.

Tercer agravio.- La sentencia es contradictoria y es insuficiente art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., dice la contradicción de la sentencia tiene su fundamento en los siguientes hechos: Las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas fueron beneficiados con una pena mínima ahora los inocentes son sancionados con la pena máxima, En efecto de la revisión de la sentencia y los antecedentes las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas (Nelson Wilder Mamani Murillo, Sabino Flores Mamani, Omar Félix Flores Ramos) en la segunda movilidad, incluso según el informe policial se dieron a la fuga, los mismos fueron beneficiados con una pena

mínima acogiéndose a un procedimiento abreviado con una pena de 8 años, conforme se evidencia por la prueba que adjunta, su persona sin haberle encontrado con ninguna sustancia controlada, mucho menos hubiera organizado grupos para cometer delitos se le sanciona con una pena de 13 años incluso aplicando en forma errónea el art. 45 del Sustantivo Penal. El tribunal no ha tomado en cuenta a momento de dictar la sentencia. Por lo que considera que existe una contradicción, ya que por una parte a los autores del delito se sanciona con una pena mínima y a su persona sin existir prueba suficiente se le sanciona con una pena máxima. El tribunal basa su sentencia en apreciaciones subjetivas, más nunca con prueba suficiente como exige el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

La sentencia se basa en informes contradictorios que se solicitó su exclusión ante la negativa se reservó de apelación dice en juicio, se ha solicitado exclusión de la prueba del fiscal signados del número 1 al 16 y 28, por existir contradicciones en los informes de los policías que han intervenido, por ejemplo el informe del policía Guido Fernández señala que el operativo se hubiera realizado el 10 de febrero del 2014, sin embargo otros informes señalan que el operativo se hubiera realizado en la gestión del 2015. En esta eventualidad una vez advertida el tribunal y existiendo contradicciones que no cumplen los requisitos del art. 120 del Cód. Pdto. Pen. correspondía ser excluido, sin embargo en forma forzada la prueba ha sido introducida, pese que el propio fiscal señala que reconociendo el error manifiesta que fue un error de dedo, consiguientemente ha existido error de procedimiento, ante el rechazo del tribunal se ha reservado de impugnación, conforme se puede evidenciar del acta del juicio oral público y contradictorio. Al respecto la doctrina y la jurisprudencia ha señalado lo siguiente: Apreciaciones subjetivas e inexistentes: "Una resolución basada en apreciaciones subjetivas e inexistentes, vulnera el principio de legalidad y el derecho constitucional a la seguridad jurídica..." siendo los precedentes contradictorios; A.S. N° 215 de 28 de junio de 2006. A.S. N° 529 de 17 de noviembre del 2006. Refiere que el adjetivo penal señala: Artículo 173.- (Valoración). El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida". Como se tiene expresado que en la sentencia ha existido una mala valoración de la prueba ya que se le ha condenado más aun con la pena máxima sin que en su contra exista las suficientes pruebas, no ha existido una apreciación conjunta de las pruebas ya que la sentencia se basa en una declaración de un testigo que nunca puede hacer prueba suficiente ya que los mismos no son corroborados con otras pruebas sobre su participación de los delitos que se le acusa.

Porque han fallado en el fondo contradiciendo la normativa penal, aun no existiendo prueba alguna le han sancionado con agravante, señalando: "Resaltándose la presencia en este hecho el art. 230 del Cód. Pdto. Pen., que se refiere a la flagrancia en su segundo momento, cual es el momento de cometerlo, extremo que no fue así. Finalmente concurre en consecuencia el concurso real previsto en el art. 45 del Cód. Pen., pues los 5 imputados con designios independientes, con más de una acción han violado dos disposiciones legales, en este caso Richard Paco Mamani y Abundio Mamani Cáceres los arts. 48 con relación al 33-m) y 53 de la L. N° 1008, los imputados Carlos Mamani Cáceres, Marco Antonio Mamani Alvarado y Beymar Cáceres Gutiérrez los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, que no se excluyen entre sí, correspondiendo sancionarse a los 5 imputados con la pena del delito más grave pudiendo este tribunal aumentar al máximo hasta la mitad como se tiene fundamentado precedentemente. Dice que, el tribunal no ha considerado y no ha tomado en cuenta por la sana crítica que los autores del delito de tráfico que fueron encontrados con sustancias controladas infraganti han sido beneficiados con una pena de 8 años y a su persona que no le encontraron en la requisa con ninguna sustancia se le sanciona con una pena máxima, presumiendo su culpabilidad, existe contradicción en la sentencia, que al pronunciar de esta manera la sentencia ya referida, han desconocido también lo que señala el A.S. N° 236 de 7 de marzo de 2007, que en su doctrina legal aplicable expresa: El debido proceso se manifiesta en que las partes procesales gocen de los derechos garantías previstas para que la investigación y su juzgamiento se desarrollen en el marco del respeto a los derechos fundamentales de la persona sea aquella el acusador particular o público el acusado; precepto al que se suma el derecho a la seguridad jurídica debiendo la actividad jurisdiccional esmerarse para brindar a los administrados la seguridad que las decisiones se enmarquen en los preceptos establecidos en la Constitución Política del Estado los tratados convenios internacionales y la ley. Los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probado en juicio oral público, contradictorio y continuo y en la fase de subsunción legal los tribunales y jueces de sentencia y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que a la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito.

Con referencia al dolo el Tribunal Supremo ha señalado mediante el A.S. N° 455/2005 de 14 de noviembre de 2005, juicio oral, público y contradictorio, conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla titulado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio. Pero también esta valoración inadecuada de la prueba en los términos señalados, ha hecho que el tribunal a quo obre inaplicando, inobservando y contradiciendo el A.S. N° 134/2013 RR de fecha 20 de mayo de 2013, que en su doctrina aplicable hace mención a la correcta subsunción del hecho al derecho, lo que sus dignas autoridades no realizaron en el presente caso, especialmente al determinar la existencia de agravante. Habiendo demostrado la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, las normas erróneamente aplicadas e inobservadas se encuentran inmersas en los arts. 13, 14, 20, 308 Bis, 310-3 del Cód. Pen. y 365 del Cód. Pdto. Pen.

Aplicación correcta de las normas indicadas.- Si el tribunal a quo hubiese tomado en cuenta lo que expresa en forma taxativa la normativa precedentemente citada, se hubiese: 1.- Valorado la prueba bajo los principios de la sana crítica. 2.- Pronunciado una sentencia debidamente fundamentada. 3.- Pronunciado una sentencia absolutoria en contra de su persona. 4.- No tomado en cuenta la agravante por no haberse demostrado familiaridad con documentos idóneos.

Aplicación que pretende.- Nueva sentencia y se declare la absolución de su persona.

Petitorio.- Revocar totalmente la sentencia apelada. Al ser posible la reparación de la inobservancia de la ley su errónea aplicación, se disponga la absolución de su persona.

3.- Apelación de Carlos Mamani Cáceres:

Con las formalidades exigidas por los arts. 394, 396 398, 400, 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia N° 01/2016, mediante el cual y con los fundamentos en el mismo: Falla declarando autor de la comisión de los ilícitos tipificados señalando que ha adecuado su conducta a los tipos penales tipificados en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, que se refieren al transporte de sustancias controladas, con circunstancia agravante al estarse traficando esta droga marihuana en gran cantidad y la asociación delictuosa y confabulación, que consiguientemente concurriría el concurso real previsto en el art. 45 del Cód. Pen. sancionándole con una condena de 13 años.

Disposiciones legales erróneamente aplicadas: Han aplicado erróneamente lo dispuesto por los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, consiguientemente existe un defecto que habilita la apelación restringida, cual es la errónea aplicación de la ley sustantiva conforme al num. 1 del art. 370 del Adjetivo Penal, como también pronunciamiento han erróneamente aplicado la Ley Adjetiva conforme al citado art. 370 del Ritual de la Materia en sus numerales, 6) que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba; por las siguientes razones estrictamente de orden legal:

Primer agravio: La sentencia se basa en hechos inexistentes y en valoración defectuosa de la prueba art. 370-6) -Dice, se establece del acta de juicio, pruebas introducidas testifical, documental, no se ha demostrado que su persona estaba trasladando sustancias controladas, menos hubiese organizado un grupo de personas para cometer delitos que se le acusa, es decir de transportar sustancias controladas. Del informe policial y de la requisita, se puede establecer que en la movilidad en que su persona viajaba no se encontró ninguna droga o sustancia controlada.

Alega que la sentencia se basa en la declaración de un solo testigo que de ninguna manera puede ser prueba suficiente, en la sustanciación del juicio, el Ministerio Público solo hizo declarar un policía; Sandrino Elvi Fuentes Nina, señala: "que estaba trabajando en ese departamento FELCN, el 10 de febrero de 2015, en la localidad de Alota él, estaba presente en el operativo antinarcóticos con otros policías; en sustancias controladas... en primera instancia de auto blanco Chevrolet placa chilena, conducía Abundio Mamani Cáceres y 4 ocupantes (ahí estaba su persona), en la requisita se encontró mochilas medianas que en su interior contenían víveres, galletas, malchani, agua...". En Juicio en la producción de pruebas el fiscal señala: "que no hay más testigos, recién se hace cargo, le dijeron que se notificó a todos por cooperación, todos ellos que intervinieron en este hecho ya no trabajan en este departamento... pide suspensión de la audiencia y contradictoriamente renuncia a sus demás testigos", y se pregunta; ¿con que elementos de prueba se le ha demostrado los delitos de transporte, con qué elementos de prueba; asociación y confabulación delictuosa? Ninguna, posiblemente dice, los otros testigos propuestos hubieran dado indicio de su supuesta participación, sin embargo como no han declarado le exime de responsabilidad, porque que la participación en un determinado acto jurídico es *intuitu personae*, es decir que debe individualizarse de cada imputado. En el caso presente no fue individualizada su participación en el delito de tráfico, ya que no se le encontró con sustancias controladas, así mismo no se le ha individualizado que su persona hubiera organizado grupos para la comisión de los delitos que se le acusa, es decir de la asociación delictuosa y confabulación, consiguientemente la sentencia se basa en apreciaciones subjetivas.

Refiere que, la supuesta comunicación mediante celular no fue investigada y no existe dato exacto de supuesta comunicación. La sentencia se basa que existiendo dos movilidades, supuestamente hubiese existido comunicación mediante celular de la primera a la otra, en juicio no se ha podido demostrar de que número de celular de la primera movilidad llamo al otro celular de la segunda movilidad, si bien existe informe de ENTEL, donde sale varios números de celulares, no existe un informe específico y exacto del día del hecho como para sostener con firmeza que el día del hecho, hubiese existido una comunicación de un celular al otro celular con una identificación específica, tomando en cuenta que en ENTEL se registran todas las llamadas entrantes y salientes con datos de minuto, hora, día, mes y año, pese a las facilidades que otorga la tecnología no fue demostrado que hubiere existido comunicación, de la primera movilidad a la segunda movilidad, consiguientemente no existe relación de causalidad. El tribunal, llega a esa conclusión por apreciaciones subjetivas y de ninguna manera objetiva que el mismo este sustentado mediante pruebas para generar prueba suficiente conforme establece el art. 365 que exige que para dictar sentencia condenatoria debe existir prueba suficiente. Los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal. Y ser probado en juicio oral público, contradictorio y continuo y en la fase de la subsunción legal de los tribunales y jueces de sentencia y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener cuidado de observar que a la ausencia de alguno de estos elementos configurativos del tipo penal, no existe delito. Con todos estos antecedentes, dice que la sentencia se basa en hechos inexistentes y en una valoración defectuosa de la prueba; se ha vulnerado su derecho a la defensa, los arts. 6, 12, 92, 93, 94, 95, 97 123, 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., porque el tribunal baso su sentencia en hechos inexistentes y no acreditados, al igual que los arts. 119-II, 121-II, 180-1 de la C.P.E., este último en relación al art. 30 de la L.Ó.J., así como el art. 310-3 del Cód. Pen.

Alega, violación al principio *in dubio pro reo*, cita el A.S. N° 087/2013 de 26 de marzo. Si el tribunal a quo hubiese tomado en cuenta lo que expresa en forma taxativa la normativa precedente citada, se hubiese: 1.- Valorado la prueba bajo los principios de la sana crítica, 2.- Pronunciado una sentencia debidamente fundamentada y 3.- No tomado en cuenta el agravante, no está demostrado con ninguna prueba, ya que el mismo solo es una apreciación del tribunal sin ningún sustento.

Aplicación que pretende. - Al establecerse defecto absoluto por que se han vulnerado derechos y garantías constitucionales, se le absuelva de pena y culpa.

Segundo agravio: Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva art. 370-1. Refiere que, de acuerdo al contenido de la sentencia que impugna, le han declarado autor de la comisión de los delitos arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, dicen por haber subsumido su conducta a los tipos penales, para llegar a tal apreciación no han observado lo señalado por dichas normas sustantivas, así como que expresan los arts. 13, 14 y 20 del mismo cuerpo legal, han aplicado erróneamente, por las siguientes razones de orden legal: El art. 55 (transporte) señala: "El que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transportare cualquier sustancia controlada será sancionada con ocho a doce años de presidio y diez mil a mil quinientos días de multa e

incautación definitiva del motorizado o medios de transporte". Por su parte el art. 53 (Asociación delictuosa y confabulación) señala: "Los que se organicen en grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales establecidos en la presente ley, será sancionado con un tercio más del pena principal". Indica se comprende que se trata de un delito de acción y no de omisión, es decir que para conseguir el resultado de transportar, asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme señala el art. 365 del Cód. Pdto. Pen. que señala: (Sentencia Condenatoria) Se dictara sentencia condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para generar en el juez o tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal sobre el imputado. La sentencia fijara con precisión las sanciones que correspondan, la forma y lugar de su cumplimiento, en su caso, determinara el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado...". Refiere que en la sentencia que se impugna, su fundamento es inexistente, dicho fallo no indica de qué forma su persona estaba transportando sustancias controladas, ya que en la movilidad que le encontraron no existía droga alguna, por ninguna prueba se ha demostrado, ya sea documental o testifical que existiría nexo causal entre las dos movilidades, no fue demostrado que su persona hubiese organizado un grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales y para lograr el fin perseguido que se le acusa.

Aplicación que se pretende. Se repare directamente el error, emitiendo nueva sentencia mediante el cual se declare la absolución de mi persona.

Tercer agravio: La sentencia es contradictoria y es insuficiente art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen. La contradicción de la sentencia tiene su fundamento en los siguientes hechos: Las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas, fueron beneficiados con una pena mínima, ahora los inocentes son sancionados con la pena máxima.- Dice las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas (Nelson Wilder Mamani Murillo, Omar Félix Flores Ramos, Sabino Flores Mamani) en la segunda movilidad, incluso según el informe policial se dieron a la fuga, los mismos fueron beneficiados con una pena mínima acogiéndose a un procedimiento abreviado con una pena de 8 años, conforme se evidencia por la prueba que adjunto, sin embargo su persona sin haberle encontrado con ninguna sustancia controlada, menos hubiera organizado grupos para cometer delitos se le sanciona con una pena de 13 años incluso aplicando de forma errónea la norma penal, el tribunal no ha tomado en cuenta al momento de dictar sentencia, por lo que existe una contradicción, ya que por una parte a los autores del delito se sanciona con una pena mínima y a su persona sin existir prueba suficiente se le sanciona con una pena máxima, el tribunal basa su sentencia en apreciaciones subjetivas, más nunca con prueba como exige el art. 365 del Cód. Pdto. Pen. Asimismo dice, el tribunal no ha tomado en cuenta lo dispuesto por el art. 38 del Cód. Pen. para imponer la sanción máxima, sin embargo en forma contradictoria señala "En relación al acusado Carlos Mamani Cáceres, existen las siguientes atenuantes: el ser padre de familia, tener 6 hijos y no tener otros antecedentes penales", y en forma contradictoria se le sanciona con la pena de 13 años, sin que exista prueba suficiente para generar convicción. Al respecto señala doctrina y la jurisprudencia "Una resolución basada en apreciaciones subjetivas e inexistentes, vulnera el principio de legalidad y el derecho constitucional a la seguridad jurídica..." precedentes contradictorios; A.S. N° 215 de 28 de junio de 2006. A.S. N° 529 de 17 de noviembre de 2006, acude al art. 173.- (valoración). "El juez o tribunal asignara el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con la aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por el cual otorga el determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida". Dice no ha existido una apreciación conjunta de las pruebas ya que la sentencia se basa en la declaración de un testigo que nunca puede hacer prueba suficiente ya que los mismos no son corroborados con otras pruebas sobre su participación de los delitos que se le acusa.

Por qué han fallado en el fondo contradiciendo la normativa penal, sin embargo en forma contradictoria sancionando con agravante, señalando: "Resaltándose la presencia en este hecho el art. 230 del Cód. Pdto. Pen., que se refiere a la flagrancia en su segundo momento, cual es el momento de cometerlo, extremo que no fue así. Finalmente concurre en consecuencia el concurso real previsto en el art. 45 del Cód. Pen. Pues los 5 imputados con designios independientes, con más de una acción han violado dos disposiciones legales, en este caso Richard Paco Mamani y Abundio Mamani Cáceres los arts. 48 con relacional 33-m) y 53 de la L. N° 1008, los imputados Carlos Mamani Cáceres, Marco Antonio Mamani Alvarado y Beymar Cáceres Gutiérrez los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, que no se excluyen entre sí, correspondiendo sancionarse a los 5 imputados con la pena del delito más grave, pudiendo este tribunal aumentar al máximo hasta la mitad, como se tiene fundamentado precedentemente". El tribunal no ha considerado y no ha tomado en cuenta por la sana crítica que los autores del delito de tráfico que fueron encontrados con sustancias controladas infraganti han sido beneficiados con una pena de 8 años y a su persona que no le encontraron en la requisa con ninguna sustancia controlada mucho menos hubiere organizado un grupo de personas para cometer delitos, aun así se le sanciona con una pena máxima, presumiendo su culpabilidad, existe contradicción en la sentencia, concluye, señalando que al pronunciar de esta manera la sentencia ya referida, han desconocido lo que señala el A.S. N°. 236/2007 de 7 de marzo de 2007, que en su doctrina legal aplicable expresa: El debido proceso se manifiesta en que las partes procesales gocen de los derechos y garantías previstas para que la investigación y juzgamiento se desarrollen en el marco del respeto a los derechos fundamentales de la persona, sea aquella el acusador particular o público, y el acusado; precepto al que se suma el derecho a la seguridad jurídica, debiendo la actividad jurisdiccional esmerarse para brindar a los administrados la seguridad que las decisiones se enmarquen en los preceptos establecidos en al Constitución Política del Estado, los tratados y convenios internacionales y la ley. Los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probado en juicio oral público, contradictorio, y continuo y en la fase de subsunción legal de los tribunales y jueces de sentencia y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que a la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito.

Con referencia al dolo el Tribunal Supremo ha señalado mediante el A.S. N° 455/2005 de 14 de noviembre de 2005, "... el juicio oral, público y contradictorio, conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla titulado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio. Pero también esta valoración inadecuada de la prueba en los términos señalados, ha hecho también que el tribunal a quo obre inaplicando, inobservando y contradiciendo el A.S. N° 134/2013-R de 20 de mayo de

2013, que en su doctrina aplicable hace mención a la correcta subsunción del hecho al derecho, lo que no realizaron en el presente caso, especialmente al determinar la circunstancia agravante.

Al no existir pruebas con relación de asociación ilícita y confabulación consiguientemente no existe relación de causalidad, refiere que las pruebas introducidas al juicio oral, público, continuo y contradictorio, con ninguna prueba documental, testifical se ha demostrado que su persona hubiera organizado grupos para cometer delitos que se le acusa, no existe relación de causalidad con las otras personas que estuviesen en la otra movilidad, en juicio no se ha demostrado que su persona hubiese repartido roles y a que personas, el tribunal se basa en apreciaciones subjetivas nunca fueron comprobados en juicio con prueba idónea, de esta forma afectando su presunción de inocencia. En juicio debería individualizarse la participación de cada imputado, no se ha hecho por qué no se ha investigado, de qué forma su persona ha organizado grupo de personas, donde ha organizado, en qué fecha y a qué persona, en juicio menos en la sentencia su persona no se le ha individualizado, a todos los que no fueron encontrados con droga se les sanciona con la misma pena, sin tomar en cuenta que las personas que fueron encontradas con sustancias controladas se les sanciona con una pena mínima y ahora el inocente con una pena máxima, estos extremos lamentablemente no fue tomado en cuenta por el tribunal. Enuncia que, la doctrina y la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: "...En forma conclusiva y del contenido de la norma legal y de los instrumento legales internacionales que consagran el derecho a la presunción de inocencia de la persona en el proceso, se tiene que el acusado no necesita probar nada, siendo que toda la prueba cuenta de los acusadores...Por consiguiente si el juez o Tribunal de Sentencia no está seguro de la responsabilidad penal del acusado, deberá pronunciar absolución en aplicación del art. 363 del Cód. Pdto. Pen. cualquier decisión contraria implicaría violar el art. 116 de la C.P.E., lo que importa que el tribunal de alzada tenga que dictar nuevo fallo sin necesidad de un nuevo juicio.

Aplicación que se pretende.- Se repare directamente el error, emitiendo nueva sentencia mediante el cual se declare la absolución de mi persona.

Cuarto agravio: la sentencia es contradictoria y es insuficiente art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen. La contradicción de la sentencia tiene su fundamento en los siguientes hechos: en la sentencia ha existido una mala valoración de la prueba ya que se le ha condenado con la pena máxima sin que en su contra exista las suficientes pruebas, no ha existido una apreciación conjunta de la prueba ya que la sentencia se basa en una declaración de un testigo que nunca puede hacer prueba suficiente ya que los mismos no son corroborados con otras pruebas sobre su participación de los delitos que se le acusa.

Dice que la doctrina y la jurisprudencia señalan: "Una resolución basada en apreciaciones subjetivas e inexistentes, vulnera el principio de legalidad y el derecho constitucional a la seguridad jurídica..." siendo los precedentes contradictorios; A.S. N° 215 de 28 de junio de 2006. A.S. N° 529 de 17 de noviembre de 2006. El tribunal no ha considerado y no ha tomado en cuenta por la sana crítica que los autores del delito de tráfico que fueron encontrados con sustancias controladas infraganti han sido beneficiados con la pena de 8 años y a su persona que no le encontraron en requisa con ninguna sustancia se le sanciona con una pena máxima, presumiendo su culpabilidad, existe contradicción en la sentencia. Al pronunciar de esta manera la sentencia, han desconocido el A.S. N° 236/2007 de 7 de marzo de 2007, que en su doctrina legal aplicable expresa: El debido proceso se manifiesta en que las partes procesales gocen de los derechos y garantías previstas para que la investigación y juzgamiento se desarrollen en el marco del respeto de los derechos fundamentales de la persona, sea aquella el acusador particular o público, y el acusado; precepto al que se suma el derecho a la seguridad jurídica, debiendo la actividad jurisdiccional esmerarse para brindar a los administrados la seguridad que las decisiones se enmarquen en los preceptos establecidos en la Constitución Política del Estado, los tratados y convenios internacionales y la ley. Los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal, y ser probado en juicio oral público, contradictorio y continuo y en la fase de subsunción legal los tribunales y jueces de sentencia y excepcionalmente los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que a la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito. Con referencia al dolo el Tribunal Supremo ha señalado mediante el A.S. N° 255/2005 de 14 de noviembre de 2005, "... El Juicio oral, público y contradictorio conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla titulado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son del orden público y de cumplimiento obligatorio". Esta valoración inadecuada de la prueba en los términos señalados, ha hecho que el tribunal a quo obre inaplicando, inobservando y contradiciendo el A.S. N° 134/2013- RR de 30 de mayo de 2013, que en su doctrina aplicable hace mención a la correcta subsunción del hecho al derecho, lo que no se hizo en el presente caso, al determinar la existencia de agravante.

Normas que considera violadas.- Habiendo demostrado la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, las normas erróneamente aplicadas e inobservadas se encuentran inmersas en los arts. 13, 14, 20, 308 Bis num. 3 del Cód. Pen. Y el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

Aplicación que se pretende.-Se repare directamente el error, emitiendo nueva sentencia mediante el cual se declare la absolución de mi persona.

Petitorio.-Revocar totalmente la sentencia apelada. Al ser posible la reparación de la inobservancia de la ley y su errónea aplicación pide se disponga la absolución de su persona.

4.- Apelación de Abundio Mamani Cáceres:

Por lo previsto en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen. Interpone recurso de apelación restringida, bajo los términos siguientes: La sentencia condenatoria dictada contra su persona, deviene de hechos no acreditados e inexistentes, además de una sentencia cuya fundamentación es Insuficiente y contradictoria, sin considerar los antecedentes del proceso y las pruebas desfiladas en juicio oral público y contradictorio.

1.- Fundamentos jurídicos y facticos para la absolución de pena y culpa por los delitos acusados.-

Primer agravio: A) Hechos no acreditados en el debate oral público y contradictorio para dictar sentencia condenatoria. Dice el recurrente, para que se dicte sentencia condenatoria por los delitos acusados, el Fiscal en su hipótesis fáctica describe y relata su participación

criminal en los términos siguientes: "En el presente caso los imputados han sido sorprendidos en flagrancia cuando se encontraban en posesión dolosa de sustancias controladas (marihuana). Transportándola para sacarla fuera del país a Chile, en el vehículo conducido por Abundio (chofer) y Nelson, Marco Antonio, Carlos y Beymar se encontraba yendo por adelante para preservar en camino del segundo como lanza. Que, Abundio y Richard, se han puesto de acuerdo para trasladar las sustancias controladas, dándose la tarea de reclutar gente. Por ello, la conducta se subsumiría al delito de tráfico de sustancias controladas, acotando además, que fuera su persona quien estaría financiando la actividad de transporte de sustancias controladas. Sobre dicha base fáctica se ha desarrollado el Juicio oral público y contradictorio, donde se ha producido la prueba con el afán de acreditar el hecho y su responsabilidad penal, que no ha sido acreditada objetivamente.

B) Hechos no acreditados objetivamente y defectuosa valoración de la prueba.- No se ha demostrado la posesión dolosa de la sentencia constitucional, incautada, pues si bien, el tribunal lo considera así, ello deviene únicamente del vínculo familiar con el coencausado Richard Paco Mamani, elemento indiciario insuficiente para ser considerado traficante de sustancias controladas, en verdad desconocía que el narco-vehículo conducido por Richard y otros, trasladaba las sustancias controladas situación de desconocimiento, corroborado por las declaraciones confesorias de los demás coencausados (Richard, Carlos, Marco Antonio y Beymar), elementos probatorios que no han sido objeto de mención menos de valoración por el tribunal a lo largo de toda la estructura de la sentencia condenatoria, toda vez, de que los mismos manifestaron en sus declaraciones confesorias de forma uniforme: su desconocimiento total del transporte de sustancias controladas en el otro vehículo, que no estaba bajo su control desde el inicio y que su participación fuera simplemente como fletero de pasajeros. Tampoco ha sido acreditado el supuesto financiamiento hecho por su persona en la actividad ilícita de tráfico de sustancias controladas en el caso juzgado, por lo que, dicha tesitura fiscal resulta banal e impregnada de subjetividad para ser considerado como traficante de sustancias controladas, menos el tribunal señala cuales son las razones, criterios sólidos y elementos probatorios por los que arribaron a ese razonamiento de culpabilidad. No ha sido acreditado que su persona sea responsable de la tarea de reclutar a los demás participantes en el hecho delictivo acusado, por cuanto, se llegó a establecer que las sustancias controladas fue adquirida por él coencausado Richard Paco Mamani del supuesto ciudadano Juan Condori y seguramente por los demás acompañantes Omar Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani, quienes han reconocido su participación en el hecho ilícito sometiéndose al procedimiento abreviado, máxime si la adquisición de la droga fue hecha por el encausado Richard, hecho probado a través de su declaración confesoria por lo que, no tenía ninguna necesidad de contratar o reclutar a sus propios familiares para el transporte sustancias controladas, sin embargo, el tribunal al concluir ello, no establece ¿ cómo y a quienes reclutó ? cuando más aún fue Richard Paco Mamani, fue quien se contactó con los demás encausados. No llega a demostrarse la conclusión afirmada por el tribunal en sentido de ser responsable de realizar transacciones (a cualquier título) en el caso de autos, dicha afirmación deviene del excesivo subjetivismo de los miembros del tribunal, por cuanto deducen ello, sin criterio sólido, mucho menos medio probatorio alguno por el cual asumen dicha conclusión y por ende ser considerado agente transaccional de traficante de sustancias controladas, dado que ni siquiera ha sido encontrado en posesión de dinero alguno sea nacional o extranjero al momento de su aprehensión que haga presumir su condición de agente transaccional, por lo que dicha apreciación subjetiva del tribunal es contradicha objetivamente por la declaración confesoria del coencausado Richard, en razón de haber confesado que fue su persona quien adquirió las sustancias controladas de tal Juan Condori, por ende sería quien cancelaría por dicha actividad y que este sería cancelado al susodicho Juan Condori. No ha sido acreditada su participación personal en la planificación previa del tráfico de sustancias controladas, cual ha sido elemento para ser acusado como autor del delito de tráfico de sustancias por el Ministerio Público, dado que dicha planificación ha sido por el propietario de las sustancias controladas Richard Paco Mamani, conjuntamente Omar Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani, al haber adquirido la droga del supuesto Juan Condori, cual ha sido confesado por el coprocesado Richard Paco Mamani y corroborado por los demás coencausados. El tribunal asume, que su participación como punta de lanza en los hechos, conforme acusación fiscal, por los documentos de propiedad del vehículo y autorización de ingreso y salida a Chile y que dichos elementos harían entrever que fuera experto en el negocio ilícito tráfico de sustancias controladas y conocedor de las rutas por las que se transportaba la sustancia controlada, cuando en los hechos, la circulación del motorizado que conducía fue en carretera de circulación masiva del transporte público, de ninguna manera la aprehensión fue hecha en sendas creadas ocultas para ser considerado como punta de lanza conocedor único de la carretera, circunstancia por las que de ninguna forma puede establecerse la posesión dolosa de la sentencia constitucional incautada en otro vehículo, menos su condición de traficante experto, vulnerándose con dicha afirmación flagrantemente su condición de presunción de inocencia establecida en el art. 116 de la C.P.E., al presumir su participación en otros delitos relacionados con la L. N° 1008 en anteriores viajes, lo que constituye defecto absoluto insubsanable en previsión del art. 169-3 del Cód. Pdo. Pen.

C) Presunciones insuficientes para determinar su culpabilidad en el delito de tráfico de sustancias controladas.- El tribunal, dicta sentencia condenatoria en su contra supliendo la ausencia de prueba material y objetiva con excesivo subjetivismo cual pasa a demostrar: El hecho de que mantenga relación de familiaridad con los coencausados no implica planificación previa con los mismo en el tráfico de sustancias controladas, mucho menos constituye elemento determinante para ser considerado experto del negocio del tráfico de sustancias controladas, menos reincidente, cual le considera el Tribunal de Sentencia por, el hecho de que, el vehículo que conducía tenga antecedente de salida de Chile e ingreso a Bolivia, por lo que dicha presunción no puede suplir la ausencia del elementos objeto y subjetivo de la posesión dolosa de sustancias controladas; su participación en el tráfico de sustancias controladas no puede deducirse por el hecho que en el momento de, su aprehensión exista una llamada al celular de propiedad del coencausado Carlos Mamani Cáceres, y por ello deducir su participación y conocimiento doloso del tráfico de sustancias controladas cuando dicho aparato no le correspondía conclusión a la que por cierto también arribo el tribunal en la fundamentación probatoria descriptiva al establecer "es que le llama a Carlos Mamani Cáceres...".

D) Insuficiencia y contradicción en la fundamentación de la sentencia condenatoria.- Como consecuencia de la apreciación subjetiva de los hechos por los miembros del tribunal la fundamentación de la sentencia es insuficiente y contradictoria por cuando se basa el hecho no acreditado de posesión dolosa de la sentencia constitucional de forma conjunta con el encausado Richard Paco Mamani, cuando el cuerpo del delito (sentencia constitucional) fue incautado única y directamente del narco vehículo desde su origen por el encausado- confeso Richard Paco Mamani y sus acompañantes Omar Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani, cual consta del acta de registro y requisita del narco vehículo,

que además algo estos últimos han confesado su responsabilidad y participación en el ilícito sometimiento a proceso abreviado por lo que, se encuentra injustamente y equivocadamente condenado como autor del delito de tráfico de sustancias controladas. Es contradictoria por que el tribunal refiere y concluye en primer instancia una supuesta posesión dolosa, flagrante además de forma conjunta del cuerpo del delito (Sentencia constitucional) con el encausado Richard Paco Mamani, cuando contradictoriamente en la sentencia también como hecho probado que, el motorizado con placa de control CB-YZ-30, conducido por su persona no llevaba ninguna droga, sino que únicamente se encontraba conduciendo en compañía de otros cuatro encausados, quienes le pidieron ser trasladados bajo engaños y por motivos de trabajo a Abaroa por lo que no deslindo responsabilidad alguna de los mismo en los hechos ilícitos por los cuales ha sido injustamente sentenciado como autor del delito de tráfico de sustancias controladas. La fundamentación de la sentencia condenatoria es insuficiente para ser considerado autor del delito de tráfico de sustancias controladas porque emerge de simples presunciones y no de hechos acreditados objetivamente, vulnerándole flagrantemente la presunción de inocencia reconocida en el art. 116-I de la C.P.E., toda vez de que según la prescripción contenida en el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., la sentencia condenatoria debe dictarse cuando la prueba aportada sea suficiente para generar en el juez, convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, lo que no ocurre en la especie, dado que dicha resolución de culpabilidad emerge de afirmaciones y decisiones que constituyen simples presunciones con desconocimiento absoluto del art. 363-2 y 3 del Cód. Pdto. Pen. Al no haberse acreditado bajo ningún medio probatorio su participación previa en la planificación del tráfico de sustancias controladas ni descubierto en posesión dolosa y conjunta de sentencia constitucional, con el coencausado Richard Paco Mamani, constituye motivos por lo que debe también absuelto por el delito de asociación delictuosa y confabulación previsto en el art. 53 de la L. N° 1008, dado que no ha participado en la organización de dos o más personas para la comisión de los delitos previstos en la L. N° 1008. Entonces al no haber sido acreditado objetivamente por la parte acusadora su participación y responsabilidad en el delito de tráfico de sustancias controladas y otro, corresponde dar aplicabilidad al art. 363 de Cód. Pdto. Pen., respecto a los num. 2 y 3, toda vez que, los elementos probatorios aportados en juicio no son suficientes para generar convicción sobre su responsabilidad y por otra corresponde ser absuelto de toda responsabilidad en razón de que no se ha acreditado su participación en los delitos acusados, por cuanto para el delito de tráfico de sustancias controladas previsto y sancionado en el art. 48-5 de la L. N° 1008, es un delito que tiene como elemento primordial la existencia de dolo es decir conocimiento cabal y sabiendas de que se transporte y posesión dolosa de sustancia controlada en el narco vehículo conducido por Richard Paco Mamani desde su origen. Por lo que no existe prueba suficiente que con certeza deje entrever su participación en el ilícito que se le juzga, no otra cosa significa que en la propia prueba de cargo Informes y actas de requisa y registro de vehículo, se tiene, en circunstancia de su aprehensión no he sido descubierto en posesión flagrante de sustancia controlada alguna, menos ha tenido intención de evadir o fugarse del lugar de los hechos, cual ha ocurrido con los coencausados Richard Paco Mamani, Omar Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani, a quienes les desenmascaran su responsabilidad por dicha actitud, ante existencia de duda razonable se debe aplicar el mayor beneficio resolviendo por su absolución por los delitos acusados; pero, al no haber resuelto así, no obstante, la ausencia de prueba insuficiente el tribunal de instancia contradice sustancialmente la línea de la doctrina legal penal legal sentada respecto del principio "In dubio pro reo" por la Sala Penal, del Tribunal Supremo de Justicia, que ha sido aplicar, en caso de duda respecto a la responsabilidad del imputado o en caso de colisión de normas, el principio universal que rigen los sistemas de enjuiciamiento penal de todo el mundo "In dubio pro reo", por el cual, en caso de duda, debe salirse a favor del imputado, AA.SS. Nos. 103 de 31 de marzo de 2005 y 369 de 05 de abril de 2007 S.P.S.

Segundo agravio.- Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva defecto de la sentencia (art. 370-1 Cód. Pdto. Pen.). a) Fundamentos para la subsunción del hecho al tipo penal de transporte de sustancias controladas en grado de complicidad.- El recurrente dice que, el tribunal a quo de persistir subjetivamente en su participación y responsabilidad en los ilícitos acusados debe modificarse la subsunción de su conducta al tipo penal correcto conforme las circunstancias y hechos probados además de una valoración integral de los medios probatorios desfilados en juicio oral, público y contradictorio, no se ha acreditado en el caso de autos, elemento esencial de la conducta descrita por el art. 48 de la L. N° 1008 que establece el tráfico de sustancias controladas, cual es la "comercialización" de sustancias controladas ilícitas en una de las formas que establece el art. 33-m) de la L. N° 1008, máxime, si su conducta no se encuentra vinculada a estos fines más allá de las suposiciones hechas por el tribunal de instancia. Pues la suposición de que su persona seria experto en el tráfico de sustancias controladas y conocedor del ingente dinero que se gana por dicha actividad ilícita, de ninguna forma supone que se constituya en agente de comercialización o transacción de sustancias controladas, pues dicha conclusión, no ha sido probado, por el acusador público bajo ningún medio probatorio objetivo por lo que dicha inferencia únicamente deviene del conocimiento privado de los juzgadores, por cuanto dicha conclusión está basado en apreciaciones subjetivas de simples presunciones, violando el principio de inocencia estatuido en el art. 116 de la C.P.E., según este mandato constitucional no le corresponde demostrar nada al imputado sino que la carga de la prueba le corresponde a los acusadores para establecer su culpabilidad, más allá de que, en virtud a la máxima procesal "In dubio pro reo" en caso de prueba insuficiente e indiciaria debe salirse siempre a favor del imputado. Dice el recurrente que fue Richard Paco Mamani a través de su declaración confesoria que se conoció y probó que fue quien ha adquirido la sustancia controlada de Juan Condori, por lo que no tiene vinculación objetiva en la adquisición de la sustancia controlada menos en su financiamiento, tampoco ha sido acreditado bajo ningún medio probatorio el hecho en cuestión o sea que posterior al traslado de los coencausados Marco Antonio, Carlos, Beymar y otro al lugar de Abaroa, sea también el encargado o responsable de la comercialización o transacción de la sustancia controlada, si conforme las declaraciones confesorias de los referidos encausados se tiene que hubiera sido contratado como fletante con engaño y desconocimiento del transporte de sustancias controladas en el narco-vehículo conducido por el coencausado Richard Paco Mamani. No habiendo sido acreditado ni vinculado su conducta con relación a la adquisición en primera instancia y segunda con la comercialización o transacción, menos su financiamiento de la sustancia controlada transportando por el coencausado Richard Paco Mamani, su conducta ha sido mal subsumida al tipo penal de tráfico de sustancias controladas previsto en el art. 48 con relación al inc. m) de la L. N° 1008, que tiene como elemento esencial la comercialización de la sustancia controlada, por lo que corresponde al tribunal de apelación subsumir su conducta al tipo penal de transporte de sustancias controladas en grado de complicidad, cual esta descrito en el art. 55 de la ley especial 1008, con relación al art. 75 de la misma norma especial; el tipo penal de transporte de sustancias controladas arriba referido señala: "el que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transporte cualquier sustancia controlada...". Constituye norma especial el art. 55 de la L. N° 1008 frente a la norma general descrita en el tipo penal, del art. 48 de la Ley del

Régimen General de Sustancias controladas, con relación al art. 33-m) de la misma norma general, dice, correspondía dar aplicabilidad por el principio de "favorabilidad" e "In dubio pro reo", la norma especial antes que la general, máxime, si su conducta no está vinculada ni acreditada objetivamente respecto al elemento de adquisición, comercialización y financiamiento de la sustancia controlada incautada en el motorizado del coencausado Richard Paco Mamani; el tribunal de instancia, ante la ausencia o vínculo objetivo de su conducta con los elementos referidos de adquisición, comercialización y lo transnacional y financiamiento de la sustancia controlada incautada en el caso de autos, ha aplicado indebidamente la norma sustantiva general prevista en el art. 48 con relación al inc. m) del art. 33 de la L. N° 1008, violando el principio de legalidad, tipicidad y favorabilidad, por lo que el tribunal de apelación subsumiendo de forma correcta su conducta debe hacerlo al tipo penal especial previsto en el art. 55 de la L. N° 1008, es decir transporte de sustancias controladas en grado de complicidad de conformidad al art. 55 de la L. N° 1008, es decir transporte de sustancias controladas en grado de complicidad de conformidad al art. 75 del mismo cuerpo legal toda vez que su participación se trasunta objetivamente y únicamente en el traslado de personas quienes hubieran sido contratados por Richard Paco Mamani para el mochilero de la sustancia controlada una vez llegado al lugar de Abaroa; no obstante de los elementos enunciados al haber sido condenado por el delito de tráfico y no por el delito de sustancias controladas en grado de complicidad, el tribunal a quo ha contradicho el A.S. N° 315 de 25 de agosto de 2006. A.S. N° 178 de 17 de mayo de 2006 y A.S. N° 069/2014 de 28 de marzo de 2014, en razón de que dichos precedentes contradictorios sostienen que debe aplicarse la ley especial ante la ley o tipicidad general cuando prescribe: "Que en cuanto a la aplicación de la norma general o particular tratándose de tipos penales que regulan las conductas ilícitas, es preferible aplicar la norma específica para no vulnerar el principio de legalidad, por cuanto es esta la que precisa sin ambigüedades el hecho ilícito mientras que la norma general no da certeza sobre la conducta prohibida y esa impresión vulnera el principio de legalidad penal sustantiva".

Tercer agravio: Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva en la fundamentación e imposición de la pena.- defecto de sentencia art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.).- El tribunal de mérito ha fundamentado jurídicamente la imposición de la pena privativa de libertad de 16 años y 13 mil días de multa con pleno desconocimiento de la ley especial 1008, aplicando indebidamente el art. 45 del Cód. Pen., que rige y funciona para delitos ordinarios previstos en el código punitivo. Sostiene errónea aplicación de la ley sustantiva en la pena con el fundamento de que, si bien es legal, que ante la concurrencia del concurso real previsto en el art. 45 del Cód. Pen., el juez o tribunal está facultado sancionar con la pena del delito más grave y aumentar la sanción al máximo hasta la mitad, cual ha ocurrido, dice que dicha permisión legal funciona únicamente cuando se juzga delitos ordinarios previstos en el Código Penal, no es legal aplicar dicha sanción prevista en dicha norma general (Código Penal) cuando se juzga delitos previstos en la L. N° 1008, cual constituye los delitos de tráfico y transporte de sustancias y especialmente el tipo penal previsto en el art. 53 de la L. N° 1008 asociación delictuosa y confabulación. Ante la concurrencia del delito previsto en el art. 53 de la L. N° 1008, los autores del delito principal ya sea de transporte, tráfico u otro, deben ser sancionados con un tercio más de la pena principal por la concurrencia del delito de asociación delictuosa y confabulación, toda vez de que el legislador ha sido claro al legislar el tipo penal y al mismo tiempo imponer la sanción respectiva específica e inequívoca para cuando concurra dicho tipo penal cuyo texto es claro: "los que se organicen en grupo de los o más personas para la comisión de los tipos penales establecidos en la presente ley. Serán sancionados con un tercio más de la pena principal". Norma legal sustantiva y especial que ha sido inobservada flagrantemente por el tribunal de mérito al momento de fundamentar e imponerles la sanción en contra de los 5 coencausados con la pena del delito más grave, aumentado la sanción al máximo hasta la mitad conducta ilegal con el que se ha infringido el principio de legalidad especialidad y garantía del debido mucho más aún que ante la concurrencia de colisión de normas jurídicas conforme el art. del Cód. Pen., debe estarse siempre en materia penal a lo más favorable, lo cual no ha ocurrido sino más bien agravado con la sanción impuesta por el delito más grave y agravado en el caso al máximo hasta la mitad, desconociéndose por ello, precepto constitucional previsto en el art. 116-I esto es: "En caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable". La posición asumida por el tribunal en imponer y fundamentar jurídicamente una sanción en una norma sustantiva general (art. 45 Cód. Pen.) que funciona únicamente para los delitos ordinarios. Lo ha hecho con pleno desconocimiento de la sanción impuesta en la ley especial L. N° 1008 (art. 53 de la L. N° 1008) contraponiéndose a la jurisprudencia y doctrina penal del tribunal Supremo de Justicia establecido en el A.S. N° 417 de 19 de agosto de 2003 que refiere: "Que partiendo de estos conceptos, se tiene que la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, es una ley especial, en ella están consignadas los delitos y las penas, en el Título III que constituye la parte sustantiva de la ley, por ello, no puede confundirse una conducta que se encuentra expresamente tipificada como delito, por otra del Código Penal " De lo expuesto dice el recurrente, se extracta defecto de sentencia por lo que el presente recurso ha sido deducido en tres acápite o motivos por inobservancia o aplicación indebida de la norma sustantiva por lo que el tribunal de apelación deberá corregir los defectos enunciados dictando nueva resolución.

Cuarto agravio: Actividad legal defectuosa. art. 169-3. Violación de los derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia. Disposiciones legales violadas o erróneamente aplicadas: arts. 115 y 117 de la C.P.E.; 124, 160 111. 359, 360 del Cód. Pdto. Pen.

Fundamentación.- En el trámite del juicio oral, tal cual se advierte en la sentencia el Ministerio Público amparado en la L. N° 586 que modifica el procedimiento y establece la posibilidad que en cualquier momento del desarrollo del juicio oral se puede presentar una solicitud de salida alternativa, presento incidente de procedimiento abreviado, siendo que el tribunal rechazo este incidente; si bien es atribución del tribunal poder de manera fundamentada rechazar el incidente de procedimiento abreviado, no es menos cierto que ante la presentación de cualquier tipo de incidente se tiene que necesariamente aplicar el tramite establecido por ley, es decir ante la presentación del incidente de aplicación de una salida alternativa como es el procedimiento abreviado por parte del Ministerio Público, el tribunal de sentencia tenía que necesariamente correr traslado a la parte imputada, ya sea para que niegue o se allane a la solicitud de procedimiento abreviado, puesto que un incidente merece necesariamente el pronunciamiento de la contraparte, sin embargo en el juicio después que el Ministerio Público planteo la salida alternativa de procedimiento abreviado, directamente se resolvió sin ningún trámite de ley. Así mismo dice el recurrente que, la resolución del incidente presentado por el Ministerio Público, merecía el pronunciamiento del tribunal en su conjunto, sin embargo de ello el presidente del tribunal fue quien manera individual resolvió el incidente, sin la participación del tribunal en su conjunto, lo que hace entender claramente que se ha vulnerado el procedimiento y principalmente su derecho a un juicio justo que garantice su derecho a la defensa amplia, pues su persona

no tuvo oportunidad de poder responder el incidente del Ministerio Público, como tampoco se consultó a los otros jueces técnicos su opinión sobre el incidente interpuesto, tan solo el presidente de manera unilateral y sin consultar a nadie resolvió el incidente. El A.S. N° 342 de 28 de agosto de 2006, señala que la motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica; cuando discierne del término completo señala que "La exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales a fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar y habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto esencial de la decisión. Esto no implica que los hechos secundarios queden excluidos; la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprende el iter través del cual el juez llega a la conclusión sobre el hecho principal". El Tribunal de Sentencia, en realidad el presidente del tribunal no podía haber omitido correr traslado del incidente, como tampoco podía haber omitido considerar la opinión de los otros dos jueces técnicos. La contradicción con la sentencia que apela, radica precisamente en que el tribunal al omitir y/o negar en la sentencia el trámite previsto para los incidentes, hace que la misma sea incompleta, más allá que se trate de un hecho secundario; aspecto que al haber sido omitido no puede subsanarse. Porque es evidente la omisión que vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa; con ese antecedente, considerando que los tribunales se encuentran en la obligación de observar el art. 115 de la C.P.E. con relación al art. 25-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, concluye que el tribunal de sentencia al omitir el trámite que corresponde conforme el procedimiento del incidente presentado por el fiscal de aplicación de procedimiento abreviado, ha vulnerado el debido proceso, el derecho a la amplia defensa; se ha evidencia además dentro el proceso el incumplimiento o inobservancia de las normas procedimentales, que son de observancia obligatoria por ser de carácter público, velando por la vigencia del principio de legalidad adjetiva que rige el orden de derecho; guardando armonía con los principios descritos en los arts. 115, 117 y 119-II, de la C.P.E., toda vez que el Tribunal de Sentencia ha estructurado su fallo sin la debida motivación razonable y menos estimando el incidente presentado por el propio Ministerio Público, se tiene que el tribunal no ha cumplido con la obligación establecida en el art. 114 115 del Código Adjetivo Penal, incurriendo en violación de normas legales.

Cita como precedente contradictorio: Sala Penal Segunda. A.S. N° 342 de 28 de agosto de 2006 Doctrina Legal Aplicable.-"Las resoluciones, para ser válidas, deben ser motivadas. Esta exigencia constituye una garantía constitucional, no sólo para el acusado sino también para el estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia". La exigencia de motivación constituye una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al juez el material necesario para ejercer su control, y sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales. En virtud de estas razones, la ley procesal consagra la exigencia de motivación de las sentencias, amenazando la infracción a dicha regla, con la nulidad conforme reza el art. 370-5 Cód. Pcto. Pen. La motivación, a la vez es un requisito formal, que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico (Ciaria Olmedo). Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consigna habitualmente en los "considerandos" de la sentencia. Motivación es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución. La motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica. a) Expresa: Porque el juez, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan la condena o a la absolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arriba a la conclusión. b) Clara: En la sentencia, el objeto del pensar jurídico debe estar notoriamente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes lo lean, aún sea por los legos. c) Completa: La exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar y habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto esencial de la decisión.

Esto no implica que los hechos secundarios queden excluidos; la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprende el iter a través del cual el juez llega a la conclusión sobre el hecho principal. El error sobre el hecho secundario será relevante sólo en la medida en que repercuta o influya sobre el asunto principal. La motivación, para ser completa, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y expresando las conclusiones a las que arribe el tribunal luego de un examen sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal y sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación. d) Legítima: La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la validez intrínseca de las pruebas valoradas en la sentencia, como a que ellas provengan del debate. La prueba invocada debe ser válida. La sentencia que se funde en prueba ilegal es una sentencia ilegalmente motivada. Por lo tanto, la sentencia que se funda en una prueba procesalmente ilegítima, no está debidamente motivada. Si el defecto recae sobre un aspecto esencial de sentencia, procederá la anulación de ésta. También, por supuesto, será ilegítima la motivación si se funda en prueba obtenida por un procedimiento ilegítimo y violatoria de las normas constitucionales que consagran las garantías del debido proceso. Al respecto, señala Maier: "...que a la verdad solo se puede arribar por los medios y en la forma que la ley permite; que, de haberse incorporado al procedimiento un elemento de prueba mediante un acto irregular o mediante un acto regular, cuya posibilidad de realización provenga necesaria y directamente del conocimiento adquirido por un acto irregular, él es invalorable para fundar una decisión judicial en perjuicio del imputado". e) Lógica: Finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las pruebas producidos durante el juicio de un modo integral conforme a las reglas de la sana crítica y expondrá los razonamientos en que fundamenta su decisión, es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia.

Por tanto: La Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de justicia, con intervención del Ministro Dr. Jaime Ampuero García, Presidente de la Sala Penal Primera, convocado al efecto, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen. Deja Sin Efecto el auto de vista impugnado de fs. 260 y vta., disponiendo que la Sala Penal Primera de la Corte Superior de La Paz, cumpla con la doctrina legal aplicable. A efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer la presente resolución a todas las Cortes Superiores del País.

La contradicción de la sentencia con el precedente, radica básicamente en que la sentencia no es completa, pues no se consigna el hecho de haber presentado un incidente de aplicación de procedimiento abreviado, no haberse impreso el trámite de ley tal cual se tiene detallado, siendo que el precedente exige que la sentencia sea completa.

Aplicación que se pretende.- En base a los argumentos expuestos el tribunal en realidad el presidente de dicho tribunal, debió primero correr traslado el incidente planteado por el Ministerio Público a los imputados y posteriormente debió el tribunal en su conjunto deliberar para resolver y no solo el presidente del tribunal como lo hizo; para que no se diga que su defensa no hizo notar en juicio este aspecto. Inmediatamente a la resolución de la excepción, uno de sus abogados manifestó claramente que, con el incidente planteado por la defensa no se nos había corrido traslado, lo contrario significa no solo defecto absoluto previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., sino también vulnerar el debido proceso y la fundamentación jurídica.

Petitorio.- Siendo un error insubsanable que atenta al principio de legalidad la tutela judicial efectiva y garantías constitucionales, se anule toda la sentencia y ordene la reposición del juicio, conforme el art. 413 de la L. N° 1970, quinto agravio: que existe inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva establecida en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. Dice el recurrente que, en los puntos 2 y 3 ya se refirió a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, no obstante de ello y sin ser redundante o contradictorio es necesario que se considere estos antecedentes:

Exposición de agravios: Violación de los derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia. Vulneración a los arts. 13, 13 quater, 14, 15, del Cód. Pen., 48 y 53 de la L. N° 1008, 366 del Cód. Pdto. Pen., 115, 117 y 180 (principio de legalidad) de la C.P.E.

Refiere que, el día lunes 9 de febrero aproximadamente a las 17:00 en el camino principal que une a Uyuni con la localidad de Abaroa, concretamente en cercanías a la comunidad de Alota, fue interceptado por miembros de la FELCN en el motorizado que conducía su persona se encontraban otras cuatro personas, su hermano, su hijo y dos personas que no conocía; los miembros de la FELCN, requisaron el motorizado y no encontraron absolutamente nada, sin embargo un vehículo que venía detrás suyo también fue interceptado los tres ocupantes se dieron a la fuga, los mismos fueron capturados y en la requisita del motorizado se encontró marihuana, que más adelante se estableció que era 105 kilos. Más allá que el día y hora varié con la acusación pues el recurrente sostiene que el día y hora en que fue interceptado fue aproximadamente 8 hrs, 17:00 del día lunes 9 de febrero de 2015, que es otro motivo de apelación que detallara en otro punto, ese hecho sin mayor fundamentación el Ministerio Público lo ha calificado como tráfico y asociación delictuosa y confabulación, tipificados en los arts. 48 y 53 de la L. N° 1008. En el desarrollo del juicio oral, el Ministerio Público ni en sus alegatos iniciales ni en sus conclusiones ha hecho referencia al delito de asociación delictuosa o confabulación, es decir este delito no ha merecido ninguna fundamentación jurídica de parte del acusador. De una lectura atenta a la sentencia y principalmente a la parte que corresponde realizar una fundamentación probatoria descriptiva que en la sentencia está contenida en el Considerando III, no se menciona absolutamente para nada el delito tipificado en el art. 53 de la L. N° 1008, es peor cuando ni siquiera se fundamenta el delito de transporte tipificado en el art. 55 de la L. N° 1008, dice esto porque tres de los imputados estaban acusados por ese delito. La importancia de la fundamentación probatoria jurídica, radica en que el tribunal debe establecer con claridad porque considera que la conducta de los imputados se subsume a los elementos normativos del tipo penal acusado y porque considera que existe concurso real como en el presente caso en la sentencia el tribunal a tiempo de condenar señala la existencia de concurso real. Sin explicar cómo se produce el concurso real, cuales son los designios independientes que con una o más acciones u omisiones cometió dos o más delitos. El tribunal limita en la fundamentación probatoria jurídica que se encuentra en el Considerando III, a realizar un copy de la fundamentación probatoria descriptiva, hechos totalmente irreales. Que no responden a la verdad establecida en juicio y mucho menos al desfile probatorio que es otro motivo del recurso; pero lo evidente es que el tribunal fuerza la subsunción de los tipos penales del art. 48 y 53: de la L. N° 1008, así como la aplicación del art. 45 del Cód. Pen., a su conducta, existiendo una clara inobservancia y errónea valoración de la ley sustantiva. Lo que hace el tribunal simplemente es mención a los arts. 48, 33-m) y 53 de la L. N° 1008, sin establecer de manera clara como es que su conducta se subsume a esos tipos penales; más todavía si a su persona se le ha encontrado conduciendo un motorizado en el que no se ha encontrado ni un gramo de sustancia controlada alguna; por el simple hecho de ser el chofer se le ha imputado el delito de tráfico. Siendo que a los otros que se encontraban con él, en el motorizado se les imputa el delito de transporte. Al no haberse en el juicio establecido una situación diferente de la suya con las otras personas que se encontraban en el motorizado, porque se le indilga el delito de tráfico; en la acusación no se dice absolutamente nada de lo que se maneja en la sentencia con referencia a las acciones realizadas por su persona, se lee la acusación y se lee la sentencia son acciones totalmente diferentes supuestamente las que hubiese cometido. En la acusación se dice que su persona por el hecho de que estaba conduciendo un motorizado de propiedad de su esposa llevando supuestamente a mochileros cometía el delito de tráfico; mientras en la sentencia refiere a hechos totalmente inexistentes, dice de su persona es conocedora de las rutas y carreteras de Uyuni hacia Chile, que es un experto conductor, que es experto en el negocio ilícito de sustancias controladas, (esta afirmación es para otro motivo del recurso) cuando obviamente esto nadie lo ha referido, ninguna prueba testifical ni tampoco literal refiere que él sea experto en el negocio de sustancias controladas, es más el tribunal en la fundamentación de la pena de su persona dice que es una persona sin antecedentes cuando se refiere a sus atenuantes; el tribunal pretendiendo forzar tipos penales a los que no se acomoda su conducta realiza una serie de afirmaciones que no son coherentes ni tampoco verídicos con el desarrollo del juicio. Su persona ha explicado en juicio a tiempo de su declaración porque estaba en ese lugar, declaración que ha sido ratificada por la declaración de Carlos Mamani y de Richard Paco, pues ellos al declarar han manifestado claramente que él no sabía que en el otro motorizado se estaba transportando marihuana, que a él le habían contratado para llevar a personas hasta Abaroa desde Uyuni. Más allá que el tribunal considero o no las declaraciones de los otros imputados

de lo que decían sobre él, o evidente que el día que se le aprendió, él no estaba en posesión dolosa, tampoco transportando y mucho menos sacando del país, refiere estos tres verbos rectores porque son los tres verbos por los cuales el Ministerio Público le ha acusado. El Tribunal de Sentencia de manera forzada pretende señalar que su conducta se subsume al tipo penal de tráfico sin fundamentar que es lo que tenía en posesión dolosa, que es lo que estaba transportando y por último que es lo que iba a sacar del país. En el peor de los casos por lo manifestado en la declaración de los otros imputados se podía considerar que su persona también estaba transportando. Pese que no se encontró nada en la requisita realizada al motorizado que estaba conduciendo.

Alega que el principio de legalidad exige que los tribunales realicen tareas objetivas de subsunción que demuestren objetivamente el encuadramiento perfecto a las conductas tachadas de antijurídicas en el marco descriptivo de la ley penal, así está establecido en la jurisprudencia, traducida está en el A.S. N° 339 de 1 de julio de 2010. Al condenarse a su persona en un tipo penal que no corresponde es evidente la infracción a la norma sustantiva. Refiere que por el principio de favorabilidad al establecer que su persona es de escasos recursos, con tres hijos menores de edad quienes requieren de sus cuidados y asistencia, se podía aplicar el principio de especificidad, es decir no forzar la subsunción de su conducta al tipo penal de tráfico de sustancias controladas, como tampoco de asociación y confabulación que entre otros aspectos no han sido demostrados y aplicar la norma específica establecida en el art. 55 de la L. N° 1008; así también refiere la jurisprudencia traducida en el A.S. N° 178 de 17 de agosto de 2006. El error injudicando en el que ha incurrido el tribunal de Sentencia N° 1 de la ciudad es precisamente no realizar una subsunción objetiva de su conducta, al amparo del principio de favorabilidad el tribunal debió observar que si otras personas que se encontraban en el motorizado junto a su persona se les atribuyo el delito de transporte, de la misma manera se debió calificar a su persona, pues la situación fáctica es idéntica, todos estábamos en el motorizado donde no se encontró sustancia controlada alguna. Cita Precedentes contradictorios: Sala penal primera A.S. N° 178 Sucre, 17 de mayo de 2006. doctrina legal aplicable: que el tipo penal aplicable de tráfico de sustancias controladas incurso en el art. 48 de la L. N° 1008 que se complementa con otra norma que se encuentra en el art. 33-m) de la citada ley; completada la norma, la misma tiene carácter general y en su inciso m) refiere una serie de conductas, entre ellas la acción de transportar sustancias controladas; mientras que, la norma particular insertada en el art. 55 de la referida ley señala también transporte de sustancias controladas especificando sus elementos constitutivos como la ilicitud del acto de transportar y el dolo, vale decir, el conocimiento de la norma sustancia controlada que está trasladando o transportando, delito que tiene carácter formal y no de resultado. Que, en cuanto a la aplicación de la norma general o particular en tratándose de delitos penales que regulan conductas ilícitas, es preferible aplicar la norma específica para no vulnerar el principio de legalidad por cuanto esta es la precisa sin ambigüedades al hecho ilícito; mientras que la norma general no da certeza sobre la conducta prohibida y es imprecisión vulnera el principio de legalidad sustantiva.

Que toda cuestión de puro derecho que sea motivo de apelación restringida abre la competencia del tribunal de apelación, siempre y cuando no sea necesaria la comprobación de hechos o valoración de prueba que corresponde a la competencia del juez o Tribunal de Sentencia; razón por el que el control jurisdiccional del tribunal de apelación se circunscribe a dos ámbitos: 1) cuando evidencie defectos absolutos y/o defectos de sustanciación del juicio debe resolverlos directamente. Por tanto: la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., Deja Sin Efecto el auto de vista impugnado y determina que la Sala Penal Segunda de la R. Corte Superior de Justicia de Chuquisaca, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal aplicable; para fines del art. 240 del Código Adjetivo, remítase copia del presente auto supremo a todas las Cortes Superiores del País, para que por intermedio de cada presidente se haga conocer a los jueces penales del distrito judicial correspondiente la presente resolución.

Relación con los precedentes.- Primero que ambos precedentes el delito por el cual se acusa, sentencia y se emite el auto de vista es el tráfico de sustancias controladas, sin embargo la Corte Suprema ahora Tribunal Supremo, con un criterio más objetivo, garantista con los principios y obviamente aplicando correctamente los principios de favorabilidad, legalidad y especificidad; segundo los dos autos supremos subsanan la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, pues finalmente establecen que no existía delito de tráfico de sustancias controladas y consideran que la conducta de los imputados se subsume al delito de transporte tipificado en el art. 55 de la L. N° 1008.

Aplicación que se pretende.- El Tribunal de Sentencia debió calificar el hecho conforme al principio de legalidad y no calificar de manera discrecional por el delito de tráfico de sustancias controladas, asociación y confabulación.

Petitorio.-Siendo insubsanable el defecto de sentencia, se solicita se anule el juicio, disponiendo se remitan antecedentes al otro tribunal de sentencia llamado por ley para la verificación de un nuevo juicio oral público y contradictorio.

Sexto agravio: Que no exista fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria. Art. 370-5. Dice el recurrente de igual manera la fundamentación de este punto de ninguna manera es contradictoria al realizado en el inc. d) del num. 1 de la presente apelación y expone este defecto de sentencia. Agravios: violación de derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia. Disposiciones legales erróneamente aplicadas: Arts. 115, 116, 117 y 180 de la C.P.E., 12, 13, 124, 171, 173, 359 del Cód. Pdto. Pen. La sentencia no fundamenta que hechos se encuentran probados y cuáles son las pruebas que sustentan estos hechos; la sentencia es contradictoria pues en el punto de hechos probados la sentencia en el punto II. 2. Hechos probados, en el numeral tres, haciendo una serie de afirmaciones contra su persona que de ninguna manera se encuentra demostrado con referencia a su persona y a Richard Paco dice lo siguiente: "... que ambos ya expertos en el ilícito de sustancias controladas, tenían autorización libre de ingreso y de salida del vecino país de Chile...", es decir el tribunal de sentencia afirma que su persona es experto en la actividad del negocio de sustancias controladas, afirmación que la realiza sin que exista prueba alguna; sin embargo en la parte de la sentencia de fundamentación de la pena en relación a su persona, cuando se refiere a las atenuantes refiere; existen las siguientes atenuantes: "el ser padre de familia, tener 3 hijos y no tener otros antecedentes penales"; la contradicción radica en que primero afirma que es un experto en el negocio de sustancias controladas sin que este extremo sea verificable con prueba alguna y contradictoriamente señala que no tiene antecedentes penales, que refiere claramente que su persona no tiene ningún tipo de antecedentes. Por otra parte la ausencia de fundamentación en varias afirmaciones que realiza hace que la sentencia sea despótica; pues la sentencia llega a límites de cometer el delito de falsedad ideológica, pues un párrafo antes del Considerando III realiza la siguiente afirmación: "Y más aún por los propios 5 imputados,

quienes de viva voz contradiciendo a sus propios abogados lo señalado en sus conclusiones, pues los 5 imputados de forma voluntaria en sus últimas palabras confiesan que ellos son los autores del presente hecho, y que se arrepienten y piden una oportunidad"; esa afirmación en la sentencia es totalmente falsa, pues su persona cuando se le consultó si quería hablar, claramente dijo que no, no dijo absolutamente nada. Otro aspecto similar es que la sentencia sobre la prueba material dice lo siguiente: "Que a tiempo de introducirse al presente juicio los 5 imputados la reconocieron en forma voluntaria, que esa droga, marihuana es la que precisamente llevaban de Uyuni hacia Abaroa, cuando se les fue exhibida por los funcionarios de la FELCN", extremo totalmente falso, que refleja la intención despótica del Tribunal de Sentencia, pues en el desarrollo del juicio, el presidente del tribunal inicialmente les preguntó si esa era la marihuana que estaban transportando, ya en la pregunta había una mal intencionalidad, pues hasta el tono de la pregunta fue desconsiderado y abusivo, sin embargo uno de sus abogados intervino y pidió claridad en la pregunta, nuevamente pregunto si esa marihuana habían visto y su respuesta fue clara, que la vieron en Potosí cuando miembros de la FELCN., les mostraron aclarando que en ningún momento anterior habían visto esa marihuana.

Fundamentación.- Si bien la sentencia es bastante ampulosa, este aspecto no significa de ninguna manera que este fundamentada conforme a derecho. La sentencia no hace valoraciones intelectivas, más parece un acta de juicio pues no fundamenta por que llega a conclusiones que a su juicio son totalmente irreales, como el hecho de afirmar que es experto en el negocio del narcotráfico, así mismo referir que su persona estaba en posesión de una cuantiosa cantidad de sustancias controladas, cuando en los hechos a él no se le ha encontrado absolutamente con nada; la sentencia no tiene la debida fundamentación, así mismo es contradictoria e insuficiente. La fundamentación en las resoluciones judiciales evacuadas por autoridades llamadas por ley, se encuentra vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, misma acorde al art. 115-II de la Norma Suprema, en cuyo entendido la fundamentación consiste y se manifiesta como el derecho que tienen las partes procesales a ser cognoscibles de razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de manera que, de forma razonable, clara, precisa y concisa pueda constatarse si la misma es fundada con base en derecho, sin que esta sea ampulosa y exhaustiva o regidas por una particular estructura, sino que, permita conocer de forma indubitable las razones que llevo al justiciero a tomar la decisión, es decir que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución, conforme al art. 124 del Adjetivo Penal lo contrario constituye una decisión despótica; la decisión del tribunal ha sido arbitraria e inclusive forzada al haber consignado en la misma hechos totalmente irreales, que inclusive se puede tener como falsos en su contenido. El juzgador tiene la obligación de acuerdo al A.S. N° 077/2012-RRC de 23 de abril de 2012, "despojarse de interés y de parcialidad debe dictar la resolución en convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma que se decidió, sin que exagere en las exposiciones, considerandos, citas legales y argumentos reiterativos, además que la motivación debe ser congruente y pertinente vinculado a un contenido razonable y contundente". El Tribunal de Sentencia sin duda no solo ha exagerado en su fundamentación al establecer algunos hechos como probados sino como tiene referido ha sido arbitrario, así mismo hasta los argumentos falsos incluso ha reiterado véase las páginas 10 y 14 que prácticamente es un copia realizada por el tribunal manejando hechos irreales y no fundamentados debidamente. Cita Precedente: A.S. N° 077/2012-RRC de 23 de abril de 2012 Sala Penal Segunda. Es necesario e importante referirse a que la fundamentación de las resoluciones emitidas por las autoridades jurisdiccionales, es un elemento constitutivo del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 115 de la C.P.E. y 124 de del Cód. Pdto. Pen. El derecho que tienen las partes de conocer las razones en virtud de las cuales se toma una determinada resolución; asimismo, sirve como un mecanismo para que los tribunales superiores puedan ejercer el control de los alegatos esgrimidos por los tribunales de instancias inferiores, de tal manera que sea posible a través de su análisis constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; por lo que el juzgador despojado de interés y parcialidad debe dictar la resolución en convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma que se decidió sin que exagere las exposiciones, considerandos, citas legales y argumentos reiterativos, además que la motivación debe ser congruente y pertinente vinculado a un contenido razonable y contundente", y A.S. N° 418/2006, de 10 de octubre de 2006 sala penal primera. Doctrina legal aplicable: El tribunal de apelación se encuentra en el deber de cuidar que los actos procesales y los actuados jurisdiccionales se encuentren dentro del marco del imperio de la legalidad, además de precautelar que dichos actos no afecten los derechos ni garantías constitucionales. El control de tutela jurisdiccional debe ser efectivo, riguroso, exento de contradicciones, cuidando que no afecte los principios procesales, sustanciales y/o constitucionales.

Cuando el tribunal de apelación detecte un defecto absoluto de procedimiento, sentencia, vicio sustantivo y/o constitucional, debe ponderar el acto que ocasiona el defecto, calificar el defecto si es absoluto y relativo, en cualquier de los casos debe describir con precisión el acto señalado como defecto; asimismo evidenciar si afecta a derechos y garantías constitucionales; para luego comprobar si es imprescindible la realización de un nuevo juicio o prescindir de él y resolver directamente; finalmente el tribunal de apelación resuelve asuntos de puro derecho tomando en cuenta hechos comprobados en el juicio oral y contradictorio, debiendo necesariamente llevar la resolución que dicte el tribunal de alzada el fundamento jurídico correspondiente. En esta misma línea jurisprudencial, referido a defectos absolutos, donde las resoluciones carecen de fundamento jurídico, y que dicha omisión se constituye un defecto absoluto, se ha pronunciado el A.S. N° 479 Sucre 08 de diciembre de 2005 que establece: "se consideran defectos absolutos cuando en la resolución, sea sentencia o auto de vista, no existen razones ni criterios sólidos que fundamenten los criterios de la resolución basados en normas sustantivas, adjetivas penales o correspondan a Convenios o Tratados Internacionales, omisión que se constituye en defecto insalvable porque genera incertidumbre a los sujetos procesales, este defecto está previsto en el art. 370-5 en relación al art. 169-3 ambos del Cód. Pdto. Pen.". Por Tanto: la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., con la intervención de la Presidenta y Ministra de la Sala Penal Segunda Dra. Rosario Canedo Justiniano, convocada a fs. 211 Deja Sin Efecto el auto de vista impugnado y determinado que la Sala Penal Tercera de la Corte Superior de Distrito de la Paz, dicte nuevo fallo conforme la doctrina legal aplicable; asimismo, para fines del art. 240 del Código Adjetivo citado, remitase por secretaria de cámara fotocopia del presente auto supremo a todas las Cortes Superiores del País, para que por intermedio de cada presidente se haga conocer a los Jueces Penales del Distrito Judicial correspondiente la presente resolución.

Aplicación que pretende.- El tribunal de sentencia debió fundamentar conforme a las pruebas introducidas a juicio oral, público y contradictorio, la sentencia, sin ingresar en contradicciones, valorando cada una de las pruebas, especificando porque se daba el valor

correspondiente a las pruebas, como también por que las desmerecía aplicando correctamente los arts. 115, 116, 117 y 180 de la C.P.E., y 12, 13124, 171, 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen.

Petitorio.- Siendo error insubsanable que atenta al principio de legalidad la tutela judicial efectiva y garantías constitucionales, se anule toda la sentencia y ordenen reposición del Juicio, conforme al art. 413 de la L. N° 1970.

Con la facultad constitucional del art.180-II, interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia N° 01/2016 de 15 de febrero de 2016, con las formalidades e indicación del motivo y dentro del plazo estipulado en el art. 407 y 408 todos del Cód. Pdto. Pen., e indica como motivo la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, que llevo a producirse al momento de juzgarle; inobservancia que puntualmente recae en la errónea subsunción o calificación de su conducta al considerarle autor respecto del delito de transporte de sustancias controladas y errónea aplicación de la ley ordinaria en la fundamentación de imposición de la pena, errores conocidos doctrinalmente como "vicio in judicando" cual constituye defectos de la sentencia impugnada conforme dispone el art. 370-1 de la L. N° 1970.

A.- Errónea e inadecuada subsunción del hecho al de autor del delito de transporte de sustancias controladas.-

Indica que el tribunal de mérito, le responsabiliza conjuntamente a los coencausados Carlos Mamani Cáceres y Beymar Cáceres Gutiérrez, como autor del delito de transporte de sustancias controladas porque asumen que, estaban siendo trasladados a la frontera (Abaroa) para la ejecución de la segunda parte del plan "mochilear" las sustancias controladas de Abaroa-Chile, cual se extracta de la fundamentación probatoria descriptiva y objetiva de la sentencia injusta e ilegal. El tribunal de instancia, al subsumir su conducta con dichos elementos, al de autor de delito de transporte de sustancias controladas efectuó una incorrecta y errónea aplicación de la ley sustantiva, toda vez, que la autoría del delito de transporte de sustancias controladas según el art. 55 de la L. N° 1008 recae contra "El que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transportare cualquier sustancia controlada resultando por dicha descripción tipológica, que, para que, se configure este ilícito penal se requiere dos elementos: a) que el agente sepa que lo que transporta es ilícito y b) que el traslado de sustancia controlada se realice por cualquier medio de transporte sea terrestre, aéreo, acuático u otro que implique traslado o desplazamiento, sin que la interrupción en la comisión del delito, sea un elemento determinante para no considerar como consumado el mismo", por consiguiente será delito consumado y será considerado autor del ilícito penal (transporte SS.CC.), cuando el agente realiza actos previos, como ser adquirir la droga, almacenar la misma, esconder trasladar de un lugar a otro, los cuales se integran y se compenetran en aquel para formar un solo ente jurídico, conforme el A.S. N° 417 de 19 de agosto de 2003. Definido así, según la doctrina y jurisprudencia los elementos para la consumación y autoría del ilícito de transporte de sustancias controladas, previsto en el art. 55 de la L. N° 1008, cabe manifestar que, dichos presupuestos del tipo no concurren, por lo menos respecto a su persona, por cuanto, si bien, debía transportar la sustancias controladas, esta operación o conducta debía realizarse una vez constituidos en el lugar de Abaroa, para precisamente de este lugar, trasladar las sustancias controladas a Chile, por ello el delito de transporte de sustancias controladas en estrictu sensu, se entenderá que ha sido ejecutado y en su efecto consumado, cuando iba a disponerse a mochilear la sustancia controlada de Abaroa a Chile, situación fáctica que no se llegó a materializar, y por ende, esta conducta, se halla sustraída de ámbito penal al no constituir delito consumado y que conforme se llegó a concluir y demostrar en juicio oral: A) Que ha sido aprehendido en circunstancias del trayecto Uyuni-Abaroa, acompañando a los coencausados Abundio Mamani Cáceres, Carlos Mamani Cáceres, Beymar Cáceres Gutiérrez y Nelson Wilder Mamani Murillo en el vehículo con placa de control CB-YZ-30 conducido por Abundio Mamani Cáceres, motorizado donde no se encontró, ni llevaba en su interior sustancia controlada alguna, extremo que ha sido manifestado por el testigo presencial Sandrino Elvi Fuentes Nina, funcionario policial actuante del hecho y corroborado por el acta de requisita y registro del vehículo identificado, por lo que su persona no ha sido sorprendida en el acto propio flagrante de traslado y posesión de sustancias controladas, que, al no concurrir dicho elemento típico en los términos definidos por el art. 55 de la L. N° 1008 debe modificarse la calificación del tipo penal de su conducta de autor al grado de complicidad respecto al delito de transporte de sustancias controladas, conclusión fáctica para la modificación o subsunción de su conducta a la que también el tribunal arribó al establecer: "quienes evidentemente no llevaban en su motorizado ninguna droga..." (Considerando III Fundamentación Jurídica). B) Otro elemento, para la modificación de su conducta de autor de delito de sustancias controladas, al de cómplice, es que, su participación en relación al hecho de transportar sustancias controladas de la ciudad de Uyuni con destino a Abaroa, ha sido secundario de cooperación, por lo que corresponde por ello, cambiar la tipificación de su conducta de autor al de cómplice de delito de transporte de sustancias controladas. Existe ausencia objetiva de los actos previos de adquirir, almacenar, esconder y trasladar de un lugar a otro la sustancia controlada para ser considerado autor del delito de transporte de sustancias controladas, sabiendo y conociendo que, por confesión propia del encausado Richard Paco Mamani, fue quien adquirió, escondió y trasladaba flagrantemente la sustancia controlada (marihuana) con los otros encausados Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani. En el vehículo conducido por el primero de ellos, identificado con placa extranjera No. BT-TF-62 quienes además se dieron a la fuga en primera instancia, siendo luego recapturados, lo que desenmascara su responsabilidad penal respecto al delito de transporte flagrante de sustancias controladas. Todos los elementos y circunstancias anotadas respecto a su participación en el caso de autos, demuestran que su conducta se adecua al tipo penal descrito en el art. 55 de la L. N° 1008, con relación al art. 76 de la citada L. N° 1008, es decir Complicidad respecto del delito de Transporte de sustancias controladas, puesto que el precepto contenido en el art. 76 de la ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, sanciona la cooperación en la ejecución de un delito concerniente a sustancias controladas, "cooperación que no es otra cosa que la ayuda en la ejecución de un delito, aunque, esta no sea decisiva para la comisión del mismo, realizando actos previos, simultáneos o los de cualquier otro medio faciliten o cooperen en la ejecución del hecho de tal forma, que aún, sin ayuda se habría cometido el delito". Por lo que el hecho descubierto en las circunstancias señaladas y sobre todo, valorando integralmente y correctamente los elementos inculpativos recabados contra su persona, denotan participación criminal en grado de complicidad, respecto al hecho ilícito de transporte de sustancias controladas de conformidad al art. 76 con relación del art. 55 de la L. N° 1008, toda vez, que su participación, en el delito de transporte de sustancias controladas de Uyuni-Abaroa, era prescindible, accesorio, puesto que Richard Paco Mamani, Omar Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani, en función al dominio del hecho, posesión flagrante y dolosamente son quienes transportaban las sustancias controladas desde la ciudad de Uyuni a Abaroa, en el vehículo marca Ford, con placa extranjera N° BT-TF-62, por lo que haciendo una sustracción mental de su participación, se infiere y

concluye lógicamente, que el delito de transporte de sustancias controladas. De Uyuni-Abaroa, ha sido ejecutado y consumado, por aquellos, desde su momento en que han entrado en contacto o posesión material y emprendió el viaje transportando la sustancia controlada (marihuana) de Uyuni a Abaroa y segundo, que su participación, en dicho trayecto o transporte de la sustancia controlada poco o nada hubiera impedido o trascendido en la comisión antelada o previa del ilícito penal, siendo que, su cooperación a las luces de la participación y responsabilidad es el de cómplice y no de autor del delito de transporte de sustancias controladas, de Uyuni a Abaroa considerando que de dicho trayecto Uyuni-Abaroa (aprehensión), no ha sido flagrantemente el psicópata, además, al encontrarse en un vehículo distinto la sustancia controlada, a cual fuera su destino inicial Abaroa, con relación a los autores directos del delito de transporte de sustancias controladas. El tribunal al haber subsumido su conducta al del autor de transporte de sustancias controladas, aplicando el art. 20 del Cód. Pen., con relación al delito previsto en el art. 55 de la L. N° 1008, lo ha hecho indebidamente en plena inobservancia del precepto contenido en el art. 76 de la L. N° 1008 contradiciendo además la doctrina legal aplicable al caso A.S. N° 639, Sucre de 20 de octubre de 2004, que al referirse a la complicidad indica que: "En tanto que cuando el inculpa facilita o coopera en la ejecución del delito, articulando sus acciones a las del principal inculpa, generando la relación acción resultado, la conducta nutrida con estas motivaciones configura el delito de complicidad en el transporte de sustancias controladas". Dice de lo referido, se infiere errónea aplicación de la ley sustantiva por parte del Tribunal de Sentencia al subsumir su conducta a la previsión contenida en el art. 20 del Cód. Pen. con relación al delito previsto en el art. 55 de la L. N° 1008, por lo que corresponde al tribunal de alzada por el principio de legalidad, tipicidad y favorabilidad, subsumir su conducta al precepto jurídico contenido en el art. 75 de la L. N° 1008 es decir complicidad, respecto al delito previsto en el art. 55 del mismo cuerpo legal.

Con la correspondiente imposición o modificación de la pena o sanción previsto en el mismo precepto legal (art. 76-1008).

B.- Inobservancia de la ley sustantiva especial en la fundamentación e imposición de la pena.- Alega el recurrente que, no únicamente, se ha subsumido, incorrecta, indebida e ilegalmente su conducta al de autor del delito de transporte de sustancias controladas, cuando jurídicamente, su responsabilidad se halla absorbida dentro de la complicidad del mismo, sino que también que el tribunal aplica errónea e indebidamente la ley general al momento de la aplicación y fundamentación de la pena, desconociendo la ley especial sustantiva L. N° 1008 "Ley del Régimen de la Coca y sustancias controladas"; que ello ocurre, no únicamente con respecto a su persona, sino también con relación a todos los acusados, toda vez que el tribunal, al momento de la imposición de la pena de presidio de 13 años y mil días de multa a razón de Bs 1.- por día multa, fundamenta la imposición de la pena jurídicamente en la ley general penal concretamente en el art. 45 del Cód. Pen., aplicando la sanción de la pena del delito más grave, aumentando además la pena al máximo hasta la mitad, cual ha ocurrido en el caso; que, no obstante de haber sido declarado autor de los delitos de transporte de sustancias controladas y asociación delictuosa y confabulación en los art. 55 y 53 de la L. N° 1008, no corresponde aumentar la pena al máximo hasta la mitad, cual ha hecho el Tribunal de Sentencia imponiéndole la pena de 13 años de presidio en virtud a la sanción contenida en el art. 45 del Cód. Pen. (Ley General), cuando en los hechos correspondía imponer la pena por el delito de asociación delictuosa y confabulación en los términos establecidos en el art. 53 de la L. N° 1008 es decir con un tercio más de la pena principal. Entonces, al haber sido también declarado culpable por el delito de transporte de sustancias controladas correspondía por disposición del art. 53 de la L. N° 1008 (Ley Especial), aumentar un tercio más a la pena principal, es decir, imponer una sanción de un tercio más a la pena principal impuesta por el delito de transporte de sustancias controladas, mas no la sanción prevista en el art. 45 del Cód. Pen., es decir el máximo hasta la mitad, cual ilegalmente lo ha hecho el tribunal de sentencia que partiendo de la "Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas" (L. N° 1008) al ser una ley especial y que en ella, están consignadas los delitos y las penas respectivamente (título III), que constituye la parte sustantiva de la L. N° 1008, correspondía en derecho aplicar con preferencia la ley especial ante la ley general que rige para los delitos ordinarios y por tanto ser sancionado con un tercio más de la pena principal por el delito de asociación delictuosa y confabulación toda vez de que la ley general (art. 45 del Cód. Pen.) solo funciona en los delitos ordinarios que se encuentran contenidos en el mencionado código punitivo. En la especie, para deducir y controlar la imposición de un tercio más, por el delito de asociación delictuosa y confabulación respecto a la pena principal del delito de transporte de sustancias controladas, correspondía imperativamente al tribunal fijar la pena con precisión exacta entre el mínimo y máximo, (8-12) por el delito de transporte de sustancias controladas a cada uno de los coacusados para que en base a dicho dato numérico traducido en pena, se incremente un tercio más por la comisión del delito asociación delictuosa y confabulación, pero al no haber hecho ello, el Tribunal de Sentencia, no únicamente ha incurrido e inobservado la ley especial (L. N° 1008), además, coetáneamente ha efectuado un indebida aplicación del art. 45 del Cód. Pen. (ley general) en la fundamentación e imposición de una pena, dicha arbitrariedad e ilegalidad viene a constituir defecto absoluto por constituir violación a la garantía constitucional del debido proceso, en conformidad del art. 169-3 del Cód. Pen., con desconocimiento flagrante del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., que manda que la sentencia fijara con precisión las sanciones que correspondan, lo cual no ha ocurrido en la especie. Dice el tribunal de instancia, al fundamentar jurídicamente una sanción respecto al delito de tráfico de sustancias controladas y asociación delictuosa y confabulación, en previsión al art. 45 del Cód. Pen. ha desconocido flagrantemente la sanción prevista en la ley (1008) contenida en el art. 53 del mismo cuerpo legal, por lo que, como consecuencia de dicho desconocimiento de la ley especial también, se ha desconocido el principio de especialidad en lo que atañe a la aplicabilidad de la ley, por ende ha aplicado indebidamente la ley sustantiva al momento de la imposición de la pena, contradiciendo además la doctrina legal asentada por el Tribunal Supremo de Justicia en el A.S. N° 417 de 19 de agosto de 2003, cuando refiere expresamente: "Que partiendo de estos conceptos, se tiene que la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas es una ley especial, que en ellas están consignadas los delitos y las penas en el título III) que constituye la parte sustantiva de la ley, por ello no puede confundirse una conducta que se encuentra expresamente tipificada como delito por otra del Código Penal este es el caso del art. 76 de la citada L. N° 1008 que establece que "el cómplice de un delito relativo a sustancia controlada, será sancionado con dos terceras partes de la pena imponible al autor.....y no el art. 23 del Cód. Pen. que solo funciona en los delitos ordinarios previsto en el código punitivo."; máxime, si en el caso de colisión de normas, por principio universal que rige los sistemas de enjuiciamiento penal en todo el mundo (in dubio pro reo) debe salirse a favor del imputado.

Igualmente la fundamentación para la imposición de la pena por el delito más grave, agravando en un máximo hasta la mitad, conforme el art. 45 del Cód. Pen., contradice el A.S. N° 340/2000 Sala Penal II, delito tráfico de sustancias controladas y otros, al razonar que la pena

debe de circunscribirse a la ley especial, es decir, que ante la comisión de los delitos de, tráfico, transporte y otros de la L. N° 1008 y concurrencia de delitos de asociación delictuosa y confabulación, debe procederse a agravarse la pena principal en un tercio más, conclusión a la que ha arribado el tribunal en cuanto al coacusado Cástulo Saucedo Alba, en el precedente contradictorio. Aplicación indebida e ilegal que arremete contra el principio de favorabilidad inmerso dentro de la garantía constitucional contenida en el art. 116-I de la C.P.E., al establecer que: "se garantiza la presunción de inocencia durante el proceso y que en caso de existir duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado", por lo que, al existir una norma sustantiva especial L. N° 1008 "Ley del Régimen de la Coca y sustancias controladas", que rige para los delitos de sustancias controladas, deberá ser imperativamente aplicado frente a la ley Penal General, como también, en todo lo relativo al tratamiento e imposición de la pena, agravantes y otros. Añade, todos los defectos anotados constituyen defecto de sentencia conforme el art. 370-I del Cód. Pdto. Pen., por inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, por lo que pide al tribunal de apelación por el principio de tipicidad en principio proceda a la correcta subsunción del hecho al tipo penal pertinente, como la correspondiente modificación de la pena.

Petitorio.- Pide nueva resolución conforme la parte in fine del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., es decir subsunción del tipo penal pertinente (complicidad por el delito de transporte de sustancias controladas) como la correspondiente modificación de la pena dentro del parámetro contenido en el art. 53 de la L. N° 1008 "Ley del Régimen de la Coca y sustancias Controladas".

Que en audiencia de Fundamentación Complementaria, cuya acta cursa de fs. 486 a 494, los recurrentes en lo sustancial han ratificado los argumentos de sus apelaciones escritas, como consta del acta referido.

Responde.- Que a las referidas apelaciones no cursa responde alguno.

CONSIDERANDO.- Que así expuestos los motivos de la apelación, a los fines de su tratamiento es necesario establecer que la impugnación conforme el art. 180-II de la C.P.E., está reconocida por lo establecido en el art. 394 del Cód. Pdto. Pen.

Que, la apelación restringida considerada como otro mecanismo de defensa conforme el art. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., mismo que fundamentalmente no considera hechos, sino que efectúa un control de la legalidad, un análisis sobre si el juez o tribunal de mérito aplicó o no correctamente la Ley al hecho descrito en la sentencia.

Que en la especie del examen minucioso de la Sentencia N° 01/2016, que cursa de fs. 326 a 347, de obrados dictada por el Tribunal de Sentencia N° 1 de Potosí, que en su parte resolutive Falla: declarando Culpables a los acusados Richard Paco Mamani y Abundio Mamani Cáceres autores de la comisión de los delitos de narcotráfico, asociación delictuosa y confabulación tipificados en los arts. 48 con relación al 33 en las modalidades de poseer dolosamente sustancia controlada en este caso marihuana, transportar, sacar del país y realizar transacciones a cualquier título y art. 53 de la L. N° 1008. A Carlos Mamani Cáceres, Marco Antonio Mamani Alvarado y Beymar Cáceres Gutiérrez autores de la comisión de los delitos de transporte de sustancias controladas y asociación delictuosa y confabulación tipificado en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008 y los condena a Richard Paco Mamani y Abundio Mamani Cáceres a la pena de presidio de 16 años y 13 mil días multa a razón de Bs 1.- por día multa y a los acusados Carlos Mamani Cáceres, Marco Antonio Mamani Alvarado y Beymar Cáceres Gutiérrez a la pena de presidio de 13 años y mil días multa a razón de Bs. 1 por día multa, (concurriendo para los 5 imputados el concurso real art. 45 del Cód. Pen., aplicándose la sanción de la pena del delito más grave, facultando al juez a aumentar en este caso al máximo hasta la mitad); del análisis jurídico legal de la misma, de los puntos impugnados en los memoriales de alzada y demás elementos procesales adjuntos al cuaderno de antecedentes, el tribunal de alzada, llega a las siguientes conclusiones de orden legal:

Primera.- Richard Paco Mamani expresa como primer agravio: Violación de derechos y garantías constitucionales respecto a la falta de motivación y fundamentación de la sentencia. En relación al debido proceso en su vertiente fundamentación y la legítima defensa. La Sentencia N° 01/2016 adolece de la respectiva motivación y fundamentación, al ser así no solo se ha cercenado una parte fundamental de la estructura de la sentencia, hace solo una relación de la prueba y no una valoración real, defecto absoluto, previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; en toda tramitación de un proceso penal se tiene el derecho al Nemo Tenetur, el derecho a guardar silencio y que el mismo no puede ser utilizado en su contra, tal como establece el art. 121-I Constitucional." En materia penal ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o sus afines hasta el segundo grado. El derecho de guardar silencio no será considerado como indicio de culpabilidad. "En sentencia el fundamento se basa en su auto incriminación, en juicio nunca fueron demostrados con ninguna prueba que su persona hubiera organizado grupo de personas para cometer delitos, mucho menos ha señalado que un solo testigo ha declarado, aun siendo que su persona se hubiera auto incriminado el mismo es nulo conforme señala el art. 93 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal a quo ha aplicado erróneamente lo dispuesto por los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, consecuentemente existe un defecto de la sentencia, cual es la errónea aplicación de la ley sustantiva, y falta de fundamentación porque no se ha tomado en cuenta el art. 20 del Cód. Pen., al respecto; en relación al defecto se aduce que el tribunal a quo hubiese fundamentado la sentencia en la auto incriminación del recurrente; de la revisión y lectura de la sentencia no se evidencia este aspecto, en la litis se denuncia que no se hubiera observado y se hubiese aplicado erróneamente el art. 53.- Asociación delictuosa y confabulación y art. 55 referido a Transporte de la L. N° 1008 en relación a la auto incriminación denunciada; se tiene que este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; del análisis de la sentencia no se denota vulneración al debido proceso en su vertiente fundamentación y la legítima defensa, en los parámetros expuestos por el recurrente siendo que la sentencia expone con claridad y logicidad los motivos que sustentan su decisión, precisa los hechos sobre los cuales se pronuncia, tiene sustento fáctico, con argumentación y base jurídica coherente, con aplicación de la sana crítica, ha efectuado el juicio probatorio fundado en los medios de prueba, que se dinamizan en la actividad procesal, básicamente, los aspectos inherentes a la fundamentación y motivación hacen al debido proceso y de la amplia doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo de justicia, las resoluciones judiciales para ser válidas, deben debidamente ser motivadas y fundamentadas; cumpliendo los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad. Bajo estos parámetros; del análisis del fallo apelado se establece

que éste cumple con los presupuestos descritos, cumpliendo lo establecido por el A.S. N° 215/2013 de 12 de junio de 2013 entre otros, que los aspectos extrañados por el recurrente no se advierten, de la revisión de los contenidos de la sentencia, en consecuencia no son evidentes estos agravios.

Segundo Agravio: La recurrente denuncia inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva art. 370-1 de acuerdo al contenido de la sentencia, se le ha declarado autor del delito arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a los tipos penales, para tal apreciación no han observado lo señalado por dichas normas sustantivas, así como los que expresan los arts. 13, 14 y 20 de la misma ley, normas sustantivas erróneamente aplicadas, porque la norma sustantiva penal dice: Art. 55 (transporte) señala: "el que ilícitamente y a sabiendas trasladare o transportare cualquier sustancia controlada será sancionado con ocho a doce años de presidio y diez mil a mil quinientos días de multa e incautación definitiva del motorizado o medio de transporte". Por su parte el art. 53 (Asociación delictuosa y confabulación) señala "los que se organicen en grupo de dos o más personas para la comisión de tipos penales establecidos en la presente ley, serán sancionados con un tercio más de la pena principal"; se trata de un delito de acción y no de omisión, para conseguir el resultado transportar, asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., el fundamento es inexistente, el fallo no indica de qué forma su persona estaba transportando sustancias controladas, asimismo que hubiera organizado un grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales que se le acusa, solo ha declarado un testigo, que han inobservado el art. 20 del Cód. Pen., por consiguiente erróneamente han aplicado la ley sustantiva y al no existir pruebas con relación a asociación ilícita y confabulación no existe relación de causalidad, al respecto; como se ha dicho, se tiene que este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; el recurrente esgrime como erróneamente aplicados el art. 53 y 55 de la L. N° 1008 en relación al art. 20 del Cód. Pen. referido a la participación criminal reclamando complicidad; del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación, por lo que no se evidencia agravio alguno en los parámetros expuestos por el recurrente.

Tercer Agravio: el recurrente denuncia sentencia basada en valoración defectuosa de la prueba art. 370-6.- La sentencia que es motivo de impugnación en su acápite referente a la fundamentación probatoria descriptiva, sostiene su participación en grado de autor del delito de transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación. El Ministerio Público, en juicio no ha probado, que su persona hubiera organizado grupo de personas para cometer el delito de transporte de sustancias controladas, debiendo individualizarse su participación por ejemplo en la asociación delictuosa, de qué forma su persona a formado grupos, en qué lugar en qué fechas, como ha distribuido roles como señala la sentencia y a qué personas?, no existe prueba alguna que le incrimine por este delito y existe defectos absolutos conforme lo señala el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen. Pretenden condenarle con la declaración de un solo testigo que no refiere estas circunstancias, vulnera el principio de presunción de inocencia prevista en el art. 116 de la C.P.E. afecta al principio de la presunción de inocencia y favorabilidad, la sentencia se basa en informes contradictorios. En juicio, ha solicitado exclusión de la prueba del fiscal signado del número 1 al 16 y 28 y forzosamente ha sido introducida. La supuesta comunicación mediante celular no fue investigada para que determine comunicación de la primera movilidad a la segunda movilidad. La sentencia se basa en que existiendo dos movilidades, supuestamente hubiera existido comunicación, sin embargo en juicio no se ha podido demostrar de que numero de celular de la primera movilidad llamo al otro celular de la segunda movilidad, si bien existe informe de ENTEL este es general. En juicio no fue demostrado que los imputados serian familiares y se hubieran organizado para cometer delitos. La sentencia se basa en hechos inexistentes y una valoración defectuosa de la prueba, se ha vulnerado su derecho a la defensa, al respecto; del análisis de la sentencia en el Considerando II Fundamentación Probatoria Intelectiva y punto 2 referido Fundamentación Probatoria Descriptiva. Hechos probados, se tiene una valoración integral de la prueba de cargo y descargo, no se advierte la condena en base o por la declaración de un testigo solitario como pretende el recurrente, la referencia de relación de la prueba testifical con la documental que se realiza es suficiente y tiene congruencia, por lo que la sentencia no se basa en hechos inexistentes, así se establece que existe una valoración objetiva y coherente siendo evidente que se tiene en definitiva un proceso de valoración lógico y verificador labor que hace a una correcta valoración de la prueba, en la parte final de fs. 333, las enunciaciones y consideraciones al respecto son relativas al caso porque se tiene una razón legal, aspecto importante que exige el tipo penal para la imposición de la pena o no; se evidencia de la sentencia de su lectura y contenido que el tribunal a quo hace un análisis y valora la prueba teniendo coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiestan certidumbre en respeto del principio de intermediación que se constituye en el único eje central en la producción probatoria; la valoración realizada otorga seguridad, el tribunal a quo hace una ponderación de las testificales de cargo y descargo, de la revisión de estos contenidos, se establece que esta prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre las testificales analizadas por él a quo, por lo que no es evidente este agravio, de lo que se infiere que el tribunal a quo ha aplicado la sana crítica y sobre el cuestionamiento en concreto inherente al defecto de sentencia, determina con precisión qué valor se otorga a la literal en relación a la testifical, se advierte de la lectura de esta parte de la sentencia, que la relación fáctica expresada se sustenta en documentales que tienen relación entre si y por lo mismo tienen relación con los órganos de prueba, estableciendo este tribunal que se ha aplicado la sana crítica, conforme el art. 173 y 124 del Cód. Pdto. Pen., denotándose que las circunstancias, hechos y pruebas fácticas fueron sometidas a control oral, público y contradictorio conforme a ley; no se advierte vulneración al principio de presunción de inocencia, se explica el rol de cada movilidad, la relación de familia es extraída de las propias declaraciones de los imputados, sobre la exclusión probatoria, del art. 171 del Cód. Pdto. Pen. se infiere que la proposición y producción de toda la prueba necesaria para ilustrar el conocimiento del juez respecto a la verdad histórica de los hechos, constituye un elemento esencial; de modo que las exclusiones probatorias permiten apartar del juicio aquellas pruebas que se hubieren obtenido con violación de derechos y garantías o en desconocimiento de las formalidades legales. En este contexto, es el recurrente quien debió demostrar objetivamente porque quiso excluir las pruebas del fiscal signadas como MP1 al MP17 y MP28; se verifican en la audiencia de juicio oral que fue resuelta con auto debidamente fundamentado de fs. 342 vta., el tribunal a quo la admite, como un

acto exclusivo del juez o Tribunal de Sentencia, precisamente en cumplimiento de la constitución y la aplicación del principio de favorabilidad, porque en el caso sub lite, se ha observado y protegido los derechos y garantías constitucionales de las partes, tomando en cuenta que se trata de delitos formales en los que se analiza la finalidad, no el resultado.

Que al respecto es necesario tomar en cuenta el principio de verdad material o real, que se encuentra establecido en el art. 180-I Constitucional, el mismo que dispone que: la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en el principio de verdad material, que se expresa en la obligación que tiene todo juzgador al momento de emitir una resolución judicial, anteponer la verdad de los hechos antes que cualquier situación, sin dejar de lado las formas procesales determinadas por ley; es decir que al efectuar la decisión el Tribunal de Justicia, prevalecerá la verificación y el conocimiento de los hechos materiales, sobre el conocimiento de las formas, siempre y cuando no signifique vulneración de derechos y garantías constitucionales, aspecto que se ha cumplido en el caso sub lite; por lo que no son evidentes los agravios expuestos en este punto.

Segunda.- Apelación de Beymar Cáceres Gutiérrez; Primer Agravio: Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva art. 370-1; Le han declarado autor de la comisión del delito arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a los tipos penales, que para tal apreciación no han observado lo señalado por dichas normas sustantivas, así como lo que expresan los arts. 13, 14 y 20 del mismo cuerpo legal, normas sustantivas erróneamente aplicadas, se trata de un delito de acción y no de omisión, es decir que para conseguir el resultado transportar, asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme señala el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., su fundamento es inexistente, dicho fallo no indica de qué forma su persona estaba transportando sustancias controladas, ya que en la movilidad que se encontraba no existía droga alguna, por ninguna prueba se ha demostrado ya sea documental o testifical que existiría nexo causal entre las dos movilidades, no fue demostrado que su persona hubiera organizado un grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales y para lograr el fin perseguido que se le acusa; no existe congruencia en la sentencia, refiere que se ha violado su derecho a la presunción de inocencia y en todo momento la sentencia ha presumido su culpabilidad, violándose su derecho a la inocencia, en relación al art. 116 Constitucional, al respecto; como se tiene referido, se tiene que este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele, el recurrente esgrime como erróneamente aplicados el art. 53 y 55 de la L. N° 1008 en relación al art. 13, 14 y 20 del Cód. Pen., aduciendo tratarse de delito de acción y no de omisión, es decir que para conseguir el resultado transportar, asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.; del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación, por lo que no se evidencia agravio alguno ni violado su derecho a la presunción de inocencia en los parámetros expuestos por el recurrente.

Segundo Agravio: La sentencia se basa en hechos inexistentes y en valoración defectuosa de la prueba art. 370-6. Alega que de las pruebas introducidas a juicio, testifical y documental, no se ha demostrado que su persona estaba trasladando sustancias controladas y que hubiera organizado un grupo de personas para cometer delitos que se le acusa, es decir de transportar sustancias controladas, del informe policial y de la requisita, en la movilidad que su persona viajaba no se encontró ninguna droga o sustancia controlada, la sentencia se basa en la declaración de un solo testigo, el Ministerio Público solo hizo declarar un policía: Sandrino Elvi Fuentes Nina; ¿con que elementos de prueba se ha demostrado los delitos de, transporte, con qué elementos de prueba, asociación y confabulación delictuosa?, los otros testigos propuestos hubieran dado algún indicio de su supuesta participación, sin embargo como no han declarado le exime de responsabilidad, porque la participación en un determinado acto jurídico es intuente personae, debe individualizarse la participación de cada imputado.

En el fundamento de la sentencia se señala que han declarado testigos, cuando no es así, solo ha declarado un testigo; no fue individualizada su participación en la comisión del delito de tráfico, ya que no se le encontró con sustancias controladas, asimismo no se le ha individualizado que su persona hubiera organizado grupos para la comisión de los delitos que se le acusa, es decir de la asociación delictuosa y confabulación, consiguientemente la sentencia se basa en apreciaciones sugestivas. La supuesta comunicación mediante celular no fue investigada, la sentencia se basa que existiendo dos movilidades, supuestamente hubiera existido comunicación mediante celular de la primera movilidad a la otra movilidad, sin embargo en Juicio no se ha podido demostrar de que numero de celular de la primera movilidad llamo al otro celular de la segunda movilidad, existe informe de enterque no es específico, no existe relación de causalidad; el tribunal, llega a esa conclusión por apreciaciones subjetivas y no de pruebas para dictar sentencia condenatoria, el Tribunal no ha tomado en cuenta el art. 38 del Sustantivo Penal, que su persona no tiene antecedentes penales, que ante la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito. Con estos antecedentes, dice que la sentencia se basa en hechos inexistentes y una valoración defectuosa de la prueba, se ha vulnerado su derecho a la defensa, al respecto; corresponde establecer que la línea jurisprudencial con relación a la valoración de la prueba, establece que, es de competencia del juez o Tribunal de Sentencia; porque ellos son los que se encuentran presentes en la producción de prueba y perciben directamente dicho acto trascendental, que luego, servirá como plataforma objetiva para la apreciación de la prueba producida. En la litis, de la sentencia apelada en la parte: referida al Considerando II.1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2- Fundamentación Probatoria Descriptiva" y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta, porque la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral, público, continuo y contradictorio ha sido suficiente para generar en el tribunal a quo, convicción plena más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del imputado recurrente, de este análisis se denota haberse

observado lo dispuesto por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia, no es evidente que el tribunal de mérito haya condenado al recurrente sin prueba, por lo que; la valoración defectuosa de la prueba; prevista en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., invocada como agravio por el imputado-recurrente, no es evidente; razón legal por la que no puede aplicarse el art. 363-2 y 3 del Adjetivo Penal.

Tercer Agravio.- La sentencia es contradictoria y es insuficiente art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., la contradicción de la sentencia tiene su fundamento en los siguientes hechos: las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas en la segunda movilidad fueron beneficiados con una pena mínima ahora los inocentes son sancionados con la pena máxima, según el informe policial se dieron a la fuga, los mismo fueron beneficiados con una pena mínima acogiéndose a un procedimiento abreviado con una pena de 8 años, su persona sin haberle encontrado con ninguna sustancia controlada, mucho menos hubiera organizado grupos para cometer delitos se le sanciona con una pena de 13 años incluso aplicando en forma errónea el art. 45 del Sustantivo Penal, lo que considera es una contradicción, ya que por una parte a los autores del delito se sanciona con una pena mínima y a su persona sin existir prueba suficiente se le sanciona con una pena máxima. El Tribunal basa su sentencia en apreciaciones subjetivas, más nunca con prueba suficiente como exige el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., la sentencia se basa en informes contradictorios, se solicitó su exclusión ante la negativa se reservó de apelación, en juicio, ha solicitado exclusión de la prueba del fiscal signados del número 1 al 16 y 28, por existir contradicciones en los informes de los policías que han intervenido, por ejemplo el informe del policía Guido Fernández señala que el operativo se hubiera realizado el 10 de febrero del 2014, sin embargo otros informes señalan que el operativo se hubiera realizado en la gestión del 2015, una vez advertida el tribunal y existiendo contradicciones que no cumplen los requisitos del art. 120 del Cód. Pdto. Pen. correspondía ser excluido, sin embargo en forma forzada la prueba ha sido introducida, el propio fiscal reconociendo el error manifiesta que fue un error de dedo, consiguientemente ha existido error de procedimiento, ante el rechazo del tribunal se ha reservado de impugnación, porque han fallado en el fondo contradiciendo la normativa penal, aun no existiendo prueba alguna le han sancionado con agravante, al respecto; se tiene que básicamente, los aspectos inherentes a la fundamentación y motivación hacen al debido proceso y de la amplia doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo de justicia, las resoluciones judiciales para ser válidas, deben debidamente ser motivadas y fundamentadas; cumpliendo los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad. Bajo estos parámetros; del análisis del fallo apelado se establece que éste cumple con los presupuestos descritos concluyendo la referida sentencia apelada declarando autor al imputado -apelante por consiguiente autor del delito incurso en la sanción prevista por los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en los ilícitos acusados, su grado de culpabilidad, en grado de autor ha existido una apreciación conjunta de las pruebas ya que la sentencia se basa en prueba suficiente ya que la misma ha sido corroborada con otras pruebas sobre su participación en los delitos que se le acusa, por lo que no se advierte contradicción en la sentencia, no siendo evidente este agravio en el contexto esgrimido por el recurrente.

Tercera.- Apelación de Carlos Mamani Cáceres, Primer Agravio: La sentencia se basa en hechos inexistentes y en valoración defectuosa de la prueba art. 370-6. Dice que se establece del acta de juicio, pruebas introducidas testifical, documental, no se ha demostrado que su persona estaba trasladando sustancias controladas, menos hubiese organizado un grupo de personas para cometer delitos que se le acusa, es decir de transportar sustancias controladas. Del informe policial y de la requisita, se puede establecer que en la movilidad en que su persona viajaba no se encontró ninguna droga o sustancia controlada, la sentencia se basa en la declaración de un solo testigo que de ninguna manera puede ser prueba suficiente, el Ministerio Público solo hizo declarar un policía; Sandrino Elvi Fuentes Nina, pide suspensión de la audiencia y contradictoriamente renuncia a sus demás testigos.", y se pregunta; ¿con que elementos de prueba se le ha demostrado los delitos de transporte, con qué elementos de prueba; asociación y confabulación delictuosa? Ninguna, los otros testigos propuestos hubieran dado indicio de su supuesta participación, sin embargo como no han declarado le exime de responsabilidad, porque que la participación en un determinado acto jurídico es intuito personae, es decir que debe individualizarse de cada imputado, la sentencia se basa en apreciaciones subjetivas, la supuesta comunicación mediante celular no fue investigado y no existe dato exacto de supuesta comunicación. La sentencia se basa que existiendo dos movilidades, supuestamente hubiese existido comunicación mediante celular de la primera a la otra, en juicio no se ha podido demostrar de que número de celular de la primera movilidad llamo al otro celular de la segunda movilidad, del informe de ENTEL, sale varios números de celulares, no existe un informe específico y exacto del día del hecho como para sostener con firmeza que el día del hecho, hubiese existido una comunicación de un celular al otro celular con una identificación específica, no existe relación de causalidad. El tribunal, llega a esa conclusión por apreciaciones subjetivas y de ninguna manera objetiva para generar prueba suficiente conforme establece el art. 365, los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal la sentencia se basa en hechos inexistentes y en una valoración defectuosa de la prueba; se ha vulnerado su derecho a la defensa y violado el principio in dubio pro reo, al respecto; corresponde establecer que la línea jurisprudencial con relación a la valoración de la prueba, establece que, es de competencia del juez o Tribunal de Sentencia; porque ellos son los que se encuentran presentes en la producción de prueba y perciben directamente dicho acto trascendental, que luego, servirá como plataforma objetiva para la apreciación de la prueba producida. En la Litis, de la sentencia apelada en la parte: referida al Considerando II.1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2- Fundamentación Probatoria Descriptiva" y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta, porque la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral, público, continuo y contradictorio ha sido suficiente para generar en el tribunal a quo, convicción plena más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del imputado recurrente, de este análisis se denota haberse observado lo dispuesto por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia, no es evidente que el tribunal de mérito haya condenado al recurrente sin prueba, por lo que; la valoración defectuosa de la prueba; prevista en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., invocada como agravio por el imputado-recurrente, no es

evidente; razón legal por la que no puede aplicarse el art. 363-2 y 3 del Adjetivo Penal, no se ha vulnerado su derecho a la defensa tampoco el principio in dubio pro reo, denotándose como forzados los agravios expuestos que no son evidentes.

Segundo Agravio: Inobservancia o errónea aplicación de la Ley Sustantiva art. 370-1. Refiere que, le han declarado autor de la comisión de los delitos arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a los tipos penales, para tal apreciación no han observado lo señalado por dichas normas sustantivas, así como que expresan los arts. 13, 14 y 20 del mismo cuerpo legal, han aplicado erróneamente, que se trata de un delito de acción y no de omisión, es decir que para conseguir el resultado de transportar, asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme señala el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., en la sentencia su fundamento es inexistente, dicho fallo no indica de qué forma su persona estaba transportando sustancias controladas, ya que en la movilidad que le encontraron no existía droga alguna, por ninguna prueba se ha demostrado, ya sea documenta o testifical que existiría nexo causal entre las dos movilidades, no fue demostrado que su persona hubiese organizado un grupo de dos o más personas para la comisión de los tipos penales y para lograr el fin perseguido que se le acusa, al respecto; se tiene que este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele, el recurrente esgrime como erróneamente aplicados el art. 53 y 55 de la L. N° 1008 en relación al art. 13, 14 y 20 del Cód. Pen., aduciendo tratarse de delito de acción y no de omisión, es decir que para conseguir el resultado transportar, asociación delictuosa y confabulación, necesariamente debe existir prueba suficiente conforme el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.; del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación del recurrente, por lo que no se evidencia agravio alguno.

Tercer Agravio: La sentencia es contradictoria y es insuficiente art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen. La contradicción de la sentencia tiene su fundamento en los siguientes hechos: las personas que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas, fueron beneficiados con una pena mínima, ahora los inocentes son sancionados con la pena máxima, que fueron encontrados infraganti con sustancias controladas (Nelson Wilder Mamani Murillo, Omar Félix Flores Ramos, Sabino Flores Mamani) en la segunda movilidad, según el informe policial se dieron a la fuga, los mismos fueron beneficiados con una pena mínima acogidos a un procedimiento abreviado con una pena de 8 años, sin embargo su persona sin haberle encontrado con ninguna sustancia controlada, menos hubiera organizado grupos para cometer delitos se le sanciona con una pena de 13 años incluso aplicando de forma errónea la norma penal, el tribunal basa su sentencia en apreciaciones subjetivas, no con prueba como exige el art. 365 del Cód. Pdto. Pen. no ha tomado en cuenta lo dispuesto por el art. 38 del Cód. Pen. para imponer la sanción máxima, sin embargo en forma contradictoria señala "En relación al acusado Carlos Mamani Cáceres, existen las siguientes atenuantes: el ser padre de familia, tener 6 hijos y no tener otros antecedentes penales", y en forma contradictoria le sanciona con la pena de 13 años, sin que exista prueba suficiente para generar convicción. Presumiendo su culpabilidad, existe contradicción en la sentencia, al no existir pruebas con relación de asociación ilícita y confabulación consiguientemente no existe relación de causalidad, debería individualizarse la participación de cada imputado, no se ha hecho por qué no se ha investigado, al respecto; se tiene que básicamente, los aspectos inherentes a la fundamentación y motivación hacen al debido proceso y de la amplia doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo de justicia, las resoluciones judiciales para ser válidas, deben debidamente ser motivadas y fundamentadas; cumpliendo los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad. Bajo estos parámetros; del análisis del fallo apelado se establece que éste cumple con los presupuestos descritos, concluyendo la referida sentencia apelada y declarando por consiguiente autor al imputado -apelante del delito incurso en la sanción prevista por los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en los ilícitos acusados, su grado de culpabilidad, en grado de autor: ha existido una apreciación conjunta de las pruebas ya que la sentencia se basa en prueba suficiente ya que la misma ha sido corroborada con otras pruebas sobre su participación en los delitos que se le acusa, por lo que no se advierte contradicción en la sentencia, las otras personas sometidas a procedimiento abreviado no han sido objeto de la sentencia en la presente litis, por lo que su tratamiento no corresponde a esta apelación, no siendo evidente este agravio en el contexto esgrimido por el recurrente.

Cuarto Agravio: La sentencia es contradictoria y es insuficiente art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., la contradicción de la sentencia tiene su fundamento en los siguientes hechos: en la sentencia ha existido una mala valoración de la prueba ya que se le ha condenado con la pena máxima sin que en su contra exista las suficientes pruebas, no ha existido una apreciación conjunta de la pruebas ya que la sentencia se basa en una declaración de un testigo que nunca puede hacer prueba suficiente, en apreciaciones subjetivas e inexistentes, el tribunal no ha considerado y no ha tomado en cuenta por la sana crítica que los autores del delito de tráfico que fueron encontrados con sustancias controladas infraganti han sido beneficiados con la pena de 8 años y a su persona que no encontraron en requisa con ninguna sustancia se sanciona con una pena máxima, presumiendo su culpabilidad, existe contradicción en la sentencia, han inaplicado, inobservando y contradicho la correcta subsunción del hecho al derecho, al determinar la existencia de agravante siendo las normas erróneamente aplicadas e inobservadas los arts. 13, 14, 20, 308 Bis num. 3 del Cód. Pen. y el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., al respecto; se tiene que básicamente, el recurrente refiere una mala valoración de la prueba ya que se le ha condenado con la pena máxima sin que en su contra exista las suficientes pruebas, del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación, así mismo, la sentencia apelada en la parte: referida al Considerando II.1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2.- Fundamentación Probatoria Descriptiva" y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la

participación del imputado recurrente en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta, porque la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral, público, continuo y contradictorio ha sido suficiente para generar en el tribunal a quo, convicción plena más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del imputado recurrente, de este análisis se denota haberse observado lo dispuesto por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia, no es evidente que el tribunal de mérito haya condenado al recurrente sin prueba, ha existido una apreciación conjunta de las pruebas ya que la sentencia se basa en prueba suficiente ya que la misma ha sido corroborada con otras pruebas sobre su participación en los delitos que se le acusa, por lo que no se advierte contradicción en la sentencia, cuando ella ha sido motivada y fundamentada; cumpliendo los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, por lo que no se evidencia agravio alguno.

Que la línea jurisprudencial con relación a la valoración de la prueba, establece que, es de competencia del juez o Tribunal de Sentencia; porque ellos son los que se encuentran presentes en la producción de prueba y perciben directamente dicho acto trascendental, que luego, servirá como plataforma objetiva para la apreciación de la prueba producida, esto en respeto del Principio de Intangibilidad de la prueba; los otros aspectos referidos como agravio sobre otras personas que se sometieron a procedimiento abreviado y merecieron menor pena, corresponde a un marco legal y base fáctica diferente considerado en sentencia, diferente de la que hoy apela el recurrente, por lo que no puede deducirse que fueran dos situaciones fácticas similares, porque de hecho; son dos procedimientos diferentes, por lo que en este margen tampoco se advierte agravio alguno.

Cuarta.- Apelación de Abundio Mamani Cáceres: Primer Agravio: A) Hechos no acreditados en el debate oral público y contradictorio para dictar sentencia condenatoria, que la base fáctica refiere Abundio y Richard, se han puesto de acuerdo para trasladar las sustancias controladas, dándose la tarea de reclutar gente. Por ello, la conducta se subsumiría al delito de tráfico de sustancias controladas, acotando además, que fuera su persona quien estaría financiando la actividad de transporte de sustancias controladas. Sobre dicha base fáctica se ha desarrollado el Juicio oral público y contradictorio, donde se ha producido la prueba con el afán de acreditar el hecho y su responsabilidad penal, que no ha sido acreditada objetivamente, al respecto; del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de Fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación, así mismo, la sentencia apelada en la parte: referida al Considerando II. 1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2- Fundamentación Probatoria Descriptiva" y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta, porque la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral, público, continuo y contradictorio ha sido suficiente para generar en el tribunal a quo, convicción plena más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del imputado recurrente, de este análisis se denota haberse observado lo dispuesto por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia, no es evidente que el tribunal de mérito haya condenado al recurrente sin prueba, por lo que no es evidente este agravio.

Como otro agravio en este punto refiere: B) Hechos no acreditados objetivamente y defectuosa valoración de la prueba.- No se ha demostrado la posesión dolosa de las sustancias controladas, el tribunal lo considera así, por el vínculo familiar con el coencausado Richard Paco Mamani, elemento indiciario insuficiente, desconocía que el narco-vehículo conducido por Richard y otros, trasladaba las sustancias controladas, desconocimiento, corroborado por las declaraciones confesorias de los demás coencausados, elementos probatorios que no han sido objeto de mención menos de valoración por el tribunal, su participación fue simplemente como fletero de pasajeros, no ha sido acreditado el supuesto financiamiento hecho por su persona en la actividad ilícita de tráfico de sustancias controladas, el tribunal no señala cuales son las razones, criterios sólidos y elementos probatorios por los que arribaron a ese razonamiento de culpabilidad. No ha sido acreditado que su persona sea responsable de la tarea de reclutar a los demás participantes en el hecho delictivo acusado, las sustancias controladas, fue adquirida por él coencausado Richard Paco Mamani de Juan Condori y por los demás acompañantes Omar Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani, quienes han reconocido su participación sometiéndose al procedimiento abreviado, probado a través de su declaración confesoria, no tenía necesidad de contratar o reclutar a sus propios familiares para el transporte de sustancias controladas, no ha sido encontrado en posesión de dinero alguno sea nacional o extranjero al momento de su aprehensión, en los hechos, la circulación del motorizado que conducía fue en carretera de circulación masiva del transporte público, de ninguna manera la aprehensión fue hecha en sendas creadas ocultas para ser considerado como punta de lanza conocedor único de la carretera, circunstancia por la que no puede establecerse la posesión dolosa de las sustancias controladas incautada en otro vehículo, se vulnera su condición de presunción de inocencia del art. 116 de la C.P.E., al presumir su participación en otros delitos relacionados con la L. N° 1008 en anteriores viajes, lo que constituye defecto absoluto insubsanable en previsión del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., al respecto; la sentencia se basa en prueba suficiente ya que la misma ha sido corroborada con otras pruebas sobre su participación en los delitos que se le acusa, por lo que no se advierte contradicción en la sentencia, las otras personas sometidas a procedimiento abreviado no han sido objeto de la sentencia en la presente litis, por lo que su tratamiento no corresponde a esta apelación, no siendo evidente este agravio en el contexto esgrimido por el recurrente; así se establece del análisis de la sentencia en la parte del Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego, en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación, así mismo, la sentencia apelada en la parte: referida al Considerando II, 1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2- Fundamentación Probatoria Descriptiva" y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber

subsumido su conducta a estos tipos penales el recurrente, en relación a su participación en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta; por lo que no se evidencia agravio alguno.

Como otro agravio en este punto refiere: C) Presunciones insuficientes para determinar su culpabilidad en el delito de tráfico de sustancias controladas.-

El tribunal, dicta sentencia condenatoria en su contra supliendo la ausencia de prueba material y objetiva con excesivo subjetivismo, el hecho de la relación de familiaridad con los coencausados no implica planificación previa con los mismos en el tráfico de sustancias controladas, no es elemento determinante para ser considerado experto del negocio del tráfico de sustancias controladas, reincidente, cual le considera el tribunal por el hecho de que, el vehículo que conducía tenga antecedente de salida de Chile e ingreso a Bolivia, por lo que dicha presunción no puede suplir la ausencia del elemento objetivo y subjetivo de la posesión dolosa de sustancias controladas; su participación en el tráfico de sustancias controladas no puede deducirse por el hecho que en el momento de su aprehensión exista una llamada al celular de propiedad del coencausado Carlos Mamani Cáceres, y por ello deducir su participación y conocimiento doloso del tráfico de sustancias controladas cuando dicho aparato no le correspondía, al respecto, el apelante refiere que el tribunal a quo, supliendo la ausencia de prueba material y objetiva con excesivo subjetivismo, tomo en cuenta el hecho de la relación de familiaridad con los coencausados y que ello no implica planificación previa; del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena graduar y determinar la pena correspondiente, tomando en cuenta el grado de participación, así mismo, la sentencia apelada en la parte: referida al Considerando II.1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2- Fundamentación Probatoria Descriptiva" y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta, porque la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral, público, continuo y contradictorio ha sido suficiente para generar en el tribunal a quo, convicción plena más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del imputado recurrente, de este análisis se denota haberse observado lo dispuesto por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia, no es evidente que el tribunal de mérito haya condenado al recurrente sin prueba, pretendiendo el recurrente que este tribunal valore nuevamente la prueba, olvidándose que por respeto al principio de intangibilidad este tribunal está impedido para realizar tal labor; por lo que no es evidente este agravio.

Como otro Agravio en este punto refiere: D) Insuficiencia y contradicción en la fundamentación de la sentencia condenatoria.- Dice que como consecuencia de la apreciación subjetiva de los hechos, la fundamentación es insuficiente y contradictoria y se basa en hecho no acreditado de posesión dolosa de sustancias controladas de forma conjunta con el encausado Richard Paco Mamani, cuando el cuerpo del delito fue incautado del narco vehículo desde su origen por el encausado- confeso Richard Paco Mamani y sus acompañantes Omar Félix Flores Ramos y Sabino Flores Mamani, que han confesado su responsabilidad y participación en el ilícito sometiéndose a proceso abreviado, es equivocadamente condenado como autor del delito de tráfico de sustancias controladas. Es contradictoria por que el tribunal refiere y concluye en primer instancia una supuesta posesión dolosa, flagrante de forma conjunta del cuerpo del delito (Sustancias controladas) con el encausado Richard Paco Mamani, cuando contradictoriamente en la sentencia también como hecho probado que, el motorizado con placa de control CB-YZ-30, conducido por su persona no llevaba ninguna droga, sino que únicamente se encontraba conduciendo en compañía de otros cuatro encausados, quienes le pidieron ser trasladados bajo engaños y por motivos de trabajo a Abaroa, la fundamentación de la sentencia condenatoria es insuficiente, emerge de simples presunciones y no de hechos acreditados objetivamente, vulnerándole la presunción de inocencia el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., es un delito que tiene como elemento primordial la existencia de dolo es decir conocimiento cabal y sabiendas de que se transporta y posesión dolosa de sustancia controlada en el narco vehículo conducido por Richard Paco Mamani desde su origen. Por lo que no existe prueba suficiente que con certeza deje entrever su participación en el ilícito que se le juzga, y no se ha aplicado el principio In dubio pro reo, al respecto; la sentencia apelada en la parte referida al Considerando II. 1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2- Fundamentación Probatoria Descriptiva" y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en el art. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta, porque la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral, público, continuo y contradictorio ha sido suficiente para generar en el tribunal a quo, convicción plena más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del imputado recurrente así también se denota de los contenidos en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, donde el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena graduar y determinar la pena correspondiente, tomando en cuenta el grado de participación, por lo que no podía aplicarse el principio In dubio pro reo, en este contexto legal no se evidencia el agravio denunciado.

Segundo Agravio.- Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva defecto de la sentencia (Art. 370-1 Cód. Pdto. Pen.). Pide la subsunción del hecho al tipo penal de transporte de sustancias controladas en grado de complicidad, de persistir subjetivamente en su participación y responsabilidad en los ilícitos acusados se debe modificar la subsunción de su conducta al tipo penal correcto conforme las circunstancias y hechos probados de una valoración integral de los medios probatorios desfilados en juicio oral, público y contradictorio, no se ha acreditado, elemento esencial de la conducta descrita por el art. 48 de la L. N° 1008 que establece el tráfico de sustancias controladas, cual es la "comercialización" de sustancias controladas ilícitas en una de las formas que establece el art. 33-m) de la L. N° 1008, su conducta no se

encuentra vinculada a estos fines más allá de suposiciones de que su persona sería experto en el tráfico de sustancias controladas y conocedor del ingente dinero que se gana por dicha actividad ilícita, no ha sido probado por el acusador público, inferencia que deviene del conocimiento privado de los juzgadores, basado en apreciaciones subjetivas de simples presunciones, violando el principio de inocencia estatuido en el art. 116 de la C.P.E., fue Richard Paco Mamani y a través de su declaración confesoria se conoció y probó que fue quien ha adquirido la sustancia controlada de Juan Condori, por lo que no tiene vinculación objetiva en la adquisición de la sustancia controlada menos en su financiamiento, no se ha sido acreditado el hecho que posterior al traslado de los coencausados Marco Antonio, Carlos, Beymar y otro al lugar de Abaroa, sea también el encargado o responsable de la comercialización o transacción de la sustancia controlada, de las declaraciones confesorias de los referidos hubiera sido contratado como fletante con engaño y desconocimiento del transporte de sustancias controladas en el narco-vehículo conducido por el coencausado Richard Paco Mamani, su financiamiento de la sustancia controlada transportada por Richard Paco Mamani, su conducta ha sido mal subsumida al tipo penal de tráfico de sustancias controladas previsto en el art. 48 con relación al inc. m) de la L. N° 1008, que tiene como elemento esencial la comercialización de la sustancia controlada, por lo que corresponde subsumir su conducta al tipo penal de transporte de sustancias controladas en grado de complicidad, descrito en el art. 55 de la ley especial 1008, con relación al art. 75 de la misma norma; correspondía aplicar el principio de "favorabilidad" e "In dubio pro reo", la norma especial antes que la general, han aplicado indebidamente la norma sustantiva general prevista en el art. 48 con relación al inc. m) del art. 33 de la L. N° 1008, violando el principio de legalidad, tipicidad y favorabilidad, al respecto; este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele, el recurrente esgrime como erróneamente aplicados el art. 53 y 55 de la L. N° 1008 en relación al art. 55 de la ley especial 1008, con relación al art. 75; aduciendo complicidad y no autoría; del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación; por lo que no se puede subsumir su conducta al tipo penal de transporte de sustancias controladas en grado de complicidad, en este sentido en cumplimiento del Principio de Intangibilidad de la prueba, no se denota que se hubiese violando el principio de legalidad, tipicidad, favorabilidad el principio de inocencia, por lo que no se evidencia agravio alguno.

Tercer Agravio: Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva en la fundamentación e imposición de la pena.- (Defecto de sentencia art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.).- El tribunal de mérito ha fundamentado jurídicamente la imposición de la pena privativa de libertad de 16 años y 13 mil días de multa con pleno desconocimiento de la ley especial 1008, aplicando indebidamente el art. 45 del Cód. Pen., que rige y funciona para delitos ordinarios previstos en el código punitivo. Sostiene errónea aplicación de la ley sustantiva en la pena con el fundamento de que, ante la concurrencia del concurso real previsto en el art. 45 del Cód. Pen., el juez o tribunal está facultado sancionar con la pena del delito más grave y aumentar la sanción al máximo hasta la mitad, que dicha permisión legal funciona únicamente cuando se juzga delitos ordinarios previstos en el Código Penal, no es legal aplicar dicha sanción prevista en dicha norma general (Código Penal) cuando se juzga delitos previstos en la L. N° 1008, los autores del delito principal ya sea de transporte, tráfico u otro, debe ser sancionado con un tercio más de la pena principal por la concurrencia del delito de asociación delictuosa y confabulación, toda vez de que el legislador ha sido claro al legislar el tipo penal y al mismo tiempo imponer la sanción respectiva específica e inequívoca para cuando concorra dicho tipo penal cuyo texto es claro: "los que se organicen en grupo de los o más personas para la comisión de los tipos penales establecidos en la presente ley. Serán sancionados con un tercio más de la pena principal". Norma legal sustantiva y especial que ha sido inobservada por el tribunal de mérito al momento de fundamentar e imponerles la sanción en contra de los 5 coencausados con la pena del delito más grave, aumentado la sanción al máximo hasta la mitad, conducta ilegal con el que se ha infringido el principio de legalidad especialidad y garantía del debido proceso, que ante la concurrencia de colisión de normas jurídicas conforme el Código Penal, debe estarse a lo más favorable, con la sanción impuesta por el delito más grave y agravado en el caso al máximo hasta la mitad, desconociéndose el art. 116-I esto es: "En caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable". La posición asumida por el tribunal en imponer y fundamentar jurídicamente una sanción en una norma sustantiva general (art. 45 Cód. Pen.) que funciona únicamente para los delitos ordinarios.

Lo ha hecho con pleno desconocimiento de la sanción impuesta en la ley especial L. N° 1008 (art. 53 de la L. N° 1008) contraponiéndose a la jurisprudencia y doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia establecido en el A.S. N° 417 de 19 de agosto de 2003, a1 respecto; como ya se ha referido, este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; del análisis de la sentencia en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación del recurrente; ha aplicado el art. 45 del Cód. Pen. referido al Concurso Real, correctamente conforme a la base fáctica del caso sub lite en relación con el art. 362 del Cód. Pdto. Pen. para establecer la congruencia de la sentencia, denotándose ser así, del análisis de la parte II.2 Fundamentación Probatoria Descriptiva. Hechos Probados en el Punto Tres, de estos contenidos no se evidencia el agravio expuesto, en los parámetros descritos por el recurrente.

Cuarto Agravio.- El recurrente refiere, actividad legal defectuosa. Art. 169-3, violación de los derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de Inocencia estableciendo como Disposiciones legales violadas o erróneamente aplicadas: arts. 115 y 117 de la C.P.E.; 124, 160-III, 359, 360 del Cód. Pdto. Pen., alega que el Ministerio Público amparado en la L. N° 586 que modifica el procedimiento y establece la posibilidad que en cualquier momento del desarrollo del juicio oral se puede presentar una solicitud de salida alternativa, presento incidente de procedimiento abreviado, el tribunal rechazo este incidente; que ante la presentación del incidente de aplicación de una salida alternativa como es el procedimiento abreviado por parte del Ministerio Público, el tribunal de sentencia tenía que correr traslado a la parte imputada, ya sea para que niegue o se allane a la solicitud de procedimiento abreviado, puesto que un incidente merece necesariamente el pronunciamiento de la contraparte, sin embargo en el juicio después que el Ministerio público planteo la salida alternativa de procedimiento abreviado, directamente se resolvió sin ningún trámite de ley la resolución del incidente presentado por el Ministerio Público, merecía el pronunciamiento del tribunal en su conjunto, sin embargo el presidente del tribunal fue

quien de manera individual resolvió el incidente, sin la participación del tribunal en su conjunto, lo que hace entender claramente que se ha vulnerado el procedimiento y principalmente su derecho a un juicio justo que garantice su derecho a la defensa amplia, pues su persona no tuvo oportunidad de poder responder el incidente del Ministerio Público, como tampoco se consultó a los otros jueces técnicos su opinión sobre el incidente interpuesto, tan solo el presidente de manera unilateral y sin consultar a nadie resolvió el incidente, aspecto omitido no puede subsanarse, esta omisión que vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa, defecto absoluto previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., vulnerando el debido proceso y la fundamentación jurídica, al respecto; del análisis y lectura del acta de registro de juicio oral de fs. 339 y vta., se establece que en el momento procesal de interposición de excepciones e incidente, el fiscal no presentó ninguna, pero los abogados de los imputados han solicitado por la vía incidental salida alternativa de procedimiento abreviado alegando haber conversado con otro fiscal por lo que el Ministerio Público solicita tiempo para conversar, ante su petición el presidente del tribunal le concede por el espacio de 5 minutos. Reinstalándose a hrs. 9:13, haciendo conocer el fiscal que sobre los imputados Carlos Mamani Cáceres, Marco Antonio Mamani Alvarado y Beymar Cáceres no se opone y sobre los otros dos imputados pide se continúe el proceso al ser su participación diferente, posteriormente, el tribunal a quo previa deliberación y por unanimidad, fundamentando a emitido el Auto de 12 de febrero de 2016, por el que rechaza la solicitud del Ministerio Público y dispone proseguir con el juicio; de estos antecedentes no se denota que, solo el presidente de manera unilateral y sin consultar a nadie resolvió el incidente, por lo que este aspecto rebuscado por el recurrente, para establecer defecto absoluto, y no se ha vulnerado el debido proceso y el derecho a la amplia defensa por lo que tampoco es evidente este agravio.

Quinto Agravio: Que existe inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva establecida en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. Dice el recurrente que, en los puntos 2 y 3 ya se refirió a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, alega violación de los derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia, vulneración a los arts. 13, 13 quater, 14, 15, del Cód. Pen., 48 y 53 de la L. N° 1008, 366 del Cód. Pdto. Pen., 115, 117 y 180 (principio de legalidad) de la C.P.E., que no se ha encontrado ni un gramo de sustancia controlada alguna; por el simple hecho de ser el chofer se le ha imputado el delito de tráfico. Siendo que a los otros que se encontraban con él, en el motorizado se les imputa el delito de transporte. Al no haberse en el juicio establecido una situación diferente de la suya con las otras personas que se encontraban en el motorizado, porque se le indilga el delito de tráfico; en la acusación no se dice absolutamente nada de lo que se maneja en la sentencia con referencia a las acciones realizadas por su persona, se lee la acusación y se lee la sentencia son acciones totalmente diferentes supuestamente las que hubiese cometido. En la acusación se dice que su persona por el hecho de que estaba conduciendo un motorizado de propiedad de su esposa llevando supuestamente a mochileros cometía el delito de tráfico; mientras en la sentencia refiere a hechos totalmente inexistentes, el tribunal de sentencia de manera forzada pretende señalar que su conducta se subsume al tipo penal de tráfico sin fundamentar que es lo que tenía en posesión dolosa, que es lo que estaba transportando y por último que es lo que iba a sacar del país, al respecto; como ya se ha referido, este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; del análisis de la sentencia en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación del recurrente; ha aplicado el art. 45 del Cód. Pen referido al concurso real, correctamente conforme a la base fáctica del caso sub lite en relación con el art. 362 del Cód. Pdto. Pen. para establecer la congruencia de la sentencia, denotándose ser así, del análisis de la parte II.2 Fundamentación Probatoria Descriptiva. Hechos Probados en el Punto Tres, de estos contenidos no se evidencia el agravio expuesto, en los parámetros descritos por el recurrente.

Sexto Agravio: Que no exista fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria. Art. 370-5. Dice el recurrente de igual manera la fundamentación de este punto de ninguna manera es contradictoria a la realizada en el inc. d) del num. 1 de la presente apelación y expone este defecto de sentencia, violación de derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, la legítima defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia. La sentencia no fundamenta que hechos se encuentran probados y cuáles son las pruebas que sustentan estos hechos; la sentencia es contradictoria pues en el punto de hechos probados la sentencia en el punto II. 2. Hechos probados, en el numeral tres, haciendo una serie de afirmaciones contra su persona que de ninguna manera se encuentra demostrado con referencia a su persona y a Richard Paco cuando se refiere a las atenuantes refiere; existen las siguientes atenuantes: " el ser padre de familia, tener 3 hijos y no tener otros antecedentes penales"; la contradicción radica en que primero afirma que es un experto en el negocio de sustancias controladas sin que este extremo sea verificable con prueba alguna y contradictoriamente señala que no tiene antecedentes penales, que refiere claramente que su persona no tiene ningún tipo de antecedentes. Por otra parte la ausencia de fundamentación en varias afirmaciones que realiza hace que la sentencia sea despótica; pues la sentencia llega a límites de cometer el delito de falsedad ideológica. La sentencia no hace valoraciones intelectivas, al respecto; la sentencia apelada en la parte: referida al Considerando II.1.- Fundamentación Probatoria Intelectiva", la parte referida a "II.2- Fundamentación Probatoria Descriptiva" Hechos Probados en el Punto Tres y el Considerando III de Fundamentación Probatoria Jurídica"; de la revisión de estos contenidos, se establece que la prueba fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba; y el tribunal de mérito, luego de analizar la prueba producida en juicio llega a la conclusión de que los hechos encajan al tipo penal previsto en los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación, por haber subsumido su conducta a estos tipos penales, en relación a la participación del imputado recurrente en el ilícito acusado, su grado de culpabilidad y la pena impuesta, porque la prueba admitida, producida e incorporada al juicio oral, público, continuo y contradictorio ha sido suficiente para generar en el tribunal a quo, convicción plena más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del imputado recurrente así también se denota de los contenidos en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, donde el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querrellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena graduar y determinar la pena correspondiente, tomando en cuenta el grado de participación del recurrente, en este contexto legal no se evidencia el agravio denunciado .a límites de cometer el delito de falsedad ideológica la sentencia recurrida, agravio forzado por el recurrente, que lo torna más aún como no evidente.

Quinta.- Apelación de Marco Antonio Mamani Alvarado, Primer Agravio: Errónea e inadecuada subsunción del hecho al de autor del delito de transporte de sustancias controladas, indica como motivo la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, que llevo a

producirse a momento de juzgarle, inobservancia que recae en la errónea subsunción o calificación de su conducta al considerarle autor respecto del delito de transporte de sustancias controladas y errónea aplicación de la ley ordinaria en la fundamentación de imposición de la pena, "vicio in iudicando" cual constituye defectos de la sentencia impugnada conforme dispone el art. 370-1 de la L. N° 1970, que corresponde al tribunal de alzada por el principio de legalidad, tipicidad y favorabilidad, subsumir su conducta al precepto jurídico contenido en el art. 75 de la L. N° 1008 es decir complicidad, respecto al delito previsto en el art. 55 del mismo cuerpo legal. Con la correspondiente imposición o modificación de la pena o sanción prevista en el mismo precepto legal (Art. 76-1008), al respecto; este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; en el caso el recurrente esgrime como erróneamente aplicados el art. 53 y 55 de la L. N° 1008 en relación al art. 55 de la ley especial 1008, con relación al art. 75; aduciendo complicidad y no euforia; del análisis de la sentencia en la parte referida al Considerando III Fundamentación Probatoria Jurídica, el tribunal a quo, con la debida fundamentación subsume el actuar de los imputados al tipo penal querrellado, para luego en la parte de fundamentación de la pena ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación; por lo que no se puede subsumir su conducta al tipo penal de transporte de sustancias controladas en grado de complicidad, en este sentido en cumplimiento del principio de intangibilidad de la prueba; no se denota que se hubiese violando el principio de legalidad, tipicidad y favorabilidad, por lo que no es evidente el agravio en los parámetros expuestos.

Segundo Agravio.- Inobservancia de la ley sustantiva especial en la fundamentación e imposición de la pena.- Alega el recurrente que, no únicamente, se ha subsumido, incorrecta, indebida e ilegalmente su conducta al de autor del delito de transporte de sustancias controladas, cuando jurídicamente, su responsabilidad se halla absorbida dentro de la complicidad del mismo, también el tribunal aplica errónea e indebidamente la ley general al momento de la aplicación y fundamentación de la pena, desconociendo la ley especial sustantiva L. N° 1008 "Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas"; que ello ocurre, no únicamente con respecto a su persona, sino también con relación a todos los acusados, toda vez que el tribunal, al momento de la imposición de la pena de presidio, fundamenta la imposición de la pena jurídicamente en la ley general, art. 45 del Cód. Pen., aplicando la sanción de la pena del delito más grave, aumentando además la pena al máximo hasta la mitad, que no corresponde aumentar la pena al máximo hasta la mitad, imponiéndole la pena de 13 años de presidio en virtud a la sanción contenida en el art. 45 del Cód. Pen. (Ley General), cuando en los hechos correspondía imponer la pena por el delito de asociación delictuosa y confabulación en los términos establecidos en el art. 53 de la L. N° 1008 es decir con un tercio más de la pena principal, correspondía en derecho aplicar con preferencia la ley especial ante la ley general que rige para los delitos ordinarios, y por tanto ser sancionado con un tercio más de la pena principal por el delito de asociación delictuosa y confabulación toda vez que la ley general (art. 45 del Cód. Pen.) solo funciona en los delitos ordinarios que se encuentran contenidos en el mencionado código punitivo el tribunal de sentencia, no únicamente ha incurrido en inobservado la ley especial (L. N° 1008), además, coetáneamente ha efectuado un indebida aplicación del art. 45 del Cód. Pen. (ley general) en la fundamentación e imposición de una pena, dicha arbitrariedad e ilegalidad viene a constituir defecto absoluto por constituir violación a la garantía constitucional del debido proceso, en conformidad del art. 169-3 del Cód. Pen. Con desconocimiento flagrante del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., que manda que la sentencia fijara con precisión las sanciones que correspondan, lo cual no ha ocurrido en la especie. Se ha desconocido el principio de especialidad en lo que atañe a la aplicabilidad de la ley, por ende ha aplicado indebidamente la ley sustantiva al momento de la imposición de la penal, al respecto; como ya se ha referido, este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; del análisis de la sentencia en la parte de fundamentación de la pena el tribunal a quo ha graduado y determinado la pena correspondiente tomando en cuenta el grado de participación del recurrente; ha aplicado el art. 45 del Cód. Pen. referido al Concurso Real, correctamente conforme a la base fáctica del caso sub lite en relación con el art. 362 del Cód. Pdto. Pen. para establecer la congruencia de la sentencia, denotándose ser así, del análisis de la parte II.2 Fundamentación Probatoria Descriptiva. Hechos Probados en el Punto Tres, de estos contenidos no se evidencia el agravio expuesto, en los parámetros descritos por el recurrente.

Que al respecto es necesario tomar en cuenta el Principio de verdad material o real, que se encuentra establecido en el art. 180-I Constitucional, el mismo que dispone que: la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en el principio de verdad material, que se expresa en la obligación que tiene todo juzgador al momento de emitir una resolución judicial, anteponer la verdad de los hechos antes que cualquier situación, sin dejar de lado las formas procesales determinadas por ley; es decir que al efectuar la decisión el Tribunal de Justicia, prevalecerá la verificación y el conocimiento de los hechos materiales, sobre el conocimiento de las formas, siempre y cuando no signifique vulneración de derechos y garantías constitucionales, aspecto que se ha cumplido en el caso sub lite.

CONSIDERANDO.- Que la línea jurisprudencial con relación a la valoración de la prueba, establece que, es de competencia del juez o Tribunal de Sentencia; porque ellos son los que se encuentran presentes en la producción de prueba y perciben directamente dicho acto trascendental, que luego, servirá como plataforma objetiva para la apreciación de la prueba producida. En la litis, de la sentencia apelada de la revisión de sus contenidos, se establece que la prueba de cargo y descargo fue valorada coherentemente, respondiendo a un iter lógico, en los juicios vertidos sobre la prueba, denotándose una labor del juez a quo que ha llegado a la conclusión de que los hechos encajan perfectamente a los tipos penales previstos en el art. 55 y 53 de la L. N° 1008, transporte de sustancias controladas, asociación delictuosa y confabulación; por lo que el tribunal de alzada en su análisis no puede retrotraer su actividad jurisdiccional a las circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidos a control oral, público y contradictorio.

Que son dos los principios que rigen la sentencia en materia penal: el de la congruencia o correlación entre acusación y sentencia y el denominado "iura novit curia". La correlación puede ser subjetiva y objetiva.

Que la congruencia o correlación subjetiva tiene directa relación con la regla de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido acusado; por ello no habrá congruencia si en el fallo judicial se condena a una persona que no ha sido previa y formalmente acusada.

Que la congruencia o correlación objetiva se refiere básicamente, a que nadie puede ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación. La sentencia en análisis conlleva el respeto por el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.

Que la sentencia como producto del análisis de antecedentes y pruebas traducido en el binomio: hecho y pena, se ha dado en el presente caso.

Que, la Jurisprudencia vinculante del A.S. N° 11912010 de 29 de abril de 2010 expresa: "Al tribunal de alzada le corresponde realizar el control de legalidad, dejando a salvo el conocimiento de los hechos y la prueba al órgano del juicio".

CONSIDERANDO.- Que en mérito a todo lo señalado precedentemente, en aplicación de la Constitución Política del Estado, la Doctrina Legal Aplicable y vinculante, el debido proceso y en resguardo de los principios de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad; habiéndose en el caso de la litis acreditado, de todos los actos procesales analizados en la presente resolución; que el tribunal a quo, ha obrado conforme a ley, al haber impuesto la sanción en contra de los recurrentes.

Que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, el cual encuentra su sustento de vinculatoriedad y obligatoriedad en el art. 420 del Cód. Pdto. Pen. teniendo en cuenta que la vinculatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia es el máximo reflejo del derecho a la igualdad de las personas frente a la administración de justicia y el derecho a la tutela legal efectiva.

Que en este sentido, debemos indicar que la doctrina legal aplicable, no es más que la interpretación de la ley que realiza el Tribunal Supremo de Justicia cuando la norma le atribuye esa competencia, en tal virtud, esta atribución y la vinculatoriedad u obligatoriedad se encuentra plasmada en los arts. 419 y 420 del Cód. Pdto. Pen.

Que, dentro del marco establecido por el art. 398 y en las formas-según el caso- previstos en el art. 13 del Cód. Pdto. Pen. en mérito de la Doctrina Legal Aplicable el A.S. N° 112/2007 Sucre 31 de enero de 2007, que refiere respecto de la verificación de la valoración de la prueba por el tribunal de alzada "El tribunal de alzada no se encuentra facultado para valorar la prueba, sin embargo puede verificar si se ha valorado correctamente la prueba".

CONSIDERANDO.- Que en consecuencia de todo los elementos analizados se concluye que el Tribunal de Sentencia N° 1 de Potosí, al emitir la sentencia recurrida aplico las reglas de la sana crítica y se halla debidamente fundamentada; por su parte los recurrentes denotan en su apelación una actitud totalmente temeraria llegando incluso al extremo de sindicarse que con la sentencia se hubiese cometido el ilícito de falsedad Ideológica.

Que al respecto debe tenerse presente que el A.S. N° 75 de 14 de abril señala "La apelación y fundamentación de agravios fijan los límites de la competencia del tribunal ad quem para la resolución en segunda instancia, que se circunscriben a los puntos resueltos por el inferior y que hubieran sido objeto de apelación. Se interpondrá debidamente fundamentada (...); así también se evidencia del A.S. N° 141/2006 de 22 de abril de 2006 que establece: " El tribunal de apelación al circunscribir su competencia a los puntos impugnados o a los defectos absolutos, los mismos deben encontrarse con el fundamento respectivo", plenamente concordante con el A.S. N° 083/2013 de 26 de marzo de 2013 que refiere "El tribunal de apelación se encuentra en la obligación de circunscribir sus actos jurisdiccionales a los puntos apelados"; por su parte el Tribunal Constitucional ha expresado a través de la S.C. N° 0486/2010, que el principio de congruencia es un elemento de la garantía del debido proceso señalando que es "la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, la misma que debe guardar concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento, que llevo a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones, es que, quien administra justicia, emitirá fallos motivados, congruentes y pertinentes", que: "El principio de congruencia, responde a la pretensión jurídica o la expresión de agravios formulada por las partes; la falta de relación entre lo solicitado y lo resuelto contradice el principio procesal de congruencia ; la resolución de primera y o segunda instancia, debe responder a la petición de las partes y de la expresión de agravios, constituyendo la pretensión jurídica de primera y/o segunda instancia".

POR TANTO.- La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de justicia de Potosí, ADMITE el recurso de apelación en tiempo y forma establecidos por ley y deliberando en el fondo del trámite de apelación restringida declara IMPROCEDENTES, los recursos de apelación restringida planteados por Richard Paco Mamani de fs. 367 a 374, Beymar Cáceres Gutiérrez de fs. 384 a 389, Carlos Mamani Cáceres de fs. 399 a 405, Abundio Mamani Cáceres de fs.413 a 422 y Marco Antonio Mamani Alvarado de fs. 430 a 432, del cuaderno procesal contra la Sentencia N° 01 /2016, que cursa de fs. 326 a 338 del Expediente de apelación, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 1 de Potosí, en consecuencia CONFIRMA totalmente, la sentencia apelada referida.

Vocal relatora: Dra. María Cristina Montesinos Rodríguez.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: María Cristina Montesinos Rodríguez.- Julio A. Miranda Martínez.

Ante mí: Abg. Jhimmy D. Castro Gonzales.- Secretario de Cámara.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.

**271**

**Ministerio Público y otro c/ Silvia Vicente Flores
Peculado
Distrito: Oruro**

AUTO DE VISTA

Oruro, 04 de abril de 2016.

VISTOS: Recurso de apelación restringida interpuesto por la acusada Silvia Vicente Flores, por memorial de fs. 145 a 157 vta., contra la sentencia condenatoria de fs. 130 a 136 vta., memorial de contestación de fs. 160-161, los antecedentes del proceso, todo lo inherente, y.

CONSIDERANDO: I.- Que sobre la base de la acusación fiscal, y acusación particular, se sustancia esta causa en contra Silvia Vicente Flores por la presunta comisión del delito de peculado previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., en grado de autoría, la misma que concluye con la sentencia pronunciada el 08 de mayo de 2015, de fs. 130 a 136 vta., por la que se condena a Silvia Vicente Flores declarándole autora de la comisión del delito de peculado, tipificado y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., condenándola con la pena privativa de libertad de cinco (5) años, que debe cumplir en el Penal de "San Pedro" de Oruro, más el pago de doscientos días multa, a razón de Bs 2 por cada día, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y de la acusación particular a la Alcaldía de Challapata a ser averiguables en ejecución de sentencia.

Que notificadas en derecho a las partes, con el aludido fallo, la acusada Silvia Vicente Flores, interpone recurso de apelación restringida, contra la Sentencia N° 01/15 de 11 de mayo de 2015, pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Challapata, con la contestación del Alcalde Municipal de Challapata, el Tribunal de Sentencia, por la providencia de fs. 162 determina la remisión del cuaderno de apelación a conocimiento del tribunal de alzada, posteriormente radicada el mismo ante Sala Penal Segunda, que admite el recurso de apelación restringida, y se dispone que pasen obrados a despacho para emitir la resolución, ante la inexistencia de solicitud de audiencia de fundamentación oral complementaria del recurso.

CONSIDERANDO: II.- Que del análisis de los aspectos cuestionados por el apelante en la fundamentación de alzada, en vinculación a lo exigido por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se infieren las siguientes conclusiones de hecho y derecho:

II.1.- De las cuestiones de hecho que dieron lugar al juicio:

Que en relación a los antecedentes fácticos que dieron origen al juicio oral público y contradictorio, de acuerdo al relato contenido del fallo, se ilustra que a denuncia de Silvia Vicente Flores, se recibe la noticia de un hecho de hurto que probablemente se habría suscitado entre el 12 y 15 de noviembre de 2010, en circunstancias en las que según la denunciante, en su calidad de técnica D.I. Culta el 11 de noviembre de 2010, habría solicitado el préstamo de la estación total que resulta ser un equipo de topografía y de utilización exclusiva para el área técnica de la Alcaldía, la cual el 12 de noviembre de 2010 aproximadamente a hrs. 20:30 p.m., habría dejado en la oficina del área técnica de la Alcaldía en presencia de la portera del edificio de nombre de Luisa Cuizara Nava, ya que su persona se ausentaba a Oruro todos los fines de semana y por seguridad bajo la estación total. Ya el 15 de noviembre de 2010 a hrs. 08:05 a.m., aproximadamente, cuando se constituyó Silvia Vicente en las oficinas del área técnica a objeto de entregar el aparato topográfico a la jefa técnica, que no se encontraba para realizar la respectiva entrega y siendo de conocimiento de los técnicos Yoshie Mamani, Juan José Plaza, Franz Chambi Huarachi Heu Calani Patzi, quienes habrían visto solo el estuche del equipo en el lugar donde lo había dejado Silvia Vicente Flores; luego se constituyó a su oficina.

II.2.- Motivos del recurso:

Que la apelante Silvia Vicente Flores, acusa defectos de sentencia previsto en el num. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., señala aplicación errónea del art. 142 del Cód. Pen., errónea calificación de los hechos (tipicidad): Señala en la sentencia impugnada, se establece que vuestras autoridades ejercitan una valoración de los elementos de convicción con una clara y notoria imprecisión, además de establecer como probados, hechos que jamás fueron relatados por los testigos que consideran esenciales para la determinación asumida y menos acreditados con elementos de convicción documentales idóneos, esta afirmación tiene sustento en el Considerando VI Motivos de derecho que fundamentan la sentencia (subsunción), elementos fácticos relatados por vuestras autoridades luego de apreciaciones en torno a la forma de entrega y la no devolución del equipo de estación total a la oficina de almacenes y sacar conclusiones a partir de las documentales que conforman el proceso sumario administrativo, que fueron ofrecidos como prueba de descargo, con referencia al proceso subjuntivo del hecho con el delito de peculado por la que ha sido condenada señalan "Se concluye que Silvia Vicente se presentó mediante nota de 04 de noviembre de 2010 de la Oficina de Almacenes (MP-D1 y MP-D2) y no ha devuelto al Municipio (MPD3) este hecho constituye el delito de peculado". A partir de esta conclusión inserta en la parte in fine del noveno párrafo del Considerando VI, luego de transcribir in extenso el contenido normativo del tipo penal de peculado, previsto y sancionado en el art. 142 del Cód. Pen., con las modificaciones de la L. N° 004, para encontrar adecuación del hecho con el tipo penal infieren erróneamente, luego de hacer mención al contenido del art. 232 del C.P.E., así como también la

posición de garante conforme establece el art. 13 bis del Cód. Pen., y determinar que el delito de peculado es un ilícito propio y caracterizado por el ejercicio de la función y los deberes de cuidado que tiene el agente y tener bien jurídicamente protegido la función pública, refiere en la estructura de la sentencia no existe prueba testifical o documental que haya permitido concluir que su persona se hubiera apropiado el equipo denominado Estación Total, en la sentencia se reconoce erróneamente que su responsabilidad penal vendría de la acreditación de la apropiación del bien, sino, de la posición de garante como funcionaria pública sobre el bien referido. En los de la materia debía considerarse, según la calificación del art. 142 del Cód. Pen., los elementos que configuran el delito de peculado son la acción que consiste en apropiarse dineros, valores o bienes de cuya administración o custodia que está a cargo; el sujeto activo puede ser el funcionario público ejecutor de la conducta; el objeto jurídico es la defensa de los bienes patrimoniales del Estado y el verbo nuclear es apropiarse, que significa disponer de una cosa como si fuere propietario, la cosa se halla en posesión del agente, pero este ejerce sobre ella actos de dominio incompatibles con el título por el cual la guarda. Refiere en un Estado democrático una decisión judicial no puede aplicarse ley sustantiva sin mayor razonamiento sino, más bien, la persecución penal y la sanción penal, debe ser resultado de un análisis razonado y prudente de los elementos de convicción aportados durante el juicio oral, adecuándolos a la comprobación de la acción u omisión descritas en las acusaciones pública y particular, su comprobación con los elementos constitutivos del tipo penal o delito, para luego, aplicar la sanción. En la sentencia impugnada aquello no ocurre, porque se le condenó por el delito de peculado previsto en el art. 142 del Cód. Pen., vuestras autoridades no podían reducir estableciendo que su persona en su condición de funcionaria pública de la Alcaldía de Challapata, habría omitido su deber de cuidado como garante del equipo de trabajo, estación total, sin que la forma como ejerció derecho de propiedad sobre ese bien, como cosa propia con la mentada apropiación, haya sido en función a las exigencias del delito de peculado en el orden de sus elementos constitutivos, a tiempo de ejercitar el proceso de subsunción en la presente causa, carece de una apreciación concreta de los hechos y como estos se subsumen en el tipo penal art. 142 del Cód. Pen., no hay mínima referencia a la totalidad de los elementos constitutivos del tipo penal, con especial mención al verbo rector del mismo, omisión que le causa un agravio, toda vez que está condenada, cuando no se calificó adecuadamente el hecho con el delito acusado, generándose una errónea aplicación de la ley sustantiva, por la errónea calificación de los hechos (tipicidad) constituyendo un defecto de sentencia establecido en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. Señala como precedente contradictorio: AA.SS. Nos. 431 de 11 de octubre de 2006; 329 de 29 de agosto de 2006; 315 de 25 de agosto de 2006; 236 de 07 de marzo de 2007; no se ha observado la calificación del hecho a un tipo penal determinado, vuestras autoridades omitieron comparar la conducta acusada con los elementos constitutivos del delito de peculado.

Otro motivo del recurso insuficiente fundamentación probatoria intelectualiva de la sentencia que provoca la inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., defecto de sentencia que se encuentra en el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y constituye defecto absoluto previsto en el art. 169.3) de la L. N° 1970: señala una sentencia condenatoria debe contener una fundamentación coherente en función al hecho acusado, debe esbozar con criterio racional y certero, los elementos constitutivos del tipo penal por el que el imputado recibe una condena, en función a la acción o conducta por la que fue acusado, así como establecer y valorar los elementos probatorios que fueron admitidos y producidos durante la audiencia de juicio y fundamental la sanción penal; en la sentencia impugnada, no se tomaron en cuenta, en absoluto los argumentos de la fundamentación conclusiva, menos la prueba testifical y documental desfilada en el juicio oral y aquello no solo desmerece el valor de la decisión, sino que también promueve el reclamo y agravio a partir de la insuficiente fundamentación, ante la insuficiente fundamentación se ha afectado de manera frontal la garantía del debido proceso en su vertiente del derecho a la resolución fundamentada, conculcándose el art. 120-1) de la C.P.E., con relación al art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., en la sentencia impugnada le condenó a sufrir la pena de reclusión de 5 años en la Cárcel Pública de Oruro, por haber encontrado autora del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., modificado por la L. N° 004, con el argumento final contenido en el num. 5 del Considerando VI: a lo largo de la misma, no se tiene razonamiento vinculado de cómo se habría apropiado de la estación total que se hace mención en la decisión final impugnada, no existe razonamiento vinculado a los elementos constitutivos del tipo penal de peculado y su vinculación con la conducta que manifiesta vuestras autoridades, limitándose a establecer su condición de funcionaria pública, el derecho de propiedad de la Alcaldía de Challapata de la Estación Total y su condición de garante del bien, comprendiendo esta el deber de cuidado del bien, empero, es notorio en la sentencia la carencia absoluto de una fundamentación intelectualiva en torno a que elemento de prueba sea testifical o documental aportado en juicio haya demostrado el verbo rector del tipo penal de peculado, la apropiación como exigencia del ilícito. La Sentencia N° 01/2015, ha sido pronunciada sin la debida fundamentación, careciendo de requisitos básicos que deben tener una resolución final, toda vez que no contempla los elementos de juicio que indujeron a vuestro tribunal a sostener, en cuanto se refiere a su persona, más allá de encontrarse acreditado su condición de funcionario público y el hecho de haber recibido el equipo extraviado, si fue su persona u otra quien en definitiva se apoderó del mismo en los de la materia, no se acreditó en la fundamentación probatoria descriptiva como intelectualiva cómo su persona se apropió de los bienes que se le atribuyen, la fundamentación de la sentencia en los aspectos descriptivos e intelectivos resulta insuficiente, en mérito a que no se hizo mención en absoluto a la totalidad de los elementos constitutivos del tipo penal de peculado. Asimismo, señala carencia de valoración de los medios probatorios incorporados al juicio resulta siendo absolutamente demostrado, vuestras autoridades se limitaron a describir el medio probatorio y su contenido, y en el caso de la prueba testifical a una transcripción de las mismas, sin ninguna valoración intelectualiva de los mismos en ambos casos, aspecto que también constituye una falta de fundamentación en la sentencia, sin cumplir con la exigencia del art. 173 del Cód. Pdto. Pen. Señala como precedentes contradictorios: AA.SS. Nos. 437 de 24 de agosto de 2007; 724 de 26 de noviembre de 2004; N° 431 de 11 de octubre de 2006.

Otro motivo del recurso insuficiente fundamentación fáctica probatoria intelectualiva de la pena que provoca la inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., defecto de sentencia que se encuentra en el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y constituye defecto absoluto previsto en el art. 169-3) de la L. N° 1970: acusa insuficiente fundamentación en el tópicu fijación de la pena, la sentencia no contiene todas las exigencias en cuanto a la fijación de la pena, porque razones le condenan a sufrir aquella sanción en el orden de la fijación de la pena en el orden del los arts. 37 y 38, más allá de no haberse considerado la previsión legal contenida en el art. 40 de la Ley Sustantiva. Debemos establecer que los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., se refieren por su orden a "...la fijación de la pena..." el art. 37 del Cód. Pen., establece que,

"compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito: 1) Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso. 2) Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales..." en la causa se establece sus probidades no hacen ninguna referencia a su personalidad, pues una cosa es asumir fundamentos vinculados a la personalidad del imputado y otra distinta es, referir en la sentencia, sus generales, incluso de manera repetitiva y sin justificación o fundamentación alguna. Referirse a la personalidad, implica describir los rasgos psicológicos, de actitudes y comportamiento que el juez o tribunal del imputado a lo largo del juicio, los mismos que puedan ser explicados de manera anterior y posterior al hecho que fue objeto de juzgamiento, en los hechos aquella fundamentación no resulta en absoluto existente en el sentencia impugnada, cual es el fundamento vinculadas a mayor o menor gravedad del hecho, para configurar el quantum de la pena, no hay fundamento alguno vinculado a las circunstancias del hecho, en la línea establecida por el art. 38 del Cód. Pen., estaremos de acuerdo que según su parág. a) Debe establecerse, en cuanto a la apreciación del autor, su edad, educación, sus costumbres, ninguna de ellas mencionadas ni fundamentadas, la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que le impulsaron a delinquir, sin ningún fundamento, no hace mención a la situación económica y social. En relación al inc. b) del art. 38 del Cód. Pen., ausencia de fundamentación resulta más evidente, no existe ninguna fundamentación y menos referencia a las condiciones especiales de su persona en el momento de la ejecución del delito, así como ausencia de fundamentación a los antecedentes y condiciones personales, menos en relación a las personas ofendidas; menos se tiene fundamentación a las atenuantes generales previstas en el inc.2) del art. 40 del Cód. Pen., no se explica en absoluto, por qué razones, se decidió condenarme a cinco años, es tan insuficiente la fundamentación, que ciertamente no se sabe porque razones el quantum de la pena alcanzó a esa cantidad de años. Señala como precedentes contradictorios: AA.SS. Nos. 99 de 24 de marzo de 2005; 507 de 11 de octubre de 2007, su probidades se limitaron a una simple enunciación de sus generales de ley, sin ejercitar una fundamentación de la incidencia de los artículos en la fijación de la sanción.

Otro motivo del recurso, la sentencia se basa en hechos inexistentes y no acreditados que emergen de una defectuosa valoración de la prueba producida en la audiencia de juicio oral, defecto de de sentencia que se encuentra en el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., señala en la sentencia impugnada, vuestras probidades, elaboraron su propia teoría de caso, la misma que no tiene el más mínimo respaldo probatorio, o puesto que señalan suficiente su condición de garante del bien, sin realizar a ninguna valoración de los aspectos que emergen de la prueba testifical de cargo como descargo que acrediten que ese equipo deje en una oficina del Municipio la noche del 12 de noviembre de 2010, los argumentos transcritos que harían a la acción, no resultan coherentes y menos sustentadas absolutamente en ningún elemento de prueba valorados armónicamente, jamás vuestras autoridades buscaron establecer quien se apropió de la estación total, llegando a presumir que su persona lo hizo por el solo hecho de haber sido funcionaria pública, quien se prestó el equipo, por ello con la obligación de cuidarlo y devolverlo, teniendo en ese sentido condición de garante, empero, vuestras autoridades no consideraron ni comprendieron la prueba testifical de descargo como de cargo llegó a demostrar que ese equipo dejó en una oficina que se encuentra en los predios de la Alcaldía de Challapata, lo que demuestra que su persona jamás se apropió del mismo; las declaraciones testificales han sido erróneamente valorados por vuestras probidades, la declaración del testigo de cargo Franz Javier Chambi Huarachi; Heu Calani Patzi; Luisa Cuizara Nava; Miguel Maraza Lampa; de la lectura y valoración de los extractos de las declaraciones por los testigos de descargo, se puede concluir que su persona no tuvo oportunidad alguna, de apropiarse de la estación total, desde el recojo en la zona del trabajo, su posterior traslado a la localidad de Challapata y entrega en presencia de testigos presenciales como el caso de Miguel Maraza Lampa, en el juicio oral declaró que su persona no pudo físicamente apropiarse, no obstante de lo expuesto, con una teoría fáctica sólo vuestras autoridades pudieron establecer sin elemento de convicción idóneo alguno, esta siendo condenado a cinco años de presidio por un delito de no ha cometido. Señala como precedente contradictorio: A.S. N° 30 de 26 de enero de 2007. En definitiva solicita a través de la Sala Penal, anular íntegramente la sentencia pronunciada por vuestras probidades. Signado como N° 01/15 de 11 de mayo de 2015, y disponer la reposición del juicio oral, a través de reenvío de la causa.

Que por memorial de fs. 160-161, Martín Feliciano Choque, en su condición de Alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Challapata contesta, señalando en lo más fundamental en el desarrollo del juicio oral, se ha establecido la congruencia entre la acusación fiscal, la acusación particular y la comprobación del hecho para la subsunción del tipo penal, conforme las pruebas aportados con el MP-D2 acta de entrega equipo estación total con todos sus accesorios y el MP-D3 informe caso estación total, hasta la fecha no devolvió a dependencias de almacenes el equipo estación total Silvia Vicente Flores, por lo que considera correcta adecuación al tipo penal establecido en el art. 142 del Cód. Pen., por lo que solicita confirmar la sentencia.

II.3.- Fundamentos de la presente resolución:

Que así planteada el problema por la parte recurrente, más allá redundancias sobre el fallo condenatorio, señala que interpone recurso de apelación restringida en contra la Sentencia N° 01/5 de 11 de mayo de 2015, para que el tribunal de alzada aplique correctamente la ley sustantiva como adjetiva, así como repare la vulneración a la garantía constitucionales del debido proceso a la defensa por insuficiente fundamentación de la sentencia; la sentencia se basa en errónea aplicación de la ley sustantiva, por aplicación errónea del art. 142 del Cód. Pen., por errónea calificación de los hechos, vuestras autoridades ejercitan una valoración de los elementos de convicción con una clara y notoria imprecisión, además de establecer como probados, hechos que jamás fueron relatados por los testigos que consideran esenciales para la determinación asumida y menos acreditados con elementos de convicción documentales idóneos. En lo más fundamental, se acusa errónea aplicación del art. 142 del Cód. Pen., esto, por errónea calificación de los hechos, porque, se ejercitaron los elementos de convicción con una notoria imprecisión. Al respecto, a efectos de constatar el defecto acusado, corresponde remitirnos al fallo impugnado.

Que de la lectura de la sentencia impugnada, lo relatado por el tribunal en el Considerando VI motivos de derecho que fundamenta la sentencia (Subsunción), se advierte el tribunal de mérito, hace alusión al verbo nuclear del tipo penal peculado. El art. 142 del Cód. Pen., señala: "La servidora o el servidor público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado..." en la especie se tiene que, el verbo nuclear del delito de peculado es: se apropiare. En el fallo impugnado, sobre este particular, el tribunal de mérito esgrime su razonamiento, esto es apropiarse el bien, equipo

topográfico estación total, aprovechando su condición de servidora público, con afectación del daño al Municipio de Challapata, en provecho de la misma servidora público, equipo topográfico denominada estación total; sobre este particular, en el fallo impugnado en el num. 5) del Considerando VI: señala: "El deber de cuidado que dimana del estado de situación de garante, tiene muchas particularidades, entre ellas que la persona encargada de la custodia de un bien, debe hasta por sentido común, como decíamos poco antes, asegurarse de lo que dice haber dejado en un determinado lugar. Era su deber cumplir con su función de debida custodia del bien que le fue confiado. Siendo así (...) toda ella recae sobre dicha funcionaria hoy acusada, quien con su conducta vulnera claramente los alcances del art. 142 del Cód. Pen., es decir, apropiarse de un bien de cuya custodia se encontraba a cargo, sin importar en el sentido de la ley, si la funcionaria obtuvo algún de esta acción, ya que el reproche se da por su condición de funcionaria a quien se confió el equipo tantas veces mencionado. De esta manera, este tribunal de sentencia encuentra plenamente subsumida en el tipo penal de...". Este relato en el fallo impugnado hace entrever, que está debidamente establecida la concurrencia del verbo nuclear, esto es, apropiare. En el tipo penal de peculado, se consume en el momento en que el sujeto activo se apropia de los bienes que se tiene en su poder o custodia, la intención es de apropiarse del bien, desde ya es doloso, con intención de producir el daño dolosa. En la especie, por el relato del fallo impugnador se tiene que, el verbo nuclear del tipo penal, está plenamente determinado y los elementos constitutivos del tipo penal. En la especie, del relato del fallo impugnado, en el marco del elemento subjetivo, estaría concurrente el dolo, es decir, la acción de apropiarse, beneficiarse aprovechando su condición de funcionaria pública, abusar de la función pública y sus bienes; en cuya virtud, la subsunción encaja plenamente al tipo penal, delito de peculado; no se ha enervado la acusación fiscal y particular, Silvia Vicente presentó nota de solicitud de préstamo del equipo de estación total el 04 de noviembre de 2010 de la oficina de Almacenes (MP-D1 y MP-D2) y que posteriormente no hubiera devuelto al Municipio (MP-D3) el equipo topográfico estación total, este extremo, permite razonar exista dolo, menos colabora con la declaración para deslindar su responsabilidad tomando en cuenta, el equipo fuera dejado por propia decisión de la funcionara acusada a la portera del Municipio Luisa Cuizara en presencia de otras personas que le ayudaron, dejó un estuche de color rojo que contenía el equipo de estación total en la oficina técnica de la Alcaldía el 12 de noviembre de 2010, aproximadamente a hrs. 20:30 p.m., empero, este extremo no ha sido corroborada en el juicio oral, lo hace entrever, la concurrencia del verbo nuclear de apropiarse del bien, en consecuencia, la subsunción del tipo penal acusado delito de peculado, cuenta con debida fundamentación, lo que no quiere decir, que sea debe ser ampuloso, sino, suficientemente sustentado con debida motivación, lo que en la especie acontece. Si bien, la acusada, señala que el equipo topográfico estación total fuera dejado a la portera del Municipio, dicha versión no ha sido corroborada con elemento de convicción, lo que no despoja o exonera de la responsabilidad que tiene, frente al hecho que por ley le corresponde; no es posible otorgar la razón, en una apreciación concreta de los hechos, toda vez que, la acusada se prestó el equipo topográfico y no devolvió hasta la fecha de emitirse el fallo, menos ayuda en el esclarecimiento del equipo topográfico estación total, en poder de quién estaría, advirtiéndose de esos hechos probado la teoría del caso de la acusación pública y particular; porque, la acusada tenía el deber de cuidar, custodiar el equipo estación total, y devolver en las condiciones como se prestó; no se tiene certeza, de verdad por descuido, incurrió en un error invencible; dada su condición de funcionaria público, debió asumir acciones que amerita el caso, al no haber activado denuncia ni investigación, por la pérdida del equipo estación total en la oficina técnica del propio Municipio, su conducta se subsume al tipo penal, por la que ha sido condenado. Si bien, la recurrente, reitera haciendo mención que, en el fallo impugnado, no hay mínima referencia a la totalidad de los elementos constitutivos del tipo penal de peculado, en especial al verbo rector, omisión que le causa un agravio. Este extremo, no resulta evidente, en el fallo impugnado se desarrolla los elementos constitutivos del tipo penal de peculado, como se ha desarrollado en líneas arriba, el fundamento del recurso en este tópico, no cuenta con sustento legal y jurídico, por lo que, no corresponde otorgar la razón a la parte recurrente, generándose una correcta aplicación de la ley sustantiva.

Entre otros de los tópicos del recurso insuficiente fundamentación probatoria intelectual de la sentencia que provoca la inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., y constituye defecto absoluto previsto en el art. 169-3) de la L. N° 1970: señala una sentencia condenatoria debe contener una fundamentación coherente en función al hecho acusado, en la sentencia impugnada, no se tomaron en cuenta, en absoluto los argumentos de la fundamentación conclusiva. Lo extrañado no resulta ser esencial menos enerva la acusación fiscal. Menos la acusación particular, si bien, señala que se trata del delito de hurto, empero, no denunció menos solicitó investigación, siendo responsable de la custodia del equipo estación total. En su declaración se abstiene, en su manifestación última, no explica, cual la razón de la desaparición del equipo topográfico estación total, consiguientemente, el hecho indilgado no puede ser calificado de otra manera, habiéndose establecido la comisión del hecho atribuido la conducta de la procesada se subsume perfectamente a dicha previsión legal, sin que concurra otra figura penal, al no existir elemento probatorio que demuestre el delito de hurto.

Que si bien, refiere, insuficiente fundamentación del fallo, con la cual ha afectado de manera frontal la garantía del debido proceso en su vertiente del derecho a la resolución fundamentada, conculcándose el art. 120-I) de la C.P.E., con relación al art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., argumento no resulta ser evidente; la acusada en su condición de responsable por la custodia del equipo estación total, no refiere, cual la situación o paradero de dicho equipo topográfico, si no es responsable, como enerva la acusación pública y particular, cual el elemento probatorio, extremo no explicado, consiguientemente, no es razonable señalar que en el fallo impugnado, no tenga fundamento, cuando de la lectura del fallo, como se dijo en líneas arriba, en el fallo impugnado se tiene suficiente fundamentación, en sus tópicos acusados como defectos de sentencia; si bien, señala en la sentencia impugnada le condenó a sufrir la pena de reclusión de 5 años en la Cárcel Pública de Oruro, por haber encontrado autora del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., modificado por la L. N° 004. Empero, la recurrente señala, no se tiene razonamiento vinculado de cómo se habría apropiado de la estación total; en el fallo impugnado, claramente se tiene explicada, en su parte pertinente del Considerando VI, num. 5, en el fallo el tribunal señala: "...no habiendo demostrado a lo largo del juicio oral que a otras personas correspondiere la responsabilidad de la custodia del bien objeto del proceso, toda ella recae sobre dicha funcionaria hoy acusada..." Por lo transcrito del fallo impugnado, en su condición de garante del bien, estación total, es responsable, si la acusada no se apropia del bien, cual la razón de la no devolución del equipo topográfico estación total, por ello, no es consistente el argumento, en su condición de tenedor del equipo, a quien le atribuye la tenencia de la estación total, que teoría asume, no explicada a objeto de tener la razón con el recurso, bajo este tópico.

Que por otra parte, señala no existe razonamiento vinculado a los elementos constitutivos del tipo penal de peculado, Al respecto, en el fallo en relación a los elementos del tipo, el hecho acusado trata del delito de peculado, el bien jurídico vulnerado, resulta ser la función pública, que se halla demostrada en el caso de autos. Sujeto activo, plenamente demostrada que resulta ser la acusada, quien tenía en su poder el equipo estación total. El sujeto pasivo, Municipio de Challapata en la administración del patrimonio, estación total. El elemento subjetivo, en la causa se halla demostrada la intención de sujeto activo del delito, de apropiarse del bien dado en préstamo, equipo estación total, así como se tiene demostrada el elemento objetivo, esto es verbo nuclear, de apropiare; esto conforme los razonamientos en el fundamento del fallo, se ha demostrado la apropiación del bien denominado estación total. En consecuencia, lo manifestado por la parte recurrente no es evidente; en sentido de que, el tribunal no ha esgrimido fundamento alguno en relación a los elementos del tipo penal, la misma, se tiene expuesta en el Considerando VI del fallo impugnado.

Que asimismo señala carencia de valoración de los medios probatorios incorporados al juicio, señala que vuestras autoridades se limitaron a describir el medio probatorio y su contenido, y en el caso de la prueba testifical a una transcripción de las mismas, sin ninguna valoración intelectual de los mismos en ambos casos, aspecto que también constituye una falta de fundamentación en la sentencia, sin cumplir con la exigencia del art. 173 del Cód. Pdto. Pen. Al respecto, si bien, acusa carencia de valoración de los medios de prueba, empero, no precisa cuáles son esas pruebas, es una alusión genérica, que no permite tribunal, en control de legalidad establecer la veracidad del argumento, empero, de la lectura del fallo impugnado, en el Considerando IV: en el punto valoración de la prueba producida, se tiene establecida, que pruebas demuestran la existencia del hecho y participación de la acusada en el delito, pruebas codificadas como MP-D1; MP-D2; MP-D3, y o pruebas testificales de cargo, documentales de descargo PA-D1 a PA-D4 y testificales, las mismas que ha permitido al tribunal, establecer la comisión del hecho ilícito de peculado. En consecuencia, el argumento de la parte recurrente, no tiene consistencia, independientemente, de no haber especificado, que prueba de cargo o descargo no ha sido valorada. En ese contexto legal, el tópico, no cuenta con sustento legal.

En relación a otro punto cuestionado defecto de sentencia previsto en el num. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y la misma constituye defecto absoluto previsto en el art. 169-3) de la L. N° 1970: acusa insuficiente fundamentación en el tópico fijación de la pena, porque razones le condenan a sufrir aquella sanción en el orden de la fijación de la pena en el orden de los arts. 37 y 38, más allá de no haberse considerado la previsión legal contenida en el art. 40 de la Ley Sustantiva; el art. 37 del Cód. Pen., establece que "compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y las circunstancias del hecho. Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales, en la causa sus probidades no hacen ninguna referencia a su personalidad, una cosa es asumir fundamentos vinculados a la personalidad del imputado y otra distinta es, referir y describir los rasgos psicológicos, de actitudes y comportamiento, en los hechos aquella fundamentación no resulta en absoluto existente en el sentencia impugnada, cual es el fundamento vinculadas a mayor o menor gravedad del hecho, para configurar el quantum de la pena. Al respecto, corresponde remitirnos, a la norma procesal establecido en el num. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que señala: "Que no exista fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria", corresponde mencionar en qué consiste una insuficiente fundamentación, de manera que vayamos a indicar que una resolución es insuficiente cuando por lo menos no cuenta con la debida motivación de las razones por las que se resuelven de una u otra manera, especificando de manera lógica lo que se probó con los medios de prueba y estos a su vez, con los elementos constitutivos del tipo penal por el que se acusó en vinculación con el hecho; acusado, realizar una debida subsunción del hecho, con el tipo penal descrito, o lo que es lo mismo, indicar que es lo que se probó con cada uno de los elementos de prueba, de ello se tiene que una resolución puede ser insuficiente o contradictoria. Si bien, la norma anotada refiere a tres supuestos, la parte recurrente se refiere al segundo supuesto, insuficiente fundamentación de la sentencia, en relación a la fijación judicial de la pena, donde se debatió el delito de peculado, previsto y sancionado en el art. 142 del Cód. Pen. De la lectura del fallo impugnado en el Considerando VI en la parte pertinente fijación de la pena, el tribunal señala: "...se toma en cuenta que la acusada Silvia Vicente Flores no cuenta con antecedentes penales, asimismo, tiene una hija menor de edad, y una familia constituida por padres y hermanos, por consiguiente adquirió responsabilidad en su condición de madre de familia que se dedica a un trabajo productivo en bien de la sociedad (...) El art. 37 del Cód. Pen., determina que corresponde a los juzgadores la fijación de la pena, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito (...) por ello debe aplicarse una pena atenuada en beneficio de la acusada, por la calidad de mujer, madre y profesional joven". El fundamento del tribunal, hace entrever, que ha explicado una fundamentación suficiente, en relación a la personalidad de la acusada, no siendo evidente, lo manifestado, las razones por la que aplica la pena está debidamente explicadas, porque, razones aplica una pena privativa de libertad de cinco años de reclusión. Si bien, señala, insuficiencia fundamentación de la pena, para determinar la pena aplicable a cada delito; la misma resulta incoherente, por cuanto, en el presente caso, se ha juzgado un solo delito, el delito de peculado, por lo que, no hay necesidad de pedir fundamentación para cada delito, extremo que hace entrever fundamento inconsistente, la acusada no está seguro porque delitos ha sido juzgada. En ese contexto normativo, el recurso de apelación en este tópico no cuenta, con sustento legal y jurídico. En el fallo impugnado se cumple con la previsión legal contenida en el art. 124 y 173 ambos del Cód. Pdto. Pen., por lo que, el recurso de apelación deviene por la declaratoria de improcedencia.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, en virtud de las consideraciones precedentemente expuestas declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida planteado por Silvia Vicente Flores contra la Sentencia N° 01/15 de 08 de mayo de 2015, pronunciada por el Tribunal de Sentencia de la Provincia Avaroa. Consecuentemente, deliberando en el fondo CONFIRMA la sentencia de fs. 130 a 136 vta., del legajo (de fs. 382 a 388 del cuaderno original). En estricta aplicación de la previsión legal contenida en el art. 123 del Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer recurso de casación, computables a partir de su notificación conforme el art. 417 de la norma Adjetiva Penal.

Vocal relator: Dr. Gregorio Orosco Itamari.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Gregorio Orosco Itamari.- José Romero Soliz.

Ante mí: Abg.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 23 de septiembre de 2016, cursante de fs. 210 a 222 Silvia Vicente Flores, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 19/2016 de 04 de abril, de fs. 172 a 177, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los vocales Gregorio Orosco Itamari y José Romero Solíz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Gobierno Autónomo Municipal de Challapata contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 1/2015 de 11 de mayo (fs. 382 a 388 vta.), el Tribunal de Sentencia de las Provincias Eduardo Avaroa, Ladislao Cabrera y Sebastián Pagador con asiento en Challapata del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a la imputada Silvia Vicente Flores, autora del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, más el pago de doscientos días multa a razón de Bs 2.-, por día, con costas y pago de responsabilidad civil.

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada Silvia Vicente Flores interpuso recurso de apelación restringida (fs. 397 a 409 vta.), resuelto por A.V. N° 19/2016 de 04 de abril, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia pronunciada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 889/2016-RA de 14 de noviembre, se extraen los motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) La recurrente alega que el auto de vista no contiene una debida fundamentación, que provoca la inobservancia del art. 124 del CPP y constituye un defecto absoluto previsto en el art. 169-3) de la norma adjetiva citada, ya que al haber planteado en apelación restringida la errónea aplicación de la ley sustantiva, la falta de fundamentación en sus distintos órdenes y que la sentencia se basa en hechos inexistentes y no acreditados emergentes de una defectuosa valoración de la prueba; el tribunal de alzada no dio respuesta objetiva, limitándose a realizar la transcripción del recurso de apelación, extractar partes de la sentencia para concluir que el fallo estaba correctamente pronunciado y que los agravios no tenían sustento legal, invocando al efecto los AA.SS. Nos. 207/2007 de 28 de marzo y 144/2013 de 28 de mayo, cuya contradicción radicaría que al no existir una explicación o justificación racional y completa acerca de los motivos por los cuales se desmerece las alegaciones impugnatorias, teniendo como obligación de motivar las decisiones judiciales que es un derecho al debido proceso, caso contrario genera un defecto absoluto de falta de fundamentación. De manera específica arguye que el tribunal de apelación no se habría pronunciado sobre el motivo reclamado en apelación restringida, concerniente a que la sentencia está basada en hechos inexistentes y no acreditados que emergen de una defectuosa valoración de la prueba producida en juicio oral, no existiendo ningún razonamiento, esta incongruencia omisiva constituye un defecto absoluto, vulnerando el derecho a obtener una respuesta y la debida fundamentación establecido en el art. 124 del CPP, invocando el A.S. N° 06 de 26 de enero de 2007, que indica que las peticiones deben ser resueltas conforme al principio *tantum devolutum quantum appellatum*.

2) Alega que el auto de vista impugnado convalida la errónea aplicación de la ley sustantiva denunciada en su recurso de apelación restringida, defecto de sentencia que se encuentra previsto en el art. 370-1) del CPP, por aplicación errónea del art. 142 del Cód. Pen., ya que en su apelación precisó que la descripción típica de este artículo, permite afirmar que el verbo nuclear es el apropiamiento, habiéndose formado un criterio de reprochabilidad con establecer que ese equipo de trabajo al haber sido entregado día antes a su persona, se encontraba bajo su cuidado y responsabilidad (posición de garante), sin hacer ningún razonamiento vinculado al verbo rector del tipo penal por el cual fue condenada, lo que no significa ni tiene relación directa o nexo causal con el concepto de apoderamiento o apropiación; es decir, cómo tomó para su patrimonio ese bien con ánimo de convertirse en su dueña, incurriendo el tribunal de alzada en la misma observación al no poder establecer con precisión cómo procedió a su apropiación, siendo la respuesta además de carente de fundamentación, debido a que no expuso ningún análisis de sus alegatos, limitándose a señalar que la lectura de la sentencia demostraría el encuadre en la comisión del delito de Peculado, porque su persona: "...se prestó el equipo topográfico y no devolvió hasta la fecha de emitirse el fallo, menos ayuda en el esclarecimiento del equipo topográfico estación total, en poder de quien estaría advirtiéndose de esos hechos probado la teoría del caso de la acusación pública y particular; porque, la acusada tenía el deber de cuidar, custodiar el equipo estación total, y devolver en las condiciones como se prestó; no se tiene certeza de verdad por descuido, incurrió en un error invencible, dada la condición de funcionario público, debió asumir acciones que amerita el caso, al no haber activado denuncia investigación por la pérdida del equipo estación total en la oficina técnica del propio Municipio, su conducta se subsume al tipo penal, por la que ha sido condenada. ...en el fallo impugnado se desarrollan los elementos constitutivos del tipo penal de peculado..." (sic), fundamento que la recurrente considera insuficiente y contradictorio con la doctrina legal invocada; por cuanto, señalar que no colaboró con su declaración para el esclarecimiento del hecho en etapa de juicio oral o bien que su posición de garante genera el criterio que cometió el ilícito por el cual fue condenada, resulta un desconocimiento que en obrados demostró cómo fueron las circunstancias en las que entregó el equipo en oficinas de la Alcaldía, precisando que el precedente contradictorio establece que para emitir una sentencia condenatoria tienen que encontrarse presentes en el hecho juzgado todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal. Invoca los AA.SS. Nos. 431 de 11 de octubre de 2006, 329 de 29 de agosto de 2006, 315 de 25 de agosto de 2006 y 236 de 07 de marzo de 2007, radicando la contradicción en que no se observó que la calificación del hecho a un tipo penal, es en razón a describir primeramente el hecho para luego comparar las características de la conducta ilícita con los elementos constitutivos del delito.

3) El auto de vista impugnado convalida una sentencia insuficientemente fundamentada, que provoca la inobservancia del art. 124 del CPP; cuyo defecto, de sentencia está previsto en el art. 370-5) de la norma adjetiva señalada, constituyendo un defecto absoluto inserto en el art. 169-3) de la L. N° 1970, ya que en apelación reclamó que la Sentencia carecía de la fundamentación probatoria intelectual en torno al valor otorgado a los medios de prueba, habiéndose hecho nada más que una descripción de los elementos de prueba de cargo sin otorgarles ningún valor y menos vinculado a establecer cómo el tribunal de juicio adquirió la certeza de la responsabilidad penal en su contra, precisando que los vocales, para justificar lo injustificable, limitando nuevamente su fundamentación, realizan una transcripción de su fundamento impugnatorio para luego agregar que la sentencia contaría con una debida fundamentación, valiéndose de una interpretación de la decisión final, consignando de manera generalizada nuevamente los códigos de las pruebas documentales; empero, al igual que la sentencia impugnada en su oportunidad, no describen que su postulación resultará siendo errónea, en ese sentido invoca los AA.SS. Nos. 437 de 24 de agosto de 2007 y 724 de 26 de noviembre de 2004, cuya contradicción radicaría en que los jueces mencionaron en la parte considerativa como fundamento de su condena su condición de garante como funcionaria pública a quien se le confió un equipo de trabajo, sin explicar en absoluto a lo largo de toda la parte considerativa del fallo la vinculación en el orden “subsuntivo” de la conducta acusada a su persona con la totalidad de los elementos constituidos del tipo penal de peculado; puesto que, no hace referencia alguna al verbo apropiarse que contiene el referido tipo penal, precisando que los vocales, en el escaso fundamento del auto de vista, se limitaron a convalidar una condena sin haber realizado una debida fundamentación sobre quién se apropió del bien.

Asimismo, invoca el A.S. N° 431 de 11 de octubre de 2006, reiterando que los Vocales no realizaron ningún tipo de fundamentación sobre cómo se habría apropiado del bien.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se declare procedente su recurso y alternativamente se deje sin efecto el auto de vista impugnado, ordenando que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, pronuncie un nuevo fallo conforme a la doctrina legal aplicable al caso de autos.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 889/2016-RA de 14 de noviembre, cursante de fs. 231 a 234, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Silvia Vicente Flores, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 1/2015 de 11 de mayo, el Tribunal de Sentencia de las Provincias Eduardo Avaroa, Ladislao Cabrera y Sebastián Pagador con asiento en Challapata del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a Silvia Vicente Flores, autora del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., de acuerdo a los siguientes argumentos:

Como hechos generadores del proceso penal, se tiene que la imputada hubiese solicitado el préstamo de una estación total (equipo de topografía) que era de uso exclusivo del área técnica de la Alcaldía de Challapata para efectuar un trabajo en dicho municipio, posterior a ello se hubiera dejado el equipo en dicha oficina que se encuentra en inmediaciones del mercado central en presencia de la portera; a los días siguientes, cuando la imputada se constituye nuevamente en la oficina técnica a objeto de entregar el aparato topográfico a la jefa técnica, siendo de conocimiento de otros técnicos quienes vieron sólo el estuche del equipo en el lugar donde lo había dejado, a su retorno se percata que el equipo topográfico ya no estaba dentro de su estuche, por lo que no se sabría qué día fue sustraído, pues supuestamente hubiesen visto físicamente en horas de la mañana los técnicos sólo el estuche. Al respecto, se tendría que la arquitecta Yoshie Magne Mamani, habría indicado que el estuche estaba pesado y mal podría haber sido sustraído.

Una vez concluida la producción de prueba, se concluyó que la arquitecta Silvia Vicente al prestarse mediante nota de 04 de noviembre de 2012 de la oficina de almacenes (MP-D1 y MP-D2) un equipo de estación total (Equipo de topografía) y no devolver al municipio (MP-D3), incurrió en el delito de peculado, siendo que respecto de este ilícito delito sería preciso entender que el funcionario público es el directo responsable de la custodia de bienes o valores y responde por sí mismo de su uso y destino.

En la especie, resultaría que la acusada Silvia Vicente Flores era la directa y única responsable de la tenencia, custodia y cuidado del denominado equipo de estación total de propiedad del Gobierno Municipal de Challapata, siendo así que recogió con las recomendaciones correspondientes para el desarrollo de las funciones específicas que tenía en la Comunidad de Cruce Culta. Cumplida su labor la misma funcionaria sería quien guardó el equipo dentro de una caja, luego nadie advirtió su permanencia dentro hasta llegar a la puerta del Municipio de Challapata. En esta localidad en lugar de devolver el equipo a la oficina de almacenes de donde había recogido y recabar el acta de devolución como constancia de la responsabilidad de la funcionaria, por propia decisión la acusada deja una caja o estuche sin siquiera señalar y demostrar que se estaba dejando físicamente un equipo de estación total dentro de su estuche o caja a la portera Luisa Cuizara, dejando como se conoce en un estuche de color rojo, en el que se dice contenía el equipo de estación total (en la oficina técnica de la Alcaldía) teniendo pleno conocimiento la acusada que no existía ningún funcionario municipal en esa oficina al haber concluido al horario de trabajo y las mismas se encontraban vacías, además con el añadido especial de que en dicho momento tales dependencias se encontraban sin luz. Además, se tendría que nadie advirtió y menos la funcionaria como garante especial de la tenencia y custodia del bien como impelía hasta un mínimo razonamiento de sentido común cuidar el bien confiado protegiendo de posibles pérdidas o sustracciones.

Se tendría que cuando retorna la funcionaria el 15 de noviembre de 2010, a la oficina técnica en lugar de percatarse de la permanencia o no de la caja o estuche supuestamente con el equipo dentro, dejó otros equipos técnicos en presencia de Jehu Calani Patzi, quien se

encontraba en ese momento en dicha oficina y se salió; pero, cuando transcurrió tiempo después retorna al lugar para recién percatarse de que el equipo no estaba y únicamente permanecía la caja o estuche pero vacía.

El deber de cuidado que dimana del estado de situación de garante, tiene muchas peculiaridades, entre ellas que la persona encargada de la custodia de un bien, debe hasta por sentido común, como se dijo, asegurarse de lo que dice haber dejado en un determinado lugar, siendo deber de la imputada cumplir con la custodia del bien que le fue confiado. Siendo así al no haberse demostrado a lo largo de juicio oral que a otras personas correspondiere la responsabilidad de la custodia del bien objeto del proceso, toda ella recaería sobre dicha funcionaria (acusada), quien con su conducta hubiese vulnerado los alcances del art. 142 del Cód. Pen., es decir, apropiarse de un bien cuya custodia se encontraba a su cargo, sin importar en el sentido de la ley, si la funcionaria obtuvo algún rédito de esta acción, ya que el reproche se da por su condición de funcionaria a quien se le confió el equipo tantas veces mencionado, concluyendo el tribunal de sentencia que se encontraría plenamente subsumida en el tipo penal de referencia, la conducta de la imputada.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Conforme al memorial cursante de fs. 145 a 157 vta., se tienen como agravios denunciados los siguientes:

1. La Sentencia se basó en errónea aplicación de la ley sustantiva, defecto previsto en el inc. 1) del art. 370 del CPP, por aplicación errónea del art. 142 del Cód. Pen., señalando que el Tribunal de Sentencia emitió una resolución con una valoración de los elementos de convicción con clara y notoria imprecisión, además de establecer como probados, hechos que no fueron relatados por los testigos, aspectos que estarían desarrollados en el Considerando VI de la resolución apelada, refiriendo que de lo señalado en dicho acápite se podría advertir la inexistencia de prueba testifical o documental que permita asumir que su persona se haya “apropiado” (verbo nuclear del tipo penal de peculado) del equipo de estación total, tanto así que en la misma sentencia se reconoce erróneamente que su responsabilidad penal deviene no de la acreditación de la apropiación del bien sino de la posición de garante que tenía como funcionaria pública.

2. Denuncia la insuficiente fundamentación probatoria intelectual de la sentencia, inobservando el art. 124 del CPP, constituyendo un defecto de la sentencia previsto en el inc. 5) del art. 370 del CPP, además del defecto absoluto previsto en el inc. 3) del art. 169, de la antes referida norma procesal penal; al respecto, señala que una sentencia condenatoria debe contener una fundamentación coherente en función al hecho acusado, esbozando con criterio racional y certero, los elementos constitutivos del tipo penal por el que el imputado recibe una condena, en función a la acción o conducta por la que fue acusado, así también debe establecer y valorar los elementos probatorios que fueron admitidos y producidos durante la audiencia de juicio, fundamentando la sanción penal, aspectos que no hubiesen sido tomados en cuenta en la sentencia impugnada, pues en su Considerando VI núm. 5, no se hace mención al modo en el que presuntamente se hubiese apropiado del bien, pues a lo largo de la argumentación únicamente se hubiera hecho alusión a ello sin ningún razonamiento vinculado a como se habría demostrado que efectivamente se apropió de la estación total; tampoco, existiría fundamentación respecto a los elementos constitutivos del tipo penal de peculado con su conducta, denotando una carencia total de fundamentación intelectual, pues no se haría mención a quién se apropió del bien, ya que al contrario se hubiese demostrado que dejó el equipo en la oficina técnica y el hecho de condenársele sólo por su calidad de garante demuestra la falta de fundamentación, pues más allá de acreditarse su calidad de funcionaria pública y que fue ella quien recibió el equipo extraviado no se estableció si en definitiva fue su persona u otra quien se apoderó del mismo.

II.2. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro constituida en tribunal de alzada, declaró improcedente el recurso de apelación restringida desarrollado en el anterior acápite de la presente resolución y confirmó la sentencia apelada, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1) A la denuncia de errónea aplicación del art. 142 del Cód. Pen., se remitió a los argumentos expuestos en la sentencia impugnada, particularmente al considerando VI relativo a los motivos de derecho que fundamentan la sentencia (subsunción), refiriendo que respecto del verbo nuclear del delito de peculado –se apropiare- el tribunal de mérito consideró la apropiación del equipo topográfico “estación total” aprovechándose de su condición de servidora pública, con afectación del daño al Municipio de Challapata, en provecho de la misma servidora pública, puntualizando además que en el núm. 5 del referido acápite de la resolución impugnada se estableció: “ El deber de cuidado que dimana del estado de situación de garante, tiene muchas particularidades, entre ellas que la persona encargada de custodia de un bien, desde hasta por sentido común, como decíamos poco antes, asegurarse de lo que dice haber dejado en un determinado lugar. Era su deber cumplir con su función de debida custodia del bien que le fue confiado. Siendo así (...) toda ella recae sobre dicha funcionaria hoy acusada, quien con su conducta vulnera claramente los alcances del art. 142 del Cód. Pen., es decir, apropiarse de un bien de cuya custodia se encontraba a cargo, sin importar en el sentido de la ley, si la funcionaria obtuvo algún de esta acción, ya que el reproche se da por su condición de funcionaria a quien se confió el equipo tantas veces mencionado. De esta manera, este tribunal de sentencia encuentra plenamente subsumida en el tipo penal de...”, argumentos que para el tribunal de alzada hace entrever que está debidamente establecida la concurrencia del verbo nuclear; esto es, apropiarse.

El tipo penal de peculado se consuma en el momento en que el sujeto activo se apropia de los bienes que tiene en su poder o custodia, la intención es de apropiarse del bien, desde ya es doloso con intención de producir un daño doloso, el elemento subjetivo estaría concurrente el dolo; es decir, la acción de apropiarse, beneficiarse, aprovechando su condición de funcionaria pública, abusando de esta función y sus bienes en cuya virtud la subsunción encajaría plenamente al ilícito de peculado, no habiéndose enervado la acusación fiscal ni particular conforme a las pruebas producidas en juicio, pues se tendría que menos colabora la declaración de la imputada para deslindar su responsabilidad, tomando en cuenta que el equipo fuera dejado por su propia decisión a la portera del municipio en presencia de otras personas que le ayudaron, dejando un estuche de color rojo que contenía el equipo de estación total en la oficina técnica de la Alcaldía el 12 de noviembre de 2010, aproximadamente a las 20:30; sin embargo, dichos extremos no fueron corroborados en el juicio oral, lo que haría entrever la concurrencia del verbo nuclear de apropiarse del bien; en consecuencia, la subsunción del tipo penal acusado, pues si bien la acusada

señaló que el equipo topográfico fue dejado a la portera dicha versión no fue corroborada con elementos de convicción alguno, no siendo atendible la petición de la imputada ya que ante una apreciación concreta de los hechos se tuvo que la acusada se prestó el equipo de topografía y no devolvió hasta la fecha de emisión del fallo menos hubiera ayudado en el esclarecimiento del hecho; es decir, en poder de quien estaría el referido equipo, no resultando evidente la falta del verbo nuclear del tipo penal de peculado, habiéndose generado una correcta aplicación de la ley sustantiva.

2) Respecto de la insuficiente fundamentación probatoria intelectual de la sentencia, en la que se alegó que una sentencia condenatoria debería contener una fundamentación coherente en función al hecho acusado, señalando que en la sentencia impugnada no se hubiese tomado en cuenta en absoluto los argumentos de la fundamentación conclusiva; a decir del tribunal de alzada esta alegación no resultaría esencial, menos enerva la acusación fiscal y particular, pues el señalar que la insuficiente fundamentación afectó de manera frontal la garantía del debido proceso, dicho argumento no resultaba ser evidente, ya que la acusada en su condición de responsable por la custodia del equipo topográfico no refiere cuál la situación o paradero de dicho equipo, pues sino es responsable como enerva la las acusaciones fiscal y particular, cual el elemento probatorio extremo no explicado; consiguientemente, no sería razonable señalar que en el fallo impugnado, no tenga fundamento, cuando de la lectura del fallo como se expresó en el anterior motivo contiene la suficiente fundamentación en sus tópicos acusados como defectos de la sentencia, si bien señal que en la sentencia impugnada se le condenó a cumplir la pena de cinco años de cárcel por haber sido encontrada autora del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., modificado por la L. N° 004; empero, la recurrente señala no se tendría razonamiento vinculado de cómo se habrá apropiado de la estación total; sin embargo, en el fallo impugnado claramente se tiene explicado en su parte pertinente del Considerando VI cuando señala: "...no habiendo demostrado a lo largo del juicio oral que a otras persona correspondiere la responsabilidad de la custodia del bien objeto del proceso toda ella recae sobre dicha funcionaria hoy acusada.", por lo transcrito se tendría que en su condición de garante del bien es responsable, si la acusada no se apropia del bien, cual la razón de la no devolución del equipo topográfico por ello no es consistente el argumento en su condición de tenedor del equipo, a quien le atribuye la tenencia de la estación total, que teoría asume, no explicada a objeto de tener la razón con el recurso.

Respecto a la presunta falta de razonamiento vinculado a los elementos constitutivos del delito condenado; en el fallo en relación a los elementos constitutivos del tipo penal, el hecho acusado trata del delito de peculado, el bien jurídico vulnerado resulta ser la función pública, que se halla demostrada en el caso de autos, el sujeto activo plenamente demostrado que resulta ser la acusada, quien tenía en su poder el equipo de estación total, el sujeto pasivo es el Municipio de Challapata en la administración del patrimonio, el elemento subjetivo en la cusa se halla demostrada con la intención del sujeto activo del delito, es decir el de apropiarse del bien dado en préstamo, así como se tendría acreditado el elemento objetivo, esto es el verbo nuclear, de apropiarse, conclusión que se arriba en atención a los argumentos esbozados en el fallo impugnado.

Finalmente, en cuanto a la carencia de valoración de los medios probatorios incorporados a juicio, alegando que el tribunal de sentencia se limitó a transcribir el medio probatorio y su contenido al igual que la prueba testifical, sin efectuar ninguna valoración intelectual de los mismos en ambos casos, aspecto que también constituirá una falta de fundamentación; si bien se acusa la carencia de valoración de los medios de prueba empero no precisa cuales son estas pruebas, resultando una alusión genérica, que no permite al tribunal de alzada efectuar el control de legalidad y establecer la veracidad del argumento; sin embargo, de la lectura del fallo impugnado en su considerando IV en el punto destinado a la valoración de la Prueba producida, se tiene estableció qué pruebas demuestran la existencia del hecho y la participación de la acusada en el delito condenado, pruebas que fueron codificadas como MP-D1; MP-D2; MP-D3 y pruebas testificales de cargo, documentales de descargo PA-D1 a PA-D4 y testificales que permitieron al tribunal, establecer la comisión del hecho ilícito de peculado, concluyendo que el argumento expuesto por la recurrente no tiene consistencia, independientemente de no haber especificado qué prueba de cargo o descargo no fue valorada; en ese contexto legal, el tópico no cuenta con sustento legal.

III. Verificación de la existencia de contradicción.

En la presente resolución se considerará el recurso de casación formulado por la parte imputada, en cuanto a su denuncia de presunta falta de fundamentación e incongruencia del auto de vista impugnado, que hubiese convalidado la errónea aplicación de la ley sustantiva existente en la sentencia condenatoria, a su vez carecía de una debida fundamentación por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. En cuanto a la denuncia de falta de fundamentación.

En el primer motivo de casación, la recurrente alega que el auto de vista no contiene una debida fundamentación, inobservando el art. 124 del CPP, invocando los AA.SS. Nos. 207/2007 de 28 de marzo, 144/2013 de 28 de mayo y 06 de 26 de enero de 2007, por lo que a los fines de resolver este motivo corresponde tener presente lo establecido por los precedentes invocados:

A.S. N° 207/2007 de 28 de marzo, emitido dentro del proceso penal seguido por la Cooperativa de Transporte Internacional Cochabamba contra RMC, por la presunta comisión del delito de Estafa, teniéndose como antecedente la denuncia de falta de fundamentación del auto de vista impugnado, lo que ocasionó la infracción del art. 124 del CPP, siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

"La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

a) **Expresa:** Porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) **Clara:** En la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aun por los legos.

c) **Completa:** La exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al petitum y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arribe luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del petitum significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium.

d) **Legítima:** La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar ex officio la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

e) **Lógica:** Finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia.

Cuando a tiempo de emitir un decisorio, los Tribunales no observan los presupuestos señalados supra, incurren en vicios absolutos que atenta contra al derecho a la defensa y al debido proceso, debiendo la autoridad jurisdiccional dictar sus resoluciones debidamente motivadas, guardando coherencia entre la parte considerativa y la dispositiva, esto es sin incurrir en contradicciones, en desorden de ideas, yuxtaposición numerativa de folios o de afirmaciones formuladas mecánicamente, o en una frondosa, enrevesada y superficial acumulación de disgresiones sin mayor relación con el caso a resolver, una resolución resulta insuficientemente motivada cuando en el caso concreto resulta superficial y/o unilateral o cuando los argumentos esgrimidos resultan contradictorios antagónicamente, o cuando se detectan vicios de razonamiento o de demostración (falacias o paralogismos), en todo caso la redacción debe guardar claridad explicativa, no siendo una exigencia que los decisorios sean extensos o ampulosos”.

A.S. N° 144/2013 de 28 de mayo, al igual que precedente desarrollado supra, está referido a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales; en consecuencia, no corresponde efectuar mayor consideración al respecto, esto a los fines de evitar reiteraciones innecesarias.

A.S. N° 6/2007 de 26 de enero, emitido dentro del proceso penal seguido por LWCHA contra MIR, por la presunta comisión del delito de giro de cheque en descubierto, teniéndose como antecedente la denuncia de falta de pronunciamiento a todos los motivos apelados, siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

Al no haberse pronunciado el tribunal a quo sobre todos los motivos en los que se fundaron el recurso de apelación restringida deducido por el procesado, sin que del conjunto del auto de vista pueda inferirse una respuesta táctica a los mismos, hace evidente un vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio), y en consecuencia la infracción del principio tantum devolutum quantum appellatum, y al deber de fundamentación.

Esta actividad se constituye en vicio absoluto que atenta contra el derecho a la defensa, al debido proceso, y al recurso, debiendo la autoridad jurisdiccional dictar sus resoluciones respondiendo efectivamente a las cuestiones planteadas por los recurrentes, cuya omisión constituye un defecto de la resolución que no puede convalidarse, correspondiendo en consecuencia dejar sin efecto el fallo recurrido de casación.

Que el tribunal de apelación no puede pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación, actividad expresamente prohibida por el art. 396-4) del Cód. Pdto. Pen.”.

Estando los precedentes contradictorios referidos a la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales y este último a la falta de pronunciamiento o incongruencia omisiva, al corresponder a una situación similar a la denunciada por la recurrente corresponde ingresar a verificar si el tribunal de alzada a tiempo de la emisión del auto de vista recurrido, incurrió en contradicción a la doctrina legal aplicable de los precedentes invocados.

En el recurso de casación la recurrente alega que, a tiempo de plantear su recurso de apelación restringida lo hizo por la errónea aplicación de la ley sustantiva, la falta de fundamentación en sus distintos órdenes y que la sentencia se basó en hechos inexistentes y no acreditados emergentes de una defectuosa valoración de la prueba y que al respecto el tribunal de alzada no hubiese dado una respuesta

objetiva a sus planteamientos, limitándose a realizar la transcripción de su recurso, extractando partes de la sentencia para concluir que el fallo estaba correctamente pronunciado y que los agravios no tenían sustento legal; al respecto, se tiene que el tribunal de alzada al resolver los cuestionamientos extrañados por la recurrente, señaló que en cuanto a la denuncia de errónea aplicación del art. 142 del Cód. Pen., correspondía tener presente los argumentos expuestos en la sentencia impugnada, particularmente al Considerando VI relativo a motivos de derecho que fundamentan la sentencia (subsunción), en el que se desarrolló el tópico referido al verbo nuclear del delito de peculado –se apropiare– concluyendo que el tribunal de mérito consideró que la ahora recurrente en virtud a su condición de servidora pública se hubiese aprovechado para apropiarse del equipo topográfico “estación total”, generando un daño al Municipio de Challapata, reiterando en provecho de la misma servidora pública, a tiempo de puntualizar que los argumentos extrañados por la imputada se encontraba resueltos en el núm. 5 del referido acápite, llevando al tribunal de alzada a la conclusión de que no era evidente que la sentencia haya incurrido en el defecto invocado, pues al contrario en la referida resolución se encontraría debidamente identificada la concurrencia del verbo nuclear apropiare.

El tribunal de alzada añadió también que el tipo penal de Peculado, se consuma en el momento en que el sujeto activo se apropia de los bienes que tiene en su poder o custodia, la intención es de apropiarse del bien, desde ya es doloso con intención de producir un daño, el elemento subjetivo estaría concurrente el dolo; es decir, la acción de apropiarse, beneficiarse, aprovechando su condición de funcionaria pública, abusando de esta función y sus bienes en cuya virtud la subsunción encajaría plenamente al ilícito condenado, no habiéndose enervado la acusación fiscal ni particular así se tendría de las pruebas producidas en juicio, menos colaboraría la declaración de la imputada para deslindar su responsabilidad, cuando señaló “que el equipo topográfico fue dejado por su propia decisión a la portera del municipio en presencia de otras personas que le ayudaron, dejando un estuche de color rojo que contenía el equipo de estación total en la oficina técnica de la Alcaldía el 12 de noviembre de 2010 aproximadamente a hrs. 20:30”; sin embargo, dichos extremos no fueron corroborados en el juicio oral, lo que haría entrever la concurrencia del verbo nuclear de apropiarse del bien, concluyendo de ello la correcta subsunción del tipo penal condenado, pues si bien la acusada señaló que el equipo topográfico fue dejado a la portera dicha versión no fue corroborada con elementos de convicción alguno, no siendo atendible la petición de la imputada, ya que ante una apreciación concreta de los hechos se tuvo que la acusada se prestó el equipo de topografía y no lo devolvió hasta la fecha de emisión del fallo menos hubiera ayudado en el esclarecimiento del hecho; es decir, en poder de quien estaría el referido equipo, no resultando evidente la falta del verbo nuclear del tipo penal de peculado, habiéndose generado una correcta aplicación de la ley sustantiva.

De lo señalado precedentemente se tiene que el tribunal de alzada a tiempo de resolver el agravio denunciado por la imputada en su recurso de apelación restringida, de manera precisa señala los acápites de la sentencia donde se encuentran los argumentos del tribunal de mérito, en los que hace la subsunción de los hechos al tipo penal, que analizados en alzada corroboran lo afirmado en la sentencia condenatoria; es decir, que la recurrente con su actuar doloso infringió la norma penal prevista en el art. 142 del Cód. Pen., es decir, al haberse prestado el equipo de estación total y no haberlo restituido al Municipio de Challapata como correspondía, mereciendo un reproche penal y por ende la aplicación de una pena, no siendo evidente como se desarrollará posteriormente que, no se haya acreditado el verbo nuclear del delito de peculado.

Asimismo, respecto de los demás agravios el tribunal, de alzada se pronunció señalando que en cuanto a la insuficiente fundamentación probatoria intelectual de la sentencia, el argumento expuesto por la recurrente no resultaba evidente ya que la acusada en su condición de responsable de la custodia del equipo topográfico no refirió cuál su situación o paradero, pues si no hubiera sido ella la responsable cómo enerva las acusaciones fiscal y particular, cuál el elemento probatorio, que establecería lo contrario a lo establecido en la sentencia, resultando extremos no explicados; consiguientemente, no sería razonable señalar que el fallo impugnado, no contendría fundamento, cuando de su lectura se advertiría una suficiente fundamentación en sus tópicos acusados como defectos de la sentencia. De igual manera, lo referido al cómo se hubiere apropiado del equipo de topografía, el tribunal de alzada estableció que lo impugnado claramente se tiene explicado en la parte pertinente del Considerando VI de la sentencia impugnada cuando señala: “...no habiendo demostrado a lo largo del juicio oral que a otras persona correspondiere la responsabilidad de la custodia del bien objeto del proceso toda ella recae sobre dicha funcionaria hoy acusada.”, concluyendo en consecuencia que de la consideración de los argumentos expuestos en la sentencia, se tendría que la recurrente en su condición de garante del bien era la responsable de su cuidado, haciéndose una interrogante lógica ¿si la acusada no se apropió del bien, cual la razón de la no devolución del equipo topográfico? situación que le llevó a concluir que no eran consistentes los argumentos de la recurrente al no establecer, si en su condición de tenedora del equipo, a quien se le debiera atribuir la tenencia de la estación total o que teoría asume.

Los argumentos expuestos por el tribunal de alzada cumplen con lo establecido en el art. 124 del CPP; es decir, una correcta fundamentación pues, si bien efectivamente como la misma recurrente señala, en el auto de vista impugnado se hace mención a diferentes acápites de la sentencia, ello no implica que se haya limitado únicamente a la cita de éstos sustituyendo una debida fundamentación; sino, que al contrario de esas puntualizaciones procede a efectuar un análisis legal para finalmente concluir que no resulta evidente los agravios denunciados; en cuanto, a los presuntos defectos de la sentencia, otorgando una respuesta clara, concreta y expresa a la parte recurrente.

Finalmente, la recurrente alega además de la falta de fundamentación, que el tribunal de apelación no se habría pronunciado respecto a su denuncia referida a que la sentencia estaba basada en hechos inexistentes y no acreditados que emergen de una defectuosa valoración de la prueba producida en juicio oral; al respecto, no resulta evidente el agravio denunciado pues, a lo largo de la fundamentación del auto de vista recurrido, el tribunal de alzada estableció con claridad cuáles los hechos acusados que fueron plenamente acreditados tanto en su existencia, como en la partición de la acusada en ellos, sin advertir en la conclusión de los miembros del tribunal juzgador, la existencia de argumentos que lleven a establecer que en la sentencia impugnada en su momento haya estado basada en hechos inexistentes o no acreditados, pues al contrario identificó cuáles las pruebas que respaldan el decisorio. De igual manera, en cuanto a la presunta defectuosa valoración probatoria y el tribunal de alzada se pronunció señalando que si bien se acusó la carencia de valoración de los medios de prueba; empero, la parte recurrente no precisó cuáles fueron las pruebas presuntamente mal valoradas, resultando una alusión genérica que no

permitía al tribunal de alzada efectuar el control de legalidad y establecer la veracidad del argumento; de lo referido en consecuencia, no resulta evidente la falta de pronunciamiento a los cuestionamientos del recurso de apelación restringida de la recurrente; consiguientemente, conforme los argumentos expuestos el presente motivo deviene en infundado.

III.2. Sobre la denuncia de convalidación de errónea aplicación de norma sustantiva.

Respecto del segundo motivo de casación, en el que se alega que el auto de vista impugnado convalida la errónea aplicación de la ley sustantiva denunciada en su recurso de apelación restringida, defecto de sentencia que se encuentra previsto en el art. 370-1) del CPP, por aplicación errónea del art. 142 del Cód. Pen., la recurrente invoca como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 431 de 11 de octubre de 2006, 329 de 29 de agosto de 2006, 315 de 25 de agosto de 2006 y 236 de 07 de marzo de 2007.

A.S. N° 431/2006 de 11 de octubre, emitido dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra RGCHT, por la presunta comisión del delito de suministro de sustancias controladas, teniéndose como antecedente la denuncia de que el tribunal de alzada no hubiese advertido la incorrecta subsunción de los hechos probados al tipo penal condenado; siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

“Que la calificación del hecho a un tipo penal determinado es en razón a describir primeramente el hecho para luego comparar las características de la conducta ilícita con los elementos constitutivos del delito; es necesario tomar en cuenta que la conducta general descrita por el tipo penal se encuentra en la norma, mientras que la conducta particular se identifica por la descripción de sus peculiaridades, si estas se subsumen a todos los elementos constitutivos de un tipo penal, recién podrá calificarse el hecho como delito incurso en tal normativa; en caso de que falte la adecuación de un elemento constitutivo del tipo penal, el hecho no constituye delito o en su caso se adecua a tentativa u otra figura delictiva”.

Similar razonamiento contienen los AA.SS. Nos. 329/2006 de 26 de agosto, 315/2006 de 25 de agosto y 236/2007 de 07 de marzo; es decir, que los delitos para ser considerados como tales, deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probado en juicio oral, público, contradictorio y continuo y en la fase de subsunción legal los tribunales y jueces de sentencia; y excepcionalmente, los tribunales de apelación, deben tener el cuidado de observar que la ausencia de alguno de los elementos configurativos del tipo penal, no existe delito.

Al igual que en el primer agravio se tiene que los precedentes contradictorios invocados tienen plena relación con el cuestionamiento traído en casación; en consecuencia, corresponde ingresar a verificar la existencia o no de la contradicción alegada.

La recurrente en lo esencial afirma que el tribunal de alzada confirma una sentencia basada en incorrecta aplicación de la ley sustantiva; es decir, que se le hubiese condenado por el delito de peculado sin que se haya subsumido todos los elementos constitutivos del tipo penal, particularmente lo referido al “apoderamiento” del bien que se le entregó en custodia, efectuando para ello la cita de una parte del auto de vista en el que se constataría la referida contradicción; al respecto, verificada la resolución impugnada se tiene que la parte recurrente en cuanto a la problemática planteada, se limita a efectuar una cita incompleta de los fundamentos del tribunal de alzada, pues al respecto se tiene que conforme lo señalado en la consideración del anterior motivo, se estableció que la resolución impugnada fue clara al establecer que la subsunción de los hechos al tipo penal fue correctamente realizada por el tribunal de mérito, señalando por qué consideraba que existió el apoderamiento extrañado por la recurrente; y, a mayor abundamiento también estableció que en cuanto a los elementos constitutivos del tipo penal, el hecho acusado al tratarse del delito de peculado el bien jurídico vulnerado resulta ser la función pública, primer elemento demostrado en el caso de autos, así como el sujeto activo también acreditado resultando ser la acusada Silvia Vicente Flores, quien tenía en su poder el equipo de estación total, el sujeto pasivo el Municipio de Challapata en la administración del patrimonio, el elemento subjetivo en la causa se halla demostrada con la intención del sujeto activo del delito de apropiarse del bien dado en préstamo, así como se tendría acreditado el elemento objetivo, esto es el verbo nuclear, de apropiarse, conclusión que se arribó en atención a los argumentos esbozados en el fallo impugnado.

De lo referido se tiene que el tribunal de alzada, consideró todos los elementos constitutivos del delito de peculado, para establecer que existió una correcta subsunción de éstos a los hechos acreditados en el juicio, no resultando evidente que únicamente se haya limitado a señalar que con la declaración de la recurrente no se ayudó al esclarecimiento, denotando más bien que la acusada efectúa una interpretación errónea a dicha aseveración pues, del análisis contextual se tiene que el tribunal en base a los hechos acreditados en juicio, asumió que la argumentación expuesta por la defensa y en particular por la acusada respecto de cómo hubiesen acontecido los hechos no fueron acreditados en juicio, por lo que sus argumentos no podían ser atendidos favorablemente por no estar respaldados probatoriamente, pues no se acreditó por prueba documental y menos testifical que la imputada verdaderamente haya dejado la estación total dentro de su estuche en dependencia del Municipio de Challapata y en su caso que es lo que hubiese acontecido con dicho equipo; consiguientemente, no resulta evidente la contradicción alegada, ya que al contrario se advierte que el tribunal de alzada emitió una resolución acorde a la doctrina legal aplicable, efectuando un adecuado control sobre la subsunción de los hechos al tipo penal de peculado; consiguientemente, también este motivo resulta infundado.

III.3. Con relación a la denuncia de convalidación de la Sentencia insuficientemente fundamentada.

Finalmente, en cuanto al tercer motivo de casación en el que se alega que el auto de vista impugnado convalida una sentencia insuficientemente fundamentada, que provoca la inobservancia del art. 124 del CPP y cuyo defecto, de sentencia está previsto en el art. 370-5) de la norma adjetiva señalada, constituyendo un defecto absoluto inserto en el art. 169-3) del CPP, la recurrente invoca los AA.SS. Nos. 437 de 24 de agosto de 2007 y 724 de 26 de noviembre de 2004.

A.S. N° 437/2007 de 24 de agosto, emitido dentro del proceso penal seguido por GJVC contra MRLM, por la presunta comisión del delito de apropiación indebida y otros, teniéndose como antecedente el hecho de que el auto de vista impugnado, omitió cumplir con el deber

de motivar adecuadamente la resolución, incurriendo en inobservancia del art. 124 del CPP, dando origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

“Que es una premisa consolidada que toda resolución, como la emitida por el tribunal de alzada, debe ser debidamente fundamentada, vale decir, es necesario que el tribunal de apelación, emita los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentran en el recurso de casación, además de revisar de oficio si existen defectos absolutos en cuyo caso, es necesario que en la fundamentación se vierta los criterios jurídicos del porque dicho acto se considera defecto absoluto y que principios constitucionales fueron afectados.

La falta de fundamentación en las resoluciones jurisdiccionales constituye un defecto absoluto, porque afecta al derecho a la defensa, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva; de ahí, que es necesario que cada resolución brinde a las partes procesales y a terceras personas interesadas, los razonamientos jurídicos esenciales del por qué se ha dispuesto de una u otra manera la resolución del conflicto penal; además, con la fundamentación jurídica, el juez o tribunal legítima sus actos, esa motivación no puede ser sustituida por una repetición de frases hechas sobre el alcance del recurso o los requisitos de su fundamentación, sino que, en verdad debe descansar en la expresión del razonamiento requerido por la norma procedimental de forma imperativa.

La jurisprudencia penal tiene sentada una línea con respecto a la falta de fundamentación en las resoluciones; al respecto, el A.S. N° N° 141 de 22 de abril de 2006, establece "(...) el tribunal de apelación al circunscribir su competencia a los puntos impugnados o a los defectos absolutos, los mismos deben encontrarse con el fundamento respectivo, obligación que debe cumplir ineludiblemente, la falta de fundamento en uno de ellos en la resolución emitida por el tribunal de alzada vulnera los principios de tutela judicial efectiva, derecho a la defensa y debido proceso”.

A.S. N° 724/2004 de 26 de noviembre, emitido dentro del proceso penal seguido por WLMC y otro contra VACG, por la presunta comisión del delito de estafa y otro en el que se evidenció que el auto de vista recurrido no pronunció sobre todos los puntos apelados, hecho que constituye defectos de sentencia insubsanable, siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

“Que el juicio oral, público y contradictorio conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla tutelado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio. En su desarrollo las partes asumen el papel protagónico de someterse a las reglas del debido proceso en igualdad de condiciones. Los Tribunales de Sentencia o el juez deben emitir la sentencia fundamentada consignando todos y cada uno de los hechos debatidos en el juicio, con un análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo incorporadas legalmente en el proceso, debiendo la fundamentación ser clara sin contradicción entre la parte considerativa y la resolutive, con indicación de las normas sustantivas o adjetivas que respalden el fallo requisitos que toda sentencia debe contener, constituyendo su omisión defectos de sentencia insubsanables al tenor del art. 370-3) y 5) del Cód. Pdto. Pen., por lo que en esos casos corresponde aplicar el primer parágrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.”.

Respecto de los precedentes invocados idóneos para efectuar el contraste solicitado, corresponde pronunciarse en cuanto a la problemática planteada; es decir, si efectivamente el tribunal de alzada, para justificar la sentencia se hubiese limitado a realizar una transcripción de su fundamento impugnatorio para luego agregar que la sentencia contaría con una debida fundamentación citando de manera genérica las pruebas producidas en juicio; al respecto, en primera instancia no puede dejarse de lado la contradicción notoria en la que ingresa la recurrente al señalar en su primer agravio que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva en cuanto a su denuncia de defectuosa valoración probatoria; es decir, que no hubiese existido pronunciamiento alguno al respecto y ahora de manera contraria señala que respecto del mismo tema el tribunal ad quem se limita únicamente a efectuar una cita genérica de la prueba incurriendo en imprecisión respecto a si existió o no pronunciamiento al respecto.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, se tiene que el tribunal de alzada a tiempo de pronunciarse al respecto, estableció de manera clara que la recurrente se limitó a denunciar la presunta defectuosa valoración probatoria intelectual, sin precisar respecto de que pruebas se alegaba dicho defecto, situación que imposibilitaba a ese tribunal efectuar la labor encomendada; por lo tanto, si la recurrente no proveyó los suficientes elementos argumentativos que permitan establecer con precisión cuál el defecto cuyo análisis se pretendía en alzada, no se puede atribuir ese error u omisión sobre el tribunal que resuelve la apelación.

Pese al defecto advertido en el planteamiento del recurso de apelación restringida, el tribunal de alzada concluyó que de la lectura del fallo impugnado en su Considerando IV en el punto destinado a la valoración de la prueba producida, concluyó que las pruebas demostraron la existencia del hecho y la participación de la acusada en el delito condenado, pruebas que fueron codificadas como MP-D1; MP-D2; MP-D3 y pruebas testificales de cargo, documentales de descargo PA-D1 a PA-D4 y testificales, las mismas que permitieron al tribunal, establecer la comisión del hecho ilícito de peculado, concluyendo que el argumento expuesto por la recurrente no tenía consistencia, independientemente de no haber especificado qué prueba de cargo o descargo no fue valorada; en ese contexto legal, el tópico no contaba con sustento legal. Este argumento no puede ser considerado de erróneo pues en todo caso la labor encomendada al tribunal de alzada es identificar cuáles las pruebas que sustentan el fallo puesto en revisión, pues con su pretensión y/o observación la recurrente más al contrario lo que pretendería es que se efectuó una revalorización probatoria; aspecto vedado en alzada, siendo lo correcto que cuando se denuncia defectuosa valoración probatoria, primero el recurrente debe proveer los suficientes elementos argumentativos que permitan establecer qué pruebas fueron defectuosamente valoradas, para luego establecer porqué se considera la concurrencia del citado defecto a partir de la identificación debida de cuál la regla de la sana crítica que fue inobservada, el no hacerlo genera la ineficacia del recurso de apelación restringida.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP, declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Silvia Vicente Flores, cursante de fs. 210 a 222.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



272

Ministerio Público y otra c/ Florentino Ballesteros Chicche
Violación Infante, Niña, Niño o Adolescente
Distrito: Pando

AUTO DE VISTA

Cobija, 09 de septiembre de 2016.

VISTOS: En recurso de apelación la Sentencia N° 06/16, de 04 de febrero 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2, dentro de la acción penal que por la supuesta comisión del delito de violación a menor, sigue el Ministerio Público en contra de Florentino Ballesteros Chicche.

RESULTANDO: El tribunal, a través de la sentencia mencionada, condena al nombrado acusado a 25 años de privación de libertad, forma de resolver que apela éste con el siguiente fundamento:

1. La Fiscal Olivia Marce Fernández dictó sobreseimiento el 27 de agosto de 2015, con lo que fueron notificadas las partes el 02 y 03 de septiembre de 2015, habiendo vencido el plazo de apelación el 10 de septiembre de 2015; pero extrañamente la parte acusadora presenta impugnación al sobreseimiento fuera del plazo establecido de 5 días, pese a ello fue admitido y revocado el sobreseimiento el 22 de septiembre de 2015, violentando de este modo el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la igualdad de las partes procesales, razón por la cual pide nulidad de la sentencia.

2. Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva porque en el juicio no se contó con la presencia del médico forense del IDIF, ni otros especialistas como los psicólogos, incurriendo en inobservancia del Código de Procedimiento Penal y el Cód. N.N.A., (art. 193-a). Pide nulidad de la sentencia.

3. Él como imputado no está suficientemente individualizado (art. 370-2 CPP) porque las MPs 9, 10, 11 y 12 concluyen que no existen signos de lesiones agudas en los menores. En el caso de la menor el informe revela desfloración de himen, pero no menciona al autor. En este punto debe tenerse en cuenta que la menor en su entrevista psicológica dijo que fue abusada sexualmente por el menor Fernando Tirina Avellaneda.

4. Las MPS 9, 10, 11 y 12, son insuficientes dado que no se presentaron los estudios Bateria ITS-VIH y parasitológicos solicitados por el médico forense. Pide nulidad de la sentencia.

5. La (prueba MPS 8, 13 y 14) declaración de Ingrid Gadella Dorado es contradictoria con la de su hermana Estela Gadella Dorado, pues la primera le habría mostrado que el ano de su hijo menor N.B.G. no era normal. La versión de Ingrid de que el acusado le metía el dedo y su parte íntima, fue desmentida en el juicio por los mismos niños. También se dijo que había tres camas cuando en realidad eran solamente dos.

6. La sentencia se basa en hechos inexistentes (art. 370-6 CPP). Dice que aunque se evidencia desfloración del himen, al no encontrarse lesiones agudas, se descarta la violación, en consecuencia no existe ningún indicio de abuso sexual, por cuanto el hecho de la violación no está acreditado por el médico del IDIF.

7. Los menores en el juicio declararon negando haber sido abusados sexualmente, sin embargo el tribunal interpreta lo contrario.

8. No sea realizó la audiencia de lectura íntegra de la sentencia.

CONSIDERANDO: (i) En cuanto a la tardía impugnación del sobreseimiento, el tribunal dice que de la prueba presentada no puede establecerse con claridad los cinco días referidos por el acusado, prueba que no puede ser revalorizada en segunda instancia a efectos de cambiar lo manifestado por el Tribunal de Sentencia, más si no hubo audiencia de ofrecimiento de prueba en apelación.

(ii) Se reclama que en el juicio no se contó con la presencia del médico forense del IDIF, ni otros especialistas como los psicólogos, incurriendo en inobservancia del Código de Procedimiento Penal y el Cód. N.N.A., (art. 193-a).

En cuanto al médico forense es cierto que no pudo declarar como testigo en el juicio para ratificar su informe, pero dicha ausencia no invalida lo informado por él cuando hizo el examen correspondiente, pues es una prueba pericial que debe ser valorada conforme a su contenido.

No sucede lo mismo con la psicóloga, quien sí estuvo presente. Además, la protección reclamada por el recurrente es para los menores, lo que no alcanza al acusado por ser mayor, de donde se tiene que no hay razón en el reclamo.

(iii) Florentino Ballesteros dice que él no está suficientemente individualizado como autor del hecho porque las MPs 9, 10, 11 y 12 concluyen que no existen signos de lesiones agudas en los menores, y que en el caso de la menor el informe revela desfloración de himen, pero no menciona al autor.

En este punto debe tenerse en cuenta que la menor en su entrevista psicológica dijo que fue abusada sexualmente por el menor Fernando Tirina Avellaneda.

En la fundamentación los Jueces refieren que por la MP 9, consistente en el certificado médico forense de la menor, se constata que el desgarramiento himeneal es de data antigua, asimismo se ve borramiento de pliegues anales, dando a entender la existencia de actos contra natura, aunque las MP 10 y 25, les crea dudas porque el médico forense aclara que el repliegue puede deberse a otros aspectos, no necesariamente al abuso sexual.

El contenido de los informes médico forense mencionados, es algo normal en estos casos, pues el médico forense debe limitarse a eso, o sea, indicar si hubo o no desgarramiento y/o signos de violencia, no puede ni debe indicar quien es el autor de los hechos.

En cuanto a que a que la niña hubiese sido violada por otra persona, el hecho, por más cierto que sea, no desvirtúa el elemento probatorio emergido de otros medios como lo vertido por la misma menor, la madre de ésta y la psicóloga, quienes son contundentes en señalar al recurrente como autor del hecho.

No es verdad entonces que el acusado no haya sido lo suficientemente individualizado como autor del hecho.

(iv) También dice el recurrente que las MPS 9, 10, 11 y 12, son insuficientes dado que no se presentaron los estudios Bateria ITS-VIH y parasitológicos solicitados por el médico forense.

Si bien es cierto lo mencionado, los informes complementarios solicitados, son para determinar la existencia de otras posibles patologías, de ahí que la ausencia de ellos no afecta el contenido de los informes del médico forense.

(v) Se dice igualmente que la declaración de Ingrid Gadella Dorado es contradictoria con la de su hermana Estela Gadella Dorado, pues la primera le habría mostrado que el ano de su hijo menor N.B.G. no era normal.

El mismo recurrente sostiene que la versión de Ingrid de que el acusado les metía el dedo y su parte íntima a los niños fue desmentida en el juicio por los mismos menores, y en realidad eso ha sido así, pues los jueces dicen que la versión del niño, aunque goza de presunción de verdad, no ha sido corroborada por otro medio de prueba, por lo que ese elemento aislado no les crea convicción. Si los jueces han fundamentado en ese sentido, no hay razón en el reclamo.

En cuanto a que había dos camas y no tres, no se ve la importancia de la diferencia, pues no se la menciona en la apelación.

(vi) Asegura Ballesteros que la sentencia se basa en hechos inexistentes porque, aunque se evidencia desfloración del himen, al no encontrarse lesiones agudas, se descarta la violación, en consecuencia no existe ningún indicio de abuso sexual, por cuanto el hecho de la violación no está acreditado por el médico del IDIF.

El hecho de la ausencia de signos de violencia externa no desvirtúa el desgarramiento himeneal. Además, debe tener en cuenta el recurrente que la violación a una menor puede ser sin violencia física o psicológica, y aún con su consentimiento al no ser válido éste.

Sobre el informe del IDIF hay que remitirse a lo ya manifestado.

(vii) Afirma Florentino Ballesteros que los menores en el juicio declararon negando haber sido abusados sexualmente, pero que sin embargo el tribunal interpreta lo contrario.

Los jueces, analizando las MP 21 y MP 22 concluyen que, si bien las declaraciones de los menores gozan de presunción de verdad, dicha declaración no ha sido corroborada con otra prueba, ya que el certificado médico establece lo contrario, razón por lo que ese elemento por sí solo no crea la convicción suficiente. También es cierto que en su declaración en el juicio uno de los menores no hace referencia a ningún hecho de violación o abuso sexual, de ahí es que los jueces dicen que el elemento probatorio de la MP 21 y MP 22, no fue corroborada con otra prueba.

No es verdad entonces que los jueces hayan interpretado lo contrario como sostiene el recurrente.

(viii) Como un defecto de forma se dice que no se realizó la audiencia de lectura de sentencia, sin embargo cursa a fs. 188 el acta de lectura, la que indica que sí se dio lectura a la Sentencia el 11 de febrero de 2016, donde no estuvo presente el acusado, ausencia que no invalida la lectura al estar notificado para el acto.

POR TANTO: La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, de acuerdo con lo establecido en los arts. 407, 410, 411, 412 y 413 del Cód. Pdto. Pen., admite el recurso, declara IMPROCEDENTE la apelación, en consecuencia CONFIRMA la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Germán Miranda Guerrero.- Juan Pereira Olmos.

Ante mí: Abg. Dolly Romero Saavedra.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de septiembre de 2016, cursante de fs. 245 a 250, Florentino Ballesteros Chicche, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 09 de septiembre de 2016, de fs. 224 a 226, pronunciado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, integrada por los vocales Germán Miranda Guerrero y Juan Pereira Olmos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de Violación de Infante, Niña, Niño o Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 6/2016 de 04 de febrero (fs. 166 a 171), el Tribunal de Sentencia N° 2 en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Florentino Ballesteros Chicche, autor de la comisión del delito de Violación de Infante, Niño, Niña y Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con relación al 310-g) del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinticinco años de reclusión.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Florentino Ballesteros Chicche, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 191 a 194 vta.), resuelto por Auto de Vista de 09 de septiembre de 2016, dictado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, que declaró admisible e improcedente el citado recurso y confirmó la sentencia impugnada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 897/2016-RA de 14 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) Previa remembranza de los antecedentes del proceso, el imputado denuncia que el tribunal de apelación en el considerando II de la resolución impugnada, mencionó que el médico forense no se presentó a ratificar su pericia violando el art. 193-a) del Cód. N.N.A., por lo que no se sabe cómo se establece que fue autor del delito de violación; por otro lado, en el segundo párrafo del referido considerando el ad quem, habría referido que si bien el médico forense aclaró en las pruebas MP10 y MP25, que el repliegue puede darse por otros aspectos no necesariamente por abuso sexual; posteriormente, en el párrafo cuarto hubiese señalado que por más cierto que sea, no quedó desvirtuado el elemento probatorio emergido de otros medios como el vertido por la misma menor, la madre de ésta y la psicóloga, quienes serían contundentes en señalarlo como autor del hecho acusado. Por lo que, alega el imputado que no se sabe cómo se lo individualiza y que el tribunal de apelación no consideró la valoración indebida de la prueba.

Finalmente, refiere que en el punto V del considerando, el ad quem, habría manifestado que los jueces alegaron que la versión del niño aunque gozaba de presunción de verdad, no fue corroborada por otro medio de prueba, siendo aislada y que no creó convicción, calificando su reclamo de apelación sin sentido, argumento del tribunal de alzada que califica el recurrente como erróneo y violatorio del principio de presunción de verdad y que se halla reflejado en el considerando VII y que viola el art. 193-c) del Cód. N.N.A., pues la declaración de un menor debe ser considerada como cierta mientras no sea desvirtuada objetivamente.

2) Agrega que en el Considerando VIII del auto de vista impugnado, respecto a su denuncia de que no se habría realizado la audiencia de lectura de sentencia, habría argumentado que dicho reclamo no era evidente, pues la misma se hubiese realizado el 11 de febrero de 2016, acto en el que no estuvo presente el acusado quien no fue notificado; empero, que su ausencia no invalidaba la lectura de la resolución de mérito. Argumento que a decir del imputado es falsa, pues después de casi siete meses apareció el acta de lectura de sentencia y fraudulenta.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el fallo dictado y se disponga la reposición de un nuevo juicio por otro tribunal.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 897/2016-RA de 14 de noviembre, cursante de fs. 257 a 259, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Florentino Ballesteros Chicche, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 6/2016 de 04 de febrero, el Tribunal de Sentencia N° 2 en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Florentino Ballesteros Chicche, autor de la comisión del delito de Violación de Infante, Niño, Niña y Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con relación al 310-g) del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinticinco años de reclusión, en base a los siguientes fundamentos:

Previa descripción de la prueba de cargo y descargo, el tribunal de mérito llegó al convencimiento que la menor AGN, habría sido objeto de abuso sexual por parte de su padrastro Florentino Ballesteros desde los ocho años, de acuerdo a las pruebas MP1, 4, 8 y 14, habiendo sido ratificada en audiencia por la víctima refiriendo las circunstancias del hecho, la que habiendo sido cotejada con la entrevista psicológica, tiene similitud en tiempo y espacio, siendo valorada como idónea y creíble por imperio de lo establecido en el art. 193-c) de la L. N°

548; por cuanto, goza de la presunción de verdad en tanto no se desvirtúe objetivamente; igualmente, la conclusión arribada con la MP9, cuyo certificado médico forense, en su conclusión refiere "desfloración himenal de data antigua y signos de acto contra natura", fecha en la que la menor tenía catorce años de edad, conforme la MP3. Tiene acreditado también que el hecho se habría suscitado en el domicilio de los cónyuges Ballesteros Gadella.

Con relación a los menores NBG, efectuado el análisis de la prueba aportada sobre todo de la declaración en audiencia, a la pregunta si alguna vez su papá le hizo daño en su potito, si le bajó calzoncillo o tocó su miembro, de manera terminante y concluyente respondió "¡no!", en ese mismo orden con relación al menor MBG, tanto el certificado médico que en su anamnesis establece que no refirió agresión o lesión, no existió contacto físico, si bien la conclusión refiere acto contra natura, no es menos cierto que el informe aclaratorio del mismo médico refiere, posible maniobra contra-natura, posible consecuencia de parasitosis tipo oxiuros, posible a consecuencia de estreñimiento y que faltó realizar un estudio parasitológico, test de graham, siendo sólo posibilidades, convirtiéndose en variables a la hipótesis del Ministerio Público que con la entrevista psicológica, no se llegó a determinar de manera precisa el hecho denunciado, ya que señala que tiene episodios de confusión, corroborada en audiencia de juicio, lo que generó duda para establecer responsabilidad respecto a los dos menores.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

El acusado Florentino Ballesteros Chicche, formuló recurso de alzada contra la resolución de mérito descrita, cuestionando los siguientes aspectos relacionados a los motivos de casación:

Como primer agravio, denuncia la inobservancia o aplicación errónea de la ley sustantiva [art. 370-1) del CPP], aludiendo que para realizar y valorar el peritaje, se requiere de especialistas con técnica suficiente para la producción de la prueba pericial correspondiente, conforme al art. 204 y ss., del CPP; en consecuencia, la presencia de perito en el juicio oral, el que luego de la exposición de lo más relevante de su dictamen y trabajo técnico, debe ser sometido a interrogatorio; por tanto, es fundamental para la valoración objetiva de los peritajes realizados; empero, en el juicio oral de la presente causa no se contó con la presencia del médico forense del Instituto de Investigaciones Forenses (IDIF), ni otros especialistas como psicólogos, por lo que se incurrió en la inobservancia del Código adjetivo penal y del Código del Niño, Niña y Adolescente.

En el segundo agravio, denuncia que el imputado "...no esté suficientemente individualizado" [art. 370-2) del CPP], expresando que las pruebas MP9, MP10, MP11 y MP12, concluyen que no existen signos de lesiones agudas en los menores AGNG, MBG, NBG y URBG; por tanto, no existe abuso sexual. En el caso de la menor AGNG, se evidencia desfloración himeneal y pérdida de virginidad; sin embargo, no menciona, mucho menos identifica al autor del hecho. En una de sus declaraciones, confesó que tiene cortejo (enamorado), en el informe psicológico pericial realizado a dicha menor, declaró textualmente: "que fue víctima del adolescente José Fernando.... que la había jalado hasta llevarla detrás de una iglesia donde el sindicado la había abusado sexualmente"; en consecuencia, dichas declaraciones ponen en mayor duda la individualización del sujeto que hubiere tenido relaciones sexuales con la menor.

Como cuarto agravio, denuncia "Que no exista la fundamentación de la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria" [art. 370-5) del CPP], aseverando que de acuerdo a las pruebas documentales de cargo MP8, MP13 y MP14, Ingrid Gadella Dorado, refiere que su hijo NBG de 5 años, le contó que su papá los tocaba, le metía su dedo a su ano y que también su parte íntima, declaración que es contradictoria a la de su hermana (tía de las víctimas), quien declaró que la madre de los niños, le mostró a su hijo MBG, menor de siete años, indicando que la parte de su ano no era normal, refutada por el médico forense porque dicho hecho no fue corroborado por ninguno de los exámenes realizados y fue desmentido en el juicio oral por los mismos niños. La prueba MP13 menciona que existen tres camas en el dormitorio, lo cual contradice las declaraciones de AGNG, quien declaró que sólo existían dos camas en el dormitorio, donde supuestamente ocurrieron los hechos.

Como sexto agravio, cuestiona que "la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba" [art. 370-6) del CPP], expresando que las declaraciones de Ingrid Gadella Dorado y su hermana Estela Gadella Dorado, son contradictorias; el informe MP13 contradice las declaraciones en el informe psicológico pericial de la menor AGNG, las pruebas MP21, MP22 y MP23 son contradictorias a los informes del médico forense (PD2, PD3, PD4 y PD5), asimismo, las declaraciones de los menores durante el juicio oral niegan haber sido objeto de abuso sexual por parte del padre; sin embargo, el tribunal le asignó en su valoración una plena credibilidad y veracidad a estas pruebas y determinan que contribuyen a establecer la autoría de un hecho ilícito.

En calidad de séptimo agravio, denuncia: "La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia" [art. 370-10 del CPP], con relación al art. 360 del mismo Código; por cuanto, concluido el juicio oral el 04 de febrero de 2016, no se dio lectura a la parte resolutoria de la Sentencia N° 6/2016, pero hasta la fecha no se realizó la audiencia de lectura íntegra de la sentencia, por el contrario, fue sorprendido con la notificación de la Sentencia el 31 de marzo de 2016.

II.4. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, a través del auto de vista recurrido, declaró procedente la apelación; en consecuencia, confirmó la resolución de mérito, sobre la base de los siguientes argumentos:

i) Se impugnó que en el juicio no se contó con la presencia del médico forense del IDIF, ni otros especialistas como los psicólogos, incurriendo en inobservancia del Código adjetivo penal y el Código del Niño, Niña y Adolescente. Al respecto, el tribunal asevera que es cierto que dicho profesional no pudo declarar como testigo en el juicio para ratificar su informe, pero dicha ausencia no invalida lo informado por él, cuando hizo el examen correspondiente, pues es una prueba pericial que debe ser valorada conforme a su contenido. No sucede lo mismo con la psicóloga, quien sí estuvo presente; además, la protección reclamada por el recurrente es para los menores, lo que no alcanza al acusado por ser mayor, de donde se tiene que no haya razón en el reclamo.

ii) El imputado señala que no está suficientemente individualizado como autor del hecho porque las MP'S 9, 10, 11 y 12, concluyen que no existen signos de lesiones agudas en los menores y que en el caso de la menor el informe revela desfloración del himen, pero no menciona al autor. Que la menor en su entrevista psicológica, dijo que fue abusada sexualmente por el menor FTA.

En la fundamentación, los jueces refieren que por la MP 9, consistente en el certificado médico forense de la menor, se constata que el desgarramiento himeneal es de data antigua; asimismo, se ve borramiento de pliegues anales, dando a entender la existencia de actos contra natura, aunque las MP 10 y 25, les crea dudas porque el médico forense debe limitarse a eso; es decir, indicar si hubo o no desgarramiento y/o signos de violencia, no puede ni debe indicar quién es el autor de los hechos. En cuanto a que la niña hubiese sido violada por otra persona, el hecho, por más cierto que sea, no desvirtúa elemento probatorio emergido de otros medios como la vertido por la misma menor, la madre de ésta y la psicóloga, quienes fueron contundentes en señalar al recurrente como autor del hecho; en consecuencia, no es cierto que el acusado no haya sido lo suficientemente individualizado como autor del hecho.

iii) Cuestiona que la declaración de Ingrid Gadella Dorado, es contradictoria con la de su hermana Estela Gadella Dorado, pues la primera le habría mostrado que el ano de su hijo menor NGB no era normal, sosteniendo el impugnante que la versión de Ingrid Gadella Dorado de que el acusado les metía el dedo y su parte íntima a los niños, fue desmentida en el juicio por los mismos menores y en realidad eso ha sido así, pues los jueces dijeron que la versión del niño, aunque goza de presunción de verdad, no fue corroborada por otro medio de prueba, por lo que ese elemento aislado no les creó convicción. Si los jueces fundamentaron en ese sentido, no hay razón en el reclamo.

En cuanto a que había dos camas y no tres, no ve la importancia de la diferencia, pues no se la menciona en apelación.

iv) El impugnante asegura que la sentencia se basa en hechos inexistentes porque, aunque se evidencia desfloración del himen, al no encontrarse lesiones agudas, se descarta la violación; en consecuencia, no existe ningún indicio de abuso sexual; por cuanto, el hecho de la violación no está acreditado por el médico del IDIF, el hecho de la ausencia de signos de violencia externa no desvirtúa el desgarramiento himeneal. Además, debe tener en cuenta el recurrente que la violación a una menor puede ser sin violencia física o psicológica y aún con su consentimiento al no ser válido éste. Sobre el informe del IDIF, se remite a lo ya manifestado.

v) Afirma el imputado, que los menores en el juicio declararon negando haber sido abusados sexualmente; pero que sin embargo, el tribunal interpreta lo contrario. Al respecto, los jueces analizando las MP21 y MP 22, concluyeron que, si bien las declaraciones de los menores gozan de presunción de verdad, dicha declaración no fue corroborada con otra prueba, ya que el certificado médico establece lo contrario, razón por lo que ese elemento por sí solo no crea la convicción suficiente. También es cierto que en su declaración en el juicio uno de los menores no hizo referencia a ningún hecho de violación o abuso sexual, de ahí es que los Jueces dijeron que el elemento probatorio de la MP21 y MP22 no fue corroborado con otra prueba; en consecuencia, no es verdad que los jueces hayan interpretado lo contrario como sostiene el recurrente.

vi) Como defecto de forma, el impugnante dice que no se realizó la audiencia de lectura de sentencia; sin embargo, cursa a fs. 188 el acta de lectura, la que indica que sí se dio lectura a la Sentencia el 11 de febrero de 2016, donde no estuvo presente el acusado, ausencia que no invalida la lectura al estar notificado para el acto.

III. Verificación de la denuncia de derechos y garantías.

El recurrente denuncia carencia de fundamentación legal y suficiente del auto de vista recurrido, sobre las cuestionantes relativas a la ausencia del médico forense para ratificar su informe en juicio, al alcance de su informe aclaratorio y la calificación efectuada por el tribunal de mérito en cuanto a la versión del menor de edad, así como sobre la falta de notificación al acusado para la lectura de la resolución de mérito; en consecuencia, corresponde verificar si tal denuncia es evidente para asumir la decisión correspondiente.

III.1. Sobre el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En reiterados fallos emitidos por esta Sala, se han ratificado los razonamientos establecidos por la extinta Corte Suprema de Justicia, sobre los parámetros orientadores establecidos por este tribunal para determinar que una resolución judicial esté suficiente y debidamente fundamentada, en aplicación de los arts. 124 y 398 del CPP, habiendo determinando el A.S. N° 5 de 26 de enero de 2007, que:

“La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control, y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

a) Expresa: porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) Clara: en la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún por los legos.

c) Completa: la exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita

la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al *petitum* y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arrije luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del *petitum* significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *infra petita* o *extra petita partium*.

d) Legítima: la legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar *ex officio* la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

e) Lógica: finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia”.

Así también, este tribunal a través del A.S. N° 319/2012-RRC de 04 de diciembre, ratificó y complementó la doctrina legal sobre la falta de fundamentación y desarrollando los fundamentos de la misma determinó, que: “El art. 115-I de la C.P.E., reconoce el derecho de acceso a la justicia, al disponer que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; este derecho, considerado como el que tiene, toda persona de recurrir ante un juez o tribunal superior competente e imparcial, para hacer valer sus pretensiones; también reconocido por los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 8; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8-2-h); y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.

Así, si una resolución cumple con la garantía de la debida motivación y está sustentada en argumentos claros, también cumple con otras dos garantías adicionales, una en interés de las partes y otra en interés de la sociedad en general: la de hacer asequible el acceso a la justicia mediante la utilización de los recursos y la de garantizar el derecho a la publicidad, pues una sentencia oscura no permite el acceso a este derecho, pero una sentencia clara la garantiza y la hace realmente efectiva, en tanto que no sólo se tiene acceso a ella, sino además que cumple con la función última de hacer saber a la sociedad por qué el juzgador falló de una determinada manera y no de otra.

De ahí que los fallos deben ser debidamente fundamentados, no siendo suficiente que el juzgador se limite a transcribir los antecedentes procesales, los fundamentos de las partes o hacer una relación de normas legales sin que se ponga en evidencia el iter lógico, o camino del razonamiento, a efecto de arribar a determinada conclusión, para de esta manera cumplir con la previsión del art. 124 del CPP, lo contrario significaría vulneración al debido proceso en su elemento de la debida fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales...”.

III.2. Análisis del caso concreto.

En cuanto al primer motivo de casación, relativo a la falta de un pronunciamiento legal y suficiente de parte del tribunal de apelación sobre los cuestionamientos que hizo el acusado en cuanto a la falta de ratificación en audiencia del informe del médico forense, sobre la aclaración que efectuó el referido profesional en relación a la causa del repliegue que no necesariamente se deberían al abuso sexual; y, con relación a la calificación que habría otorgado el tribunal de apelación con relación a las manifestaciones del niño, se deben verificar los argumentos del recurso de apelación del acusado a efectos de verificar si el fundamento contenido en el auto de vista impugnado guarda la suficiente claridad, completitud y logicidad del fallo.

Entonces, se advierte que el acusado, formuló recurso de apelación restringida, cuestionando –en lo que interesa al contenido del motivo de casación–, que el médico del IDIF no estuvo presente en el juicio oral, a efectos de que sea sometido a interrogatorio sobre el contenido de su peritaje, lo que –sumado a la ausencia de la profesional psicóloga– dio lugar a la inobservancia del Código adjetivo penal y Código de Niño, Niña y Adolescente. Asimismo, cuestionó que se estableció la evidencia de que la menor AGNG, presentó desfloración himeneal y pérdida de virginidad; sin mencionar mucho menos identificar al autor del hecho, existiendo una declaración de la referida menor en la que expresó haber sido víctima de un adolescente, poniendo en mayor duda la individualización del sujeto que hubiera tenido relaciones sexuales con la menor.

Al respecto, de la revisión del auto de vista recurrido, se advierte que de manera concisa; pero expresa y clara, fundamentó que era evidente que el médico forense no pudo declarar como testigo en el juicio para ratificar su informe; sin embargo, su ausencia no podía invalidar lo informado por él en el examen correspondiente, al resultar una prueba pericial que debe ser valorada de acuerdo a su contenido, lo que sin duda guarda coherencia con el Código procesal de la materia, en el que de ningún modo prevé la obligación de comparecencia del perito a efectos de que ratifique el estudio especializado que realizó, estableciéndose a lo largo del mismo la posibilidad de su comparecencia en juicio, siempre que ello sea posible o de que sea expresamente requerido por el juez (arts. 217, 333 y 335 del CPP), resultando útil referirse al razonamiento asumido por la extinta Corte Suprema, en un caso en el que se detectó que el tribunal de apelación había actuado de forma correcta, al validar la forma en la que fueron propuestos diferentes informes médicos legales, como prueba documental, tanto por la acusación fiscal como por la particular, habiéndose efectuado su incorporación al juicio en sujeción al art. 333 del CPP; a cuyo efecto, estableció que: “Lo resuelto por el tribunal de apelación, no contradice ni vulnera las normas previstas en los arts. 333, 355, 206, 209 del Cód. Pdto. Pen., por cuanto las disposiciones enunciadas, permiten que actas de reconocimiento, informes de pericias practicadas durante la etapa preparatoria, certificaciones de exámenes médicos, entre otras pruebas literales, sean incorporadas al juicio por su lectura con indicación de su origen; en el

caso de informes o dictámenes, estos pueden ser incorporados en dicha forma sin perjuicio que las partes o el tribunal exijan la comparecencia del perito cuando ello sea posible, sin que ello signifique que su comparecencia deba ser propuesta como si de testigo se tratase”, razón por la que declaró infundado el recurso interpuesto por la parte imputada.

Ahora bien, continuando con el razonamiento del auto de vista recurrido, se advierte que el tribunal de apelación; en cuanto, a la debida individualización del imputado en el hecho delictivo endilgado, concluyó que los jueces refieren que por la MP 9, consistente en el certificado médico forense de la menor (AGNG), se constata que el desgarramiento himeneal es de data antigua; asimismo, se ve borramiento de pliegues anales, dando a entender la existencia de actos contra natura, aunque las MP 10 (requerimiento y certificado médico forense de MBG-conforme la fundamentación descriptiva de la prueba contenida en la Sentencia) y 25 (Informe de aclaración en cuanto al certificado Médico Forense de 23 de enero de 2015 realizado el 29 de julio del mismo año), les crea dudas porque el médico forense debe limitarse a eso; es decir, indicar si hubo o no desgarramiento y/o signos de violencia, sin que pueda ni deba indicar quién es el autor de los hechos. En cuanto, a que la niña hubiese sido violada por otra persona, el hecho, por más cierto que sea, no desvirtúa elemento probatorio emergido de otros medios como lo vertido por la misma menor, la madre de ésta y la psicóloga, quienes fueron contundentes en señalar al recurrente como autor del hecho, razón por la cual el tribunal de apelación, estableció no ser cierto que el acusado no haya sido lo suficientemente individualizado como autor del hecho, razonamiento que igualmente resulta claro, suficiente, lógico y legal, debido a que se sujetó a los datos del proceso, específicamente en los razonamientos que sostienen la sentencia, en la que se advierte que además del certificado médico forense en la que se acreditó la desfloración himeneal de data antigua y a nivel anal borramiento de pliegues anales, sugerentes de maniobra/actos contra natura en la víctima AGNG, se basó en otros elementos de prueba como las MP'S 1, 4, 8 y 14; en consecuencia, está debida y suficientemente fundamentada.

En cuanto a la alusión que efectúa el recurrente de casación, respecto a una contradicción contenida en el auto de vista recurrido, se advierte que el tribunal de apelación, en parte de los fundamentos se refiere a la individualización del acusado como autor del delito atribuido a él, en relación a la menor AGNG; para posteriormente referirse a la duda que estableció el propio tribunal de mérito respecto a las pruebas MP10 y MP25, que están estrictamente referidas a la certificación médica legal y aclaración de informe respecto al menor MBG, no así a la situación médica de la menor AGNG, por lo que la denuncia del recurrente, además de carecer de mérito, pretende hacer incurrir en error a las suscritas magistradas, tergiversando el contenido del auto de vista, que conforme se expresó en el párrafo precedente, guarda relación con los razonamientos asumidos por el tribunal de mérito en sentencia, debido a que es fácilmente perceptible, que el referido Tribunal de Sentencia, al no haber apreciado en la prueba valorada la perpetración de un hecho delictivo en perjuicio de los menores MBG y NBG, habiéndose generado dudas al respecto, no llegó a establecer responsabilidad alguna del acusado respecto a los dos menores aludidos.

En ese mismo sentido, se pronunció el tribunal de apelación, cuando estableció que, con relación al cuestionamiento del recurrente de apelación restringida sobre la declaración de Ingrid Gadella Dorado, que sería contradictoria con la de su hermana Estela Gadella Dorado, respecto a la supuesta violación del menor NBG, evidentemente no encontró coherencia, razón por la que los Jueces de mérito, establecieron que la versión del niño, aunque goza de presunción de verdad, no fue corroborada por otro medio de prueba, por lo que ese elemento aislado no les creó convicción; a cuyo mérito, el cuestionamiento del recurrente fue declarado sin razón, precisamente porque no se estableció la responsabilidad del acusado en cuanto a la supuesta violación de los menores MBG y NBG. Asimismo, estableció que los jueces analizando las pruebas MP21 y MP 22, concluyeron que, si bien las declaraciones de los menores gozan de presunción de verdad, dicha declaración no fue corroborada con otra prueba, ya que el certificado médico establece lo contrario, razón por lo que ese elemento por sí solo no crea la convicción suficiente. También, es cierto que en su declaración en el juicio, uno de los menores no hizo referencia a ningún hecho de violación o abuso sexual, de ahí es que los jueces dijeron que el elemento probatorio de las pruebas MP21 y MP22 no fue corroborado con otra prueba; en consecuencia, no es verdad que los jueces hayan interpretado lo contrario como sostiene el recurrente.

En consecuencia, el cuestionamiento que el recurrente de casación efectúa respecto a que el tribunal de apelación, incorrectamente habría afirmado que la versión del niño aunque gozaba de presunción de verdad, no fue corroborada por otro medio de prueba, siendo asilada y que no creó convicción, lo que considera violatorio del art. 193-c) del Cód. N.N.A., carece de lógica, debido a que; por un lado, conforme se estableció supra, el propio tribunal de mérito concluyó en que las pruebas aportadas en relación a la supuesta violación de los menores MBG y NBG, no creó certeza en los miembros de dicho ente colegiado, razón por la cual no declaró responsabilidad en el hecho delictivo del acusado; y por otro, no obstante el cuestionamiento que efectúa el recurrente en la primera parte del recurso de casación, sobre el contenido de las pruebas MP10 y MP25 (referidas al menor MBG), en las que se estableció que el repliegue en la región anal del menor pudo darse por otros motivos, de manera inexplicable, en la segunda parte, el recurrente pretende se dé un valor positivo a la sola declaración del menor de edad, conforme al art. 193-c) del Cód. N.N.A., lo que sin duda demuestra la deslealtad procesal con la que actúa el recurrente de casación a tiempo de fundamentar tanto el recurso de apelación restringida, como el recurso de casación, al denunciar los supuestos fundamentos falsos o contradictorios, que a todas luces no se encuentran plasmados en el auto de vista recurrido.

Por los argumentos expuestos, es posible concluir que el tribunal de apelación, efectuó una fundamentación, expresa, completa, legítima y lógica, por lo que no se advierte vulneración alguna a los derechos y garantías del imputado.

Con relación al segundo motivo de casación, se evidencia que el acusado, a tiempo de interponer el recurso de apelación restringida, cuestionó que hasta la fecha de interposición del recurso de apelación, no se había efectuado la audiencia de lectura íntegra de la sentencia, habiéndosele sorprendido con la notificación con la Sentencia el 31 de marzo de 2016, respecto a lo cual el tribunal de mérito respondió que, la audiencia de lectura de la sentencia se celebró el 11 de febrero, donde no estuvo presente el acusado, lo que no invalida la lectura al estar notificado para el acto, lo que materialmente se evidencia del acta de lectura de Sentencia de 11 de febrero de 2016 (fs. 26), en la que la secretaria del Tribunal de Sentencia, informó la notificación a las partes, la ausencia del acusado, de su abogado, del representante del Ministerio Público, presente la víctima acompañada de su abogado y ausente la defensoría, habiendo dado fe de lo obrado la Secretaria del Tribunal; en cuyo mérito, se advierte la debida y suficiente fundamentación del auto de vista recurrido, por lo que no se evidencia vulneración de derechos y garantías del acusado, debiendo declararse infundado el motivo analizado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP, se declara INFUNDADO el recurso de casación formulado por Florentino Ballesteros Chicche, cursante de fs. 245 a 250 de obrados.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



273

Margarita Casilla Vásquez c/ Concepción Fernández Fernández y otro

Daño simple

Distrito: Oruro

AUTO DE VISTA

Oruro, 26 de agosto de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesta por Concepción Fernández Fernández, contestación al recurso, auto supremo, diligencias de notificaciones, antecedentes incurso que ilustran la presente causa y todo lo inherente:

CONSIDERANDO: I.- Que Margarita Casilla Vásquez formula acusación particular contra Concepción Fernández Fernández y René Quispe Choque, por el presunto delito de daño simple previsto y sancionado por el art. 357 del Cód. Pen., efectuado el juicio oral público y contradictorio, la Juez de Sentencia Penal N° 2, pronuncia la Sentencia N° 09/14 de 25 de febrero de 2014, en cuya parte resolutive, luego de las consideraciones y valoración de las pruebas de cargo y descargo, dicta sentencia condenatoria en contra de Concepción Fernández Fernández con relación al delito de daño simple sancionado por el art. 357 del Cód. Pen., imponiéndole la pena de seis meses de reclusión a cumplir en el penal de San Pedro de esta ciudad y cincuenta días multa a razón de dos bolivianos por día; habiéndose dispuesto el beneficio del perdón judicial en su favor de conformidad a lo dispuesto por el art. 368 del Cód. Pdto. Pen., y se pronuncia sentencia absolutoria en favor de Rene Quispe Choque, en observancia del art. 363-2) de la Ley Adjetiva Penal. Contra la referida sentencia, Concepción Fernández Fernández formula recurso de apelación restringida.

CONSIDERANDO: II.- Que de la revisión y examen de los fundamentos del recurso de apelación restringida, cotejado con lo resuelto en sentencia, contestación al recurso y todo lo inherente al caso, dentro los parámetros previstos por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se tiene:

Concepción Fernández Fernández, en amparo de lo dispuesto por los arts. 407 y 408 el Cód. Pdto. Pen., interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia N° 09/14 de 25 de enero de 2014 pronunciada por la Juez de Sentencia Penal N° 2 de la capital, por inobservancia de normas procesales que derivaron en defectos de la sentencia previsto por los arts. 169-3-1) y 5) del art. 370 de la L. N° 1970, con relación a los arts. 115-II, 117, 119-II de la C.P.E., solicitando la nulidad íntegra de la sentencia pronunciada, reponiendo la audiencia de juicio oral, público, continuo y contradictorio, a través del reenvío de la causa por ante la autoridad jurisdiccional que corresponda.

Margarita Casilla Vásquez contesta al recurso de apelación restringida de conformidad a lo dispuesto por el art. 409 del Cód. Pdto. Pen., en forma negativa y con los fundamentos expuestos, solicita se disponga la improcedencia del recurso.

1. Sobre la errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen., con relación a la concepción de autoría por medio de otros".

Refiere la recurrente que la teoría introducida en el Cód. Pen., funda la separación de autores y partícipes en el dominio del hecho que tienen los primeros pero no los segundos. Como son los partícipes; dominio de hecho que consiste en el poder empírico para impulsar, dirigir, controlar e interrumpir el acontecimiento o hecho en sí. En ese orden estima que no puede alcanzar la calidad de autora a partir de la modalidad "por medio de otros"; toda vez que a partir de la teoría finalista que introduce el Cód. Pen., su condición de haberse demostrado aquello, habría sido la de partícipe vinculado al art. 22 del Cód. Pen., que resulta inexistente en la fundamentación de la sentencia y en la propia acusación particular.

Considera que en la sentencia recurrida se aplicó de manera errónea el art. 20 del Cód. Pen., al declararse autoría en la modalidad de "por medio de otro", incurriéndose en defecto de la sentencia por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva como previene el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.

Sobre el particular la doctrina refiere que autor es el sujeto activo del delito, además se sostiene que en materia penal, se puede ser autor de tres maneras: a) por la materialidad de la ejecución; b) por la inducción (la inspiración o el estímulo) de la acción; c) por efecto de la cooperación necesaria, a esto se añade que autor material es el que perpetra efectivamente un delito. Nuestro ordenamiento jurídico penal adopta la misma orientación, cuando en el art. 20 del Cód. Pen., establece que son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso. Ahora bien, en la enunciación del hecho y circunstancias del objeto del juicio (Considerando III de la sentencia) se establece que Concepción Fernández Fernández junto al maestro contratista René Quispe Choque procedieron a derribar un muro del lado este de propiedad de Margarita Casilla Vásquez, dejando su baño sin muro totalmente inutilizado, el cielo falso deteriorado, los artefactos del baño deteriorados, lo que significa que se la conceptúa como autora del delito de daño simple previsto en el art. 357 del Cód. Pen.

La juez de la causa al haber entendido que René Quispe Choque, maestro contratista, con un martillo tipo combo habría destruido el muro, pero por orden de la acusada y dueña de casa; aunque no tomó en sus manos el martillo tipo combo, Concepción Fernández Fernández, fue conceptualizado y considerada como autora "por medio de otro", adecuando su conducta al tipo penal de daño simple en grado de autoría (art. 20 del Cód. Pen.), y no resulta pertinente la vinculación con el art. 22 del Cód. Pen., como exige la recurrente, toda vez que el art. 20 de la Ley Penal Sustantiva reconoce la autoría "por medio de otro" por lo que no existe errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen.

2. Con relación a la inexistencia de fundamentación sobre la integralidad de los hechos que fueron objeto de juicio.

Sostiene la recurrente que el hecho que ocupó el ámbito del juicio oral no solo fue el muro destruido presuntamente con un combo tipo martillo, sino también que los muros del inmueble de la acusadora particular están afectados por los sacudones de la maquinaria pesada que se utiliza en la construcción realizada por Concepción Fernández Fernández, daños que alcanzarían a un monto avaluado en Bs 18.246; aspecto que no habría sido considerado en la sentencia, quedando en la verdadera incertidumbre si se tratan de hechos ciertos, probados y con responsabilidad penal para alguien o en su caso desvirtuados y con qué elementos de convicción.

Estima que este hecho vulnera la garantía del debido proceso en su vertiente del derecho a una resolución fundamentada.

Sobre el particular el primer párrafo del Considerando VI de la Sentencia N° 09/2014 de 25 de febrero menciona: "Tomando conocimiento específico, pormenorizado y objetivo de todos y cada uno de los argumentos de cargo y descargo, se concretó en el análisis probatorio al principio previsto en el art. 171 del Cód. Pdto. Pen., y se asumió únicamente los elementos vinculantes a la verdad material referida en la primera parte de esta sentencia (enunciación del hecho y circunstancias objeto del juicio), aplicando el principio de congruencia y el principio iuria novit curia, valorando las pruebas producidas durante el juicio de un modo integral conforme a las reglas de la sana crítica y exponiendo las razones, lo que corresponde es juzgar los hechos..."

Si bien la sentencia impugnada no se refiere específicamente a las rajaduras de los muros del inmueble afectados por los sacudones de la maquinaria pesada que se utilizó en la construcción cuestionada por la apelante, no resulta siendo determinante que implique el cambio en la situación jurídica de la acusada y es aplicable lo dispuesto por la última parte del art. 414 de la L. N° 1970, desarrollado por el A.S. N° 277 de 13 de agosto que expuso como doctrina legal: "La función principal del tribunal de alzada es pronunciarse respecto de la existencia de errores 'injudicando' o errores 'improcedendo' en que hubiera incurrido el tribunal a quo (Juez o Tribunal de Sentencia) de acuerdo a la previsión del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., consecuentemente el tribunal de alzada sin necesidad de reenvío puede subsanar errores de derecho existentes en el proceso pero sin revalorizar la prueba, ya que lo contrario significaría desconocer el principio de inmediación que se constituye en el único eje central en la producción probatoria reservada exclusivamente para los tribunales de sentencia, sean estos colegiados o unipersonales"; en ese antecedente se debe considerar lo siguiente:

De la revisión de la sentencia impugnada se tiene que la Juez de Sentencia N° 2 de la capital consideró ese hecho objeto de juicio, al señalar que de la prueba aportada, la doctrina y jurisprudencia analizada, fue demostrado la comisión del delito de daño simple por parte de la acusada Concepción Fernández Fernández, a través de la prueba testifical incluso la de descargo, testigo Limbert Mamani Canaviri, quien a la pregunta sobre quien destruyó el muro del baño, habría señalado esos dos que contrató la señora, refiriéndose a Concepción Fernández Fernández, como la pericial en ocasión de la participación del perito en acto de inspección judicial así como en audiencia a momento de presentar el peritaje, reconoció que hubo destrucción de un muro y recomendó a la acusada a que repare, hecho corroborado con el acto de inspección judicial; argumentos que evidencian que la juez de sentencia consideró la integralidad de los hechos objeto de juicio, ya que además de la destrucción de un muro, también advirtió rajaduras en los muros del inmueble de la acusadora, de donde se tiene que si bien la Juez de Sentencia no efectuó una fundamentación extensa o redundante, empero conforme a los antecedentes del proceso, los hechos fueron debidamente considerados, establecidos y demostrados, situación por la que subsumió la conducta de la acusada en el delito de daño simple, observándose que el fallo de primera instancia resulta claro y preciso.

3. Respecto a la errónea aplicación de la ley sustantiva en la fijación de la pena.

Afirma la recurrente que la fijación de la pena carece de fundamento y se constituye en un ineludible defecto de la sentencia, señalando que para la determinación de la pena, el legislador ha establecido parámetros que deben ser asumidos de manera fundamentada por el juzgador, estableciendo cuales son las razones por las que se asume circunstancias agravantes y/o atenuantes, como refieren los arts. 37 y 38 del Cód. Pen. Hace mención que en la sentencia que se impugnó, se le condena a la pena de 6 meses de reclusión a cumplir en el penal de "San Pedro" de esta ciudad, llegando al extremo de fijar una fecha cuando inclusive la sentencia no estaba apelada o en su caso ejecutoriada, dando la impresión de que la recurrente ya debería estar cumpliendo la pena impuesta; que no explica por qué razones decidió condenarle con seis meses de reclusión o cuales fueron los criterios de racionalidad.

Sobre el particular, el art. 414 del Código de Procedimiento penal señala: "Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos en la nueva sentencia, así como los

errores u omisiones formales y los que se refieren a la imposición o el cómputo de penas". Agregando que: "Asimismo el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria", en ese antecedente se tiene:

Si bien la fundamentación efectuada por la Juez de Sentencia N° 2 respecto a la fijación de la pena no es ampulosa; no es menos cierto que de la revisión del fallo de primera instancia se constata en su Considerando IV denominado motivos de hecho y derecho, valor otorgado a los medios de prueba punto 3, de la prueba documental arguyó que: "Documentales útiles a efectos de la personalidad, antecedentes familiares y personales de los acusados", de donde se advierte que la juez de sentencia impuso la condena en observancia de los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., ya que como se encuentra plasmado en la sentencia examinó la magnitud del daño y las circunstancias en las que ocurrieron los hechos; pues se debe tener presente que el Código Penal, en cuanto a la fijación de la pena no establece parámetros, quedando esa determinación a la decisión del juez, en el marco del mínimo y máximo legal de la pena prevista para el delito con base a las circunstancias detalladas por la norma, evidentemente como alega la Juez de Sentencia, por los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., que establecen que el Juez para determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales debe tomar en cuenta: a) La personalidad del autor, aspecto que fue considerado por la juez de primera instancia conforme asevera de las documentales que habrían sido adjuntadas al proceso por la acusada; b) La mayor o menor gravedad del hecho, que fue constatado de acuerdo a su racionalidad y c) Las circunstancias y consecuencias del delito, que fue demostrado, situación por la que impuso una condena dentro de los parámetros del mínimo y máximo legal; toda vez que la sanción impuesta para el delito de daño simple tiene como pena la reclusión de un mes a un año y multa hasta de 60 días, aspecto que fue considerado por la juez de sentencia por cuanto impuso un término medio, resultando en consecuencia razonable y coherente la fijación de la pena.

Por los fundamentos expuestos se tiene que en la Sentencia apelada N° 09/14 de 25 de febrero de 2014, no se advierte errónea aplicación de la ley, por lo que no es atendible el petitorio de la recurrente de disponer la anulación de la sentencia referida precedentemente, que implicaría poner nuevamente en funcionamiento todo el sistema judicial para llegar al mismo resultado; habida cuenta que el hecho conforme refiere la sentencia fue demostrada.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia, declara improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto por Concepción Fernández Fernández, en su mérito confirma la Sentencia N° 09/14 de 25 de febrero de 2014, emitido por la Juez de Sentencia en lo Penal N° 2 de la capital.

De conformidad a lo previsto por los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes que la presente resolución es susceptible de recurso de casación en el plazo de 5 días computables a partir de su legal notificación.

Vocal relator: Dr. Bernardo Bernal Callapa.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Bernardo Bernal Callapa.- Beatriz Cortez Vásquez.

Ante mí: Abg. Sonia Lafuente Álvarez.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 20 de septiembre de 2016, cursante de fs. 157 a 160 vta., Concepción Fernández Fernández, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 10/2016 de 26 de agosto, de fs. 150 a 153, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los vocales Bernardo Bernal y Beatriz Cortez Vásquez, dentro del proceso penal seguido por Margarita Casilla Vásquez contra René Quispe Choque y la recurrente, por la presunta comisión del delito de daño simple, previsto y sancionado por el art. 357 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 9/2014 de 25 de febrero (fs. 73 a 80), el Juez 2° de Sentencia Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a la imputada Concepción Fernández Fernández, autora de la comisión del delito de daño simple, previsto y sancionado por el art. 357 del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis meses de reclusión, más el pago de cincuenta días multa a razón de Bs 2.-, por día; además, del pago de costas y resarcimiento del daño civil en favor de la acusadora particular, averiguable y ejecutable en ejecución de sentencia, siendo concedido el beneficio del perdón judicial, quedando subsistente el pago de resarcimiento de daño civil, más costas. En cuanto, al imputado René Quispe Choque lo declaró absuelto de responsabilidad y pena del delito endilgado al no haberse probado su responsabilidad, sin costas.

b) Contra la referida sentencia, la imputada Concepción Fernández Fernández interpuso recurso de apelación restringida (fs. 83 a 93 vta.), resuelto por A.V. N° 5/2015 de 02 de enero (fs. 112-113 vta.), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 52/2016-RRC de 21 de enero (fs. 138 a 145); en cuyo mérito, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, pronunció el A.V. N° 10/2016 de 26 de agosto (fs. 150 a 153), que declaró improcedente la apelación interpuesta y confirmó la sentencia apelada, dando lugar a la interposición del recurso de casación en estudio.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 934/2016-RA de 24 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente denuncia que el auto de vista recurrido no efectuó una correcta fundamentación; puesto que, ejerció un criterio infundado con relación a la errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen., asevera que en apelación restringida denunció que la sentencia en su Considerando V, estableció que el delito de daño simple resultaría siendo netamente doloso; empero, no explicó el dolo o del “dolo constituido por la conciencia de la ilicitud de la acción”, que según la sentencia recaería sobre una cosa ajena y la voluntad de causar daño, analizando además que su persona tomó el combo tipo martillo “...no fue la acusada quien tomó en sus manos este objeto para derruir el muro, ordenó a otro que lo hiciera, adecuando la conducta suya a lo que determina el art. 20 del Cód. Pen.,”, por lo que su persona refirió que la autoría en la modalidad “por medio de otro” merecía especial atención, ya que partiendo de la definición que establece el art. 20 del Cód. Pen., no sólo son autores quienes realizan el hecho por sí solos; sino, también los que realizan conjuntamente; sin embargo, no se llegó a diferenciar la modalidad de la autoría a partir de lo previsto por el art. 20 del Cód. Pen., y su comparación con el art. 22 de la citada ley; toda vez, que en la sentencia a más de citar el término “por medio de otro” no efectuó ninguna otra consideración explicativa aseverando únicamente que: “el hecho de la acusada no tomara el martillo como en sus manos y destruyera el muro que cubría el baño de Margarita Casilla, no quiere decir que no sea la autora del ilícito calificado como daño simple, pues fue ella quien dispuso que realice esa destrucción, fue ella quien tenía en sus manos dejar de ejecutar esa orden o no”; aspecto que, no fue considerado por el tribunal de alzada; toda vez, que el art. 357 del Cód. Pen., sanciona al que de cualquier modo deteriorare, destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o dañare cosa ajena, teniendo el tipo penal la exigencia personalísima en la realización, por lo que afirma que como la misma sentencia lo expresó su persona no tomó el combo martillo ni destruyó el muro colindante, entonces no debió ser condenada como autora del ilícito; no obstante, el auto de vista sin la menor vinculación con el art. 20 del Cód. Pen., estableció, que la doctrina sin referir a qué doctrina se refiere, que se podría ser autor de tres maneras: a) Por la materialidad de la ejecución; b) Por la inducción de la acción; y, c) Por efecto de la cooperación necesaria; empero, no explicó en cuál de esas materias doctrinarias estaría la noción “por medio de otro”.

Agrega, que cuestionó que si la fundamentación para condenarla fue como autora en la modalidad “por medio de otro”, ya que su persona habría obrado dolosamente ordenando a su albañil que destruyere el muro, con un combo tipo martillo, correspondía se aplique lo previsto por el art. 22 del Cód. Pen., empero, el tribunal de alzada no fundamentó su denuncia; puesto que, al igual que la sentencia estableció que su persona dolosamente y con la intención de causar daño ordenó a cometer el hecho, por lo que considera que la figura que debió analizarse era la de instigación en una asimilación al art. 20 del Cód. Pen., aspecto que, no fue considerado ni fundamentado pese a tan insistente postulación de su parte, respecto a la definición del concepto de autoría “por medio de otro”, sus componentes, su naturaleza y su encuadre en su presunta conducta.

Finalmente, refiere que el tribunal de alzada no fundamentó ni consideró la teoría finalista, que funda la separación de autores y partícipes en el dominio del hecho; puesto que, en la sentencia se develó que su persona ordenó el derrumbe del muro, entonces bajo ese razonamiento, asevera que su persona no podía alcanzar la modalidad de autoría “por medio de otros”; puesto que, a partir de la referida teoría de haberse demostrado lo anotado por la sentencia su persona sería partícipe vinculada al art. 22 del Cód. Pen., incurriendo la sentencia en el defecto del art. 370-1) del CPP, omitiendo el auto de vista recurrido una fundamentación idónea, completa y razonable sobre los tópicos planteados. Al respecto, invoca los AA.SS. Nos. 329 de 29 de agosto de 2006, 307 de 25 de agosto de 2006 y 657 de 15 de diciembre de 2007.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se declare procedente el recurso de casación y alternativamente, se deje sin efecto el auto de vista recurrido, disponiendo que los vocales de apelación, pronuncien otra resolución en el marco de la doctrina legal aplicable y con las exigencias legales previstas por ley, sea previas las formalidades legales.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 934/2016-RA de 24 de noviembre, cursante de fs. 172 a 174, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por la imputada Concepción Fernández Fernández, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Conforme consta en la enunciación del hecho, Margarita Casilla Vásquez (acusadora particular), señala ser propietaria del bien inmueble ubicado en la calle Junín, donde su vecina colindante Concepción Fernández Fernández (imputada) el 15 de octubre de 2012, junto al maestro contratista René Quispe Choque, quien realizaba obras de construcción en el inmueble de la imputada, procedieron a derribar un muro del lado este que colinda con su pared, dejando su baño sin muro, totalmente inutilizado, el cielo falso y los artefactos del baño deteriorados. De otro lado, los muros de su inmueble están afectados por los sacudones de la maquinaria pesada que se utiliza en la construcción realizada por la imputada, daños causados en su propiedad que alcanzarían un monto de Bs 18.246.-

Concluido el juicio oral, el Juzgado 2° del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, dictó sentencia condenatoria en contra de la imputada Concepción Fernández Fernández; asimismo, absolvió al imputado René Quispe Choque de la comisión del delito endilgado, sobre la base de los siguientes hechos probados: 1) En cuanto a René Quispe Choque, se tomó conocimiento a través de las pruebas de cargo, descargo e inspección judicial, que fue contratado por la imputada para la construcción de su inmueble como “maestro contratista”; de esa responsabilidad, realizó todos sus actos, entre ellos levantar cimientos, muros, destruir otros, pues el mismo reconoce que la acusada ordenó realizar determinados actos en la construcción, como la destrucción de un muro que protegía el baño de la acusadora; entonces, de todo lo demostrado y argumentado en juicio se colige que René Quispe Choque no actuó con voluntad, ya que la misma testigo de cargo Lizzet Tancara señaló que, éste le indicó que la imputada estaba destruyendo el muro; es decir, que cumplía un deber impuesto como consecuencia de un contrato, situación por la que, respecto a este acusado no se debe olvidar la prescripción contenida en el art. 13 de la

norma Sustantiva Penal; y, 2) Respecto a la imputada, si bien no tomó el combo tipo martillo para destruir el muro, ordenó a otro que lo hiciera adecuando su conducta a lo que determina el art. 20 del Cód. Pen., referido a que: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro..." (sic). Así lo ha entendido la entonces Corte Suprema de Justicia en los AA.SS. Nos. 54/2002 y 426/2001, ya que el hecho de que la acusada no tomara el martillo combo en sus manos y destruyera el muro que cubría el baño de Margarita Casilla Vásquez, no quiere decir que no sea la autora del hecho ilícito calificado como daño simple, pues fue ella quien dispuso se realice esa destrucción, fue ella quien tenía en sus manos dejar de ejecutar esa orden o no, concurriendo en ella el dolo, pues el hecho de que el muro estuviera o no en propiedad de la acusada esto no le permite destruir cosa ajena, en el caso un muro y artefactos de baño de propiedad de la acusadora. Finalmente, con el hecho antijurídico de ordenar la demolición o destrucción del muro que protegía un baño, se limitó también el disfrute de éste por la propietaria acusadora Margarita Casilla Vásquez.

En el acápite destinado a los fundamentos jurídicos del fallo, señaló que de la prueba aportada, la doctrina y jurisprudencia analizada, se demostró la comisión del delito de Daño Simple por parte de la acusada Concepción Fernández Fernández, ilícito que requiere que exista dolo de causar perjuicio y daño en la propiedad ajena, ya que en el caso se demostró a través de la prueba testifical incluso la de descargo, consistente en el testigo Limber Mamani Canaviri, quien a la pregunta sobre quien destruyó el muro del baño, señaló que fueron esos dos que contrató la imputada, como la pericial en ocasión de la participación del perito en el acto de inspección judicial, así como en audiencia a momento de presentar el peritaje reconoce que hubo destrucción de un muro, recomendando él a la acusada que repare, corroborado todo esto con el acto de inspección judicial donde se pudo advertir independientemente de las rajaduras en los muros del inmueble de Margarita Casilla Vásquez, que si probablemente como lo aseveraron los testigos de cargo Henry Amurio y Juan Carlos Figueredo y el perito de descargo Raúl Saravia se deba al uso de maquinaria pesada o al peso de la construcción nueva de la acusada, se observó los restos de un muro que protegía un sanitario en la primera habitación del inmueble de la acusadora, además de los daños en la cerámica, artefactos del mismo sanitario y cables.

Finalmente, respecto a la fijación de la pena, dejó constancia de haberse examinado cuidadosamente la magnitud del daño, las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, la personalidad y antecedentes de la acusada, así como su nivel educativo, conforme enseñan los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., tomándose un término medio en la pena a imponerse, actuando con racionalidad.

II.2. De la apelación restringida.

En mérito a dicha determinación, Concepción Fernández Fernández, interpuso recurso de apelación restringida contra la sentencia condenatoria, cuestionando en lo relativo al motivo de casación admitido, lo siguiente:

Previa referencia al contenido de la acusación y a la subsunción de su conducta al tipo penal de daño simple, asevera que el propio juez de mérito expresa que no fue su persona quien tomó el combo tipo martillo y que resulta mentira que se animó a destruir un muro colindante y los artefactos de un baño, dejándolos inutilizables, teniendo el tipo penal de daño simple la exigencia personalísima en la realización del tipo, por lo que no podía ser condenada como autora del ilícito, en la modalidad "por medio de otro", en base a que ella habría ordenado a su albañil, absuelto en la causa, que destruyera el muro con un combo tipo martillo, por lo que el encuadre tendría que haber sido definitivo por la línea del art. 22 del Cód. Pen., con una fundamentación que alcance un grado de convicción; a cuyo efecto, denuncia la errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen. En la línea de fundamentación de la sentencia, establece que su persona dolosamente y con la intención de causar daño, ordenó a su albañil a cometer el hecho; consecuentemente, la figura de participación criminal que debió analizarse era la de instigación en una similar acción al art. 20 del Cód. Pen., y más no, la mera referencia a la autoría en la modalidad de "por medio de otro".

La sentencia no establece en absoluto, a los fines de definir el concepto de autoría señalado, que las figuras delictivas están acuñadas en tipos de autoría (art. 20 del Cód. Pen.) que son al mismo tiempo regularmente, tipos de consumación, de ahí que la hipótesis impugnatoria, pasa por una línea de razonamiento específico, jamás puede ser condenada como autora del hecho en la modalidad de "por medio de otro" si la consumación del mismo no estuvo a su cargo.

La teoría finalista introducida en el Código Penal, funda la separación de autores y partícipes en el dominio de hecho, que lo tiene los primeros (autores), pero no los segundos (partícipes) y que consisten en el poder empírico para impulsar, dirigir, controlar e interrumpir el acontecimiento. El juez de mérito, devela que fue su persona la que ordenó que se derrumbe el muro; consecuentemente, no puede alcanzar la calidad de autora a partir de la modalidad "por medio de otro", porque a partir de la anotada teoría, su condición, de haberse demostrado aquello, habría sido la de partícipe, vinculada al art. 22 del Cód. Pen., que resulta inexistente en la fundamentación de la sentencia y peor aún en la propia acusación particular.

Por lo expuesto, aduce error injudicando porque el juez de mérito, aplicó de manera errónea el art. 20 del Cód. Pen., al declararle autora en la modalidad de "por medio de otro" del delito de daño simple, establecido en el art. 357 del Cód. Pen.,

II.3. Del auto de vista recurrido.

Con los referidos antecedentes y en mérito a que el A.S. N° 52/2016-RRC de 21 de enero, dejó sin efecto el A.V. N° 5/2015 de 02 de enero, debido a que el tribunal de apelación no fundamentó suficiente y adecuadamente las razones por las que consideró que los supuestos defectos de la sentencia relativos a la falta de fundamentación sobre la integralidad de los hechos objeto del juicio y la errónea aplicación de la ley sustantiva; en cuanto, a la fijación de la pena (en la que no se ingresó a hacer análisis alguno del motivo de apelación que da lugar al presente recurso de casación), sería imposible ser reparado directamente, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la acusada, a través del A.V. N° 10/2016 de 26 de agosto, con el siguiente fundamento, entre otros:

Sobre la impugnación (errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen.), la doctrina refiere que autor es el sujeto activo del delito, además se sostiene que en materia penal se puede ser autor de tres maneras: a) Por la materialidad de la ejecución; b) Por la inducción (la inspiración o

el estímulo) de la acción; c) Por efecto de la cooperación necesaria, a lo que se añade que autor material es el que perpetra efectivamente un delito, adoptando el ordenamiento jurídico penal boliviano la misma orientación, cuando en el art. 20 citado, establece que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso.

En la enunciación del hecho y circunstancias del objeto del juicio (Considerando III de la sentencia), se establece que Concepción Fernández Fernández junto al maestro contratista René Quispe Choque procedieron a derribar un muro del lado este de propiedad de Margarita Casilla Vásquez, dejando su baño sin muro totalmente inutilizado, el cielo falso deteriorado, los artefactos del baño deteriorados, lo que significa que se la conceptúa como autora del delito de daño simple previsto en el art. 357 del Cód. Pen. La jueza de la causa, al haber entendido que René Quispe Choque, maestro contratista, con un martillo tipo combo, habría destruido el muro pero por orden de la acusada y dueña de casa; aunque no tomó en sus manos el martillo tipo combo, Concepción Fernández Fernández, fue conceptuada y considerada como autora “por medio de otro”, adecuando su conducta al tipo penal de daño simple en grado de autoría (art. 20 del Cód. Pen.) y no resulta pertinente la vinculación con el art. 22 del Cód. Pen., como exige la recurrente; toda vez, que el art. 20 de la Ley Penal Sustantiva reconoce la autoría “por medio de otro”, por lo que no existe errónea aplicación de la norma sustantiva tantas veces citada.

Razonamiento, entre otros, por los que la Sala Penal Primera determinó declarar improcedente el recurso de apelación, confirmando la sentencia.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados.

La recurrente cuestiona que el tribunal de apelación, no efectuó una fundamentación idónea, completa ni razonable con relación a la denuncia efectuada en apelación restringida sobre la errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen., por cuanto, lo que correspondía, si se demostraron los hechos endilgados, era que se le aplique lo dispuesto por el art. 22 del mismo código, que se refiere a la figura de la instigación y no así como autora del hecho; en consecuencia, atañe verificar si la contradicción denunciada es evidente a fin de asumir la decisión adecuada.

III.1. De los precedentes invocados y la similitud de supuestos fácticos que debe existir entre éstos y la resolución recurrida.

Antes de analizar los precedentes invocados por la recurrente, es preciso acudir al razonamiento establecido en el A.S. N° 322/2012-RRC de 04 de diciembre, sobre la exigencia procesal de la situación similar a efectos de realizar la labor de contraste entre el auto de vista recurrido y el precedente invocado. Así, estableció que el art. 416 del CPP, se refiere a una situación de hecho similar, en materia sustantiva, exigiendo que el hecho analizado sea similar y en materia procesal se refiere a una problemática procesal similar, con lo resuelto en el auto de vista recurrido, correspondiéndole al impugnante demostrar la aplicabilidad del razonamiento que invoca, a efectos de posibilitar la labor de contraste; “... es decir, para que el planteamiento del recurso sea eficaz, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentar su recurso dentro del plazo establecido por ley y señalar la contradicción en la que incurrió el tribunal de alzada, sino, asegurarse que los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, debiendo concurrir elementos comunes que hagan posible su catalogación como similares en cuanto a su naturaleza, contenido y finalidad, lo contrario implica la imposibilidad del Tribunal Supremo de cumplir con su competencia unificadora y nomofiláctica” (A.S. N° 56 de 05 de marzo de 2013).

La recurrente, por un lado, invocó el A.S. N° 329 de 29 de agosto de 2006, que fue pronunciado dentro de un proceso penal sustanciado por el delito de tráfico de sustancias controladas, en el que la entonces Corte Suprema de Justicia, estableció que el tribunal de apelación, confirmó la sentencia condenatoria que subsumió la conducta de los imputados por el delito de tráfico de sustancias controladas; sin embargo, los elementos de dicho tipo penal no concurrían; y, por otro, invocó el A.S. N° 307 de 25 de agosto de 2006, que resolvió un recurso de casación presentado dentro de la causa penal seguida contra dos imputados por el delito de tráfico de sustancias controladas, en el que la Corte Suprema de Justicia, evidenció que el auto de vista, confirmando el razonamiento del inferior, no efectuó una correcta distinción con relación al grado de participación en el ilícito (autoría y complicidad) y la calidad de parentesco que existía entre ambos recurrentes (imputados), incurriendo en una incorrecta aplicación de la ley sustantiva prevista en los arts. 20 y 23 del Cód. Pen., y 75 de la L. N° 1008.

Al respecto, se tiene que tratándose la temática expuesta en casación de una falta de fundamentación idónea, completa y razonable con relación a un motivo de apelación restringida en el auto de vista recurrido, las temáticas resueltas en los precedentes invocados, referidas a la errónea subsunción de la conducta de los imputados en el tipo penal de tráfico de sustancias controladas (el primero) y a la falta de distinción correcta del grado de participación de los imputados por el delito de tráfico de sustancias controladas, en cuanto a la autoría y complicidad, son sustancialmente disímiles al motivo de casación; por cuanto, éste tiene un carácter procesal y las temáticas resueltas en los precedentes, carácter sustantivo penal; en consecuencia, no es posible efectuar la labor de contraste encomendada a este Tribunal de Justicia ordinaria.

III.2. Sobre el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales.

De igual forma, la recurrente invocó el A.S. N° 657 de 15 de diciembre de 2007, que fue pronunciado en un proceso penal sustanciado por la comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumentos, en que el tribunal de casación, concluyó que el tribunal de apelación no efectuó una adecuada fundamentación sobre el único motivo de apelación restringida; a cuyo efecto, sentó la siguiente doctrina legal:

“La línea jurisprudencial referida se encuentra consolidada, ya que constituye un deber ineludible de los jueces y tribunales de desplegar los fundamentos de la resolución, a más de circunscribirse a los puntos cuestionados, vale decir, que cada punto resuelto debe llevar su respectivo argumento, tratándose de jueces y Tribunales de Sentencia el fundamento debe ser de hecho y de derecho; mientras que, los tribunales de alzada sostienen la resolución de cada impugnación, indefectiblemente, con argumentos jurídicos específicos. Las impugnaciones determinan la competencia de la autoridad jurisdiccional y los fundamentos jurídicos de la resolución brindan seguridad jurídica a las partes procesales.

La falta de fundamento de la resolución de uno de los puntos cuestionados, implica la inobservancia de la tutela judicial efectiva, defecto absoluto que es necesario subsanar, el recurso concretiza la omisión del acto jurisdiccional, correspondiendo que éste tribunal debe dejar sin efecto la resolución recurrida”.

Los referidos razonamientos jurisprudenciales, resultan aplicables a la temática procesal esgrimida por la recurrente de casación, por cuanto cuestiona la insuficiencia de fundamentación idónea, completa y razonable por parte del tribunal de apelación sobre la denuncia de errónea interpretación de norma sustantiva, en concreto del art. 20 del Cód. Pen., por el que se le condenó como autora del delito de daño simple, lo que guarda supuestos fácticos procesales similares con los hechos resueltos por el precedente invocado; en consecuencia, corresponde efectuar la labor de contraste jurisprudencial con la resolución de alzada recurrida.

A lo expuesto, debe añadirse los parámetros orientadores establecidos por este tribunal para determinar que una resolución judicial está suficiente y debidamente fundamentada, en aplicación de los arts. 124 y 398 del CPP, determinando el A.S. N° 5 de 26 de enero de 2007, que: “La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control, y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

a) Expresa: porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) Clara: en la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún por los legos.

c) Completa: la exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al *petitum* y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arribe luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del *petitum* significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*.

d) Legítima: la legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar *ex officio* la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

e) Lógica: finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia”.

Así también, este tribunal a través del A.S. N° 319/2012-RRC de 04 de diciembre, ratificó y complementó la doctrina legal sobre la falta de fundamentación y desarrollando los fundamentos de la misma determinó que: “El art. 115-I de la C.P.E., reconoce el derecho de acceso a la justicia, al disponer que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; este derecho, considerado como el que tiene, toda persona de recurrir ante un juez o tribunal superior competente e imparcial, para hacer valer sus pretensiones; también reconocido por los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 8; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8-2-h); y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.

Así, si una resolución cumple con la garantía de la debida motivación y está sustentada en argumentos claros, también cumple con otras dos garantías adicionales, una en interés de las partes y otra en interés de la sociedad en general: la de hacer asequible el acceso a la justicia mediante la utilización de los recursos y la de garantizar el derecho a la publicidad, pues una sentencia oscura no permite el acceso a este derecho, pero una sentencia clara la garantiza y la hace realmente efectiva, en tanto que no sólo se tiene acceso a ella, sino además que cumple con la función última de hacer saber a la sociedad por qué el juzgador falló de una determinada manera y no de otra.

De ahí que los fallos deben ser debidamente fundamentados, no siendo suficiente que el juzgador se limite a transcribir los antecedentes procesales, los fundamentos de las partes o hacer una relación de normas legales sin que se ponga en evidencia el iter lógico, o

camino del razonamiento, a efecto de arribar a determinada conclusión, para de esta manera cumplir con la previsión del art. 124 del CPP, lo contrario significaría vulneración al debido proceso en su elemento de la debida fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales ...”.

III.3. Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de analizar el motivo de casación, es preciso acudir al argumento del recurso de apelación restringida, en el que la recurrente cuestionó que no obstante haberse determinado que ella no fue quien tomó el combo tipo martillo; y que por ende, no tuvo el ánimo de destruir un muro colindante y los artefactos del baño, dejándolos inutilizables, considerando en el tipo penal de daño simple la exigencia personalísima en la realizar del tipo, se la condenó como autora del ilícito, en la modalidad “por medio de otro”, sólo porque habría ordenado a su albañil que destruyera el muro con el referido objeto; sin embargo, el encuadre de su conducta tendría que haber sido en grado de instigadora, previsto en el art. 22 del Cód. Pen., debido a que el propio tribunal de mérito estableció que ordenó a su albañil a cometer el hecho, no encontrándose a su cargo la consumación del hecho sino en la otra persona, lo que corresponde a la instigación y no así a la autoría en la modalidad señalada, decisión que no habría fundamentado la sentencia y peor demostrado la acusación del acusador particular, por lo que tildó dicha falencia como errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen., en relación al art. 357 del mismo Código.

Sobre dicha impugnación, el tribunal de apelación, realizando una cita de las corrientes establecidas en la doctrina sobre la autoría del hecho, en la que se reconocen tres: a) Por la materialidad de la ejecución; b) Por la inducción (la inspiración o el estímulo) de la acción; c) Por efecto de la cooperación necesaria, a lo que se añade que autor material es el que perpetra efectivamente un delito, las que fueron adoptadas por el ordenamiento jurídico penal boliviano, estableciendo en el art. 20 del Cód. Pen., que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso, a continuación hizo referencia a la enunciación del hecho y las circunstancias objeto del juicio, descritas en el considerando tercero de la sentencia; concluyó que quedó establecido que la acusada, ordenó al maestro contratista (coacusado) efectúe la destrucción del muro con un martillo tipo combo en la casa de la acusada, lo que afectó el muro este de propiedad de la querellante, dejando su baño sin muro totalmente inutilizado, el cielo falso y artefactos del baño deteriorados; en cuyo mérito, su conducta se adecuó al delito de daño simple en grado de autoría, resultando impertinente la vinculación con el art 22 del Cód. Pen., aducida por la acusada, por cuanto el art. 20 del Cód. Pen., en una de las corrientes establecidas para la autoría, reconoce el grado de participación del autor “por medio de otro”, por lo que culminó sosteniendo que no existe errónea aplicación de la norma sustantiva.

El referido razonamiento, sin ser ampuloso ni reiterativo, cumplió con los parámetros exigidos en la jurisprudencia penal; por cuanto es expreso, porque respondió a la impugnación de la apelante, sosteniendo que el Juez de mérito efectuó una correcta determinación del grado de participación de la imputada, en relación al tipo penal de Daño Simple; es claro, al haberse pronunciado puntualmente sobre la denuncia de apelación restringida, habiendo concluido que el art. 20 del Cód. Pen., reconoce entre sus corrientes la de comisión en grado de autoría “por medio de otro”, la que fue usada correctamente por el Juez de mérito, para concluir en que la conducta de la acusada al tipo penal de daño simple, se efectuó en grado de autoría, por cuanto ordenó al maestro albañil, derribar el muro de su inmueble con un combo tipo martillo, lo que afectó el lado este del muro de su vecina (actual querellante); es completo, por cuanto respondió de manera integral al motivo de apelación sobre la errónea interpretación del art. 20 del Cód. Pen., es legítimo, por cuanto se pronunció sobre el motivo de apelación restringida, efectuando un análisis jurídico de la denuncia; y finalmente es lógico, al haber deducido a partir del contenido del art. 20 del Cód. Pen., con relación a los hechos probados en la sentencia, que se adecuó correctamente la conducta de la imputada al tipo penal de daño simple en grado de autoría, modalidad “por medio de otro”; en consecuencia, al no evidenciarse la existencia de una fundamentación carente de idoneidad, completitud y razonabilidad en el auto de vista recurrido, es posible concluir que dicha Resolución no contradijo la doctrina legal invocada por lo que el motivo de casación resulta infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP, declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Concepción Fernández Fernández, de fs. 157 a 160.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 17 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



274

Fondo Financiero ECOFUTURO S.A. c/ María Luisa Moller Lizarazu
Difamación y otros
Distrito: Oruro

AUTO DE VISTA

Oruro, 16 de septiembre de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesto por María Luisa Moller Lizarazu, mediante memorial de fs. 241 a 244 vta., del legajo contra la Sentencia absolutoria N° 2/15 de 10 de agosto de 2015 pronunciada por la Juez de Partido Mixto y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de Caracollo, contestación de fs. 254 a 257vta. el auto de admisión de recurso de fs. 279, y todo lo inherente y.

CONSIDERANDO: I.- Que a la culminación del juicio oral llevado a cabo por la Juez de Partido Mixto y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de Caracollo, pronuncia el fallo motivo del presente recurso, por el cual se dicta sentencia absolutoria en contra de María Luisa Moller Lizarazu, de generales conocidas en juicio oral en razón de existir prueba suficiente que generó en el juzgador la convicción sobre la responsabilidad penal de la imputada declarándole autor de la comisión del delito tipificado en el art. 282 difamación, 283 calumnia, 285 propalación de ofensas y 287 injuria todos del Cód. Pen., consiguientemente la impuso la privación de libertad de seis de reclusión, sea sin costas.

En estimación a los antecedentes del caso y en consideración a la presente de Procedimiento Penal concedió en favor de la condenada el beneficio del perdón judicial por no existir antecedentes que demuestren haber sido condenada a pena privativa de libertad mayor a dos años, por consiguiente la excepción de la pena privativa de libertad.

Que en conocimiento de esta sentencia la acusada María Luisa Moller Lizarazu, formuló apelación restringida a fs. 241 a 244 vta., al amparo de lo que establece los arts. 370, 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., contra la Sentencia N° 2/15 de 10 de agosto de 2015 por inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, falta de fundamentación de la sentencia además de ser insuficiente y contradictoria, la sentencia se basa en hechos inexistentes y no acreditados y en la valoración defectuosa de la prueba, así como errónea enunciación del hecho y por haber incurrido en errónea enunciación del hecho, lo que vulnera los principios ordenadores de administración de justicia, como ser el debido proceso, la seguridad Jurídica y el Imperio de Legalidad, protegido por el art. 115 y 119 de la C.P.E. Que entre otras generó actividad procesal defectuosa de imposible convalidación al tenor del art. 163-3 del Cód. Pdto. Pen.

Corrido en traslado, y notificado legalmente el acusador René Huaylla Rocha en el memorial de fs. 254 a 257 vta., contestó en forma negativa, respondiendo a cada uno de los fundamentos de apelación sobre la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, Falta de fundamentación o insuficiente o contradictoria y en hechos inexistentes y no acreditados y en la valoración defectuosa de la sentencia; y con los fundamentos expuestos en dicho memorial, que se considerarán en resolución, solicita se declare improcedente el recurso de apelación restringida confirmando la sentencia apelada.

Que radicados los de la materia en Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia, mediante Auto de 15 de febrero de 2016 (279), se admite el recurso formulado, y no existiendo solicitud expresa de fundamentación de sentencia por la apelante, se dispuso que obrados pasen a despacho para resolución.

CONSIDERANDO: II.- Que radicados los antecedentes en este despacho se ingresa en el análisis y consideración de los antecedentes del caso y los puntos apelados, en vinculación con los aspectos cuestionados en el recurso de apelación restringida, en contra de la sentencia impugnada, infiriéndose las siguientes conclusiones:

Que en la sentencia en cuanto a los hechos fácticos se tiene: "Que el querellante manifiesta; Que la Sociedad Anónima "ECOFUTURO S.A. F.F.P." Otorgó un crédito a favor de María Luisa Moller Lizarazu con una garantía hipotecaria de varios inmuebles, conforme se tiene en la Escritura Pública de préstamo de dinero N° 1770/03 de 28 de noviembre de 2003 y en la escritura, pública de adendum modificatorio de reprogramación de crédito, adición de garantías y rectificación de garantías N° 224/04 de 29 de abril de 2014, crédito que ingresó en mora, razón por la cual, a través del memorial de 22 de marzo de 2005; ECOFUTURO S.A. F.F.P. Regional Oruro mediante sus apoderados legales Esther Lilian Aguirre Romero y Eloy Santos Yawasi Mamani inicia la ejecución coactiva civil que corresponde, conforme a los arts. 48, 49, 50, 51 de la L. N° 1760 de 28 de febrero de 1997 (Ley de abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, por considerar una obligación de plazo vencido, suma líquida exigible y además en ejercicio de la potestad a la que hacía referencia, la cláusula décima segunda del control coactivo. La autoridad jurisdiccional que conoció el caso, el 13 de abril de 2005, dictó la Sentencia N° 456/2005 en la que falla, declarando probada la demanda coactiva civil y dispone como emergencia de ello condenar a la coactivada María Luisa Moller Lizarazu el pago de la suma de \$us. 33.418.34 por concepto de capital, más intereses legales, costas y demás condenaciones de ley a favor de la institución financiera ya nombrada, además se ordena el embargo de todos los bienes objeto de garantía de la obligación.

Por otra parte indica que de manera paralela la tramitación del juicio coactivo civil, María Luisa Moller Lizarazu, realizó reclamos ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras así como ante otras instituciones estatales arguyendo una serie de hechos que constituyen delitos de difamación calumnia e injurias, a través de estas actuaciones, se atribuyen a la institución financiera una serie de conductas, que jamás le observaron como persona jurídica y menos cómo personas naturales responsables del manejo de "una Institución seria y responsable como es ECOFUTURO S.A. F.F.P.

De la misma refiere y mediante nota fechada el 05 de junio de 2006, María Luisa Moller Lizarazu presentó ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, con copias de la Contraloría General de la República, de los medios de comunicación oral, prensa escrita y televisiva, el Defensor del Pueblo, Derechos Humanos, Ministerio del Estado Cámaras de Senadores, Diputados y Brigadas Parlamentarias, una denuncia en contra ECOFUTURO S.A. F.F.P., en la que pide que dicha nota sea tratada como una denuncia y no simplemente como un reclamo, se enmarcaría esta denuncia en tres aspectos, que los discrimina en a) Legal, b) Financiera y c) Humano.

Indica, en lo pertinente al aspecto legal se señala que en el tratamiento de su crédito, la institución financiera, hubiera incurrido en delito de manipulación del sistema informático y que esto se evidencia en la primera y segunda cuota de su crédito, que de igual forma se hubiere incurrido en "falsificación material" y que este hecho se evidencia en el documento protocolizado ante el Notario de Fe Pública el 15 de abril de 2004, siendo que en esa fecha se encontraba reclusa en la Cárcel Pública del Penal de "San Pedro", teniendo recién orden de libertad el 16 de abril de 2005 que igual forma ECOFUTURO S.A. F.F.P., hubiera incurrido en el delito de falsificación ideológica por la forma, en que la institución supuestamente se hubiera apropiado de sus terrenos de Choricaya, pues hubiera afirmado que ella hubo garantizado el Ingeniero Juan Soto Colque para un crédito y que además se hubiera materializado este delito por una supuesta solicitud de reprogramación que ella habría presentado.

Se señala además en esta parte de su nota que también ECOFUTURO S.A. F.F.P., es responsable de delito de falso testimonio y ello se evidencia al afirmar y contestar en forma escrita que el plan de pago de su crédito por sus \$us. 40.000.-, se encontraría en el expediente en el proceso coactivo. Finalmente afirma que dicha institución es responsable del delito de anatocismo hecho que se evidencia en la compra de la cartera realizada a la Mutual El Progreso y posiblemente en la liquidación de su crédito anterior dentro de la misma entidad. Y a que si supuestamente, no se le entregaron boletas de cancelación (presumimos de este su crédito).

En esta nota, en su apartado señalado como "aspecto financiero", se indican otra serie de hechos en contra de la Institución financiera a la que representó, como al afirmar que ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras cursa documentación que evidencia una serie de hechos anómalos desde el refinanciamiento de su crédito hasta el último movimiento financiero realizado, tal el hecho de una supuesta solicitud de reprogramación de su crédito que fue protocolizado ante el notario de fe pública en una fecha en la que se encontraba es reclusa en el Penal de San Pedro de esta ciudad, por ello concluye afirmando "mi crédito es toda una chacota financiera, pero quien mejor que la superintendencia para evidenciar esos hechos y precautelar el dinero de los depositantes y de los ahorristas que dejan sus dineros en esta entidad, así también el evidenciar estos hechos que sustentan en la denuncia, implementar sistemas de control interno y externo más eficiente".

Finalmente expresa que, los funcionarios de ECOFUTURO S.A. F.F.P. Ororu aprovechándose de que es una mujer con dos hijos menores de edad, la atropellan y abusan con tal de cubrir sus errores y los errores de los anteriores empleados, que estos hechos la tienen en el estado depresivo. Señala además que en una oportunidad cuando se encontraba privado de libertad hubiera recibido la visita de la gerente de ECOFUTURO, S.A. F.F.P" y otro funcionario en estado aparente de ebriedad, que en su oportunidad se hubiera propuesto que ella se encargara de su libertad y que la institución, financiera se encargaría de la venta de su casa. Que para darle el crédito de \$us. 40.000.-, le citaban a las oficina de la institución a altas horas de la noche y que igualmente, con posterioridad al desembolso se repetían estas llamadas que cuando llegaron los ejecutivos de ECOFUTURO S.A. F.F.P., le obligaron a mentir y firmar que quien autorizó el desembolso Waldo Muriel, que se le ha prometido amnistía si pagaba su cuota atrasada y cuando ella cumplió no se efectivizó esa promesa, además de referir otros hechos que hacen a una presunta infidencia.

Otra nota de 03 de marzo de 2006 presentada ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se reitera una denuncia en contra de ECOFUTURO S.A. F.F.P., arguyendo que ella sufre una serie de abusos por parte de esta Institución. Afirma, que el 28 de noviembre de 2003 se le otorgó un refinanciamiento de crédito por lo cual se le entrega un documento cual se trataría de un préstamo de dinero de \$us. 40.000.- que se trataría de un refinanciamiento de deuda el 29 de abril de 2004 se reprograma su deuda sin que ella conozca las razones cuando la boleta que se le proporcionó certifica que ella se encontraba vigente y que su próximo pago sería de diciembre que no obstante haber solicitado una fotocopia del contrato de refinanciamiento no se le entregó la misma que se ejercitó presión para que entregara otra garantía adicional que es de sus terrenos valuados en \$us. 25.000.-, y cuando hubo solicitado certificación sobre el estado de estos terrenos se le indicó que ya no era, de su propiedad que ECOFUTURO S.A. F.F.P., se habría apropiado de los mismos, empero, por un monto irrisorio de \$us. 6.000.-, que estos terrenos le habían negociado la institución con Juan Sixto Colque a precio de gallina muerta y que en derechos reales pudo recabar información de la existencia de un gravamen a favor de ECOFUTURO S.A. F.F.P., en una operación crediticia a favor de Juan Sixto Colque, empero, se consignó a su persona como garante cuando ella desconocía la existencia de su crédito: Se arguye en esta nota que ECOFUTURO S.A. F.F.P., manipuló la base de datos por lo que incurrió en manipulación informática, que no se entregaron constancia de pago de \$us. 20.000, que era imprescindible para poder determinar que ella había sido víctima de anatocismo en el que incurrió la financiera ya que se capitalizaron intereses que encuentran penados por ley. Se reitera del hecho que hubiera sido inducido a vender su propiedad inmueble y que fue condenado a tres años y seis meses de privación de libertad por un hecho que no cometió, que finalmente decidió vender su casa para honrar su deuda abonando a ECOFUTURO S.A. F.F.P., de \$us. 20.000.-, y los funcionarios de la institución no aceptaron esta transacción que nos favorecía, refiere también que lo cierto es que evidentemente la Institución Financiera ECOFUTURO S.A. F.F.P., otorgo crédito, como lo tengo relacionado, empero fue la propia deudora quien en su mora pidió que se le refinanciar a el crédito así se hizo a pedido suyo jamás incurrimos en acción irregular alguna más cuando las operaciones crediticias se caracterizan por su transparencia.

Continuando con esta serie de afirmaciones tendenciosas falsas, y calumniosas en contra la firma a la que representa, el de junio de 2009 María Luisa Moller Lizarazu, presenta una nota ante Ernesto Rivero Villarroel Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión de Sistema Financiera en la que de igual forma señala que se encuentra esperando cinco largos años para que se audite su crédito, se supervise y fiscalice a nuestra institución que se hubiera advertido irregularidades en el sistema informático, que se hubieran falsificado, por otra parte de nuestra institución nuestros funcionarios firmas en recibos y solicitudes de reprogramación, evoluciones económicos y todos aquellos aspectos inherentes a la concesión de su crédito y además de un falso crédito con el cual nos hubiéramos apropiado de sus terrenos, atribuyendo a la financiera a la que represento no solo el hecho falso de haber manipulado datos informáticos, sino que hubieran sus personeros falsificado documentos recibos de pago y otros, que hubiera nuestra institución forjado documentos referentes a un falso crédito y que esto hubiera servido para apoderarnos- de sus terrenos.

Sin embargo, todas estas acciones no se constituían sino en argucias para retrasar la cancelación de la deuda, las notas continuaban repitiéndose tanto ante la autoridad de supervisión del sistema financiero y otras instituciones pidiendo, en algunos casos documentación inherente a las operaciones crediticias de nuestra empresa signadas con los números 402789 y 411437, de nuestra parte salvamos nuestra responsabilidad remitiendo ante las instancias pertinentes la documentación solicitada y realizando las aclaraciones correspondientes, es por ello que hubo un silencio de más de tres años de parte de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y en aplicación del Reglamento del Servicio de Atención al Cliente de 29 de octubre de 2004 interpretamos el silencio administrativo negativo en nuestro favor. El epílogo de todo este engorroso problema es la acción de nuestra propia detractora, quien el 05 de mayo de 2008 cancela la obligación contraída con nuestra Institución y de nuestra parte procedemos con levantar todos los gravámenes sobre sus inmuebles otorgados en garantía, que ECOFUTURO S.A. F.F.P., no obstante, condonó a favor de esta ciudadana en monto de \$us. 17.865.02.

También refiere que se puso en tela de juicio la transparencia de las operaciones crediticias de la institución, se melló abierta y dolosamente el muy bien ganado prestigio de ECOFUTURO S.A. F.F.P., se sindicó a esta Institución de la comisión de delitos graves como el de manipulación informática, delitos contra la, fe pública, como son la falsedad material e ideológica, delito de anatocismo doloso, falso testimonio, lo que indudablemente repercute en la actividad financiera y pública de una institución tan seria y responsable como la nuestra.

No obstante lo apuntado, el 27 de junio de 2009, sé vuelve por parte de la gratuita detractora de la institución a presentar una nueva nota esta vez dirigida a Ernesto Rivera Villarroel en la que se ofrece nueva documental y en la que se reitera la existencia de un crédito fantasma vinculado a una garantía otorgada por la hora querellada a favor de Juan Sixto Colque cuando ella se encontraba, detenida en el Penal de San Pedro de Oruro, que se hubiere actuado de manera delinencial por parte de ECOFUTURO S.A. F.F.P. (Textual) para apoderarse esta Institución, de estos terrenos.

No obstante de todo este desmedido propósito de irrogar perjuicio a nuestra institución el 20 de agosto de 2009, Ernesto Rivera V., en su condición de director ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Nacional remite una carta a María Luisa Moller Lizarazu, en la que se hace conocer que dentro las operaciones de crédito en su favor; no se evidenciaron errores operativos por parte de la entidad nuestra que no han perjudicado a aquella, que la reconstrucción de pagos ha demostrado que los errores informáticos presentados en los extractos de las operaciones no han provocado un menoscabo patrimonial y que por lo contrario fue ella la que se benefició, concluyendo que el reclamo de María Luisa Moller Lizarazu no corresponde en la vía administrativa.

Con posterioridad este criterio sería también expresado por Reynaldo Yujra Segales director ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y Rossana Rospilloso G. en su condición de Directora de Derechos de Consumidor de la autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, quienes de manera puntual hacen conocer a María Luisa Moller, mediante nota de 20 de mayo de 2010 los mismos aspectos, además que los resultados logrados no evidencian incumplimiento a la normativa legal y reglamentaria vigente por parte de Fondo Financiero ECOFUTURO S.A. F.F.P.

Luego en un oficio presentado por María Luisa Moller Lizarazu al director ejecutivo a.i. Autoridad de Supervisión del sistema Financiero solicitó respuesta a sus reclamos presentados ante esa repartición estatal y no obstante haber recibido respuesta clara a los mismos, reitera una vez más que la Superintendencia de Bancos Entidades Financieras hubiera actuado de manera proteccionista hacia nuestra institución, la que constituye un delito de encubrimiento consecuentemente objeta dicho informe de 11 de agosto de 2006, reiterando que en el tratamiento y gestión de su crédito evidentemente existió manipulación del sistema informático, que ella hubiera demostrado que según su plan de pagos debía hacer efectivas sus cuotas mensuales cada quince de cada mes; que su primera cuota debía ser por más de \$us. 1.000.-, que hubo depositado \$us. 1.980.-, el 19/02/2004 con cuatro días demora, no obstante, recién el 27 del mismo año y mes hubiera ingresado ese su pago a la cuenta de pagos parciales que de los más de \$us. 1.000.-, que debían entrar a capital solo se hace ingresar un poco más de \$us. 100.-, contradictoriamente se señala que no se hubieran cobrado intereses penales por más de doce días de mora, en fin de todo ello concluye afirmando que existen otros puntos en otras transacciones donde se evidencia la manipulación del sistema informático".

Por último refiere que, continuando con esta serie de actos que dañan la honorabilidad de la Institución, a: la que representa el 30 de julio de 2009 se presenta una nueva nota por parte de la señora María Luisa Moller Lizarazu, ésta vez Ernesto Rivera Villarroel en la que solicita respuesta a sus reclamos, allí se señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras hubiera encubierto a ECOFUTURO S.A., y este encubrimiento hubiera sido tal. Que incluso hubiera involucrado a la institución estatal señalada, se arguye que sus reclamos no hubieran sido respondidos adecuadamente (o debiera haber dicho más bien como ella quería o como lo convenía), concluyendo posteriormente que ECOFUTURO se había hecho la burla de ella y se hubiera contestado de manera falsa lo que no es evidente, ya que dicha Institución y simple y llanamente se limitó a responder a los reclamos de esta ciudadana en base a los datos y documentación existente en archivos físicos e informáticos.

En otra oportunidad, se presenta por parte de la ciudadana María Luisa Moller Lizarazu y otra persona, otra nota fechada en 09 de julio de 2010 ante la Ministra Nardi Suño, Ministra Anticorrupción y transparencia del Estado Plurinacional de Bolivia en la que se formula una nueva

denuncia, empero esta vez incluyendo al Banco Ganadero allí se señala que se denuncien a los magistrados, jueces y funcionarios públicos infractores que han llevado a la causa de dos procesos coactivos de dos edificios de El Alto y de Oruro de un edificio de cinco pisos que ambos procesos fueron llevados a cabo por el consorcio de abogados Rodas Aldunate de La Paz que en estos casos hubo un vínculo de corrupción de jueces y magistrados con los abogados del consorcio de referencia, que ambos propietarios de estos inmuebles habían suplicado para que recibiéramos la deuda. Que ambas entidades no quisieron recibir porque el valor de los edificios era 8 veces más que el crédito. Que los funcionarios del poder judicial no actuaron con transparencia como lo hacen en todos los juicios, que no respetaron las normas vigentes y se le privó del derecho a la justicia que la balanza de la justicia se inclinó hacia el dinero de los banqueros que en tiempo oportuno hubo pedido auditoria de su crédito. Pedido que no fue escuchado en siete años, que pido información al ente regular de bancos sobre manipulación del sistema informático doble contabilidad, falsificación material crédito fantasma, falsificación ideológica, falso testimonio, anatocismo. Señala que todos estos delitos son delitos penales" se persiste en atribuir conductas delictivas en contra ECOFUTURO S.A. F.F.P. No obstante conocer que se hubieron realizado las auditorias pertinentes y concluido las observaciones realizadas implica han simplemente un error procedimental, pero de ninguna manera se hubo afectado el patrimonio ni el crédito de la ahora querrelada que más bien ella fue beneficiada por nuestra institución, aspectos los que se concluye que la conducta de la acusada se subsume en los tipos penales querrelados.

Que la apelación formulada por la acusada María Luisa Moller Lizarazu, alega defecto de la sentencia, por inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, falta de fundamentación de la sentencia además de ser insuficiente y contradictoria, la sentencia se basa en hechos inexistentes y no acreditados y en la valoración defectuosa de la prueba, así como errónea enunciación del hecho y por haber incurrido en errónea enunciación del hecho.

Esgrime fundamentación de agravios:

I. Por inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva.- En este agravio, la apelante, refiere que de acuerdo a los fundamentos de la acusación, se le acusó de la comisión de los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, previstos y sancionados por los arts. 282, 287, 283 y 285 del Cód. Pen., que, establecen; y a continuación transcribe los textos de los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas.

***(Difamación).- El que de manera pública, tendenciosa y repetida, revelare o divulgare un hecho, una calidad o una conducta capaces de afectar la reputación de una persona individual colectiva, incurrirá en prestación de trabajo de un (1) mes a un (1) año o multa de veinte (20) a doscientos cuarenta (240) días.

(Injuria).- El que por cualquier medio y de modo directo ofendiere a otro en su dignidad o decoro, incurrirá en prestación de trabajo de (1) año y multa de treinta (30) a cien (100) días.

Si el hecho previsto en el art. 283 y la injuria a que se refiere este artículo fueren cometidos mediante impreso, mecanografiado manuscrito, su autor será considerado reo de libelo infamatorio y sancionado con multa de sesenta (60) a ciento cincuenta (150) días, sin perjuicio de las penas correspondientes.

(Calumnia).- El que por cualquier medio imputare a otro falsamente la comisión de un delito, será sancionado con privación de libertas de seis (6) meses a tres (3) años y multa de cien (100) a trescientos (300) días.

(Propalación de ofensas).- El que propalare o reprodujere por cualquier medio los hechos a que se refieren los arts. 282, 283 Y 284, será sancionado como autor de los mismos. ***

La obligación del juez, en el juicio oral, de compulsar la prueba para establecer si esta era suficiente para demostrar la responsabilidad penal de su persona, acreditando la existencia del hecho, su participación en el mismo y su grado de participación. Es decir, que debía establecerse si el hecho atribuido a su persona contenía los elementos constitutivos de los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, considerando para ello la tipicidad y la jurisprudencia existente en el país, tomando en cuenta que, a lo largo del proceso sostuvo la imposibilidad de la aplicación de los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, dado que, las palabras vertidas en memoriales o escritos presentadas ante las autoridades no se pueden considerar injurias, calumnia, ni otro tipo de delitos contra el honor, en razón a que los escritos presentados ante una autoridad, en la que obligatoriamente se tiene que relatar antecedentes originarios, no se cometen los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, conforme se establece en la jurisprudencia cursante en la Gaceta Jurídica N° 1354, Pago 76 y Gaceta Jurídica N° 1340 pág. 57. Así como por el hecho de que, las personas jurídicas como en el presente caso no pueden ser víctimas del delito de calumnia, al no ser posible que estas personas jurídicas puedan cometer delitos, conforme lo han establecido el AA.SS. Nos. 48/2006 de 01 de marzo, y 107/2013 de 22 de abril, ya que nuestro sistema jurídico nacional, no prevé la posibilidad de castigar penalmente en forma directa a las personas colectivas o jurídicas, teniendo presente que sus actos no son propiamente acciones, pues existe ausencia en ellas de algo esencial como es la voluntad, que solo las personas naturales están revestidas de dicha facultad. Sin embargo, el juez, no habría considerado en lo mínimo los fundamentos de su defensa y en una errónea aplicación de la norma sustantiva dictó sentencia condenatoria en mi contra, sin más fundamento que el manifestar " ...que, al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descrédito, teniendo en cuenta al haber denunciado a diferentes instituciones como ser superintendencia de Bancos y entidades financieras, Contraloría General de la República, Medios de Comunicación Oral Escrita y Televisiva, Defensor del pueblo, Derechos Humanos, Ministerio del Estado, Cámara de Senadores y Diputados, Brigadas parlamentarias, Constituye una ofensa en contra de la dignidad o decoro de la Institución de ECOFUTURO".

Aberrante conclusión, que no se adecua de manera alguna a la tipicidad de los delitos acusados: tal es así que, en el delito de difamación, conforme establece el art. 282 del Cód. Pen., debió de establecerse si las notas tenían la finalidad clara y directa de afectar la reputación de ECOFUTURO S.A. F.F.P., o en su caso las mismas tenían la intención de que por medio de la ASFI se precautelen derechos y a consecuencia se debía de relatar todos los antecedentes conocidos, puesto que, la ASFI, es la autoridad establecida para controlar el sistema

financiero nacional y resolver una determinada problemática, dentro de las relaciones crediticias. Es decir, que al no haberse establecido cual era la finalidad de las notas, y simplemente haberse manifestado que, constituyen una ofensa una deshonra o un descrédito, sin explicar cuál, el Juez de Caracollo ha incurrido en errónea aplicación del art. 282 del Cód. Pen., por faltar tipicidad o faltar a la adecuación del tipo penal el elemento objetivo que era el de establecerse si las notas tenían la finalidad clara y directa de afectar la reputación de ECOFUTURO S.A. F.F.P., puesto que, es clara la intencionalidad de las notas que no son otra cosa que pretender la búsqueda de la solución a un problema que se ha dado dentro de un crédito, es decir, buscar el amparo de las autoridades llamadas por ley en el ejercicio de su derecho a la defensa, debido proceso y seguridad jurídica, por lo que correspondía al juez dictar sentencia absolutoria en su favor, por no adecuarse el hecho a la tipicidad del delito que se le ha atribuido.

Asimismo, en el delito de (injuria).- conforme establece el art. 287 del Cód. Pen., debió de establecerse si la intención de las notas tenían la intención manifiesta de producir daño, es decir si existía dolo directo o animus injuriandi, aspecto que no fue compulsado y menos expresado en la sentencia, puesto que de haberlo hecho, habría comprendido, que al momento de la presentación de las notas no existía la intención manifiesta de producir daño, si no la de ejercer el derecho a la defensa, lo que significa que en ningún momento existió la intención de injuriar a la institución financiera ECOFUTURO S.A. F.F.P., es decir, que, al no haberse establecido cual era la finalidad de las notas al momento de haberse las presentado y simplemente haberse manifestado que, constituyen una ofensa una deshonra o un descrédito, sin explicar cuál, el juez habría incurrido en errónea aplicación del art. 287 del Cód. Pen., por faltar tipicidad o faltar a la adecuación del tipo penal el elemento objetivo que era el de establecerse si ha ato momento de presentarse las notas, estas tenían la finalidad clara y directa de producir daño, puesto que, es clara la intencionalidad de las notas que, no son lar otra cosa que pretender la búsqueda de la solución a un problema que se ha dado dentro de un crédito, es decir buscar el amparo de las autoridades llamadas por ley en el ejercicio de mi derecho a la defensa, debido proceso y seguridad jurídica, por lo que correspondía a su autoridad dictar sentencia absolutoria en mi favor, por no adecuarse el hecho a la tipicidad del delito que se me ha atribuido.

En cuanto al delito de (calumnia).- Conforme establece el art. 283 del Cód. Pen., debió de establecerse, que delito se ha imputado falsamente haber cometido ECOFUTURO S.A.F.F.P. Asimismo debió de establecerse si cometido ECOFUTURO S.A.F.F.P. como persona jurídica podía o no haber cometido el delito falsamente imputado o atribuidos. Sin embargo, el juzgador se limitó manifestar que, al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descrédito, le condenó como autor por el delito de calumnia, es decir, la autoridad judicial hubiera incurrido en errónea aplicación del art. 283 del Cód. Pen., por faltar tipicidad o faltar a la adecuación del tipo penal el elemento objetivo que era el de establecerse si en el juicio el acusador ha probado que, de manera expresa y precisa mi persona habría imputado de un hecho falso penado por ley y si ECOFUTURO S.A.F.F.P. como persona podría haber cometido el delito atribuido y siendo evidente que, las personas jurídicas como en el presente caso no pueden ser víctimas del delito de calumnia, al no ser posible que estas personas jurídicas ya que nuestro sistema jurídico nacional, no prevé la posibilidad de castigar penalmente en forma directa a las personas colectivas o jurídicas, teniendo presente que sus actos no son propiamente acciones, pues existe ausencia en ellas de algo esencia como es la voluntad.

En cuanto al delito de propalación de ofensas conforme establece el art. 285 del Cód. Pen., debió de establecerse, si su persona a propalado o reproducido ofensas, sin embargo, el a quo, dictó sentencia condenatoria con la simple conclusión de que, al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descrédito, es decir, el Juez de grado incurrió en aplicación del art. 285 del Cód. Pen., por faltar tipicidad o faltar a la adecuación del tipo penal el elemento objetivo que era el de establecerse si en el juicio el acusador ha probado que, ha propalado o reproducido ofensas, sin embargo, en la sentencia, el inferior, no habría hecho la menor intención de subsumir el hecho en la tipificación del art. 285 del Cód. Pen., puesto que ni siquiera ha considerado que, de acuerdo a la tipificación una persona no puede ser al mismo tiempo autora de los delitos de difamación, injurias y calumnias y el delito de propalación de ofensas, puesto que la misma tipificación establece que, al autor de la propalación de ofensas se lo sancionará como autor de los mismos, lo que excluye que una persona pueda cometer al mismo tiempo. Refiere que debió dictare sentencia absolutoria en su favor, por no adecuarse el hecho a la tipicidad del delito que se me ha atribuido. Ofrece como precedentes contradictorios la Gaceta Jurídica N° 1354, Pago 76 y Gaceta Jurídica N° 1340 pág. 57. Así como los AA.SS. Nos. 48/2006 de 01 de marzo, y 107/2013 de 22 de abril.

Que el motivo que habilita el defecto de sentencia es el previsto en el núm. 1) del art. 370 del CPP, referida a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, la apelante denuncia que le condenaron por cuatro delitos de: difamación, injurias, calumnia y propalación de ofensas, al respecto: Primero.- el Juez de Partido Mixto y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de Caracollo, no ha realizado la labor de subsunción de la concurrencia de la tipicidad o la falta a la adecuación del tipo penal el elemento objetivo, no consideró en cada delito la concurrencia de todos los elementos constitutivos, por cierto la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, de acuerdo a la teoría del caso, o relación circunstanciada del hecho, conforme a la teoría de la acción finalista. Segundo.- El juzgador no estableció con los escritos o notas dirigidas a diferentes instituciones existía o no la intención manifiesta de producir daño, si no la de ejercer el derecho a la defensa, lo que significa que en ningún momento existió la intención de injuriar a dicha institución, o sea ECOFUTURO. A.S. F.F.P. Tampoco consideró si los términos, palabras vertidas en memoriales de escritos presentadas ante autoridad o en los juzgados, no se consideran como injurias, al respecto existe jurisprudencia en autos supremos referidas al mismo,..."Las injurias vertidas en juicio, en el desarrollo de las actuaciones procesales, por parte de quienes intervienen en ellas, están exentas de pena y sólo sometidas a sanciones disciplinarias. Quedan sustraídas a la sanción del delito de injuria, con arreglo a normas contenidas en el ordenamiento jurídico que declaran al abogado particularmente inviolable por las opiniones emitidas en la defensa de las causas a su cargo, sin que pueda ser molestado por tal motivo. Se funda esta regla en la necesidad de garantizar efectivamente la libertad de defensa como auténtico ejercicio de un derecho inviolable (Const. art. 16). Han de estar vertidas en los escritos, memoriales, exposiciones o informes de audiencias, sin importar el fuero en el que se actúa. En su caso las medidas disciplinarias competen al juzgador o a la autoridad". Asimismo se apunta la siguiente jurisprudencia vinculada al caso: "No comete injuria el que en proceso legal acusa a otro de un delito o culpa o lo expone en escritos y defensas judiciales..."(G.J. N° 1298, p. 124). "...las expresiones

vertidas en los escritos presentados ante una autoridad no constituyen calumnia..."G.J. N° 1354, pág. 76. "Las expresiones vertidas en actos de defensa ante autoridades que legítimamente conocen de una demanda concreta, como ocurre en la especie, y en la que necesariamente ha de relatarse antecedentes, no constituye delito y exime de toda pena a quien los profiere" (G.J. N° 1340, p. 57). Jurisprudencia reproducida, asumida del Código Penal, del Estudio Jurídico "FUENTELESAZ", Concordancias Transcritas, Conceptualizaciones y Jurisprudencia C.S.J. 2005. Línea Jurisprudencial del Tribunal Constitucional al 2006. Tomo 1, Edición 2007. "Censurar y acusar la actuación parcializada de un funcionario no constituye injuria ni faltamiento a la autoridad. (G.J. N° 1297, p. 90). "No comete injuria quien denuncia públicamente la perpetración de un delito culpa o falta, si la denuncia se ajusta a los requisitos que señala el caso 4° del art. 585 (del Cód. Pen. abrog.), a menos que al formularla (públicamente) se haga comentarios injuriosos que dañan la reputación del denunciado". (G.J. N° 127, p. 78). El tribunal se permite citar jurisprudencia acopiada y seleccionada por el estudio "FUENTELESAZ & Asociados"...Tercero.- El Juez Mixto de Caracollo, no advirtió, o no ha previsto, si existe la posibilidad de castigar penalmente en forma directa a las personas colectivas o jurídicas, teniendo presente que sus actos no advirtió, o no ha previsto, si existe la posibilidad de castigar penalmente en forma directa a las personas colectivas o jurídicas, teniendo presente que sus actos no son propiamente acciones, pues existe ausencia en ellas de algo esencial como es la voluntad, que solo las personas naturales están revestidas de dicha facultad; o sea, no consideró, ni fundamentó en cuanto a la calidad de sujeto pasivo de los delitos contra el honor de las personas jurídicas, estas personas jurídicas pueden ser víctimas o sujetos pasivos del delito de calumnia y otros; para orientar usemos como ejemplo el delito de calumnia que es el que tiene mayor penalidad ¿Señor Juez Mixto de Caracollo Máximo Colque, las personas jurídicas tienen honor?; ¿Si existe la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujeto pasivo del delito de calumnia?, al respecto corresponde realizar una descripción del delito de calumnia prevista en el art. 283 del Cód. Pen.: "el que por cualquier medio impute a otro falsamente la comisión de un delito, será sancionado...", con relación al aspecto objetivo de este delito, se tiene que la calumnia consiste en atribuir un hecho falso constitutivo de delito a otra persona, es decir, atribuir una acción típica y culpable, independientemente que sea perseguible de oficio, a instancia de parte o de acción privada, conforme la clasificación en los arts. 19 y 20 del Cód. Pdto. Pen., en cuanto al aspecto subjetivo, el tipo penal exige el dolo directo, es decir, el conocimiento de parte del sujeto activo de que el hecho de que se imputa es falso. Por otra parte el sujeto pasivo del delito de calumnia puede ser cualquier persona física o natural y no así una persona jurídica o moral, porque ésta no tiene capacidad de cometer hechos punibles y por lo tanto no puede ser objeto de imputación; consecuentemente pueden ser sujetos pasivos del delito de calumnia quienes pueden ser también sujetos activos. En ese sentido, el autor Fernando Villamor Lucía señala: "Estoy de acuerdo con el criterio de Rodríguez Devesa, para quien solamente pueden ser sujetos pasivos quienes tienen la capacidad de ser también sujetos activos del delito. Por ello, las personas jurídicas o colectivas no pueden ser sujetos pasivos de este delito"... Cuarto.- El Juez de Caracollo, con fundamentos insuficientes en una errónea aplicación de la norma sustantiva dictó sentencia condenatoria en contra de la hoy apelante, manifestando"...que al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descredito, Teniendo en cuenta al haber denunciado a diferentes instituciones como ser superintendencia de Bancos y entidades financieras, Contraloría General de la República, Medios de Comunicación Oral Escrita y Televisiva, Defensor del Pueblo, Derechos Humanos, Ministerio del Estado, Cámara de Senadores y Diputados, Brigadas Parlamentarias, constituye una ofensa en contra de la dignidad o decoro de la Institución de ECOFUTURO"; es decir, con sólo este argumento hizo concurrir los elementos del delito, sin mencionar, sin referirse a los elementos del tipo objetivo, para los cuatro delitos difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, sin especificar, por qué concurren esos elementos constitutivos de esos delitos, así como los elementos del tipo, debió especificar, precisar que escrito o nota, o qué palabras o términos, contenidos en los escritos o notas, como las que describe Q-PD-1, Q-PD-2, Q-PD-4 y así sucesivamente hasta la Q-PD-15, qué parte de ese hecho descrito se subsume para cada uno de los delitos, como elementos del delito, y elementos del tipo, cuando en rigor no estableció faltó la tipicidad de la adecuación al tipo penal en su elemento al tipo objetivo. Quinto.- El mencionado juez a quo condena a la acusada impugnante de difamación, injurias y calumnias y el delito de propalación de ofensas, pues es verdad que una persona no puede ser al mismo tiempo autora de los delitos, como en el caso fue condenada, puesto que, la misma tipificación establece que, al autor de la propalación de ofensas se lo sancionará como autor de los mismos, lo que excluye que una persona pueda cometer al mismo tiempo, es más el juez no refirió en absoluto si existió concurso ideal o real arts. 44 y 45 del Cód. Pen., en esos juzgamientos por multiplicidad de delitos la forma de imponer la pena. Por lo que se hace evidente la errónea aplicación de la ley sustantiva en el que incurrió de Juez de Partido Mixto y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de Caracollo. Fundamento suficiente para anular la sentencia y el reenvío de la causa.

II. Por falta de fundamentación de la sentencia, además de ser suficiente o contradictoria.- La recurrente en este agravio señala, que el Juez de Caracollo olvidándose que, en observancia al debido proceso, debería proceder a emitir la sentencia que corresponda a través de una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad la antijuricidad y la culpabilidad, esto es la adecuación o no del hecho al presupuesto normativo; y la aplicación de la pena; incurre en el defecto absoluto establecido en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., puesto que, no realiza valoración alguna de la prueba, menos realiza el análisis de los elementos del delito como tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad, puesto que no realiza ningún examen que permita la adecuación o no de los hechos denunciados al presupuesto normativo, puesto que en una primera parte se limita a exponer el hecho acusado, para posteriormente transcribir en qué consiste la prueba documental y posteriormente a transcribir la tipificación de los delitos, empero, en ningún momento habría realizado análisis alguno para establecer el nexo causal del hecho con la tipificación de los hechos atribuidos y menos refiere de manera alguna a los fundamentos de la defensa, extremos que acreditan que el juez habría fundamentado su resolución, de manera insuficiente, hecho que vulneraría la disposición del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., puesto que de manera alguna establece con cuáles de las pruebas documentales o testificales se habría acreditado que, ha incurrido en la comisión de difamación, injuria, calumnia y o propalación de ofensas, esto significa que el hecho acusado no fue probado por ningún elemento de prueba producido en el juicio oral, por lo que corresponde el reenvío del juicio a otro tribunal unipersonal que garantice derechos y garantías constitucionales, por cuanto se vulnera los principios ordenado es de (la administración de justicia, como ser: el debido proceso, la

seguridad jurídica y el imperio de legalidad, ampliamente; protegido por el art. 115 y 119 C.P.E., que entre otras generó actividad procesal defectuosa de imposible convalidación al tenor del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

En calidad de precedentes contradictorios, ofrece los AA.SS. Nos. 183/2007 de 06 de febrero de 2007, 724/2004 de 26 de noviembre de 2004, 307/2003 fs. 11 de junio de 2003.

- Que en este agravio, es evidente que el Juez de Caracollo no realizó observancia el debido proceso, no emitió una correcta sentencia que corresponda a una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad la antijuricidad y la culpabilidad, esto es la adecuación o no del hecho al presupuesto normativo; por lo que en efecto en la aplicación de la pena; incurre en el defecto absoluto establecido en el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen., puesto que, no realiza valoración alguna de la prueba, menos realiza el análisis de los elementos del delito como tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad, ni los elementos del tipo, puesto que no realiza ningún examen que permita la adecuación o no de los hechos denunciados al presupuesto normativo, revisada la sentencia se establece que no realizó análisis para establecer el nexo causal del hecho con la tipificación de los hechos atribuidos, o sea, no realiza ese engarce, concatenación de la subsunción del hecho al tipo penal, para cada uno de los delitos difamación, la injuria, calumnia y propalación de ofensas, por lo que incumplió lo terminado lo dispuesto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., habiendo incurrido en defecto absoluto invalorable, consecuentemente en la sanción prevista por el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen.

III. La sentencia se basa en hechos inexistentes y no acreditados y en la valoración defectuosa de la prueba.- En este agravio la recurrente manifiesta, igual manera para demostrar la violación de las reglas de la sana crítica por parte del juez en vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., al no fundamentar y motivar la resolución que dio lugar al rechazo de la exclusión probatoria de las pruebas de tal suerte que la resolución no estuvo motivada y fundada, puesto que se tiene que el razonamiento emitido fue únicamente en base a un criterio subjetivo y de ninguna manera de acuerdo a las reglas de la sana crítica generando un error de juicio, haciéndose patente la defectuosa valoración de la prueba, se identifica un defecto absoluto de imposible, convalidación como establece el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., máxime si dentro de las estrategias de la defensa, la misma estuvo centrada en que la acusación; debía probar que, hubo elaborado y presentado las cartas o notas, lo que nunca aconteció, por lo que se cuestiona el proceso de valoración de la prueba, puesto que ante la existencia de dos pruebas contradictorias, mínimamente el acusador debió, demostrar que su persona presentó las cartas y notas que han servido de base para realizar la acusación en su contra. Lo que establece que existe errónea valoración de la prueba, puesto que de haberse valorado correctamente la prueba, su autoridad debió de declarar una sentencia absolutoria. Por lo expuesto precedentemente solicita la anulación de la sentencia por defectos absolutos de imposible convalidación y en el fondo el reenvío del juicio a otro tribunal que respete derechos y garantías constitucionales.

- Que con relación a este agravio de la revisión de la sentencia se patentiza lo denunciado por la acusada María Luisa Moller Lizarazu y ya habiendo respondido al primer defecto de sentencia denunciado, que amerita la nulidad de la sentencia, el tribunal se subsume a esos fundamentos.

IV. Errónea enunciación del hecho.- En este agravio la apelante, la autoridad judicial en su sentencia habría establecido que,... al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descredito, teniendo en cuenta al haber denunciado a diferentes instituciones como ser superintendencia de Bancos y entidades financieras, Contraloría General de la República, Medios de Comunicación Oral Escrita y Televisa, Defensor del pueblo, Derechos Humanos, Ministerio del Estado, Cámara de Senadores y Diputados, Brigadas parlamentarias, constituye una ofensa en contra de la dignidad o decoro de la Institución de ECOFUTURO... sin embargo, su persona jamás había sido juzgada por difamar injuriar, calumniar o propalar ofensas en contra del Banco ECOFUTURO, en consecuencia se le ha condenado por haber incurrido en delitos contra el Banco ECOFUTURO, sin que su persona haya conocido siquiera una acusación de dicha entidad bancaria y si el a quo pretendía referirse a ECOFUTURO S.A.F.F.P., se demuestra palmariamente que ha incurrido en errónea enunciación del hecho, lo que vulnera los principios ordenadores de (la administración de justicia, como ser: el debido proceso la seguridad jurídica y el imperio de legalidad, ampliamente; protegido por el art. 115 y 119 de la C.P.E., que entre otras generó actividad procesal defectuosa de imposible convalidación al tenor del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

- Que asimismo con relación a este otro motivo de defecto de sentencia, el tribunal se remite a los fundamentos esgrimidos a los otros puntos y tópicos a los que por razones prácticas se subsume a los mismos, resultando, cuando ya se detectó los defectos de sentencia denunciados por la nombrada apelante, no conviene ingresar en mayor análisis, toda vez que, se dispuso y se vislumbró sensiblemente la sentencia sea anulada.

- Que se aclara que en apelación restringida al tribunal le está prohibido ingresar a revalorizar la prueba; finalmente el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., en su parágrafo segundo faculta al tribunal superior la posibilidad de anular total o parcialmente el juicio, siendo así deberá fijarse el objeto concreto del nuevo juicio, es que en esa virtud al no poder repararse directamente la inobservancia de la ley, y conforme solicitó la acusada apelante se anule la sentencia y se remita al reenvío, corresponde anular el juicio, por la errónea aplicación de la ley sustantiva de los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, insuficiente fundamentación de la sentencia y hechos inexistentes y no acreditados y en la valoración defectuosa de la prueba, en suma conforme a los fundamentos expuestos en los tópicos relativos a las respuestas al defecto previsto en el orden de apelación restringida, las respuestas a la errónea aplicación de la ley sustantiva, así como la insuficiente fundamentación de la sentencia, y hechos inexistentes y no acreditados y en la valoración defectuosa de la prueba, de manera que el juicio versará sobre esos aspectos, que por cierto no puede ser reparado por este tribunal siendo así la realización del nuevo juicio esta circunstancia, reiterándose conforme los fundamentos esgrimidos, en resolución, por este tribunal, que ameritan la anulación del juicio.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro de Justicia, en virtud de las consideraciones de orden legal precedentemente expresadas declara PROCEDENTE, el recurso de apelación restringida interpuesto por María Luisa Moller

Lizarazu contra la Sentencia N° 2/15 de 10 de agosto de 2015 pronunciada por el Juez de Juez de Partido Mixto y de Sentencia y Público de la Niñez y Adolescencia de Caracollo, consecuentemente deliberando en el fondo ANULA TOTALMENTE la sentencia cursante de fs. 231 a 237 del proceso, y dispone el reenvío ante otro Juzgado de Sentencia Penal más próximo, debiendo el nuevo juicio circunscribirse conforme se tiene establecido en los fundamentos esgrimidos en el texto del auto de vista, sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva, insuficiente fundamentación; y hechos inexistentes y no acreditados y en la valoración defectuosa de la prueba, con las formalidades y puntualizaciones expuestas respecto al caso.

En estricta aplicación de la previsión contenida en el art. 123 del Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes que tienen el plazo de 5 días para interponer el recurso de casación, computables a partir de su notificación conforme dispone el art. 417 del Código Adjetivo Penal.

En cumplimiento del parág. IV del art. 17 de la L.Ó.J., comuníquese la presente resolución al Consejo de la Magistratura para fines de ley.

Vocal relator: Dr. José Romero Soliz.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: José Romero Soliz.- Gregorio Orosco Itamari.

Ante mí: Abg. Ilegible.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 11 de octubre del 2016, cursante de fs. 312 a 321 vta., el Banco PYME ECOFUTURO S.A., a través de su representante René Huaygua Rocha, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 60/2016 de 16 de septiembre, de fs. 282 a 289, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los vocales José Romero Soliz y Gregorio Orosco Itamari, dentro del proceso penal seguido por la parte recurrente contra María Luisa Moller Lizarazu, por la presunta comisión de los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, previstos y sancionados por los arts. 282, 287, 283 y 285 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Resolución N° 2/2015 de 10 de agosto (fs. 221 a 227), el Juez de Partido Mixto y de Sentencia en lo Penal y Público de la Niñez y Adolescencia de la Provincia Cercado del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a María Luisa Moller Lizarazu, autora de la comisión de los delitos de difamación, calumnias, propalación de ofensas e injuria, previstos y sancionados por los arts. 282, 283, 285 y 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis meses de reclusión sin costas, siendo concedido el beneficio del perdón judicial.

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada María Luisa Moller Lizarazu, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 241 a 244 vta.), resuelto por A.V. N° 60/2016 de 16 de septiembre, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró procedente el recurso y anuló totalmente la sentencia, con el reenvío de la causa ante otro juzgado de sentencia, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 946/2016-RA de 25 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el tribunal de apelación vulneró el principio de limitación por competencia establecido en el art. 398 del CPP, por las siguientes razones: i) Que a tiempo de resolver el primer motivo de apelación fundado en la presunta errónea aplicación de la norma sustantiva penal, el ad quem se había limitado a copiar el fundamento de la recurrente, concluyendo que el a quo no realizó la labor de subsunción de la concurrencia de tipicidad, argumento utilizado por el tribunal de alzada que sería transcripción textual del fundamento de la recurrente y del cual el impugnante entiende que para el de alzada las personas jurídicas no tienen honor; a cuyo efecto, consideró importante transcribir el A.S. N° 107/2013-RRRC de 22 de abril, concluyendo que en la normativa boliviana no existe la posibilidad de impedir a las personas jurídicas que puedan ser sujetos de derechos fundamentales, pudiendo éstas ejercer el derecho al honor, por lo que en criterio del recurrente la conclusión del tribunal de apelación es errada y carente de fundamentación por no ser concreta y coherente por no ofrecer respuesta sobre el delito de Injuria, haciendo mención de los argumentos utilizados por el tribunal de apelación respecto al primer motivo de apelación, así como refiriéndose a los hechos que motivaron la acción penal, el recurrente refiere que el de alzada no tomó en cuenta el memorial de respuesta al recurso de apelación restringida; ii) El tribunal de apelación a tiempo de resolver el segundo motivo de apelación, en el que la acusada había denunciado falta de fundamentación, fundamentación insuficiente y contradictoria de la sentencia, había argumentado que la resolución del a quo no contaría con una fundamentación fáctica, analítica o intelectual y jurídica, concluyendo que incurrió en el defecto de sentencia previsto por el inc. 5) del art. 370 del CPP, incumpliendo el mandato previsto por el art. 124 de la norma adjetiva penal, incurriendo en defecto absoluto conforme lo dispuesto por el art. 169-3) de la norma procesal referida; sin embargo, dicha conclusión había sido expresada sin exponer las razones que determinan la misma, además que el referido argumento se apartaría de la verdad, pues en el Considerando IV y V de la sentencia, se encontraría la valoración probatoria descriptiva e intelectual y la fundamentación jurídica, tampoco había explicado que garantía o derecho tutelado por la Constitución Política del Estado, había sido vulnerado o normas de tratados y convenios internacionales, siendo una conclusión genérica y arbitraria la expresada por el ad quem; y, iii) Refiere que el tribunal de apelación a tiempo de resolver el tercer motivo de apelación restringida, fundado en que la sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba

había señalado que: "... con relación a este agravio de la revisión de la sentencia se patentiza lo denunciado por la acusada María Luisa Moller Lizarazu y habiendo respondido al primer defecto de sentencia denunciado, que amerita la nulidad de sentencia el tribunal se subsume en esos fundamentos." (sic), argumento en el que el tribunal de alzada no había expresado cómo es que dicho defecto se patentiza, cual es el hecho no acreditado en el que se basó la sentencia y si existe defectuosa valoración probatoria, que regla de la sana crítica fue vulnerada.

I.1.2. Petitorio.

La parte recurrente solicitan deje sin efecto el auto de vista impugnado.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 946/2016-RA de 25 de noviembre, cursante de fs. 329 a 331 vta., este tribunal admitió el recurso de casación del Banco PYME ECOFUTURO S.A., a través de su representante René Huaygua Rocha, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Resolución N° 2/2015 de 10 de agosto, el Juez de Partido Mixto y de Sentencia en lo Penal y Público de la Niñez y Adolescencia de la Provincia Cercado del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a María Luisa Moller Lizarazu, autora de la comisión de los delitos de difamación, calumnias, propalación de ofensas e injuria, previstos y sancionados por los arts. 282, 283, 285 y 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de seis meses de reclusión sin costas, siendo concedido el beneficio del perdón judicial, con el siguiente argumento:

"Que el proceso penal acusatorio se rige por el principio de libertad probatoria que establece de manera concreta, en el sentido de que ellas pueden utilizar todos los medios probatorios lícitamente obtenidos para demostrar la existencia del hecho y la participación del acusado como también del juzgador que todo los elementos probatorios introducidos al proceso tiene plena libertad para valorar los que considere lícitamente obtenidos dentro del delito acusado.

Analizados como han sido de las pruebas de cargo aplicando la sana crítica conforme establece el art. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., se llega a determinar:

Que la acusada con la institución ECOFUTURO S.A. FFP, Banco PYME ECOFUTURO S.A.F.F.P., existía una relación por un crédito en 29 de abril de 2004 y la reprogramación había ingresado en mora el 2005, que para el cobro respectivo se había iniciado una demanda civil para su pago correspondiente y de manera paralela María Luisa Moller Lizarazu había realizado reclamos con la manifestación que dañan la honorabilidad del Banco Financiero, que se debe exclusivamente notas presentadas a partir de 05 de diciembre de 2005 (Q-PD-1) dirigido a SARC. Pidiendo e informe respectivo sobre su crédito como el documento Q-PD-2, dirigidos al Banco y Superintendencia de Bancos ECOFUTURO FFP en parte final expresa: Solicitó sea atendida esta denuncia tal como corresponde y siguiente el ejemplo del Presidente de la República Evo Morales Ayma, esta denuncia lo hago llegar con copia al Banco Central de Bolivia, al parlamento y otras instituciones sociales. Ruego la pronta atención a mi denuncia ya que temo por mi vida la de mis 2 pequeños hijos, porque la situación llevo a extremos intolerables. Existiendo documento Q-PD-3 denuncia presentada ante la Superintendencia de Bancos y entidades financieras, como ser Contraloría General de la República, medios de comunicación oral, escrita y televisiva. Defensor del Pueblo. Derechos Humanos, Ministerio del Estado, Cámara de Senadores y Diputados, Brigadas parlamentarias denuncia en contra de ECOFUTURO FFP. S.A. Tanto en la manipulación del Sistema Informático, falsificación de material, falsificación ideológica, falso testimonio, tanto de aspecto financiero y aspecto humano. existiendo además documentos protocolizados del sistema informático, falsificación material en el documento de 15 de abril de 2004 empero en esa fecha se encontraba en la Cárcel de San Pedro y con libertad el 15 de abril de 2005 denotando un documento referente a la apropiación de sus terrenos de Cochiraya aduciendo que ECOFUTURO afirma reprogramación solicitada y afirma que hubo solicitado reprogramación de su crédito cuando se encontraba recluida en la cárcel y que su crédito era una chacota financiera y que la superintendencia debe precautelar el dentro de los depositantes respuesta el 15 de diciembre de 2005 Q-PD-8.

Existe otra nota dirigida a Ernesto Rivero Villarreal de 27 de junio de 2009 (Q-PD-9) denunciando sobre la existencia de un crédito fantasma y manipulación en el sistema informático, en respuesta el 20 de agosto de 2009 a María Luisa Moller se mencionó de que había errores operativos por parte de la entidad, empero no ha provocado ningún perjuicio patrimonial más bien fue beneficiado con varias condonaciones de parte del Banco (Q-PD-10) otro oficio dirigido al Director Ejecutivo de la ASFI de 24 de junio de 2009 (Q-PD-14) al gerente general de ECOFUTURO manifestando haber concluido satisfactoriamente el reclamo de María Luisa Moller y finalmente el 05 de mayo de 2008 la imputada cancelo la obligación contraída con el Banco y fue condonado a su favor de \$us. 17.865.02. Otro documento Q-PD-11) dando la respuesta al documento enviado por María Luisa Moller el 30 de abril de 2010 de parte de la Institución de ASFI. Le indica en lo más sobresaliente al respecto le comunicamos a usted que este Órgano de Supervisión ha realizado las gestiones administrativas necesarias para la atención de los reiterados requerimientos presentados por su persona contra el Fondo Financiero Privado S.A., entre las ultimas, se llevó a cabo una inspección especial in situ la pasada gestión 2009 que su parte conclusiva enuncia 'los errores del sistema informático en los extractos de las operaciones de la señora Moller no han provocado ningún menoscabo patrimonial' En este entendido, los resultados logrados no evidencian incumplimiento a la normativa legal y reglamentaria vigente por parte del Fondo Financiero ECOFUTURO S.A. otra nota de 30 de abril de 2010 enviado a Luis Arce Catacora de parte de María Luisa Moller Lizarazu (q-pd.12) Solicitando la investigación de auditoria y además solicitando documentación por intermedio de ASFI y menciona toda vez que esta actuación está tipificada como delitos por doble contabilidad que recaen en nuestro ordenamiento jurídico legal vigente 'asimismo documentación adjunta de 30 de abril de 2010 dirigido a Reynaldo Yujra Segales pidiendo abrir nueva investigación de auditoria fraudulenta de la entidad financiera ECOFUTURO Regional Oruro. Otra documentación Q-PD-7 enviado a Ivonne Quintele Superintendencia de Bancos y entidades financieras de parte de ECOFUTURO representado por Rodolfo M. Medrano Cabrera gerente general, en el que hace conocer sobre los puntos solicitados de parte de María Luisa Moller Lizarazu, en la parte final

indica por lo anterior se evidencia que los reclamos de la Sra. Moller son infundados y son el producto de la mala interpretación de los actos regulares de seguimiento que se realizan en operaciones con problemas de repago. La atención a la Sra. Moller, tanto de los ejecutivos de la oficina nacional, como de la gerente de la Sucursal Oruro y de todos los funcionarios ha sido siempre realizada dentro del marco del respeto y cooperación que merecen todos los clientes de ECOFUTURO independientemente del estado en que se encuentre su crédito. Documental Q-PD-15 se refiere a diferentes respuestas a María Luisa Moller en cuanto a solicitud tuvo.” (sic).

En el acápite destinado a los fundamentos jurídicos del fallo después de transcribir los tipos penales de difamación, calumnia, propalación de ofensas e injuria, señaló: “En esta figura no se atribuye la comisión de un delito si no que se ofende el decoro y la dignidad, es deshonorar a una persona para que haya delito es suficiente que la injuria llegue a conocimiento del interesado.

De donde se tiene que al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descrédito, teniendo en cuenta al haber denunciado a diferentes instituciones como ser; Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Contraloría General de la República, medios de comunicación oral escrita y televisiva, Defensor del Pueblo, Derechos Humanos, Ministerio del Estado, Cámara de Senadores y Diputados Brigadas Parlamentarias. Constituye una ofensa en contra de la dignidad o decoro de la Institución de ECOFUTURO, toda vez que la Institución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI. Mediante nota de 20 de mayo de 2010 (Q-PD-11) dio la respuesta a la Sra. Moller en sentido “Los errores del sistema informático en los extractos de las operaciones de la Sra. Moller no han provocado ningún menoscabo patrimonial, en ese entendido, los resultados logrados no evidencian incumplimiento a la normativa legal y reglamentaria vigente por parte del Fondo Financiero ECOFUTURO S.A. Esta institución es la máxima en el control financiero de existir anomalías el referido Banco al presente no estuviese funcionando. Aspecto que fue corroborados por las declaraciones testimoniales en sentido de que la Sra. Moller hubiese denunciado a diferentes instituciones como la prensa y televisión, por estos antecedentes se debe fijar la pena en contra de la imputada María Luisa Moller Lizarazu” (sic).

II.2. Del recurso de apelación restringida de la imputada.

La acusada entre otros motivos de apelación, argumentó:

a) Denunció la existencia del defecto de sentencia previsto por el inc. 1) del art. 370 del CPP; a cuyo fin, en primera instancia hizo una transcripción de los tipos penales de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, señalando posteriormente, que las palabras vertidas en memoriales o escritos presentados ante las autoridades no pueden ser consideradas como injurias, calumnias u otro tipo de delitos contra el honor, pues en dichas cartas refiere que obligatoriamente se tiene que relatar antecedentes; asimismo, según la jurisprudencia establecida en la Gaceta Jurídica N° 1354, pág. 76 y la Gaceta Jurídica 1340 pág. 57, las personas jurídicas no podrían ser víctimas del delito de calumnia, pues conforme lo establecido por los AA.SS. Nos. 48/2006 de 01 de marzo y 107/2013 de 22 de abril, las personas colectivas no podrían cometer delitos; por lo tanto, no podrían ser sancionadas penalmente de forma directa, pues ellas carecerían de voluntad, fundamentos que habían sido expuestos por la defensa de la imputada que no fueron considerados por el a quo, quien habría alegado “... que, al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descrédito, teniendo en cuenta al haber denunciado a diferentes instituciones como ser superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Contraloría General de la República, medios de comunicación oral escrita y televisiva, Defensor del Pueblo, Derechos Humanos, Ministerio del Estado, Cámara de Senadores y Diputados, Brigadas parlamentarias, constituye una ofensa en contra de la dignidad y decoro de la Institución de ECOFUTURO ...”; conclusión que a decir de la apelante incurre en falta de tipicidad o adecuación del tipo penal al elemento objetivo, pues el juez de mérito no había establecido si las referidas notas tenían la finalidad clara y directa de afectar la reputación de la referida entidad financiera o por el contrario tenían el fin de precautelar los derechos de la imputada por medio de la ASFI. Bajo el mismo argumento señala que existe errónea aplicación de la norma sustantiva en cuanto al tipo penal de Injuria, pues el juez de mérito no había expresado si la finalidad de las notas era producir daño y no la búsqueda de solución a un problema dentro de un crédito; respecto al tipo de calumnia, refiere que el a quo, debió establecer que delito se le imputó a ECOFUTURO S.A. FFP y también si la referida institución podía o no haber cometido el delito falsamente imputado o atribuidos. Respecto al tipo de propalación de ofensas, repitiendo que se la condenó por presentar notas a diferentes organismos contra el Banco referido, sin hacer intención de subsumir el hecho al tipo penal previsto por el art. 285 del Cód. Pen., asimismo, no había considerado que una persona no puede ser al mismo tiempo autora de los delitos de difamación, injurias, calumnias y del tipo de propalación de ofensas.

b) Como segundo agravio, denunció que el juez a quo incurrió en el defecto de sentencia previsto por el inc. 5) del art. 370 del CPP, pues no había realizado valoración de la prueba ni análisis de los elementos del delito como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no había realizado examen que permita la adecuación o no de los hechos denunciados al presupuesto normativo, limitándose a exponer el hecho acusado, transcribir el contenido de la prueba documental y los tipos penales acusados, sin que en ninguna parte de la sentencia exista análisis del nexo causal del hecho, con la tipificación de los hechos atribuidos, tampoco se había referido a los fundamentos de la defensa, vulnerando lo dispuesto por el art. 124 del CPP, al no haber establecido qué pruebas documentales o testimoniales le sirvieron para acreditar que incurrió en la comisión de los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, por lo que a decir de la apelante los hechos acusados no fueron probados por ningún elemento de prueba, vulnerando los principios administradores de justicia como ser el debido proceso, seguridad jurídica y legalidad.

c) Como tercer motivo de apelación, la acusada denunció que la sentencia se basa en hechos inexistentes y no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba, pues no había fundamentado y motivado la resolución que dio lugar al rechazo de la exclusión probatoria de las pruebas, pues la referida resolución contendría un razonamiento emitido únicamente con base a un criterio subjetivo y no de acuerdo a las reglas de la sana crítica, generando un error de juicio y defectuosa valoración de la prueba, “por cuanto su análisis no aportó los referidos criterios y en consecuencia se identifica un defecto absoluto de imposible, convalidación como establece el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., (...)” (sic), refiere que el defecto es más evidente si se observa que la defensa estuvo centrada en que la acusación debía probar que la acusada

elaboró y presentó cartas o notas, lo cual no había ocurrido en el caso de autos; asimismo, alega que ante la existencia de dos pruebas contradictorias, el acusador debió demostrar que su persona presentó las cartas y notas que sirvieron de base para la acusación.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, por auto de vista impugnado, declaró procedente el recurso de apelación restringida interpuesto por la imputada María Luisa Moller Lizarazu y anuló totalmente la sentencia, disponiendo el reenvío de la causa ante otro juzgado de sentencia penal, bajo los siguientes argumentos expuestos en el Considerando II de la resolución impugnada:

1) En el punto I del referido considerando, resolviendo la denuncia de inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, el tribunal de apelación argumentó: i) El juez de mérito no había realizado la labor de subsunción de la concurrencia de la tipicidad o "la falta a la adecuación del tipo penal el elemento objetivo" (sic), no había considerado en cada delito la concurrencia de todos los elementos constitutivos, ii) No había establecido si en los escritos o notas existía o no la intención manifiesta de producir daño, o más bien la de ejercer derecho a la defensa "lo que significa que en ningún momento existió la intención de injuriar a dicha institución (...)" (sic), refiere que existe jurisprudencia, que establece que las injurias vertidas en juicio o actuaciones procesales, se hallan exentas de pena y están sometidas sólo a sanciones disciplinarias; asimismo, transcribe parcialmente la Gaceta Judicial N° 1298, -124, 1354 pág.- 76, 1340, p.57, 1297, p. 90, 127 p. 78, iii) Que el juez de mérito no había previsto la posibilidad de castigar penalmente y en forma directa a las personas jurídicas; puesto que, sus acciones no son actos al carecer de voluntad, tampoco había fundamentado en cuanto a la calidad de sujeto pasivo de los delitos contra el honor de las personas jurídicas; a cuyo fin, refiriéndose al contenido del art. 283 del Cód. Pen., alega que la calumnia consiste en atribuir un hecho falso a otra persona y en cuanto al aspecto subjetivo, la referida norma sustantiva exigiría el dolo directo; es decir, que el sujeto activo sepa que el hecho que atribuye es falso y respecto al sujeto pasivo, éste podría ser cualquier persona física o natural, pero no una persona jurídica o moral, pues ésta última no tendría capacidad de cometer hechos punibles y por tanto no podría ser objeto de imputación, pues los sujetos pasivos del delito de calumnia tendrían que ser también sujetos que pueden ser sujetos activos del delito, iv) Que el juez de mérito había condenado a la apelante con fundamentos insuficientes, pues a tiempo de alegar "... que al haber presentado notas ante diferentes organismos en contra del Banco ECOFUTURO constituye una ofensa una deshonra o un descrédito, teniendo en cuenta al haber denunciado a diferentes instituciones como ser superintendencia de Bancos y entidades financieras (...). Constituye una ofensa en contra de la dignidad o decoro de la Institución de ECOFUTURO ..." (sic), argumento que no refiere los elementos del tipo objetivo para los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, sin precisar porque concurrirían esos elementos constitutivos de los referidos delitos, no había especificado que escrito o nota, qué palabras o términos contenidos en los escritos signados como pruebas Q-PD-1, Q-PD-4 hasta la Q-PD-15, que parte de los referidos escritos se subsumen a cada uno de los delitos; v) Que el juez de sentencia había condenado a la acusada por los delitos de difamación, injurias y calumnias y por el delito de propalación de ofensas, cuando una persona no puede ser autora al mismo tiempo de los delitos por los cuales fue condenada, pues al autor de propalación de ofensas se lo sancionaría como autor de los otros delitos, tampoco había referido el a quo, si en el caso existió concurso ideal o real conforme lo previsto por los arts. 44 y 45 del Cód. Pen.

2) Haciendo remembranza del motivo de apelación, el tribunal de apelación argumentó que el juez de sentencia no emitió una correcta sentencia que corresponda a una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, incurriendo en el defecto previsto por el inc. 5) del art. 370 del CPP, pues no había realizado valoración alguna de la prueba, menos un análisis de los elementos del delito como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, tampoco había realizado un análisis de los elementos del tipo, al no existir un examen que permita la adecuación o no de los hechos denunciados al presupuesto normativo, no existiría un análisis para establecer el nexo causal del hecho con la tipificación de los hechos atribuidos, por lo que había incumplido con lo dispuesto por el art. 124 de la norma adjetiva penal y había incurrido en el defecto absoluto previsto por el art. 169-3) del CPP.

3) En cuanto al supuesto defecto de sentencia, porque la misma se basaría en hechos inexistentes y no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba, el tribunal de apelación, después de hacer referencia a los fundamentos de la apelante, argumentó "Que, con relación a este agravio de la revisión de la sentencia se patentiza lo denunciado por la acusada María Luisa Moller Lizarazu y ya habiendo respondido al primer defecto de sentencia denunciado, que amerita la nulidad de la sentencia, el tribunal se subsume a esos fundamentos." (sic).

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el caso presente, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el representante del Banco PYME ECOFUTURO SA., ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización debido a la denuncia de falta de fundamentación en el auto de vista impugnado, respecto a los puntos que fueron planteados en apelación por la parte contraria, que sin embargo anuló la sentencia condenatoria emitida en la causa, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. La debida fundamentación de las resoluciones judiciales.

El art. 180-I de la C.P.E., entre los principios rectores en los que se fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece el debido proceso como principio que garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento motivado y fundamentado, sobre todos los motivos alegados en cualquier recurso que la ley prevé, por lo mismo las autoridades que ejercen jurisdicción a nombre del Estado, deben manifestar por escrito los motivos de sus resoluciones, resguardando de esa manera tanto a los particulares como a la colectividad, de decisiones arbitrarias.

Orlando A. Rodríguez Ch., en su obra "Casación y Revisión Penal", refiriéndose a la fundamentación y motivación, refiere: "...constituye un sello de garantía a los usuarios de la administración de justicia, porque con ello se evita la arbitrariedad, el capricho, decisiones contrarias, errores de lógica jurídica, y el actuar irrazonado de los funcionarios judiciales".

El mismo autor citando a Joan Pico I Junoy, manifiesta que la motivación cumple las siguientes finalidades: a) Le permite controlar a la sociedad la actividad judicial y cumplir así con el de publicidad; b) Garantía intraprocesal de los derechos y libertades fundamentales de las

partes; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer por qué concreto de su contenido; y, d) Les garantiza a las partes procesales la posibilidad de control de la resolución judicial, interponiendo ante los tribunales superiores que conocen de los correspondientes recursos.

Ese entendimiento fue asumido por este tribunal mediante varios autos supremos, tales como el A.S. N° 5 de 26 de enero de 2007, que estableció la siguiente doctrina legal: "La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control, y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

Expresa: porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

Clara: en la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún por los legos.

Completa: la exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al *petitum* y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arribe luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del *petitum* significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *infra petita* o *extra petita partium*.

Legítima: la legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar ex officio la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

Lógica: finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia".

III.2. Análisis del caso concreto.

La entidad recurrente denuncia que el tribunal de apelación incurrió en falta de fundamentación a tiempo de resolver el recurso de apelación de la acusada y anular la sentencia condenatoria, identificando a dicho fin tres motivos de apelación respecto a los cuales se habría incurrido en el supuesto defecto de falta de fundamentación:

Primero.- Sobre el primer aspecto que carecería de fundamentación, la parte acusadora alega que el tribunal de apelación, a tiempo de resolver la denuncia fundada en que la sentencia había incurrido en errónea aplicación de la norma sustantiva -inc. 1) del art. 370 del CPP-, se había limitado a copiar los argumentos de la recurrente, concluyendo que el juez de mérito no había realizado la labor de subsunción de la concurrencia de tipicidad, de lo cual se entendería que para el tribunal de apelación las personas jurídicas no tendrían honor, conclusión que sería errada y carente de fundamentación; además, de no ofrecer repuesta sobre el delito de Injuria y no tomar en cuenta los fundamentos de respuesta de la acusación a la apelación de la imputada.

Previamente a resolver el motivo en cuestión es oportuno hacer referencia a lo establecido por el A.S. N° 134/2013-RRC de 20 de mayo, que respecto a la labor de subsunción penal y el control que debe ejercer al respecto el tribunal de alzada, señaló: "Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al Juez o Tribunal de Sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3) del CPP. En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una labor lógica del aplicador, para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere, consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal. Por tal razón, toda sentencia condenatoria se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el hecho probado, y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada

fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la sentencia se justifique objetivamente; además, de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Solo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad, por lo que la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del juez, pero carentes de todo sustento probatorio. En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el Juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al tribunal de apelación, por ello la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica. Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada, y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica. Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, los jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, de controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación”.

Ingresando al análisis del caso concreto de la revisión del auto de vista impugnado, conforme se desprende de lo redactado en el punto 1 del acápite II.3 y comparando los argumentos del tribunal de apelación y la imputada en su recurso de apelación restringida, se establece que evidentemente el tribunal ad quem, repitió los fundamentos de la apelante al expresar que: “el juez de mérito no realizó la labor de subsunción de la concurrencia de la tipicidad o la falta a la adecuación del tipo penal el elemento objetivo, no había considerado en cada delito la concurrencia de todos los elementos constitutivos, no había establecido si en los escritos o notas existía o no la intención manifiesta de producir daño, o más bien la de ejercer derecho a la defensa ‘lo que significa que en ningún momento existió la intención de injuriar a dicha institución (...)’ (sic), que el juez de mérito no había previsto la posibilidad de castigar penalmente y en forma directa a las personas jurídicas; puesto que, sus acciones no son actos al carecer de voluntad, tampoco había fundamentado en cuanto a la calidad de sujeto pasivo de los delitos contra el honor de las personas jurídicas; a cuyo fin, refiriéndose al contenido del art. 283 del Cód. Pen., alegó que la calumnia consiste en atribuir un hecho falso a otra persona y en cuanto al aspecto subjetivo, la referida norma sustantiva exigiría el dolo directo; es decir, que el sujeto activo sepa que el hecho que atribuye es falso, y respecto al sujeto pasivo, éste podría ser cualquier persona física o natural, pero no una persona jurídica o moral, pues ésta última no tendría capacidad de cometer hechos punibles; y por tanto, no podría ser objeto de imputación, pues los sujetos pasivos del delito de calumnia tendrían que ser también sujetos que pueden ser sujetos activos del delito”. (sic).

Cuando el tribunal de apelación ejerce control sobre la corrección o no de la aplicación de la norma sustantiva al caso concreto, necesariamente debe partirse de la fundamentación fáctica realizada por el de mérito los cuales gozan de intangibilidad; es decir, el tribunal de alzada controla si los hechos establecidos por el a quo como probados, encuadran al tipo penal acusado.

De los argumentos del tribunal de apelación, este tribunal, advierte que los mismos son generales, no cumplen con el requisito de claridad y logicidad, pues en primer lugar cuando refiere que el juez de sentencia no realizó la labor de subsunción de la concurrencia de tipicidad y que falta la adecuación del tipo penal al elemento objetivo, no se sabe respecto a que tipo penal acusado se refiere; asimismo, cuando refiere que “el juez de mérito no estableció si en las notas existía la intención de dañar o ejercer derecho a la defensa”, tampoco explica si el mismo es un elemento de uno de los delitos acusados y de que delito; y, en todo caso explicar cuál es el efecto nocivo de dicha falta de determinación.

Estos argumentos del tribunal de apelación, evidencian que el mismo se limitó a transcribir los argumentos de la apelante, pues en todo el relato del tribunal de alzada, se limitó a repetir los fundamentos de la imputada en su recurso de apelación restringida, sin justificar las razones que lo llevaron a determinar que es evidente que la sentencia hubiera incurrido en el defecto previsto por el inc. 1) del art. 370 del CPP, pues de todos los argumentos expuestos por el tribunal de apelación, no se establece si el defecto existe porque los hechos establecidos como probados por el juez de sentencia difieren de los hechos tipificados como delitos de difamación, calumnia, injuria y propalación de ofensas o en todo caso faltó algún elemento fáctico para la adecuación de los hechos a los tipos penales referidos.

Asimismo, refirió que la jurisprudencia estableció que las injurias vertidas en juicio o actuaciones procesales no son punibles sino sólo sujetos a sanción disciplinaria, en este argumento el tribunal de apelación no expresó concretamente a que jurisprudencia se refiere, dejando a las partes en particular y a la sociedad en general, en la incertidumbre sobre la veracidad del argumento utilizado; por otro lado, no explica porque es aplicable al caso, o si las notas y términos difundidos por la acusada fueron dentro de un proceso judicial y que tipo de proceso, sumado al hecho que conforme a los antecedentes descritos de la sentencia, se tiene la certeza de que las notas enviadas por la acusada a

diferentes instituciones, no fueron realizadas dentro de un proceso judicial, por lo que este tribunal no entiende la razón por la cual el ad quem invocó dicha jurisprudencia.

En el inc. iv) del punto 1 del acápite II.3 de la presente resolución, este tribunal, advierte que el ad quem, de manera correcta señala que el juez de mérito condenó a la acusada por los delitos de difamación, injuria, calumnia y propalación de ofensas, con el argumento de que las notas enviadas por la acusada a diferentes organismos contra el Banco ECOFUTURO constituye ofensa, deshonra y descrédito contra la dignidad y decoro de la misma, argumento del juez de sentencia que evidentemente revelan falta de fundamentación jurídica; empero, el tribunal de apelación, además de repetir este argumento que también fue expuesto por la apelante y el cual es evidente; no explica, cual es la razón que le impide usar la facultad conferida por la parte in fine del art. 413 del CPP, que claramente dispone que cuando sea evidente para dictar nueva sentencia no sea necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelación puede resolver directamente; en el caso concreto, si el tribunal de alzada estableció la errónea aplicación de la norma sustantiva, correspondía a éste subsumir los hechos establecidos como probados por el juez de sentencia a los preceptos jurídicos penales acusados, o en su caso explicar la razón de dicho impedimento, por lo que al no haber justificado las razones que le impiden subsumir los hechos probados por el a quo a los tipos penales juzgados, ordenando la reposición del juicio sin justificar los impedimentos para usar la facultad conferida por el CPP, a fin de que por celeridad pueda subsanar de manera directa el error sustancial advertido, también incurre en falta de fundamentación de su determinación, defecto que también concurre con relación al motivo fundado en el art. 370-6) del CPP, teniendo en cuenta que el tribunal de alzada asume que dicho agravio se patentiza, limitándose a sostener lo siguiente: "Ya habiendo respondido al primer defecto de sentencia denunciado, que amerita la nulidad de la sentencia, el tribunal se subsume a esos fundamentos" (sic).

Segundo.- El recurrente denunció que el tribunal de apelación a tiempo de resolver el segundo motivo de apelación, incumplió el mandato previsto por el art. 124 del CPP; por cuanto, sin expresar las razones de su decisión, había determinado de manera genérica y arbitraria que la sentencia no cuenta con fundamentación fáctica, intelectual y jurídica, incurriendo en el defecto previsto por el inc. 5) del art. 370 de la norma adjetiva penal; argumento del tribunal de alzada que a decir del recurrente es contrario a la verdad, pues la referida fundamentación extrañada se encontraría en los Considerandos IV y V de la sentencia.

Revisado el auto de vista impugnado, se establece que el tribunal de apelación refirió que la sentencia incurrió en el defecto previsto por el inc. 5) del art. 370 del CPP, al no emitir una sentencia que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, pues el juez de mérito no había realizado valoración de la prueba y menos un análisis de los elementos del delito como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, tampoco un análisis de los elementos del tipo, por lo que al no existir un examen que permita la adecuación o no de los hechos denunciados al presupuesto normativo, no existiría un análisis para establecer el nexo causal del hecho con la tipificación de los hechos atribuidos, incurriendo en el defecto absoluto previsto por el inc. 3) del art. 370 del CPP.

Conforme a los argumentos expuestos por el recurrente de casación, corresponde a este tribunal establecer si el supuesto defecto de sentencia es evidente; a cuyo fin, resulta menester contrastar los argumentos del tribunal de apelación con los fundamentos expuestos por el juez de mérito; a cuyo efecto, previamente corresponde recordar lo establecido por este tribunal en cuanto a la fundamentación de la sentencia, a través del A.S. N° 354/2014-RRC de 30 de julio, que señaló "En cuanto a la fundamentación probatoria, siendo el juzgador de mérito, el único facultado para valorar prueba, la ausencia de fundamentación, sea descriptiva o intelectual, implica defecto absoluto invalorable, toda vez que, conforme nuestro sistema recursivo, el tribunal de alzada no puede suplir la fundamentación probatoria, porque ello implica valoración de la prueba; pues, la falta de fundamentación descriptiva sobre alguna de las pruebas, impide el control sobre ella; de la misma forma, la ausencia de fundamentación intelectual, impide verificar, si la valoración de la prueba, sea individual o conjunta, se hizo en correcta aplicación de las reglas de la sana crítica."

El recurrente de casación refiere que la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica se encontraría en los Considerandos IV y V de la sentencia.

Ingresando al análisis del caso concreto, se debe tener presente que la valoración probatoria tiene dos fases; la primera, es la valoración probatoria descriptiva, en la que el tribunal o juez de mérito describe el contenido de toda la prueba producida en juicio, de forma individual, actividad judicial conocida como fundamentación probatoria descriptiva; y segunda fase, es la denominada fundamentación probatoria intelectual, en la cual el de mérito tiene la obligación de valorar la prueba de forma individual en primera instancia y posteriormente de manera conjunta. En el caso de autos, conforme a lo descrito en el acápite II.1 de la presente resolución, este tribunal establece que la sentencia cuenta con la fundamentación probatoria descriptiva, la cual se encuentra en el Considerando IV del fallo apelado.

En el Considerando V de la sentencia bajo el título "motivos de derecho en que se basa la sentencia", el juez previamente a establecer los "hechos probados", argumentó "Que el proceso penal acusatorio se rige por el principio de la libertad probatoria que establece de manera concreta, en el sentido de que ellas pueden utilizar todo los medios probatorios lícitamente obtenidos para demostrar la existencia del hecho y la participación del acusado como también del juzgador que todo los elementos probatorios introducidos al proceso tiene plena libertad para valorar los que considere lícitamente obtenidos dentro del delito acusado.

Analizados como han sido de las pruebas de cargo aplicando la sana crítica conforme establece el art. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., se llega a determinar" (sic).

Conforme lo redactado en el presente acápite y el II.1 de la presente resolución, se establece que el tribunal de apelación de manera concreta pero clara estableció que la Sentencia no cuenta con la fundamentación probatoria analítica o intelectual, lo cual es cierto, pues de la revisión de la sentencia, contrario a lo manifestado por el recurrente de casación, se evidencia que el juez de sentencia, se limitó a hacer la fundamentación probatoria descriptiva para posteriormente realizar la fundamentación fáctica; es decir, describió la prueba y estableció los hechos probados, sin exponer la valoración probatoria intelectual individual y conjunta, pese a que en el Considerando V de la sentencia en el segundo párrafo, expresó "Analizados como han sido las pruebas de cargo aplicando la sana crítica conforme establece el art. 173 y 359 (...)"

(sic), en sentencia omitió expresar el valor asignado a cada una de las pruebas, privando a las partes y al tribunal de apelación, ejercer un control sobre el proceso intelectual de apreciación de la prueba, incumpliendo su resolución con el requisito de publicidad, generando incertidumbre a las partes sobre la corrección de su decisión y convirtiendo la Sentencia en arbitraria e infringiendo el art. 173 relacionado con el 124 del CPP, vulnerando el debido proceso en su elemento de debida fundamentación.

Ahora bien en consideración a la anterior conclusión, es evidente que el tribunal de apelación a tiempo de resolver el primer y tercer motivo de apelación fundados en la presunta existencia de los defectos previstos por los incs. 1) y 6) del art. 370 del CPP, al haber constatado la existencia del primer defecto, no justificó de manera adecuada la razón por la cual no usó la facultad conferida por la parte in fine del art. 413 de la norma adjetiva penal; empero, debe analizarse si el defecto detectado en el auto de vista impugnado tiene la relevancia que justifique la decisión de dejarlo sin efecto, teniendo en cuenta que la sentencia incurre en un defecto que de modo alguno pueda ser subsanado por el tribunal de alzada aun cuando se le imponga la necesidad de fundamentar adecuadamente el análisis respecto a los citados incs. 1) y 6) del art. 370 del Cód. Proc. Pen., pues conforme al sistema de valoración de la prueba asumido por el vigente procedimiento penal (sana crítica), el juez o tribunal de mérito, tiene obligación de justificar y fundamentar las razones por las cuales otorga determinado valor a las pruebas, ya sea a tiempo de apreciar la prueba de manera individual o conjunta, así lo dispone el art. 173 del CPP; norma que se justifica, pues al no cumplirse con el referido requisito, la sentencia no cumpliría con el principio de publicidad tutelado por el art. 180-I de la C.P.E., privando a las partes y al tribunal de apelación, ejercer control sobre el proceso valorativo, pues al no estar establecidas las razones que el a quo tuvo para asignarle un determinado valor a una prueba, o peor aun cuando no expone cuál es el valor que dio a las pruebas -como en el caso de autos-, la sociedad en general está privada de controlar si el de mérito a tiempo de asignarle un determinado valor a una prueba, hizo una correcta aplicación o no, de los principios de la sana crítica como ser la lógica, las reglas de la experiencia, etc.; defecto que afecta sin duda los hechos establecidos como probados por el de mérito, al tornarse arbitrarios por no estar debidamente justificados probatoriamente y ser el sólo producto de la convicción íntima del juez o tribunal.

En consecuencia, este defecto de falta de fundamentación probatoria, incide en la fundamentación fáctica, pues no se podría sostener la corrección de ésta última sin poder ejercer control sobre el proceso intelectual probatorio seguido por el juez, de modo que cuando se constata la errónea aplicación de la norma sustantiva, existiendo al mismo tiempo falta de fundamentación probatoria intelectual en la sentencia, el tribunal de apelación se encuentra impedido de hacer uso de la facultad conferida por la parte in fine del art. 413 del CPP, pues no se tiene certeza sobre la corrección de los hechos establecidos como probados por el de mérito. Consecuentemente, el defecto de falta de fundamentación probatoria advertido por el tribunal de apelación, acarrea ineludiblemente la nulidad de la sentencia, por violación de las disposiciones contenidas en los arts. 173 y 124 del CPP y 180 de la C.P.E., por vulneración de los principios de publicidad y debido proceso en su elemento derecho a la debida fundamentación.

En consecuencia, la falta de fundamentación del auto de vista a tiempo de resolver el primer y tercer motivo de apelación, frente al defecto de sentencia constatado por el mismo tribunal de alzada al momento de resolver el segundo motivo de apelación, carece de trascendencia, pues de dejarse sin efecto la resolución impugnada a los fines de que el tribunal de apelación efectuó la fundamentación extrañada, generaría una innecesaria dilación en la causa en detrimento del principio de celeridad que rige la jurisdicción ordinaria conforme el art. 180-I de la C.P.E., dado que aún subsanada la deficiencia por el tribunal de alzada, el resultado sería el mismo, es decir la nulidad de la sentencia por su falta de fundamentación probatoria intelectual; por lo que corresponde declarar infundado el recurso de casación sujeto al presente análisis.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP, declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Banco PYME ECOFURO S.A. representado por Rene Huaygua Rocha, cursante de fs. 312 a 321 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



275

Ministerio Público c/ Antonio Jesús Guzmán Arauz
Abuso sexual
Distrito: Pando

AUTO DE VISTA

VISTOS: En apelación la sentencia dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2, dentro del proceso penal que, por la supuesta comisión del delito de abuso sexual sigue el Ministerio Público en contra de Antonio Jesús Guzmán Arauz por la supuesta comisión del delito de abuso sexual.

RESULTANDO: A través de la mencionada resolución el tribunal condena a 11 años de privación de libertad a Antonio Jesús Guzmán Arauz, forma de resolver que apela éste con el siguiente fundamento:

CONSIDERANDO: (i) Como acusado no fue notificado personalmente con la acusación, y que planteado el incidente de actividad procesal defectuosa los jueces los rechazaron con el argumento que no era el momento de interponer el incidente y que el acusado conocía la acusación porque había interpuesto varias peticiones de cesación a la detención preventiva. Afirma que al estar privado de libertad no podía revisar el expediente y que el abogado no es parte del proceso, por lo que la notificación debió ser personal.

Según relatan los jueces en la resolución del incidente, el acusado afirma que no conocía la acusación, por ello no ofreció la prueba respectiva, y que además, la defensa técnica no conoce nada. Pero ellos afirman que constataron que sí conocía, pues fue notificado conforme al art. 163 del Cód. Pdto. Pen., en su domicilio real, es decir, en el penal de Villa Busch donde se encuentra detenido preventivamente. Justifican la forma de notificación porque el recurrente no salió nunca a notificarse personalmente pese a haber sido llamado para tal actuación por el interno encargado, lo que se extrae del informe de la oficial de diligencias y responsable de la central de notificaciones.

El art. 163 del Cód. Pdto. Pen., prevé que el privado de libertad será notificado en el lugar de su detención. El lugar de detención de Antonio Jesús Guzmán Arauz es en el Penal de Villa Busch, en ese lugar se le notificó no de forma personal, sino pegando la notificación en la puerta del penal, y si bien esto no es del todo regular, el justificativo es que éste, aunque fue buscado no salió a notificarse como se hace siempre, más cuando ha sido notificado así varias veces con audiencias señaladas a petición del él mismo.

Otro hecho a tomar en cuenta es que su abogado sabía de la acusación porque fue notificado legalmente; el hecho que no sea parte en el proceso no impide que a través de su notificación se entere de los actuados, en este caso, de la acusación.

Pese a existir algún defecto en la notificación, el tribunal ha llegado a percibir que no es cierto que Antonio Jesús Guzmán Arauz no conocía de la acusación, ya que inclusive su abogado fue notificado.

La nulidad de las notificaciones tiene su razón de ser cuando el acto no ha cumplido su finalidad, lo que no ha pasado en este caso.

No tiene trascendencia en este caso el momento de haberse planteado el incidente.

(II) Se reclama que interpuesta la recusación contra los Jueces Tito Atahuichi y Diego Roca, no podían resolverla por impedimento de los recusados, correspondiendo llamar a otros jueces para resolver el incidente, sin embargo fue rechazado liminarmente.

Planteado que fue el incidente de recusación, los jueces recusados la rechazan liminarmente con el siguiente fundamento: Tito Atahuichi dice que ya fue recusado por la misma causal anteriormente, o sea, por enemistad con Antonio J. Guzmán, la que fue rechazada y confirmada por la Sala Penal. Diego Roca dice que la causal es manifiestamente improcedente porque si bien emitieron resoluciones, no puede fundamentar su recusación en esas resoluciones teniendo medios de impugnación.

El art. 321-2-4 del Cód. Pdto. Pen., prevé como causal de rechazo liminar de la recusación, la improcedencia manifiesta de la causal y la reiteración de la causal habiendo sido rechazada. Estas dos razones han sido expuesta por los jueces nombrados.

La razón del rechazo liminar es evitar el entorpecimiento malicioso del desarrollo del proceso, por eso no es necesario que intervengan otros jueces ni la Sala Penal en aceptación o rechazo de la recusación, basta con lo resuelto por el o los jueces recusados.

(III) Se acusa errónea valoración de la MP 2 al presumir como verdad lo manifestado por la menor que figura como víctima.

Afirma el recurrente que la presunción de verdad del art. 193 del Cód. N.N.A., no es para la etapa del juicio, puesto que si el tribunal acoge esta presunción, se está presumiendo la culpabilidad, contradiciendo de esta mera lo preceptuado en el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., y el precedente contradictorio del A.S. N° 89/2013 de 28 de marzo.

Después de describir el relato que hace la psicóloga sobre el relato que hizo la menor, los jueces dicen que es creíble lo relatado al gozar de presunción de verdad el testimonio de los menores, testimonio que está corroborado por el relato hecho ante la psicóloga de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, descrito en el punto 3.I.v.

Sabido es que la presunción de verdad legal o judicial, no es un medio probatorio adecuado en materia procesal penal, precisamente porque afecta la norma jurídica del art. 6 del Cód. Pdto. Pen., que consagra la presunción de inocencia; lo que conlleva la obligación del o los acusadores a demostrar la culpabilidad del acusado, así también lo manda la doctrina legal aplicable expuesta en el A.S. N° 89/2013 de 28 de marzo, emitido por la Sala Penal Primera del Tribunal Supremo de Justicia.

El mismo auto supremo reconoce que "en el sistema actual, a diferencia del sistema anterior, el juez es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba, ni a las presunciones que esta define, de ahí que puede convencerse por lo que diga un único testigo, frente a lo que digan varios...". En ese contexto, si bien los Jueces dicen que el relato de la menor es creíble por gozar de presunción de verdad, también dicen que el relato está corroborado por el mismo testimonio descrito por la psicóloga de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia. Esto indica que los juzgadores llegaron al convencimiento que llegaron no solo por la presunción de verdad, sino por el relato de lo sucedido que hizo la menor a diferentes personas, las que han declarado como testigos y son coincidentes, lo que es válido en mérito al sistema de la sana crítica como instrumento de valoración de la prueba.

(IV) Errónea valoración sobre el registro de asistencia a la escuela de la menor, pues las faltas no son por el supuesto abuso del profesor, sino que siempre estuvo acostumbrada a abandonar sus estudios.

El tribunal dice que el registro no suma ni resta al proceso porque conforme a la declaración de la niña los toques del profesor comenzaron días después de que ella empezó a asistir a clases, repitiéndose por cuatro veces en los meses de abril y mayo de 2015.

Valoración que es conforme a las reglas y principios de la sana crítica, ya que si la inasistencia a clases de la niña se debió o no al abuso denunciado, no influye en la prueba que lo acredita, es decir, que acredita el abuso sexual.

(V) En cuanto a la prueba ofrecida en audiencia de apelación, al no estar referida a defectos de forma del proceso o del procedimiento, no tiene relevancia.

POR TANTO: La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 407, 410, 411, 412 y 413 del Cód. Pdto. Pen., admite el recurso, declara IMPROCEDENTE la apelación, en consecuencia CONFIRMA la sentencia apelada.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Germán Miranda Guerrero.- Juan Pereira Olmos.

Ante mí: Abg. Dolly Romero Saavedra.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 20 de septiembre de 2016, cursante de fs. 110 a 112 Antonio Jesús Guzmán Arauz, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 09 de septiembre de 2016, de fs. 99-100 vta., pronunciado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, integrada por los vocales Germán Miranda Guerrero y Juan Pereira Olmos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por el presunto delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 segunda parte del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 16/2016 de 23 de mayo (fs. 13 a 18 vta.), el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró al imputado Antonio Jesús Guzmán Arauz, autor del delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 segunda parte del Cód. Pen., imponiendo la pena de once años de presidio.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Antonio Jesús Guzmán Arauz (fs. 24 a 27 vta.), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por Auto de Vista de 09 de septiembre de 2016, dictado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, que declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia pronunciada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 940/2016-RA de 25 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente alega bajo el acápite: "Errónea fundamentación y vulneración del derecho al debido proceso, relacionado con la forma de notificación con la acusación al privado de libertad" (sic), que el tribunal de alzada asumió que al haberse notificado con la acusación al defensor cumplió la diligencia su finalidad; es decir, que cuando se notifica al abogado es lo mismo que notificar al acusado, aspecto inaceptable, porque el abogado no es parte en el proceso no importando si conoció o no la acusación; sino, que no se cumplieron las formalidades establecidas para la notificación, con ello fue impedido de ejercer su derecho a la defensa incurriéndose en un defecto absoluto, que no puede ser convalidado, considerando los arts. 115-II de la C.P.E., 163 y 340 del CPP.

2) Asimismo, en otro acápite denuncia: la "Errónea fundamentación del tercer punto de apelación referido a la prueba MP.2" (sic), por haber señalado el tribunal de apelación que los juzgadores llegaron al convencimiento, no sólo por la presunción de la verdad, sino por el relato de lo sucedido que hizo la menor a distintas personas, sin tomar en cuenta que una cosa es ser testigo y otra ser perito, invocando el A.S. N°

89/2013 de 28 de marzo que indica que la carga de la prueba no puede ser trasladada al imputado, lo que significa que el Ministerio Público debió presentar prueba plena conforme establece el art. 6 del CPP, para demostrar que la menor no estaba mintiendo, en el relato que hizo a la psicóloga de lo acontecido, esto mediante la pericia psicológica de credibilidad de la declaración, recordando que la psicóloga actuó como testigo de actuación y no como testigo presencial del hecho, por ello el tribunal ad quem infringe el art. 124 del CPP, al no tener respaldo de derecho, debiendo analizar el art. 193 de la L. N° 548, sin que exista presunción de verdad para una menor.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se anule el auto de vista impugnado.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 940/2016-RA de 25 de noviembre, cursante de fs. 119 a 121, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Antonio Jesús Guzmán Arauz, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 16/2016 de 23 de mayo, el Tribunal de Sentencia N° 2 de Cobija del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró al imputado Antonio Jesús Guzmán Arauz, autor de la comisión del delito de abuso sexual, previsto y sancionado por el art. 312 del Cód. Pen., imponiendo la pena de once años de presidio, al haber concluido que en el caso de autos el propio profesor es quien procede a tocar o manosear a su alumna, abrazándole, tocándole sus pechos y metiendo la mano entre sus piernas, habiendo realizado toques en la menor de forma continua desde que ingresó a la Unidad Educativa en marzo de 2015, resultando ser actos no constitutivos de acceso carnal, no obstante tampoco debe confundirse con tentativa de violación; puesto que, el agresor no tiene a intención de mantener relaciones sexuales, sino causarse placer con los toques y frotamientos, es así que para la configuración de este tipo penal el tribunal a quo señala que debe existir actos libidinosos que atinjan la libertad sexual de la menor, por lo que le habría generado convicción que el acusado es el autor del delito endilgado.

II.2. De la apelación restringida del acusado.

Antonio Jesús Guzmán Arauz, interpuso recurso de apelación restringida, manifestando en síntesis que: i) Formaliza apelación en contra de la resolución que resuelve el incidente de actividad procesal defectuosa (notificación personal), aduciendo que como acusado no fue notificado de forma personal con la acusación y que los jueces rechazaron su incidente de actividad procesal defectuosa, con el argumento de que no era el momento de su interposición, que tenía conocimiento de la acusación al haber planteado varias peticiones de cesación a la detención preventiva; no obstante, señala que al haber estado privado de libertad no pudo revisar el expediente y que el abogado no es parte del proceso, por lo que la notificación debió ser personal; ii) También se refiere a la resolución que resuelve la recusación sobreviniente: iii) Denuncia que hubo errónea valoración de la prueba MP2, al presumir como verdad lo manifestado por la menor víctima, refiriendo que la presunción de verdad contenido en el art. 193 del Cód. N.N.A., no se encuentra previsto para la etapa de juicio, ya que si el tribunal acoge esta presunción se presume la culpabilidad, contradiciendo el art. 6 de CPP, por lo que la presunción de verdad, no podría ser utilizada en juicio menos una sentencia puede apoyarse en una presunción de verdad, en razón a que la presunción es sinónimo de duda y la duda favorece al acusado; por ende, lo que debió emitirse de acuerdo al art. 363-2) del CPP, es una sentencia absolutoria por insuficiencia de prueba; y, iv) Denunció que existe una errónea valoración de la única prueba de descargo introducida en juicio relativa al registro de asistencia.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró improcedente la apelación y confirmó la sentencia apelada, señalando entre sus conclusiones:

Con relación al agravio referido a la falta de notificación personal al acusado con la acusación, según el relato de los jueces en la resolución del incidente, el acusado afirma que no conocía la acusación, por ello no ofreció la prueba respectiva y que además la defensa técnica no conocía nada, pero ellos afirman que constataron lo contrario, pues fue notificado de acuerdo al art. 163 del CPP en su domicilio real; es decir, en el Penal de Villa Busch donde se encuentra detenido preventivamente. Asimismo, justifican la forma de notificación, porque el recurrente no salió nunca a notificarse personalmente pese a haber sido llamado para tal actuación por el interno encargado, según se extrae del informe de la oficial de diligencias y responsable de la central de notificaciones, que el art. 163 del CPP prevé que el privado de libertad será notificado en el lugar de su detención, es así que el lugar de detención del acusado es el Penal de Villa Busch, en ese lugar se le habría notificado no de forma personal, sino pegando la notificación en la puerta del penal y si bien esto no es del todo regular, el justificativo es que éste aunque fue buscado no salió a notificarse como se hace siempre, más cuando fue notificado así varias veces con audiencias señaladas a petición suya, que otro hecho a tomar en cuenta es que su abogado sabía de la acusación porque fue notificado legalmente y el hecho de que no sea parte en el proceso no impide que a través de su notificación se entere de los actuados en este caso de la acusación, afirman que pese a existir algún defecto en la notificación, se llegó a percibir que no es cierto que el acusado no conocía de la acusación, ya que inclusive su abogado fue notificado, que la nulidad de las notificaciones tiene su razón de ser cuando el acto no ha cumplido su finalidad, lo que no aconteció en este caso, por lo que no tiene trascendencia el momento de haberse planteado el incidente.

Asimismo, sobre el agravio referido a la errónea valoración de la prueba MP2, después de describir el relato que hace la psicóloga sobre lo aducido por la menor, indican que los Jueces asumieron que es creíble lo relatado al gozar de presunción de verdad el testimonio de los menores, que está corroborado por el relato de hecho ante la psicóloga de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y que sabido es que la presunción de verdad legal o judicial, no es un medio probatorio adecuado en materia procesal penal, precisamente porque afecta el art. 56 del

CPP, que consagra la presunción de inocencia, lo que conlleva la obligación del o los acusadores a demostrar la culpabilidad del acusado, así también lo manda la doctrina establecida en el A.S. N° 89/2013 de 28 de marzo; en ese contexto, el tribunal de alzada señala que si bien los jueces dicen que el relato de la menor es creíble por gozar de presunción de verdad; también, establece que el relato está corroborado por el mismo testimonio descrito por la psicóloga de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, esto indica que los juzgadores llegaron al convencimiento no sólo por la presunción de verdad, sino por el relato de lo sucedido que hizo la menor a diferentes personas, que declararon como testigos y son coincidentes, lo que es válido en mérito al sistema de la sana crítica como instrumento de valoración de la prueba.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con el precedente invocado y de la denuncia de vulneración de derechos y garantías.

En el caso presente el imputado Antonio Jesús Guzmán Arauz, denuncia: i) Que el tribunal de alzada vulneró sus derechos al indicar que es lo mismo la notificación con la acusación al abogado que al imputado con la acusación; y, ii) Que incurrió en errónea fundamentación al resolver el tercer punto de su apelación, al no tomar en cuenta la diferencia entre testigo y perito; a cuyo efecto, invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 89/13 de 28 de marzo de 2013, por lo que corresponde ingresar al análisis de ambas problemáticas.

III.1. Respecto a la supuesta vulneración de los derechos al debido proceso y a la defensa.

El recurrente expone como primer motivo, que el tribunal de alzada al haber señalado que es lo mismo notificar al abogado que al imputado con la acusación, asume una posición inaceptable que vulnera sus derechos, ya que debió cumplirse con las formalidades de la notificación; al respecto, es pertinente acudir al A.S. N° 041/2012-RRC de 16 de marzo, que estableció el siguiente entendimiento: "El derecho a la defensa definido como el: "...derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano (Gimeno Sendra, Vicente, El derecho de defensa en 'Constitución y proceso', Madrid, 1988, página 89), se constituye en un derecho básico del ciudadano de rango constitucional y de protección especial, pues la CPE establece en el art. 109-I que: "Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección"; motivo por el cual en su art. 115-II señala que: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones" y el art. 119-II prevé que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa", concluyéndose que el derecho a la defensa es parte del debido proceso, tiene carácter irrenunciable y debe ser garantizado por toda autoridad jurisdiccional, máxime en materia penal en la que cobra vital importancia porque en muchos casos se dilucida la libertad personal del imputado.

Bajo ese entendimiento, de la revisión de antecedentes, se constata que el recurrente haciendo uso de su derecho a la defensa durante la audiencia de juicio opuso incidente de actividad procesal defectuosa, cuestionando que todo el proceso de investigación fue por el delito de violación, enterándose que es por tentativa cambiando el tipo penal, aspecto del que no se enteró, ya que no fue notificado con la acusación formal y radicatoria del proceso y pese a estar detenido en el penal de Villa Busch existe una notificación hecha mediante testigo cuando ésta debió ser de forma personal alegando que a esa fecha no tiene conocimiento de la acusación formal, por lo que no ofreció prueba vulnerándose su derecho a la defensa; asimismo, se indica que la defensa técnica no tendría conocimiento de nada, por lo que solicitó se anule obrados y se vuelva a notificar con los actuados.

Este incidente fue rechazado mediante la Resolución de 20 de mayo de 2016 en audiencia de juicio, en cuyo mérito, la defensa del imputado hizo anuncio de apelación; es así, que pronunciada la sentencia condenatoria, el imputado al plantear su apelación restringida, cuestionó en su primer motivo la resolución del incidente de actividad procesal defectuosa; motivando a que el tribunal de alzada afirmó que de acuerdo a lo señalado por el tribunal de juicio el recurrente fue notificado de acuerdo al art. 163 del CPP en su domicilio real; es decir, en el Penal de Villa Busch donde se encuentra detenido preventivamente, añadiendo que el recurrente no salió a notificarse personalmente pese a haber sido llamado para tal actuación por el interno encargado, según el informe de la oficial de diligencias y responsable de la central de notificaciones, ya que de acuerdo a la citada norma legal el privado de libertad será notificado en el lugar de su detención; es decir, el Penal de Villa Busch, pegando la notificación en la puerta del penal y si bien esto no era del todo regular, arguyó que fue buscado pero no salió a notificarse, considerando además de que en varias ocasiones se notificó con las audiencias señaladas a petición del propio imputado y su abogado fue notificado legalmente con la acusación y si bien no es parte del proceso, a través de su notificación el acusado pudo tener conocimiento de los actuados como la acusación, por lo que no era evidente que el acusado ahora recurrente no conocía de la acusación, habiéndose cumplido la finalidad de la notificación por lo que no correspondía acoger la nulidad impetrada, criterio que el recurrente no comparte aduciendo que el tribunal ad quem concibe que es lo mismo notificar al abogado que al imputado con la acusación, lo cual motivó la interposición del presente motivo de recurso de casación, sin tener presente que el recurso de casación no se encuentra diseñado para realizar el control de legalidad sobre aspectos incidentales, que son resueltos sin recurso ulterior mediante apelación incidental conforme ha establecido la amplia línea jurisprudencial de este tribunal, entre ellas la contenida en el A.S. N° 30/2014-RA de 20 de febrero.

No obstante de ello a efectos de verificar una posible vulneración de derechos del recurrente y que no fueron evidenciados por el tribunal de alzada a través del auto de vista ahora impugnado se debe tener presente que ante la existencia de defectos procesales, el juzgador tiene la facultad de subsanarlos, ya sea modificando, rectificando o reparando todos los defectos o errores procesales que pudiese advertir durante la tramitación del proceso y sólo cuando se trate de defectos absolutos podrá retrotraer el proceso hasta el punto original en que se produjo el vicio por la afectación esencial a derechos fundamentales y garantías constitucionales que conlleva, lo que significa que corre a cargo de la autoridad judicial realizar el análisis de los actos procesales a efectos de determinar si se trata de defectos procesales subsanables o en su caso de defectos absolutos, pronunciando una resolución debidamente motivada que sustente su decisión.

Entendiéndose que el régimen de nulidades en materia penal, se encuentra prevista de algunos principios doctrinales que constituyen criterios para resolver una situación jurídica, como es el principio de convalidación y el principio de trascendencia, reconocidos por el art. 167

del CPP al establecer que: "No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código, salvo que el defecto pueda ser subsanado o convalidado. En los casos y formas previstos por este código, las partes sólo podrán impugnar, con fundamento en el defecto, las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento que les causen agravio".

Lo que demuestra que en base a estos principios de convalidación y trascendencia, el afectado demuestre objetivamente que en la tramitación del proceso el acto o defecto alegado como nulo, pueda ser subsanado o convalidado y en su caso, haya ocasionado un perjuicio o agravio, claro está, que no sea fruto de la conducta o actuación pasiva o negligente del interesado o de quien invoca el defecto; asimismo, se cuenta con el principio de conservación, de modo que la nulidad siempre será la excepción y la regla la eficacia del acto procesal; o sea, ante una duda razonable, debe optarse por la interpretación de conservar el acto procesal y así evitar la nulidad.

Razonamiento que fue complementado por el A.S. N° 642/2014-RRC de 13 de noviembre, con el siguiente entendimiento: "...la nulidad procesal sólo se decretara cuando el vicio en que se incurre cause indefensión o no pueda ser subsanable por los efectos jurídicos que pueda originar, de modo que la sanción procesal de declarar ineficaz un acto, sólo debe ser aplicable cuando efectivamente se ha causado un perjuicio real e irreparable a las garantías constitucionales que regulan la potestad represiva del Estado dentro de un proceso penal; en consecuencia, no basta la simple infracción a la norma procesal, sino la existencia de la producción de un perjuicio real a cualquiera de las partes. Por otro lado, cuando se trate de vicios subsanables, el Juez advertido del mismo ordenará, aún de oficio, que se practiquen las diligencias necesarias para que aquél siga su curso normal o resolverá su saneamiento, siendo obligación del Juez de la causa evaluar sus efectos reales en el proceso, decretando la nulidad sólo cuando sea absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión o para orientar el curso normal del procedimiento; es decir, que la nulidad no deberá prosperar si es posible reponer el trámite o corregir la actuación, sin perjuicio de los demás actos procesales, la nulidad siempre será la excepción y la regla la eficacia del acto procesal; o sea, ante una duda razonable, debe optarse por la interpretación propensa a conservar el acto procesal y así evitar la nulidad, conforme el principio de conservación".

Bajo esa perspectiva se establece que el recurrente no puede alegar desconocimiento de la acusación; por cuanto, de acuerdo al informe prestado por la oficial de diligencias acudió en su búsqueda para su notificación personal en el lugar donde guardaba detención; empero, pese a la espera, éste no se apersonó a la puerta del recinto penitenciario, por lo que la funcionaria judicial hizo lo posible para dar cumplimiento al art. 163 del CPP, a ello se debe añadir que, de acuerdo a lo manifestado por el tribunal de juicio el expediente tuvo movimiento habiéndose señalado tres audiencias de cesación a la detención preventiva, una revocatoria, juramento de garantes y otros, cuyas resoluciones habrían sido objeto de recursos de reposición, complementación y enmienda y apelación; además, de haber planteado en dos ocasiones acciones constitucionales donde el acusado pretendía su libertad; aspecto que, denota que el ahora recurrente no puede alegar desconocimiento del presente proceso, habiendo ejercido defensa durante su tramitación; no siendo evidente que el tribunal de alzada haya fundado su decisión en el argumento de que es lo mismo notificar al abogado que al imputado con la acusación, por consiguiente y bajo los principios antes señalados no se ha demostrado la vulneración de los derechos aducidos por el recurrente por lo que el presente motivo deviene en infundado.

III.2. Sobre la denuncia de errónea fundamentación del tribunal de alzada.

El recurrente denuncia como segundo motivo, que el tribunal de alzada incurre en errónea fundamentación al resolver el tercer punto de su apelación, al no tomar en cuenta la diferencia entre testigo y perito; a cuyo efecto, invocó como precedente contradictorio: el A.S. N° 89/13 de 28 de marzo de 2013, dictado dentro de un proceso por el delito de Violación de Niño, Niña o Adolescente, donde inicialmente se emitió sentencia condenatoria que apelada fue confirmada, por lo que se recurrió de casación siendo dejado sin efecto el auto de vista a raíz de que el tribunal de alzada, hizo una interpretación errónea del art. 4 del Cód. N.N.A., siendo que por el principio acusatorio, la carga de la prueba le corresponde al acusador y por contravenir el principio de inocencia resguardado por el debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva, pronunciando la siguiente doctrina legal aplicable: "Se infringe el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., cuando se pretende que el imputado pruebe la inexistencia de alguno de los elementos específicos del tipo penal acusado, trasladando de forma indebida la carga de la prueba a éste, vulnerando así el principio acusatorio, reconocido también como garantía por la jurisprudencia constitucional, toda vez que dicho principio no sólo dispone que la titularidad de la acción penal en delitos de acción penal pública y en los de instancia de parte (cuando se han activado), corresponde al Ministerio Público, sino determina que la carga de la prueba corresponde al titular de la acción o acusador; al respecto, el A.S. N° 131/07 de 31 de enero de 2007 (invocado como precedente contradictorio), como parte de su doctrina legal establece: 'Es obligación de quien acusa, cumplir con la carga de la prueba, demostrando plenamente la hipótesis acusatoria, tarea que puede requerir la demostración no sólo de cuestiones objetivas, sino también de elementos normativos y subjetivos descritos en el injusto típico, (...)', consecuentemente, se deja una vez más establecido que la carga de la prueba corresponde al acusador, sea público o privado, y bajo ningún aspecto se debe trasladar al imputado la obligación de probar la inexistencia de uno a más elementos específicos que configuran el tipo penal acusado, lo contrario vulnera los arts. 116 parág. I de la C.P.E., y 6 del Cód. Pdto. Pen., relativo a los arts. 115 parág. II de la C.P.E.; y, 16, 17 y 70 de la L. N° 1970, y con ellos los principios de inocencia y acusatorio, además el derecho de la tutela judicial efectiva, todos como elementos de debido proceso, aspecto que converge en defecto absoluto invalorable conforme establece el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen."

Al respecto, se advierte que la problemática procesal dilucidada en el precedente invocado que antecede, no responde al mismo hecho fáctico motivo de casación, en razón a que el recurrente cuestiona la errónea fundamentación del tercer punto de apelación, referido a la valoración de la prueba MP2; empero, en el precedente invocado se refiere a la pretensión de que el imputado pruebe la inexistencia de alguno de los elementos específicos del tipo penal acusado, trasladando de forma indebida la carga de la prueba a éste, lo cual no acontece en el caso de autos, por lo que el hecho fáctico es disímil al precedente señalado; en consecuencia, no es posible su consideración a efectos de verificar la contradicción denunciada entre este precedente y el auto de vista recurrido, siendo necesario destacar que en casos semejantes al presente,

este tribunal dejó sentado el siguiente criterio contenido en el A.S. N° 396/14-RRC de 18 de agosto de 2014, respecto a los requisitos que deben cumplir los precedentes contradictorios: "Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del CPP). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del CPP y 42-3) de la L.Ó.J., y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del CPP; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo". Por lo referido, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP, declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Antonio Jesús Guzmán Arauz.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



276

Ministerio Público y otra c/ Walter Hugo Zuleta Morales

Estafa

Distrito: Pando

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 20 de octubre de 2016, cursante de fs. 111 a 123 vta., Walter Hugo Zuleta Morales, interpone recurso de casación impugnando el Auto de Vista de 07 de octubre de 2016, de fs. 65 a 67, pronunciado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, conformado por los vocales Germán A. Miranda Guerrero y Juan U. Ferreira Olmos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y María Elva Zambrano Cruz contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 15/2016 de 16 de mayo (fs. 21 a 28 vta.), el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Walter Hugo Zuleta Morales, absuelto de la comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada sentencia, la acusadora particular María Elva Zambrano Cruz (fs. 37 y vta.) y el Ministerio Público (fs. 41 a 43 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por Auto de Vista de 07 de octubre de 2016, emitido por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, que declaró procedentes los recursos planteados y anuló totalmente la sentencia apelada, ordenando la reposición del juicio por el Tribunal de Sentencia N° 1, dando lugar a la interposición del recurso de casación en análisis.

I.1.1. Motivos del recurso.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 042/2017-RA de 20 de enero, se extraen los motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17-II de la L.Ó.J.

1) Bajo el acápite “primer agravio”; alega, que el recurso de apelación restringida interpuesto por María Elva Zambrano, no cumple con los requisitos exigidos en el procedimiento para su admisibilidad por parte del tribunal de apelación, pues no precisó las disposiciones inobservadas o erróneamente aplicadas, instancia que no realizó un adecuado test de admisibilidad, vulnerando con ello su derecho al debido proceso en su componente de tutela judicial efectiva e igualdad, constituyendo así, un defecto absoluto invalorable a tenor del art. 168-3) del CPP; de igual manera, en lo que respecta al recurso de alzada presentado por el Ministerio Público, con argumentos similares, impugna la falta de un adecuado examen de admisibilidad por parte del tribunal de apelación en lo que respecta al recurso de apelación restringida, situación que le impidió tener certeza respecto a las causales que motivaron ambos recursos. Invoca los AA.SS. Nos. 174/2013 de 19 de junio, 98/2013-RRC, 327/2016-RRC y 311/2015-RRC.

2) Como “segundo agravio”, y con la aclaración que está vinculado al primero, manifiesta que el tribunal de apelación no hizo mención ni consideró su memorial de respuesta al recurso de apelación restringida de la “supuesta víctima”, sin considerar que la previsión contenida en el art. 409 del CPP, referida al traslado del recurso de apelación restringida para su pronunciamiento, no es una simple formalidad, y su inobservancia vulnera el derecho a la seguridad jurídica y se traduce en defecto absoluto, invocando el A.S. N° 311/2015-RRC.

3) En el “tercer agravio”, el recurrente manifiesta que la resolución del tribunal de alzada, resulta “ultra petita o extra petitum”, circunstancia que vulnera el debido proceso, su derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el derecho a una resolución debidamente fundamentada; agrega que dicho extremo se evidencia en el recurso de apelación restringida de la víctima, quien solo se refirió a ciertas pruebas documentales y de ninguna manera denunció la falta de valoración de su declaración como testigo; sin embargo, el Tribunal de apelación consideró que uno de los reclamos que no se tomó en cuenta, fue precisamente dicha declaración. A lo manifestado añade que el Tribunal de Sentencia, valoró esa declaración y estableció que por sí sola no probaba la comisión del delito acusado. Dentro del mismo agravio, también manifiesta que el auto de vista no señala qué prueba del Ministerio Público no hubiera sido valorada por el Tribunal de Sentencia y realizó de manera sesgada un análisis de la disposición patrimonial, aspecto que no fue cuestionado por ninguna de las partes; razón por la cual, considera que el tribunal de manera oficiosa introdujo un aspecto no cuestionado dejando de lado las previsiones contenidas en los arts. 396-3) y 398 del CPP, invocando los AA.SS. Nos. 250/2012 de 17 de septiembre, 152 de 02 de febrero de 2007, 431/2005 de 15 de octubre y 175/2006 de 15 de mayo.

4) Como un “cuarto agravio” denuncia revalorización de prueba consistente en la declaración testifical de la propia víctima, puesto que, el tribunal de apelación llegó a la convicción que dicha prueba no fue tomada en cuenta en su integridad, cuando en los hechos, el Tribunal de Sentencia concluyó que esa prueba por sí sola no probaba nada, y que en todo caso debió estar acompañada de algún otro medio probatorio adicional, que por cierto, no podía ser la declaración del Sgto. Willy Macías, que fue quien tomó dicha declaración informativa de la víctima, agrega además que, por la forma en que el tribunal de apelación analizó dichas declaraciones, se evidencia la existencia de una revalorización de prueba testifical, sobre aspectos que, reitera, no fueron reclamados. De igual manera, dentro del mismo agravio, y en lo que respecta a la apelación restringida del Ministerio Público, también denuncia revalorización de prueba en su totalidad; puesto que, el auto de vista se limitó a señalar que hubo incorrecta valoración de prueba; sin embargo, no especificó qué prueba, por ello el ahora recurrente, entiende que revalorizó toda la prueba. Invoca como precedentes contradictorios, los AA.SS. Nos. 166/2013-RRC, 200/2012-RRC, 219 de 28 de junio y 317 de 13 de junio de 2003.

5) Finalmente, como “quinto agravio” denuncia errónea aplicación de la ley sustantiva penal en lo que se refiere al delito de estafa, pues la conducta descrita por la denunciante y el Ministerio Público, no se encuentra inmersa dentro del ámbito penal, ya que no existió dolo y no se acreditó el engaño o los artificios, siendo en todo caso, en el ámbito disciplinario del Colegio de Abogados donde debe resolverse esta problemática, más aun si se considera que el derecho penal es de última ratio. En este motivo invoca los AA.SS. Nos. 237 de 4 de julio de 2006, 144 de 22 de abril de 2006, 241 de 1 de agosto de 2005 y 258/2013 de 11 de julio.

I.1.2. Petitorio.

Por lo expuesto, el recurrente solicita que en el fondo, al observar la evidente contradicción entre los precedentes contradictorios invocados y el auto de vista impugnado, se deje sin efecto éste, devolviendo obrados a la Sala Penal de Pando para que pronuncie nueva resolución de acuerdo a la nueva doctrina legal que se vaya a establecer.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 042/2017-RA de 20 de enero, de fs. 131 a 133 vta., este tribunal admitió el recurso de casación del recurrente, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

El Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, a través de la Sentencia N° 15/2016 de 16 de mayo, declaró a Walter Hugo Zuleta Morales, absuelto del delito de estafa, en base a los siguientes fundamentos:

Como hechos a probar por parte del Ministerio Público, tiene las circunstancias en las cuales se hubo dado la relación entre la víctima y el acusado, así como las relativas al engaño o inducción en error a través de la promesa que el acusado hubiera realizado, esto es, el de obtener la libertad del esposo de la víctima en el proceso penal para el cual hubo sido contratado en el plazo de tres meses, así como también

el hecho de que la misma le hubiera entregado la suma de dinero de Bs 75.940.-, que hubiera sido adquirido a través de un préstamo de dinero bancario, realizado por la madre de la víctima.

Los hechos probados, consisten en la relación de prestación de servicios profesionales de asistencia técnica del acusado como abogado defensor del esposo de la querellante en otro proceso penal; que se canceló al acusado por concepto de adelanto de iguala profesional la suma de Bs 75.940.-, dinero que la querellante adquirió a través de un préstamo hipotecario dado por la madre de ésta; y, que el esposo de la querellante se encuentra actualmente detenido con sentencia condenatoria en procedimiento abreviado.

En mérito al análisis de los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, el tribunal concluye que, la conducta del acusado no se encuentra dentro de dichos parámetros, por cuanto, el acusado fue contactado por la querellante a fin de consultar y tomar los servicios profesionales del acusado, por lo cual éste, considerando el caso, ofertó un precio económico por dar sus servicios profesionales a la querellante, quien acepta su monto sin que se hubiera demostrado engaño o ardid alguno, menos coacción física o psicológica que hubiera inducido en error a la querellante y por ende a aceptar esa suma de dinero. El Ministerio Público insistió en establecer que el acusado habría prometido lograr la libertad del esposo de la querellante en el plazo de tres meses; sin embargo, no fue demostrado con ningún medio de prueba, siendo cierto y evidente que hubo una suma de dinero acordada por la prestación de un servicio profesional, consistente en la defensa técnica en un proceso penal. Si en todo caso, hubiera sido evidente que el acusado hubiera prometido la libertad de su defendido, tendría que ser razón de otra investigación más profunda para establecer cuál la seguridad del profesional abogado para realizar esa "promesa", por lo que, el presente caso, más que una conducta dolosa del acusado en torno al engaño o error en la víctima o el perjuicio patrimonial, se puede establecer en todo caso una negligencia en la defensa comprometida que corresponde dilucidarse en la vía civil.

II.2. De la apelación restringida de María Elva Zambrano Cruz.

La acusadora particular, formuló recurso de alzada contra la resolución de mérito descrita, cuestionando los siguientes aspectos:

Los jueces técnicos, establecieron como hecho demostrado que entre ella y el acusado existió una relación de prestación de servicios profesionales de asistencia técnica como abogado defensor de su esposo en otro proceso penal; que se canceló al acusado por concepto de adelanto de iguala profesional Bs 75.940.-, y que su esposo se encuentra con sentencia condenatoria en mérito a un procedimiento abreviado y que es concluyente para el tribunal que la conducta del acusado no se encuentra dentro de los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, establecido en el art. 335 del Cód. Pen., por lo tanto no se tiene demostrada la responsabilidad penal del mismo, incurriendo en un error de procedimiento por una valoración defectuosa de la prueba, ya que las pruebas documentales de cargo signadas como MP-6 (factura emitida por el acusado de 17 de marzo de 2014), MP-7 (factura emitida por el acusado el 15 de julio de 2014), MP-8 (constancia de giro bancario realizado por ella a través del Banco Fie); y, MP-10 (documento de préstamo de dinero suscrito entre la madre de la víctima y el Banco Unión), probaron de forma incuestionable e irrefutable que el acusado fue contratado para ejercer la defensa técnica de su esposo, en el caso denominado Terranet y esencialmente para lograr su libertad provisional ya que al momento de contratar al acusado, su esposo se encontraba con detención preventiva en el penal de Villa Busch, y fue aquél quien se puso como plazo de 90 días para lograr la cesación a la detención preventiva; es decir, la libertad de su esposo, extremo corroborado y demostrado inicialmente con su declaración testifical y con las propias pruebas de descargo presentadas por el propio acusado (pruebas PD-5 a la MP-25) que son las pocas solicitudes mediante escritos en las que intervino el acusado a favor de su esposo por el lapso de cinco meses aproximadamente, sin resultado procesal alguno; es decir, nunca consiguió la libertad provisional de su esposo, induciéndole mediante dolo en error al prometerle un resultado determinado que nunca cumplió y que fue el motivo por el cual lo contrató y le pagó una suma tan alta de dinero.

La promesa falsa e incumplida fue sólo para sonsacarles los \$us. 11.000.-, en calidad de honorarios profesionales, por lo que, señalar que esa promesa no fue demostrada con ningún medio probatorio es hacer una valoración defectuosa de la prueba, cuando son las mismas pruebas de cargo y descargo que muestran la breve, pésima y negligente actuación profesional del acusado que bajo ninguna lógica o punto de vista cuesta ese monto de dinero y que sólo desembolsó merced al engaño o al ardid.

II.3. De la respuesta al anterior recurso de apelación restringida.

A través de memorial presentado el 28 de junio de 2016 (fs. 44-45 vta.), Walter Hugo Zuleta Morales, respondió al recurso de apelación restringida descrito en el anterior apartado, cuestionando:

i) La víctima al no haber presentado pruebas ni haber acusado particularmente, no le está permitido presentar una apelación restringida sobre la base de la acusación formal que sólo le es legitimado al Ministerio Público, correspondiéndole sólo una adhesión si es que éste hubiese presentado apelación restringida.

ii) De acuerdo al art. 396-3) del CPP, los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determina en dicho código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución, estableciendo el art. 408 del mismo cuerpo normativo, que el recurrente a momento de plantear la apelación de alzada, deberá hacerlo además de la siguiente manera: Citando concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, expresando cuál es la aplicación que se pretende; la víctima no menciona ninguna disposición legal que crea que se violó o aplicó erróneamente. Indicando separadamente cada violación con sus fundamentos, posteriormente, no podrá invocar otra violación; en el recurso no se indicó en qué consiste la violación, dedicándose la impugnante a insultar y no formular bien un solo memorial, no señala por qué cree que el Tribunal de Sentencia no cumplió las reglas de la sana crítica y por el contrario, sólo se dedica a señalar qué pruebas desde su óptica, le dan el valor que ellos creen se merece, pero no desde las reglas de la valoración. El art. 410 del Código Adjetivo Penal, hace mención a la posibilidad de presentar prueba que acompañe su pretensión, para probar lo que fue objeto de juicio y que ya fue ofrecido y desfilado en el propio juicio, debido a que las autoridades de alzada están impedidas de revalorizar prueba. La apelación restringida, adolece de fundamentación, especificación, es incongruente, poco o nada de técnica jurídica.

Por lo expuesto, solicita se declare inadmisibile el recurso de apelación restringida.

II.3. De la apelación restringida del Ministerio Público.

Contra la precitada sentencia, el Ministerio Público, interpuso recurso de apelación restringida, denunciando los siguientes puntos relacionados a los motivos de casación:

El Tribunal de Sentencia, no realizó una correcta valoración de las pruebas de cargo fiscal aportadas, por cuanto, la sentencia en el primer y segundo considerando de la parte considerativa, afirma haberse demostrado los hechos a probar por parte de la acusación con el acusado, habiéndose llegado a establecer primero, la existencia de la relación de abogado y cliente, como antecedente del hecho; en segundo término, de esa relación, que surgió la disposición patrimonial de Bs 75.940.-, que fueron depositados y entregados a favor del acusado y que conforme señala la sentencia, fue debidamente probado, para posteriormente, de manera contradictoria, no llegar a establecer el ardid o engaño por parte del acusado al momento en que se produjo la disposición patrimonial, sin observar lo que manifiesta el A.S. N° 283/20152-RRC-L de 8 de junio, motivo por el cual la sentencia adolece de una debida motivación y congruencia, por cuanto, se demostró fehacientemente la existencia no sólo del hecho, sino también de la disposición patrimonial como fruto del engaño y la conciencia ilusoria creada por el acusado para que la víctima pueda realizar esa disposición patrimonial de tal significancia por un servicio de asesoría legal, por el cual, no es necesario que la víctima tenga que estar viciada en su consentimiento, sino que simplemente basta con la inducción del error y la disposición patrimonial, porque si existiría la posibilidad de disposición patrimonial, la que se hace efectiva precisamente al haberse inducido mediante el ardid falso e ilusorio a la víctima de poder recuperar una libertad para su cónyuge, hecho que evidentemente no se encontraba en manos del agente y por ello mal podría recibir esas sumas de dinero elevadas para poder cumplir una promesa que no iba a ser cumplida por el abogado acusado, lo que considera vulneración del debido proceso, debido a que la importancia de esta garantía no está solamente en poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento, sino buscar un proceso justo para lo cual haya que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandamientos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales, teniendo los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, el deber de cuidar que los procesos se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes, consideraciones que debieron ser observadas por el Juez inferior, al momento de emitir la Resolución de 14 de junio de 2016 ahora impugnada, que demuestra una falta de motivación y valoración adecuada de los elementos que hacen a la concurrencia de la extinción de la acción penal porque en los fundamentos no se llega a establecer cuál sería el motivo valedero y legal por el que el juzgador asume la decisión de declarar la extinción, señalando plazos que no existen en procedimiento alguno, lo que equivale a una vulneración a derechos y garantías constitucionales, además de mostrarse una parcialidad del órgano judicial hacia el menor infractor en desmedro de los intereses de la víctima y la efectividad del acceso a la justicia y al debido proceso.

II.4. Del auto de vista.

La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, a través del auto de vista recurrido, declaró procedente el recurso de apelación, anulando totalmente la sentencia, en mérito a los siguientes argumentos:

1) En cuanto al reclamo de la víctima, establece que el tribunal de mérito, en la sentencia tiene como hechos probados la relación de prestación de servicios del acusado como abogado defensor del esposo de la querellante; el pago de Bs 75.940.-, como adelanto de una iguala profesional, dinero que la querellante adquirió a través de un préstamo hipotecario dado por la madre de la misma y que el esposo de la querellante se encuentra detenido con sentencia condenatoria en procedimiento abreviado, conclusión que emerge de la prueba documental mencionada (MP 6, MP 7, MP9 y MP 10) y la testifical; es decir, de la valoración de la prueba documental y testifical, así se desprende del punto II.1.2.3 de la sentencia -fundamentación analítica o intelectual de dicha resolución-, donde se hace un análisis de cada una de las pruebas testificales y documentales; sin embargo, uno de los reclamos de la víctima es que no se tuvo en cuenta su declaración como testigo, lo que en parte es evidente porque al inicio de la parte II.1 de la sentencia, se toma en cuenta parte de lo que dijo la víctima, habiendo establecido el tribunal inferior que, a través de esta declaración se pudo establecer con precisión las circunstancias en las que se dio la relación entre ella y el acusado, pero no se refieren los jueces a lo manifestado por la testigo de la promesa que hizo el acusado de sacar a su esposo del penal en el plazo de tres meses, hecho que según ella fue el motivo de la contratación de éste como abogado, lo que fue incumplido y dio origen a la denuncia penal, tampoco relacionaron los jueces la declaración de ella con la del testigo Willy Macías, quien recibió la primera declaración de la querellante, declaración en la que también refiere la promesa que hizo Walter Zuleta de sacar al esposo de ésta en el plazo de tres meses.

Si no se valoraron esas declaraciones testificales, no tiene sustento la afirmación de los jueces en sentido que no se ha demostrado con ningún medio de prueba la promesa que hizo el acusado a la querellante de lograr la libertad de su esposo en el plazo de tres meses, distinto hubiese sido que valorando esas declaraciones lleguen a la conclusión de no tener el hecho como probado.

La forma en que se hizo la valoración de la declaración de los testigos nombrados, implica defecto en la valoración de la prueba e insuficiente fundamentación, lo que habilita la apelación restringida tal cual manda el art. 370-5) y 6) del CPP. Asimismo, la afirmación en sentido que si fuera verdad esta promesa, existen las vías sancionatorias para este tipo de conducta y proceder antiético por parte de algunos profesionales abogados, no tiene sustento valedero porque los Jueces reconocen que de ser verdad tal conducta, el reproche es ético y moral, no penal, lo que evidencia que no se han comprendido en su verdad dimensión los cambios que se produjeron con el tránsito de un Estado Legislado a un Estado Constitucional de Derecho a partir de la vigencia de la Constitución Política del Estado actual. El Estado Constitucional de derecho propugna la conexión que debe haber entre la norma jurídica y las normas de carácter moral, en este no existe la separación de la norma jurídica y la norma moral como en el Estado Legislado, de ahí que no puede ser valedera la conclusión de que puede tratarse de una conducta no moral y no ética pero no antijurídica como regla insuperable.

2) En cuanto al reclamo del fiscal, aclara que los vicios del consentimiento son el dolo, la violencia y el error; es decir, el error es también vicio del consentimiento. Los jueces dijeron que no hubo error porque no se demostró que hubo coacción física o psicológica, confundiendo de esta forma la violencia con el error. La violencia puede ser física o psicológica y el error puede ser por las cualidades de la cosa o la identidad o cualidades del otro contratante, lo que puede ser inducido por éste; en consecuencia, también hay razón en el reclamo porque la fundamentación no se apega a la norma jurídica ni a la doctrina más usada, lo que da margen a la insuficiente fundamentación de la sentencia.

Previa cita de los arts. 413 y 414 del CPP, señala que si bien podría corregirse la falta de fundamentación respecto a la confusión en la apelación de la norma legal y la doctrina más conocida sobre los vicios del consentimiento, no se puede corregir la falta de valoración de la declaración de los testigos antes mencionados.

III. La verificación de contradicción con los precedentes invocados.

El recurrente afirma que el auto de vista recurrido, no efectuó un control de admisibilidad sobre los recursos de apelación restringida formulados por la parte acusadora; no consideró su respuesta al recurso de apelación restringida de la "supuesta víctima"; efectuó pronunciamiento ultra petita; incurrió en revalorización de prueba; y, en errónea aplicación del tipo penal de estafa, en contradicción con la doctrina legal invocada; en consecuencia, corresponde resolver en el fondo las problemáticas planteadas.

III.1. Sobre el control de admisibilidad que debe ejercer el tribunal de apelación.

En relación a la temática citada al exordio, el recurrente invoca el A.S. N° 98/2013-RRC de 15 de abril, que fue pronunciado dentro de un proceso penal seguido por el delito de despojo, en el que esta Sala Penal estableció que el tribunal de apelación, una vez otorgado el plazo de subsanación del recurso de apelación restringida, fue excesivamente rigorista a tiempo de verificar el cumplimiento de las observaciones efectuadas en etapa de admisión, pues, por un lado, su decisión se basó en supuestos defectos que no fueron advertidos al recurrente oportunamente para su subsanación dentro del plazo otorgado por el art. 399 del CPP, y por otro, no consideró que el ejercicio de la valoración para determinar la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, debe interpretar estas exigencias en el respeto del derecho de acceso al recurso y de la tutela judicial efectiva, sin limitarse a una aplicación literal de la disposición legal o aplicarla de forma excesivamente rigurosa y formalista, determinando obstáculos innecesarios carentes de justificación, dictando la doctrina legal pertinente.

Al respecto y en atención a que el art. 416 del CPP, se refiere a una situación de hecho similar, en materia sustantiva, exigiendo que el hecho analizado sea similar; y, en materia procesal, se refiere a una problemática procesal similar, con lo resuelto en el auto de vista recurrido, correspondiéndole al impugnante demostrar la aplicabilidad del razonamiento que invoca, a efectos de posibilitar la labor de contraste, conforme interpretó el A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre; se advierte que la problemática procesal resuelta en el precedente invocado, difiere sustancialmente del motivo de casación, por cuanto, en aquél se determinó que el tribunal de alzada, una vez observado el recurso de apelación, otorgado el plazo de subsanación y presentado el respectivo memorial, fue demasiado rigorista en el análisis del cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 407 y 408 del CPP; lo que no guarda relación alguna con el motivo de casación en análisis, en el que se cuestiona que el tribunal de alzada, no efectuó análisis alguno de admisibilidad de los recursos de apelación restringida, razón por la cual no corresponde efectuar la labor de contraste con el precedente descrito.

También invoca el A.S. N° 327/2016-RRC, que no será considerado en la labor de contrastación doctrinal, por cuanto, no contiene doctrina legal susceptible de confrontación, debido a que el recurso de casación que se analizó en dicha resolución, fue declarado infundado.

En cuanto a los AA.SS. Nos. 174/2013 de 29 de junio y 311/2015-RRC, que fueron dictados dentro de causas penales seguidas por los delitos de Difamación, calumnia, injuria; y, homicidio, respectivamente, este tribunal, constató que los autos de vista que fueron entonces analizados, entre otros motivos (el segundo auto supremo), incumplieron su obligación de efectuar el juicio de admisibilidad conforme lo establecen los arts. 407, 408 y 399 del CPP, que les aperture su competencia para emitir una resolución justa y acorde a la expresión clara de lo pretendido por las partes y no sobre deducciones propias, a cuyo efecto, se dictó el siguiente razonamiento doctrinal, que es similar en ambas, por lo que, únicamente se transcribirá la correspondiente al A.S. N° 174/2013:

"A tiempo de interponer un recurso, es obligación del recurrente cumplir los requisitos formales, que son a la vez que un instrumento, un filtro que evita que un instituto procesal concebido para proveer justicia se desnaturalice y se convierta en un medio dilatorio del proceso.

Así mismo, es obligación del tribunal de alzada efectuar juicio de admisibilidad antes de resolver el fondo del recurso de apelación restringida, y en su caso cumplir con lo que establece el artículo 399 del Cód. Pcto. Pen., lo contrario, implica vulneración de las normas del debido proceso en sus componentes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, que constituye defecto absoluto invalorable. En todo caso, deberá dejar establecido de forma clara que el recurrente, en este caso, no podrá invocar nuevas denuncias fuera de las denuncias expuestas en el recurso de apelación restringida".

De lo expuesto, se advierte que los precedentes invocados por el recurrente, resultan aplicables al motivo de casación admitido, por cuanto, el tema procesal resuelto en los primeros se basó en la falta de análisis de admisibilidad sobre las impugnaciones de alzada de parte del tribunal de apelación, cuestionamiento que guarda similitud con la ausencia de un análisis de admisibilidad de los recursos de apelación restringida formulados por la parte acusadora, denunciada en el recurso de casación, correspondiendo el análisis de fondo.

II.2. Sobre la falta de consideración del memorial de respuesta a la apelación.

El recurrente, invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 311/2015-RRC de 20 de mayo, que fue analizado parcialmente en el acápite precedente, en el que se constató que el auto de vista recurrido, además de no haber efectuado el análisis de admisibilidad en los parámetros exigidos en los arts. 407, 408 y 399 del Código Adjetivo Penal, que: "De la verificación del auto de vista impugnado, resulta evidente lo argumentado por el recurrente, ya que no se advierte la consideración y menos pronunciamiento alguno al memorial de respuesta al traslado

de la apelación restringida que cursa de fs. 469 a 471 vta., pues debe tenerse presente que el traslado a las partes con la apelación restringida dispuesta por el art. 409 del CPP, no representa el cumplimiento de un simple formalismo, sino en el ámbito de la igualdad de las partes, la otorgación de la posibilidad de oponerse fundadamente sobre la pretensión alegada en alzada; ya que el traslado dispuesto por la citada norma, implica el llamamiento que hace el órgano jurisdiccional para que la parte emplazada efectúe un determinado acto procesal, es decir, responda a la apelación formulada; en consecuencia, la omisión en la consideración de ese acto procesal traducido en la respuesta, representa efectivamente la vulneración al derecho de igualdad jurídica, ya que no se le otorgó al recurrente una respuesta sobre su pretensión jurídica”.

Del referido contenido, es posible concluir que existe similitud de supuestos fácticos procesales entre el precedente invocado y el motivo de casación relativo a la falta de consideración por el tribunal de apelación del memorial de respuesta del actual recurrente al recurso de apelación de la víctima; en consecuencia, también corresponde ingresar al fondo de la problemática planteada.

En atención a las consideraciones doctrinales desarrolladas supra y al contenido de los motivos de casación primero y segundo, que están estrechamente vinculados entre sí como bien hizo notar el recurrente de casación, se constata que el tribunal de alzada en el auto de vista recurrido, previa relación concisa de antecedentes, efectuó una descripción del contenido de las apelaciones restringidas, efectuando a continuación la resolución de ambos recursos, sin hacer alusión alguna a los fundamentos de la respuesta del acusado al recurso de apelación de la víctima, en el que expresamente denunció que la víctima no estaba habilitada para presentar recurso de alzada, debido a que no presentó pruebas ni se constituyó en acusadora particular; y, que del contenido de dicha impugnación, no se observaba el cumplimiento de la cita concreta de las disposiciones legales que la recurrente consideraba violadas o erróneamente aplicadas, expresando cuál la aplicación pretendida; de la cita separada de cada violación con sus fundamentos; y, no ejerció la posibilidad de presentar prueba respecto a los puntos impugnados y no así para probar el objeto del juicio, por cuanto, las autoridades de apelación no tienen competencia para revalorizar prueba, a cuyo efecto, solicitó se declare directamente la inadmisión del recurso.

Por lo que en esta parte, sin duda, la actuación del tribunal de apelación resulta contradictoria al precedente invocado por el recurrente, por cuanto, soslayó tener presente que la disposición procesal penal contenida en el art. 409, referida al emplazamiento y remisión del recurso de apelación a las otras partes, que tiene la finalidad de otorgar la posibilidad de oponerse fundadamente a la pretensión alegada en alzada, constituyendo el traslado el llamamiento que hace el órgano jurisdiccional para que la parte efectúe dicho acto proceso, relativo a la respuesta al medio de impugnación descrito, por lo que, no resulta un mero formalismo su previsión, sino la materialización de la tutela judicial efectiva; en consecuencia, corresponde declarar fundado este motivo.

Ahora bien, de la atenta revisión del recurso de apelación de la víctima, resulta evidente que no citó concretamente las disposiciones legales que considera violadas o erróneamente aplicadas, ni la aplicación que pretende, por cuanto, únicamente se limitó a expresar que el Tribunal de Sentencia efectuó una defectuosa valoración de la prueba, describiendo a continuación las pruebas signadas como MP-6, MP-7, MP-8 y MP-10, manifestando que probaron de forma incuestionable e irrefutable que el acusado fue contratado para ejercer la defensa técnica de su esposo, en el caso denominado Terranet y esencialmente para lograr su libertad provisional ya que al momento de contratar al acusado, su esposo se encontraba con detención preventiva en el penal de Villa Busch, y fue aquél quien se puso como plazo de 90 días para lograr la cesación a la detención preventiva; lo que se habría corroborado y demostrado inicialmente con su declaración testifical y con las propias pruebas de descargo presentadas por el propio acusado (pruebas PD-5 a la MP-25); sin embargo, nunca consiguió la libertad provisional de su esposo, induciéndole mediante dolo en error al prometerle un resultado determinado que nunca cumplió y que fue el motivo por el cual lo contrató y le pagó una suma tan alta de dinero.

Igualmente, es evidente que la víctima si bien centra el fundamento de su apelación restringida en un solo cuestionamiento, relativo a la defectuosa valoración de la prueba, no explica de modo alguno las razones por las que cree que el Tribunal de Sentencia no cumplió con la adecuada valoración probatoria a partir del cumplimiento de las reglas de la sana crítica; en consecuencia, denota incumplimiento de la carga procesal asignada al impugnante de apelación restringida a través de los arts. 407 y 408 del CPP, aspecto que fue soslayado por el tribunal de apelación, quien no obstante dicha falencia argumentativa, ingresó al fondo de la impugnación, declarando admisible y procedente el recurso de alzada, únicamente haciendo un análisis de una supuesta falta de consideración de la declaración de la víctima como testigo, sobre la que los jueces de mérito, únicamente le habrían dado valor para establecer con precisión las circunstancias en las que se dio la relación entre la víctima y el acusado; pero, no para acreditar la promesa que hizo el acusado de sacar a su esposo del Penal en el plazo de tres meses, tampoco habrían relacionado, la declaración de ella con la del testigo Willy Macías, quien recibió la primera declaración de la víctima, en la que también se refirió a la promesa que hizo el acusado de sacar al esposo de ésta en el plazo de tres meses, para asumir más adelante que “la forma en que se hizo la valoración de la declaración de los testigos nombrados, implica defecto en la valoración de la prueba e insuficiente fundamentación, lo que habilita la apelación restringida tal cual manda el art. 370-5-6 del Cód. Pdto. Pen.” (sic), normas que en ningún momento fueron citadas por la parte impugnante, ni mucho menos argüido el defecto de falta de fundamentación; en consecuencia, el cuestionamiento del impugnante tiene mérito.

Con relación al recurso de apelación del Ministerio Público, en el memorial de casación se advierte que el recurrente cuestionó que en dicho medio de impugnación el fiscal no citó de manera concreta y precisa las disposiciones legales que consideró violadas o erróneamente aplicadas, tampoco fundamentó separadamente cada violación y entremezcló varios conceptos, entre ellos, que la sentencia fue declarada contradictoriamente; que es incongruente, que hay un error de procedimiento por inobservancia de la ley; y, que no se realizó una correcta valoración de las pruebas; a cuyo efecto, aseveró que el Tribunal de apelación no efectuó el análisis de admisibilidad antes de resolver el fondo del recurso; por lo que, corresponde verificar si resultan evidentes las referidas falencias argumentativas en el recurso de apelación del Ministerio Público.

En ese contexto, se advierte que el fiscal, evidentemente no cumplió con su obligación de citar concreta y precisamente las disposiciones legales que consideró violadas o erróneamente aplicadas, tampoco fundamentó separadamente cada violación, incurriendo en

argumentos diversos a la vez, por cuanto, cuestionó la incorrecta valoración de las pruebas de cargo fiscal; que de manera contradictoria concluyó que no se habría llegado a demostrar el ardid o engaño por parte del acusado al momento en que se produjo la disposición patrimonial; tildando la sentencia de carente de motivación y congruencia, debido a que se habría demostrado fehacientemente la existencia no sólo del hecho, sino también de la disposición patrimonial como fruto del engaño y la conciencia ilusoria creada por el acusado para que la víctima pueda realizar esa disposición patrimonial, falencias argumentativas que permiten concluir que el Ministerio Público no cumplió con el mandato inserto en los arts. 407 y 408 del CPP, lo que no fue debidamente observado por el Tribunal de apelación en etapa de admisión, para darle la posibilidad de subsanar dichas omisiones, por lo que, resulta que el tribunal de apelación, en contradicción con la doctrina legal invocada, no ejerció el control sobre el cumplimiento de los requisitos mínimos que debía contener dicho medio de impugnación, habiendo ingresado al fondo del asunto, estableciendo que hay razón en el reclamo, debido a que la fundamentación (de la sentencia) no se apega a la norma jurídica ni a la doctrina más usada, lo que da margen a la insuficiente fundamentación de la sentencia, sin especificar norma alguna al respecto, por cuanto, ésta no fue concretada por el impugnante de apelación, dejando en incertidumbre a la contraparte (actual recurrente), al no otorgarle certeza de cuál la causal de la apelación restringida, correspondiendo declarar fundado el motivo.

En mérito a que los motivos primero y segundo fueron declarados fundados, los que tienen incidencia en la admisibilidad de los recursos de apelación restringida formulados por la víctima y el Ministerio Público, no corresponde referirse al fondo de los demás motivos de casación, por cuanto el tribunal de alzada, deberá efectuar el análisis de admisibilidad antes de resolver los motivos de apelación restringida, lo que de ninguna manera implica que en aplicación del art. 413 del CPP, dicho tribunal no pueda ejercer su facultad de anular la sentencia total o parcialmente después de efectuar el análisis respectivo de los motivos de impugnación, debido precisamente a que este tribunal al no haber analizado el fondo de los demás motivos de casación, relativos a la resolución de las temáticas cuestionadas en apelación, no tuvo la oportunidad de verificar la legalidad o ilegalidad de los demás fundamentos del auto de vista recurrido; en consecuencia, corresponderá al tribunal de apelación resolver de acuerdo a derecho.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.Ó.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP, declara **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Walter Hugo Zuleta Morales; en consecuencia, se **DEJA SIN EFECTO** el Auto de Vista de 7 de octubre de 2016, de fs. 65 a 67 y determina que la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del CPP, remítase fotocopias legalizadas del presente auto supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes hagan conocer la presente resolución a los tribunales y jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por Secretaría de Sala comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crísthian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



277

**Ministerio Público y otro c/ Edwin Nelson Valda Villca
Incumplimiento de deberes y otro
Distrito: Potosí**

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 25 de agosto de 2016, cursante de fs. 448 a 453 Edwin Nelson Valda Villca, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 33/16 de 16 de agosto de 2016, de fs. 437 a 438 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales Julio Miranda Martínez y María Cristina Montesinos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Gobierno Autónomo del Municipio de Colcha "K" contra el recurrente, por los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previstos y sancionados por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 5/2015 de 20 de mayo (fs. 358 a 360), el Juez 2° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró al imputado Edwin Nelson Valda Villca, autor de los delitos de Incumplimiento de deberes y conducta antieconómica en forma Culposa, previstos y sancionados por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años y seis meses de reclusión, más costas y responsabilidad civil a favor del querellante.

b) Contra la mencionada sentencia, la Defensora Pública del imputado Edwin Nelson Valda Villca interpuso recurso de apelación restringida (fs. 406 a 410 vta.), resuelto por A.V. N° 33/16 de 16 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que rechazó la apelación, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 882/2016-RA de 8 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente alega que el tribunal de alzada no se pronunció sobre el fondo, de los puntos cuestionados en apelación restringida, mediante una fundamentación arbitraria, ilegal, irracional e ilógica, vulnerando sus derechos al debido proceso, a la defensa y al recurso, ya que al seguirle juicio oral en su contra conforme determina el art. 91 del CPP, incorporado por el art. 34 de la L. N° 004, juzgándole sin su presencia, pero una vez declarado rebelde se le nombró defensor de oficio, quien debía reemplazarle en todo el juicio (aunque en el presente no se trató de delitos de corrupción), entonces a quien debían notificarle con la sentencia era a la Defensora de oficio tal cual se hizo; entonces esta profesional presentó la correspondiente apelación restringida, pero el tribunal de alzada rechazó la misma al haber sido presentada fuera del plazo legal y sin la legitimidad, porque ya el acusado habría comparecido; al respecto, aclara que cuando presentó su memorial de comparecencia pidiendo se levante la rebeldía, el tribunal de la causa determinó no ha lugar el levantamiento de la rebeldía, por lo que su persona todavía no podía actuar personalmente haciendo valer sus derechos; consiguientemente, pese a la presentación de dicho memorial, aun se encontraba vigente la declaratoria de rebeldía y el nombramiento de defensor de oficio, quien al haber sido notificado con la sentencia dentro del plazo legal presentó apelación restringida, estando legitimada y facultada para que en representación del declarado rebelde haga uso de cualquier medio impugnatorio, lo contrario hubiere sido dejarle en indefensión total e incumplir sus deberes. Hace notar que la abogada de Defensa Pública fue notificada con la Sentencia el 29 de abril de 2016, habiendo planteado recurso de apelación en su representación el 10 de mayo de 2016, habiéndose aceptado su comparecencia a través de resolución de recurso de reposición de 16 de mayo de 2016; es decir, posterior a la presentación de la apelación restringida, fecha a partir de la cual recién asumió defensa de manera directa, al dejarse sin efecto la declaratoria de rebeldía; en consecuencia, el recurso de apelación restringida presentado por dicha servidora era legal y presentado dentro del plazo establecido. Invoca los AA.SS. Nos. 45/2012 de 14 de marzo y 90/2013 de 28 de marzo, referidos a que el auto de vista debe encontrarse debidamente fundamentado y motivado, circunscribiéndose a los puntos apelados, de lo contrario vulnera los arts. 124 y 398 del CPP.

2) Arguye que el tribunal de apelación no ejerció de oficio el control incurriendo en defecto absoluto no susceptible de convalidación, al no aplicar el art. 17 de la L.O.J., por no observar los defectos de procedimiento y corregir de oficio, aunque el recurrente no hubiese denunciado oportunamente, por ser un caso que viola el debido proceso, ya que en apelación restringida la defensora de oficio reclamó que solo podría iniciarse, proseguir y concluir el juicio sin la presencia del acusado, cuando este sea declarado rebelde y se trate de delitos de corrupción, lo cual no ocurre en el presente caso, ya que los delitos por los cuales se sustanció el juicio oral fue de Incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previsto en los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., estos contrastados con la L. N° 004 en su art. 24 se observa que la conducta antieconómica culposa, no es considerada de corrupción ni vinculada a la corrupción y el incumplimiento de deberes, tampoco es de corrupción, pero sí vinculado a la corrupción; consiguientemente, considera que no podría haberse llevado a cabo el juicio sin su presencia, vulnerándose entonces los arts. 117, 115-II de la C.P.E., invocando al efecto el A.S. N° 562/2004 de 1 de octubre, refiriendo que el tribunal de alzada contradijo la doctrina al no haber observado de oficio la existencia del referido defecto absoluto.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se disponga la emisión de uno nuevo acorde a la jurisprudencia establecida.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 882/2016-RA de 8 de noviembre, cursante de fs. 462 a 464, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Edwin Nelson Valda Villca, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 5/2015 de 20 de mayo, el Juez 2° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró al imputado Edwin Nelson Valda Villca, autor de los delitos de Incumplimiento de deberes y conducta antieconómica en forma culposa, previstos y sancionados por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años y seis meses de reclusión, más costas y responsabilidad civil a favor del querellante, al haber concluido que el Ministerio Público y parte civil aportaron prueba para demostrar la participación del acusado Edwin Nelson Valda Villca, en el hecho de producir un daño económico al Gobierno Autónomo Municipal de Colcha "K", por cuanto de la prueba testifical de cargo, corroborada por la prueba documental e inspección ocular de 21 de abril de 2015, verificó que el proyecto es inexistente (Santiago "K") que los politubos llevados al lugar fueron repartidos entre los comunarios del lugar; asimismo, no existiría funcionalidad, ni operatividad en el Proyecto construcción agua potable Vilama, pruebas que indica tienen valor legal y fe probatoria, habiéndose demostrado la comisión de los delitos señalados en su forma culposa.

II.2. De la apelación restringida.

Ana María Chávez Cruz, en su calidad de Defensora Pública de oficio del acusado Edwin Nelson Valda Villca, interpuso recurso de apelación restringida, manifestando en síntesis que: I) Existe inobservancia y errónea aplicación de la ley adjetiva que hace a la presencia de actividad procesal defectuosa; y, II) Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva [inc. 1) del art. 370 del CPP].

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, dictó el auto de vista impugnado, por el que rechaza sin más trámite la apelación restringida, siendo inadmisibles el recurso por no haber sido presentado dentro del plazo legal previsto por ley y sin la legitimidad y representación que emane de la ley, al haber concluido que el acusado Edwin Valda Villca fue notificado legalmente con la sentencia, donde se le advirtió el plazo para recurrir el 7 de febrero de 2016, es así que el 27 de abril de 2016 se apersonó al juzgado de sentencia, bajo el patrocinio de un abogado particular (fs. 387 a 398), advirtiéndolo de la sentencia pidiendo se deje sin efecto las órdenes realizadas por el a quo, especialmente el mandamiento de aprehensión por haber comparecido a asumir defensa en el estado en que se encuentra el proceso, señalando como domicilio las oficinas del Estudio Jurídico INTI, fecha desde la cual el acusado ya no era usuario de Defensa Pública, la entidad mencionada ya no tenía el patrocinio y la representación para ejercer los derechos de Edwin Valda Villca de acuerdo al art. 47 de la L. N° 463, los cuales corroborados por el memorial de 13 de mayo de 2016 (fs. 402 a 404), en el que el acusado en ejercicio de su derecho a la defensa interpuso un recurso de reposición bajo el patrocinio de un abogado particular del mencionado estudio jurídico generando una resolución favorable al mismo que le es notificada en su nuevo domicilio procesal señalado, no obstante Defensa Pública mediante la defensora asignada al caso pudo haber apelado antes del 27 de abril, fecha en la que se apersona personalmente el acusado a asumir defensa asistido con un abogado particular; no obstante, no lo hizo.

Asimismo, añade que Defensa Pública que fue también notificada legalmente con la Sentencia el 29 de abril de 2016, interpone recurso de apelación restringida el 10 de mayo de 2016 sin observar que Edwin Valda Villca ya no era usuario del servicio de Defensa Pública; en consecuencia, ya no tenía la representación sin mandato sobre el mismo; por consiguiente, sin la legitimidad que le otorga la ley para recurrir y fuera del plazo legal, cuando pudo recurrir con plenas facultades, cuando el acusado era usuario de Defensa Pública, razones por las que el recurso interpuesto por Ana María Chávez Cruz Defensora Pública, se encuentra fuera del margen legal procesal determinado por ley para interponer recurso de apelación restringida en el presente caso.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con el precedente invocado y la vulneración de derechos.

En el presente caso el imputado Edwin Valda Villca, denuncia que: I) El tribunal de alzada rechazó la apelación restringida presentada por su Defensora de oficio, en base a una fundamentación que considera arbitraria, ilegal, irracional e ilógica, que vulnera sus derechos al debido proceso, a la defensa y al recurso, además de la infracción de los arts. 124 y 398 del CPP; y, II) El tribunal de alzada no realizó el control de oficio, pese a que el juicio debió llevarse a cabo con su presencia, vulnerándose los arts. 117 y 115-II de la C.P.E., por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3) de la L.O.J., y 419 del CPP, las salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del CPP, preceptúa: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar."

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes, ante el juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios, será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores; y, sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del CPP.

III.3. Respecto a la decisión del tribunal de alzada de rechazar la apelación restringida.

El recurrente expresa como primer motivo que el tribunal de alzada rechazó la alzada presentada por su defensora de oficio, porque se encontraría fuera de plazo y carecería además de legitimidad; sin tomar en cuenta que su memorial de comparecencia y levantamiento de la declaratoria de rebeldía aún no fue aceptado, de modo que la Defensora de oficio aun lo representada legalmente, por lo que sostiene que la fundamentación del tribunal de apelación es arbitraria, ilegal, irracional e ilógica, que vulnera sus derechos al debido proceso, a la defensa y al recurso, además de la infracción de los arts. 124 y 398 del CPP; a cuyo efecto, el recurrente invoca los siguientes precedentes contradictorios:

El A.S. N° 45/2012 de 14 de marzo, emitido dentro de un proceso por el delito de transporte de sustancias controladas, cuya sentencia condenatoria, fue confirmada en apelación y recurrido el auto de vista, fue dejado sin efecto en casación al constatarse que la fundamentación realizada por el tribunal de alzada, omitió pronunciarse y se alejó considerablemente de los aspectos cuestionados en el recurso de apelación restringida, deviniendo en un defecto absoluto invalorable que vulneró el derecho a la defensa, al debido proceso y la tutela judicial efectiva, al acudir a fundamentos evasivos sin obtener la tutela judicial efectiva; toda vez, que los operadores de justicia no observaron las debidas garantías del recurrente, vulnerando el derecho al debido proceso, por lo que se pronunció la siguiente doctrina legal aplicable: "De acuerdo a la jurisprudencia contenida en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2006 y el entendimiento desarrollado por el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, todo auto de vista debe ser debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida; asimismo es preciso dejar sentado de que toda fundamentación debe circunscribirse a absolver de manera puntual y objetiva el fondo de la denuncia o denuncias realizadas, sin que la argumentación vertida sea evasiva, incongruente o haga alusión a aspectos distintos a los denunciados, toda vez que esta circunstancia deja en estado de indeterminación e incertidumbre a las partes, al no haberse absuelto de manera efectiva sus acusaciones. En ese entendido, no existe fundamentación en el auto de vista cuando en el mismo se evidencia que el tribunal de alzada no se pronunció sobre el fondo de los puntos cuestionados en el recurso de apelación restringida, no siendo suficiente acudir a fundamentos o argumentaciones evasivas, sin que se absuelvan expresamente los cuestionamientos deducidos por el o los procesados, aspecto que deriva en un vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) que vulnera lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., constituyendo un defecto absoluto invalorable que vulnera el derecho a recurrir, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y los Tratados y Convenios Internacionales. De lo expuesto, se evidencia la existencia de un fallo dictado sin la observancia de las reglas del debido proceso y las garantías constitucionales, que constituye defecto absoluto al tenor del art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., lo que amerita en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., dejar sin efecto el auto de vista recurrido, para que las omisiones observadas sean subsanadas".

El A.S. N° 90/2013 de 28 de marzo, dictado dentro de un proceso por el delito de violación de niño, niña o adolescente agravada, donde inicialmente se emitió sentencia condenatoria, siendo declarado improcedente el recurso de apelación formulado por el imputado y procedente en parte el recurso de apelación restringida planteado por la acusación particular y en sujeción a lo previsto por el art. 413 del CPP, el tribunal de alzada dictó una nueva sentencia, declarando al imputado autor de la comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, tipificado por el art. 308 bis con la agravante establecida por el art. 310-2) y 3) del Cód. Pen., imponiendo una condena sin derecho a indulto a cumplir, que recurrida de casación, fue dejada sin efecto al presentar una argumentación incongruente; aspecto que, generó un estado de incertidumbre e indeterminación que vulneró el debido proceso y el derecho a ser oído y el deber de fundamentación en violación a los arts. 398 y 124 del CPP, pues no se circunscribió a los puntos acusados por el apelante; y al principio tantum devolutum quantum appellatum, lo cual implica violación al debido proceso y al deber de fundamentación, por lo que se emitió la siguiente doctrina legal aplicable: "Es obligación del tribunal de apelación, efectuar adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad, logicidad que se encuentran determinados en el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, debiendo todo auto de vista circunscribirse a los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, los cuales serán absueltos uno a uno con la debida motivación y en base de argumentos jurídicos individualizados y sólidos, a fin de que se pueda inferir una respuesta con los criterios jurídicos correspondientes al fondo de la denuncia o denuncias realizadas, sin que la argumentación vertida sea evasiva o incongruente o haga alusión a aspectos distintos a los denunciados, toda vez que esta circunstancia deja en estado de indeterminación e incertidumbre a las partes, al no haberse absuelto de manera efectiva sus acusaciones, constituyéndose en vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) que vulnera lo establecido por los artículos 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen."

Al respecto, se advierte que las problemáticas procesales dilucidadas en los precedentes invocados que anteceden, no responden al mismo hecho fáctico motivo de casación, en razón a que el recurrente cuestiona que el tribunal ad quem rechazó la apelación restringida presentada por su defensora de oficio, porque se encontraría presentada de forma extemporánea y por ausencia de legitimidad; empero, los entendimientos jurisprudenciales se generaron en hechos fácticos diferentes, como es la incongruencia omisiva donde se extraña la fundamentación en el auto de vista, ante la falta de pronunciamiento sobre el fondo de los puntos cuestionados en la alzada acudiendo a argumentos evasivos; en consecuencia, no es posible su consideración a efectos de verificar la contradicción denunciada entre estos precedentes y el auto de vista recurrido.

No obstante de ello, ante una posible vulneración de los derechos del recurrente se establece de la revisión de antecedentes, que emitida la sentencia, se procedió a su notificación mediante edictos de 7 de febrero de 2016 conforme se advierte a fs. 378; posteriormente, por Auto de 26 de abril de 2016 de fs. 390 el juez a quo dispuso la notificación a la defensora de oficio con el fallo señalado a efectos de que esta pueda hacer uso del recurso de acuerdo a procedimiento, es así que fue notificada el 29 de abril de 2016 de acuerdo a la diligencia de fs. 391 con la sentencia, en ese ínterin el 27 de abril de 2016, de acuerdo al memorial de fs. 397 y vta., el acusado se apersonó al proceso sin que su comparecencia haya sido aceptada hasta ese entonces según se desprende del proveído de 28 de abril de 2016 de fs 399, el cual fue objeto de reposición por el acusado a través del escrito de fs. 402-403 vta., emitiéndose el Auto de 16 de mayo de 2016 de fs. 405 que deja sin efecto las medidas impuestas para la comparecencia del acusado.

Consecuentemente, se debe tener presente dos aspectos; por una parte, si bien es evidente que el edicto es de 07 de febrero de 2016, no se puede pasar por alto que la Defensora de oficio fue legalmente notificada con la sentencia por órdenes del mismo juzgador el 29 de abril de 2016, fecha a partir de la cual corresponde efectuar el cómputo para la interposición del recurso de apelación restringida, que al haber sido interpuesto el 10 de mayo de 2016, se encuentra dentro del plazo previsto por el art. 408 del CPP; por otra parte, en cuanto a la legitimización subjetiva de la defensora de oficio extrañada por el tribunal de alzada, se constata que si bien el 27 de abril de 2016 el acusado se apersonó al proceso, su comparecencia no fue aceptada según providencia de 28 de abril de 2016, disposición contra la que interpuso recurso de

reposición, para luego emitirse el Auto de 16 de mayo de 2016 posterior a la fundamentación del recurso de apelación restringida; por consiguiente, las afirmaciones del tribunal de alzada no responden a un análisis correcto de la causa, además de soslayar el principio de impugnación en los procesos judiciales previsto en el parág. II del art. 180 de la C.P.E.; asimismo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su art. 8 señala: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley"; además, del art. 8-2-h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que toda persona tiene derecho de: recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior" y en su art. 25 refiere que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales; demostrándose en consecuencia la vulneración de los derechos aludidos por el ahora recurrente, debiendo el tribunal de alzada previo examen de admisibilidad pronunciarse sobre el recurso de apelación restringida planteado conforme a derecho, deviniendo en consecuencia el primer motivo de casación en fundado.

III.3. En cuanto a la denuncia de falta de control de oficio por el tribunal de alzada.

Como segundo motivo, el recurrente alega que el tribunal de apelación no ejerció de oficio el control, incurriendo en un defecto absoluto no susceptible de convalidación, al no aplicar el art. 17 de la L.O.J., por no observar los defectos de procedimiento y corregir de oficio, aunque el recurrente no hubiese denunciado oportunamente, por ser un caso que viola el debido proceso, ya que en apelación restringida la defensora de oficio reclamó que sólo podía iniciarse, proseguir y concluir el juicio sin la presencia del acusado, cuando sea declarado rebelde y se trate de delitos de corrupción, lo cual no ocurre en el presente caso, ya que los delitos por los cuales se sustanció el juicio oral fue de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previstos en los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., que contrastados con la L. N° 004 en su art. 24 se observa que la conducta antieconómica culposa, no es considerada de corrupción ni vinculada a la corrupción y el incumplimiento de deberes, tampoco es de corrupción, pero sí vinculado a la corrupción; consiguientemente, considera que no podría haberse llevado a cabo el juicio sin su presencia, vulnerándose entonces los arts. 117 y 115-II de la C.P.E., invocando al efecto el siguiente precedente contradictorio:

El A.S. N° 562/2004 de 1 de octubre, emitido dentro de un proceso seguido por el delito de Estelionato, donde inicialmente se dictó sentencia condenatoria, apelada que fue por auto de vista se declaró procedentes en parte las cuestiones planteadas; en consecuencia, confirmó la sentencia con la modificación de la pena. Recurrida de casación, el fallo de alzada fue dejado sin efecto por ausencia de fundamentación que no podía ser reemplazada por una relación de documentos o la simple mención de los requerimientos de parte, omisiones que afectaron los derechos fundamentales, que pese a la existencia de defectos absolutos, no fueron corregidos de oficio por el tribunal de alzada, por lo que se pronunció la siguiente doctrina legal aplicable: "Las normas procesales son de orden público y por consiguiente de cumplimiento obligatorio; si en obrados se observan defectos de procedimiento que constituyen defectos absolutos y atentan derechos fundamentales, deben ser corregidos de oficio por el tribunal de alzada o el de casación en ejercicio de la facultad conferida por el art. 15 de la L.O.J., aunque el recurrente no hubiera efectuado reclamo oportuno para su saneamiento, facultad que está restringida para casos donde se encuentren violaciones flagrantes al debido proceso y existan defectos absolutos que determinen nulidad. Además en ningún fallo puede omitirse la fundamentación del mismo, no pudiendo ser reemplazado por la simple relación de documentos o la mención de los requerimientos de las partes; tampoco puede existir incongruencia y contradicción entre los fundamentos expuestos en la parte considerativa con la resolutive".

Al respecto, teniendo en cuenta que el precedente invocado cimienta su doctrina en el derogado art. 15 de la L.O.J., pretendiendo se aplique una revisión de oficio, el recurrente debe tener en cuenta lo establecido en la doctrina legal aplicable del A.S. N° 185/2016-RRC de 8 de marzo, que precisó: "...Es más, de la revisión de los puntos impugnados descritos en el recurso de apelación restringida interpuesto por la parte acusada, se tiene que, el auto de vista no refiere en lo absoluto sobre la denuncia específica del apelante, ni siquiera la menciona, pues ingresa curiosa y directamente a revisar la sentencia de 'oficio', tratando de justificar su actuación con base a sentencias constitucionales que refieren al art. 15 de la L.O.J., abrogado; sin considerar los vocales que ese artículo ya no se encuentra en la vida jurídica, ya que fue modificado por el legislador conforme se desprende de la doctrina descrita en el apartado III.2 de la presente resolución; pretendiendo confundir al sistema, ya que el art. 15 de la L.O.J., independientemente que se encuentra abrogado, no contiene el mismo alcance que la norma ahora vigente establecida en el art. 17 de la L.O.J., pues esta última es clara al establecer que: 'En grado de apelación, casación o nulidad, los tribunales deberán pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos solicitados en los recursos interpuestos'; sin embargo de ello, sin fundamentación y motivación, el auto de vista desconociendo la verdadera voluntad del legislador en la modificación de la norma, ingresa a revisar un tema de fundamentación y motivación de la Sentencia para concluir de manera general que existe defecto absoluto; desconociendo el límite que tiene para ese efecto, ya que el art. 17 de la L.O.J., se encuentra en total concordancia con el art. 398 del CPP y por tanto en el marco del debido proceso en su elemento congruencia, debió circunscribir su actuación únicamente a lo denunciado vía recurso de apelación restringida conforme lo descrito en el acápite III.1.2., del presente auto supremo; en este sentido, Couture refiere que: 'El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: tantum devolutum quantum appellatum' (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300)"; en consecuencia, no corresponde acoger favorablemente el segundo planteamiento del recurrente basado en una doctrina relativa a una norma que se encuentra fuera del ordenamiento jurídico vigente; sin soslayar, que por efecto del análisis realizado por esta Sala Penal respecto al primer motivo planteado en casación, el tribunal de alzada, conforme se tiene dispuesto, previo examen de admisibilidad, deberá resolver la apelación restringida formulada por la defensora pública, en la que planteó cuestionamientos al desarrollo del juicio en ausencia del imputado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del CPP, declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Edwin Nelson Valda Villca, de fs. 448 a 453, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del CPP, DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 33/16 de 16 de agosto de 2016, cursante de fs. 437-438 vta., disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del CPP, hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



278

Ministerio Público y otra c/ José Jhony Vargas Mamani

Lesiones graves y leves

Distrito: Potosí

AUTO DE VISTA

Potosí, 17 de agosto de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesto por Freddy Cesar Huanca Alfaro en representación de Ingrid Lizeth Candía Monasterios de fs. 438; responde al recurso de apelación restringida presentada por José Jhonny Vargas Mamani de fs. 472; decreto de remisión de los antecedentes ante el superior en grado de fs. 479; los antecedentes que cursan en el cuaderno procesal y.

CONSIDERANDO: I.- Que dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público a instancia de Ingrid Lizeth Candía Monasterios en contra de José Jhonny Vargas Mamani por la presunta comisión del delito de lesiones graves y leves previsto y sancionado en el art. 271 del Cód. Pen., luego de la secuencia procesal, el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital ha emitido la Sentencia N° 4/16 de 29 de abril de 2016 en juicio abreviado (fs. 429-430 vta.) que en su parte resolutive declara: culpable a José Jhonny Vargas Mamani y consiguientemente autor del delito de lesiones graves y leves tipificado en el art. 271 del Cód. Pen., condenándole a sufrir la pena de reclusión de tres (3) años en el Centro de Rehabilitación Productiva de Santo Domingo de Cantumarca.

Que Jhonny Vargas Mamani mediante memorial que cursa a fs. 438 a 444 de obrados, en aplicación del art. 407 y ss., del CPP interpone recurso de apelación restringida en contra de la Sentencia N° 4, señalando como agravios lo siguiente:

1. Inobservancia o errónea aplicación de la ley adjetiva penal.

El apelante refiere que la defensa del acusado ha deducido incidentes que fueron rechazados, sin embargo con relación a la excepción de falta de acción el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital mediante Auto de 19 de abril de 2016 la declaro probada y en el fondo desestimo la acusación particular presentada, que con la emisión de dicha resolución se le habría causado agravios, porque según el art. 76-1 del CPP se considera víctima a las personas directamente ofendidas, y en el caso de autos Ingrid Lizeth Candía Monasterios tiene la calidad de víctima, por lo que en aplicación del art. 81 del CPP confirió mandato especial a favor del abogado Ronald Zenón Fernández Choquetijlla mediante Testimonio N° 731/2014 y merced a dicho mandato el apoderado presentó acusación particular por la presunta comisión del delito de "Feminicidio en grado de tentativa"; de otro lado, habiendo radicado la causa ante el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital, la víctima renovó el poder mediante Testimonio N° 0875/2015 ampliándose la presentación al abogado Freddy Cesar Huanca Alfaro, con expresa mención de acusación particular por "Feminicidio en grado de tentativa", y habiéndose instalado el juicio, en la etapa del trámite de los incidentes, la defensa del imputado planteó excepción de falta de acción, considerando que el Testimonio N° 731/2014 a favor de Ronald Zenón Fernández Choquetijlla carece de facultad para acusar por el delito de feminicidio en grado de tentativa, por lo que el Tribunal de Sentencia de manera ilegal declaro probada la excepción y desestimo la acusación particular por este delito. Por lo expuesto, dice se vulnero el derecho de la víctima al acceso de justicia, limitándolo a tener la condición de víctima y no así de acusador particular, incurriendo en inobservancia de la ley adjetiva en sus arts. 11, 76, 81, 312, 341-11 del CPP y art. 121-II de la C.P.E., e incurre en un defecto absoluto establecido en el art 169-3) del CPP.

Asimismo refiere que la resolución impugnada no tiene la debida fundamentación, donde se explique los motivos que llevaron al Tribunal de Sentencia a declarar probada la excepción de falta de acción, limitándose a señalar que el mandato de representación legal N° 731/2014 no es suficiente, haciendo una incorrecta valoración e interpretación de dicho documento; pero sobre todo se ha vulnerado

flagrantemente el art. 345 del CPP que refiere, que solo se trataran cuestiones incidentales sobrevinientes, en el entendido que el mandato de representación legal cuestionado fue presentado en la etapa preparatoria donde no fue objetado por excepción alguna.

Aplicación que se pretende.- Se permita la vigencia de la acusación particular, que sustenta el tipo penal del "feminicidio en grado de tentativa"; además en aplicación del art. 345 del CPP modificado por la L. N° 596, señala el trámite de los "incidentes sobrevinientes" por lo que el tribunal a quo debió desestimar in limine el tratamiento de la excepción de falta de acción.

2. Errónea aplicación de la ley adjetiva penal al resolver por la aplicación del procedimiento abreviado sin considerar la oposición de la víctima.

El apelante refiere, que al admitir el procedimiento abreviado por el ilícito de lesiones graves y leves previsto en el art. 271 del Cód. Pen., se ha incurrido en una errónea aplicación de la ley adjetiva penal, porque el art. 373-III del CPP establece dos posibilidades de negación para la aplicación del procedimiento abreviado; primero, cuando la víctima se oponga por motivos fundados y segundo, que el procedimiento común permita un mejor conocimiento de los hechos.

Que en el juicio oral al momento de tramitar la salida alternativa de procedimiento abreviado, se dedujo oposición fundada a nombre de la víctima (que no se encontraba presente en audiencia), pero el mandato conferido al abogado representante no contemplaba dicha facultad, extremo que fue advertido por el representante del Ministerio Público, conforme consta en el acta de juicio, vulnerando de esta manera el art. 11 del CPP (garantía de la víctima) constituyendo un defecto absoluto previsto en el art. 169-3) del CPP, consiguientemente se aplicó erróneamente el art. 373 del CPP.

De otro lado, se alegó como otro motivo de oposición, que el procedimiento común va a permitir al Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital asumir un mejor conocimiento de los hechos inculcados, toda vez, que previamente correspondía recibir la declaración testifical de la víctima, como órgano de prueba vital, para demostrar el hecho delictivo considerado en la tesis acusadora particular como "Feminicidio en grado de tentativa", a tal efecto se promovió al amparo del art. 337 del CPP, la petición de traslado del tribunal ante la jurisdicción de Cochabamba, lugar donde tiene su domicilio la víctima acusadora particular, impedida física y psicológicamente, sin embargo, el tribunal a quo ha declarado infundada la oposición de la víctima a la prosecución del procedimiento abreviado, agravando los derechos de la misma en relación al debido proceso en su dimensión a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal.

Aplicación que se pretende.- Que el tribunal al advertir la incomparecencia personal de la víctima y la insuficiencia del poder conferido al representante respecto a formular opinión fundamentada para la aplicación del procedimiento abreviado, compulsando objetivamente el art. 373-II del CPP, debió suspender la audiencia en resguardo de los derechos y garantías de la víctima, agregando de forma expresa que no existió oposición fundada de manera idónea.

Concluye señalando lo siguiente:

1. Que en termino hábil interpone recurso de apelación restringida contra del Auto interlocutorio de 19 de abril de 2016 pronunciado en juicio oral, considerado como un defecto de procedimiento por la incorrecta aplicación de la ley adjetiva desglosada, por lo que debe anularse la sentencia ordenando la reposición del juicio conforme al art 413 del CPP.

2. Que interpone recurso de apelación restringida en contra de la sentencia por efecto del procedimiento abreviado de 29 de abril de 2016 por incorrecta aplicación de la ley adjetiva desglosada y fundamentada, considerando que conforme a la normativa vigente se disponga la anulación total de la sentencia ordenando la reposición del juicio conforme al art. 413 del CPP.

CONSIDERANDO: II.- Análisis del caso concreto.- Para resolver la problemática planteada es necesario realizar el siguiente análisis:

1. Sobre la inobservancia o errónea aplicación de la ley adjetiva, implicando defecto absoluto art. 169-3) del CPP.

El apelante vía apelación restringida pretende se revise y/o deje sin efecto el Auto interlocutorio de 19 de abril de 2016 emitido por el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital que declaró probada la "excepción de falta de acción" y desestimó la acusación particular presentada por el apoderado de la víctima por el delito de "Feminicidio en grado de tentativa" tipificado en el art. 252 con relación al 8 del Cód. Pen.

Al respecto, inicialmente es menester indicar que el recurso de apelación restringida se plantea sólo en contra de las sentencias emitidas en materia penal, conforme prevé el art. 407 parte in fine del CPP que prevé: "Este recurso sólo podrá ser planteado contra las sentencias y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes"; en ese antecedente, este tribunal de alzada no puede revisar el Auto interlocutorio de 19 de abril de 2016 vía apelación restringida.

Sin embargo, debemos indicar que contra la Resolución de 19 de abril de 2016 que declara probada la "excepción de falta de acción" y desestima la acusación particular presentada por el apoderado de la víctima, si bien el apoderado de la víctima en ningún momento hizo reserva de apelación en el juicio oral, pero interpuso recurso de apelación incidental de forma escrita (fs. 384 a 387), y el tribunal de sentencia mediante providencia de 25 de abril de 2016 (fs. 388) le niega la tramitación de la apelación, indicándole que la misma debe ser "mediante apelación restringida, en el momento procesal oportuno", lo contrario significaría la suspensión del juicio, etc., agregando que se considerará en la audiencia de juicio; en la audiencia de juicio de 29 de abril de 2016 (fs. 420) el Tribunal de Sentencia decide mantener incólume la providencia de 25 de abril de 2016, reiterando que "la víctima tiene la vía expedita en el momento oportuno para hacer valer sus derechos".

En esa tesitura, debemos indicar que el art. 76 del CPP prevé: "(víctima). Se considera víctima:

1) A las personas directamente ofendidas por el delito..." consiguientemente la víctima en el caso de autos es Ingrid Lizeth Candía Monasterios, quien con la facultad conferida por el art. 81 del mismo cuerpo legal, otorgó poder especial a favor de Ronald Zenón Fernández Choquetijlla mediante Testimonio N° 731/2014 y merced a dicho testimonio presento acusación particular por la presunta comisión del delito de "Feminicidio en grado de tentativa" tipificado en el art. 252 con relación al 8 del Cód. Pen.; sin embargo esta acusación fue observada porque el

apoderado de la víctima según el poder especial conferido, no tenía facultades específicas para presentar acusación particular por el delito de "Feminicidio en grado de tentativa".

Al respecto, de la revisión de los antecedentes que cursan en el cuaderno procesal, se tiene los siguientes actuados: a) que el ministerio público presentó imputación formal el 22 de septiembre de 2014 por la presunta comisión del delito de "lesiones graves" tipificado en el art. 271-I del Cód. Pen.; b) en esa línea la víctima el 17 de octubre de 2014 otorgo poder especial a favor de Ronald Zenón Fernández Choquetijlla mediante Testimonio N° 731/2014 para que prosiga el proceso penal que sigue en contra de Jhonny Vargas Mamani por la presunta comisión del delito de "lesiones graves y gravísimas"; c) posteriormente el 28 de mayo de 2015 el MP se presentó acusación formal en contra Jhonny Vargas Mamani por la presunta comisión del delito de "lesiones graves y leves" tipificado en el art. 271-I del Cód. Pen., y; d) asimismo la acusación particular por "Feminicidio en grado de tentativa" fue presentada por el apoderado de la víctima (Ronald Zenón Fernández Choquetijlla) el 07 de agosto de 2015; e) finalmente el 28 de diciembre de 2015 la víctima (Ingrid Lizeth Candía Monasterios), otorga un nuevo poder especial en favor de Ronald Zenón Fernández Choquetijlla y Freddy Cesar Huanca Alfaro.

De lo expuesto, se desprende que el proceso penal en la etapa preparatoria se ha sustanciado por el delito de "Lesiones graves" tipificado en el art. 271-I del Cód. Pen., motivo por el cual la víctima le ha otorgado poder a Ronald Zenón Fernández Choquetijlla (apoderado) para que prosiga el proceso penal por el delito de "Lesiones graves y gravísimas"; ahora bien, de la revisión del Testimonio N° 731/2014 se tiene que la víctima en ningún momento le faculta al apoderado presentar acusación particular por el delito de "Feminicidio en grado de tentativa", en consecuencia el tribunal a quo al haber declarado probada la excepción de falta de acción y desestimar la acusación particular presentada por el apoderado de la víctima por el delito de "Feminicidio en grado de tentativa" tipificado en el art. 252 con relación al 8 del Cód. Pen., ciertamente ha actuado conforme a derecho y consiguientemente no es cierto ni evidente que se haya vulnerado los derechos y garantías de la víctima y/o inobservado los arts. 76-I) y 81 del CPP.

A más abundamiento, se tiene que el "28 de diciembre de 2015" -recién- la víctima otorga un nuevo poder especial a favor de Ronald Zenón Fernández Choquetijlla y Freddy Cesar Huanca Alfaro (Testimonio N° 0875/2015) para que se apersonen y prosigan el proceso penal seguido en contra de Jhonny Vargas Mamani por la presunta comisión del delito de lesiones graves y leves tipificado en el art. 271 del Cód. Pen., radicado en el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital; cuando ya el proceso penal estaba "radicado" en el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital (fs. 170) y se había dictado el "Auto de apertura del juicio" (fs. 191) y señalado la audiencia del juicio oral para 28 de septiembre de 2015, es decir, se otorgó el poder cuando el proceso penal ya estaba en pleno juicio oral.

De donde se reitera que no son ciertos los agravios argüidos por la parte apelante, consiguientemente no existe inobservancia o errónea aplicación de la ley adjetiva, por lo que no se ha incurrido en defectos absolutos previstos en el art. 169-3) del CPP.

2. Sobre la errónea aplicación de la ley adjetiva penal al resolver por la aplicación del procedimiento abreviado sin considerar la oposición de la víctima.

El apelante básicamente refiere que se opuso a la salida alternativa de procedimiento abreviado, sin tener dicha facultad, es decir, facultad para oponerse al procedimiento abreviado, vulnerándose de esta manera el art. 11 del CPP y se aplicó erróneamente el art. 373 del CPP.

Al respecto, de la revisión del Testimonio N° 0875/2015 de 28 de diciembre de 2015 referente a un poder especial y bastante que confiere Ingrid Lizeth Candía Monasterios en favor de los abogados Ronald Zenón Fernández Choquetijlla y Freddy Cesar Huanca Alfaro, se desprende que éste último, tiene varias facultades y entre ellas: asistir al Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital; más poder para apersonarse y realizar actuados en representación de la mandante en el juicio oral; formular y solicitar incidentes por defectos absolutos y relativos; solicitar enmiendas, aclaraciones y complementaciones conforme al art. 125 del CPP; realizar todos los trámites inherentes a la persecución penal; asimismo en el juicio oral puede suscitar incidentes, rechazarlos, rechazar y contestar excepciones previas y perentorias; intervenir en las audiencias con todas las facultades; plantear defectos absolutos y relativos; presentar objeciones; intervenir en la solicitud de procesos abreviados; hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, etc.

En ese antecedente, se concluye que el apoderado Freddy Cesar Huanca Alfaro tenía y tiene varias facultades según el mandato conferido por Ingrid Lizeth Candía Monasterios y entre ellas -se infiere- oponerse al procedimiento abreviado y como en los hecho lo hizo, pues se opuso al procedimiento abreviado señalando que el procedimiento común dará mayores luces al tribunal para imponer la sanción correspondiente, incluso solicito que el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital se traslade a la ciudad de Cochabamba donde vive la víctima a objeto de que sea escuchada con relación a la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado y asimismo demostrar la hipótesis de la víctima con relación al feminicidio en grado de tentativa; esta oposición del apoderado de la víctima, fue resuelta por el Tribunal de Sentencia N° 3 declarándola infundada.

De lo expuesto, se establece que no existe una errónea aplicación de la ley adjetiva, por cuanto el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital aplicó correctamente el art. 373-III del CPP, ya que la oposición formulada por el abogado apoderado no tenía ninguna base documental y tampoco un sustento jurídico.

En consecuencia tampoco no es cierto ni evidente el agravio argüido por la parte apelante.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del tribunal Departamental de Justicia de Potosí, con el voto favorable de sus miembros, estando admitido el recurso de apelación restringida, la declara IMPROCEDENTE en primer lugar CONFIRMA 1) El Auto Interlocutorio de 19 de abril de 2016 que declara probada la excepción de falta de acción y desestima la acusación particular presentada por el apoderado de la víctima por el delito de feminicidio en grado de tentativa tipificado en el art. 252 con relación al art. 8 del Cód. Pen., y 2) La Sentencia N° 04/16 de 29 de abril de 2016 que cursa a fs. 429 a 431 emitido por el Tribunal de Sentencia N° 3 de la capital, sea previa las formalidades de ley.

La presente resolución admite el recurso de casación en el plazo de cinco días computables a partir de su legal notificación, conforme prevé el art. 417 del CPP.

Vocal relator: Dr. Jorge Andrés Pérez Maita.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Jorge Andrés Pérez Maita.- Jorge Balderrama Berrios.

Ante mí: Abg. Ángela Cuiza Aparicio.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de septiembre de 2016, cursante de fs. 517 a 526, Freddy Cesar Huanca Alfaro, en representación de la víctima Ingrid Lizeth Candia Monasterios, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 29/2016 de 17 de agosto, de fs. 504 a 506 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales Jorge Oscar Balderrama Berrios y Jorge Andrés Pérez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, contra José Jhony Vargas Mamani, por la presunta comisión del delito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 4 de 29 de abril de 2016 (fs. 429 a 434), el Tribunal de Sentencia N° 3 de Potosí, declaró a Jhony Vargas Mamani, autor de la comisión del delito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

b) Contra la mencionada sentencia, Freddy Cesar Huanca Alfaro en representación de la víctima Ingrid Lizeth Candia Monasterios (fs. 438 a 444), interpuso recurso de apelación restringida, que previo memorial de subsanación (fs. 493 a 499), fue resuelto por A.V. N° 29/2016 de 17 de agosto, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró improcedente el citado recurso, confirmando: 1) El Auto Interlocutorio de 19 de abril de 2016, que declaró probada la excepción de falta de acción y desestimó la acusación particular presentada por el apoderado de la víctima, por el delito de feminicidio en grado de tentativa tipificado por los arts. 252 con relación al 8 del Cód. Pen.; y, 2) La sentencia emitida en primera instancia, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 919/2016-RA de 23 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia errónea aplicación de la ley adjetiva penal, al resolver por la aplicación del procedimiento abreviado sin considerar la oposición fundada de la víctima, ni lo establecido en el art. 373-III) del CPP, situación que a criterio de la parte recurrente, se traduciría en un defecto absoluto por vulneración del acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de la víctima, respecto al cual el auto de vista recurrido sólo se remitió a transcribir y citar las actuaciones judiciales, por las cuales se declaró infundada la oposición al procedimiento abreviado, omitiendo la debida fundamentación y motivación traducida en la expresión de las razones de hecho y de derecho que impulsó la confirmación de dicho fallo penal, lo que constituye defecto absoluto por vulneración de derechos superlativos de la víctima, por lo que asevera que el auto de vista recurrido, adolece de motivación y fundamentación, lo que tilda de defecto absoluto.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 919/2016-RA de 23 de noviembre, cursante de fs. 530 a 533, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Freddy Cesar Huanca Alfaro en representación de Ingrid Lizeth Candia Monasterios, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Resolución N° 4 de 29 de abril de 2016, el Tribunal de Sentencia N° 3 de Potosí, declaró a Jhony Vargas Mamani, autor de la comisión del delito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el art. 271 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

Como hechos probados en el procedimiento abreviado, el Tribunal de Sentencia estableció: "1.- Se ha probado la comisión del delito descrito en la acusación presentada por el Ministerio Público, extremo que se extrae de los antecedentes que cursan en el cuaderno procesal, aspecto no solo mencionado sino probado en la presente audiencia conforme al art. 373 del CPP en la presente audiencia.

2.- Se ha probado que el hecho existió, es decir, que en fechas 20 y 21 de septiembre de 2014, se han producido de manera inequívoca los hechos descritos por el fiscal que lleva consigo una sanción penal, teniendo como sujeto activo del mismo a José Jhonny Vargas Mamani.

Bajo estos elementos de prueba ha acreditado este requerimiento de procedimiento abreviado, siempre señalando que la conducta del acusado se adecua al delito de lesiones graves y leves, previsto y sancionado en el art. 271 (primera parte) del Cód. Pen.

Por otro parte, el abogado apoderado de la víctima, se opone a sustanciación del procedimiento abreviado, con los argumentos esgrimidos en audiencia, la misma que fue considerada en su oportunidad por este tribunal.” (sic).

II.2. Del recurso de apelación restringida y memorial de subsanación.

El recurrente, tanto en apelación como en su memorial de subsanación, refiriendo que la oposición fundada de la víctima a la aplicación de un procedimiento abreviado es una garantía procesal de acceso a la justicia, alega que el tribunal de mérito al haber admitido el procedimiento abreviado por el delito de lesiones graves y leves, había incurrido en errónea aplicación de la ley adjetiva penal, porque el art. 373-III del CPP, establecería la posibilidad de negación al referido procedimiento, cuando la víctima se oponga por motivos fundados o cuando el procedimiento común permita un mejor conocimiento de los hechos, que en el caso de autos en la audiencia de 29 de abril del 2016, se había deducido oposición fundada a nombre de la víctima, pues la misma no se encontraría en la mencionada audiencia y que el apoderado - hoy recurrente- no tendría suficiente mandato para oponerse a la aplicación del mencionado procedimiento, por lo que se habría vulnerado el art. 11 de la norma Adjetiva Penal, lo cual constituiría un defecto absoluto conforme lo previsto por el art. 169-3) del CPP; asimismo, refiere que el procedimiento común permitiría al a quo, tener un mejor conocimiento de los hechos, pues se recibiría la declaración de la víctima con la cual se demostraría que fue víctima del delito de feminicidio en grado de tentativa, como aplicación pretendida refiere que el tribunal de apelación al constatar la ausencia de la víctima y la insuficiencia de su poder, debió suspender la audiencia en resguardo de los derechos y garantías de la víctima, solicitando además que el tribunal de mérito se traslade a Cochabamba; puesto que, la víctima se encontraba impedida de asistir a la audiencia.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, por auto de vista impugnado, resolvió el recurso de apelación restringida interpuesto por el apoderado de la víctima Ingrid Candía Monasterio, declarando improcedente el recurso de apelación restringida y confirmó la sentencia, bajo el siguiente argumento:

En el punto 2 del Considerado II de la resolución impugnada, el tribunal de apelación argumentó que de la revisión del Testimonio de poder 0875/15 de 28 de diciembre de 2015, otorgado por la víctima a los abogados Ronald Zenón Fernández Choquetilla y Freddy Cesar Huanca Alfaro, se desprendería que el apelante tiene varias facultades, las cuales son descritas por el ad quem y entre ellas se encontraría la facultad de presentar objeciones, intervenir en la solicitud de procesos abreviados y hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, de lo cual el tribunal de apelación concluye que el apoderado Freddy Cesar Huanca Alfaro, sí tenía y tiene facultades para oponerse a procedimiento abreviado y en uso de dichas facultades se había opuesto al procedimiento abreviado, señalando que el procedimiento común dará mayores luces al tribunal para imponer la sanción correspondiente; asimismo, había solicitado al a quo se traslade a Cochabamba donde vive la víctima, a fin de la misma sea escuchada con relación a la aplicación del procedimiento abreviado y demostrar la hipótesis de la víctima con relación al feminicidio en grado de tentativa; bajo dichos argumentos el ad quem, concluye señalando que el tribunal de mérito aplicó correctamente el art. 373-II del CPP; puesto que, la oposición del apoderado de la víctima no tenía ninguna base documental ni sustento jurídico.

III. Verificación de la posible existencia de defecto absoluto.

En el caso presente, este tribunal admitió por flexibilización el recurso de casación interpuesto por el representante de la víctima Ingrid Lizeth Candía Monasterios, ante la denuncia de defecto absoluto por falta de fundamentación en el auto de vista hoy impugnado, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. La debida fundamentación de las resoluciones judiciales.

El art. 180-I de la C.P.E., entre los principios rectores en los que se fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece el debido proceso como principio que garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento motivado y fundamentado, sobre todos los motivos alegados en cualquier recurso que la ley prevé, por lo mismo las autoridades que ejercen jurisdicción a nombre del Estado, deben manifestar por escrito los motivos de sus resoluciones, resguardando de esa manera tanto a los particulares como a la colectividad, de decisiones arbitrarias.

Orlando A. Rodríguez Ch., en su obra “Casación y revisión penal”, refiriéndose a la fundamentación y motivación, refiere: “...constituye un sello de garantía a los usuarios de la administración de justicia, porque con ello se evita la arbitrariedad, el capricho, decisiones contrarias, errores de lógica jurídica y el actuar irrazonado de los funcionarios judiciales”.

El mismo autor citando a Joan Pico I Junoy, manifiesta que la motivación cumple las siguientes finalidades: a) Le permite controlar a la sociedad la actividad judicial y cumplir así con el de publicidad; b) Garantía intraprocesal de los derechos y libertades fundamentales de las partes; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; y, d) Les garantiza a las partes procesales la posibilidad de control de la resolución judicial interponiendo ante los tribunales superiores que conocen de los correspondientes recursos.

Ese entendimiento fue asumido por este tribunal mediante varios autos supremos, como el A.S. N° 5 de 26 de enero de 2007, que estableció la siguiente doctrina legal: “La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o

fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control, y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

a) **Expresa:** porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) **Clara:** en la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún por los legos.

c) **Completa:** la exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al *petitum* y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arribe luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del *petitum* significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*.

Legítima: la legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar *ex officio* la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

Lógica: finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia".

III.2. Análisis del caso concreto.

El recurrente denuncia de casación que el tribunal de apelación a tiempo de declarar improcedente la denuncia de apelación, fundada en la inadecuada aplicación de la norma adjetiva al dar curso a la aplicación de procedimiento abreviado; había incurrido en falta de fundamentación, al no haber expresado las razones de hecho y derecho que lo llevaron a confirmar la sentencia.

Previo al ingreso del motivo de casación, es menester acudir a la doctrina señalada por este tribunal en el A.S. N° 210/2015-RRC de 27 de marzo, que estableció respecto a la fundamentación en grado de apelación que: "Es importante que en el análisis de las circunstancias alegadas, para una mejor comprensión, el tribunal realice una reseña de los hechos denunciados en contra de la sentencia (motivos del recurso), sin que ello signifique todo el argumento del fallo, sino debe tener el debido cuidado de estructurar la resolución, de forma tal que contenga: i) el objeto de impugnación (motivos del recurso); ii) las consideraciones argumentativas que servirán de sustento a la decisión final, es decir, fundamentación (normativa legal, doctrinal o jurisprudencial que respalda el fallo) y motivación (explicación clara, específica, completa, legítima y lógica del porqué la normativa o doctrina es aplicable al caso en concreto); iii) las conclusiones, que deben ser el fruto racional del análisis de las cuestionantes denunciadas, contrastadas con las actuaciones cursantes en el proceso y la normativa aplicable citada en el fallo, finalmente; iv) la parte resolutive o dispositiva que debe ir en coherencia con lo analizado y las conclusiones arribadas (congruencia interna)".

En el caso de autos, de la revisión del auto de vista impugnado, se establece que el tribunal de apelación, en el considerando I punto 2, identificó el motivo de apelación restringida, al cual se limitaría su resolución conforme lo previsto por el art. 398 del CPP; en el considerando II punto 2, haciendo nuevamente una remembranza del motivo de apelación de forma resumida, resolvió el recurso interpuesto, argumentando que de la revisión del Testimonio de poder 0875/2015 de 28 de diciembre, otorgado por la víctima a su abogado, estableció que éste último si tenía y tiene facultad para oponerse a la aplicación de un procedimiento abreviado y que de la revisión de actuados procesales, se establecería que el referido apoderado había hecho uso de la alusiva facultad, señalado que el procedimiento común daría mayores luces al tribunal para imponer una sanción correspondiente y demostrar la hipótesis de la víctima con relación al delito de feminicidio en grado de tentativa, fundamento de oposición que a decir del tribunal de apelación no tuvo base documental ni sustento jurídico, por lo que concluyó señalando que el a quo aplicó correctamente el art. 373-II del CPP.

En la conclusión del tribunal de apelación, se advierte un contraste entre el argumento utilizado por el recurrente y los actuados procesales; aspecto que, se revela de la conclusión expuesta por el de alzada, que de manera concreta estableció que no era evidente el argumento del apoderado de la víctima, en sentido de que no tendría facultad para oponerse al procedimiento abreviado, conclusión que asumió con base al testimonio de poder otorgado por la víctima; por otro lado, en cuanto a la conclusión del tribunal de alzada, en sentido de que el apoderado hizo uso de la facultad que tenía para oponerse a la aplicación del procedimiento abreviado; también es evidente, pues de la revisión del recurso de apelación restringida descrita por este tribunal en el acápite II.2 de la presente resolución, se advierte que el propio recurrente apoderado de la víctima, alegó que en la audiencia de 29 de abril de 2016, dedujo oposición fundada en nombre de la víctima;

finalmente, asumió que la oposición al procedimiento abreviado, no tuvo fundamento, pues el representante de la víctima se limitó a señalar que el procedimiento común permitiría probar la hipótesis de la comisión del tipo de feminicidio en grado de tentativa, que la víctima no se encontraba en audiencia y que él –abogado- no tenía poder suficiente para oponerse al procedimiento abreviado; lo que implica, que el Tribunal a diferencia de lo sostenido por la parte recurrente resolvió el reclamo planteado por el recurrente en apelación, precisando los motivos a razones de hecho y derecho, para finalmente declarar la improcedencia del recurso de apelación restringida; en cuyo mérito, no resulta evidente la denuncia realizada en casación, pues el tribunal de apelación en su resolución hizo una correcta identificación del motivo de apelación al cual limitó su resolución con claridad y coherencia con los actuados procesales.

Por otra parte, no puede soslayarse que el tribunal de alzada confirmó el Auto interlocutorio de 19 de abril de 2016, que declaró probada la excepción de falta de acción opuesta por la parte imputada y desestimó la acusación particular presentada por el apoderado de la víctima por el delito de feminicidio en grado de tentativa; resolución respecto a la cual no corresponde pronunciamiento alguno en casación al tratarse de un tema incidental, pero que corresponde su consideración habida cuenta que no se dislumbra una solución distinta a la asumida por el juez de origen y confirmada por el tribunal de alzada, aún en el supuesto de dejarse sin efecto la resolución recurrida como pretende la parte recurrente.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP, declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Freddy Cesar Huanca Alfaro, en representación de la víctima Ingrid Lizeth Candía Monasterios, cursante de fs. 517 a 526.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



279

**Ministerio Público y otra c/ Maribel Callpa Cala
Robo Agravado y otro
Distrito: Potosí**

AUTO VISTA

Potosí, 28 de septiembre de 2016.

Pronunciado el 28 de septiembre de 2016 en atención al recurso de apelación restringida interpuesto por Maribel Callpa Cala contra la Sentencia N° 2/2015 de 6 de febrero de 2016 que resuelve declararle culpable del delito de robo agravado y tentativa de asesinato (arts. 332-2, 256-6 con relación al 8 todos del Cód. Pen.).

Siendo el estado de la causa resolver el recurso para hacerlo se considera.

I. La competencia del tribunal.

De acuerdo al art 51-3 la Sala Penal Segunda es competente la substanciación y resolución del recurso de apelación restringida.

II. Los fundamentos del recurso.

1.- Nulidad del proceso por defecto absoluto. Art. 167, 169-2) y 3) del C.P.P.,

Primer elemento que consiste en vulneración.- Su derecho de defensa ha sido coartado en todas las atestaciones testificales y incluso en la declaración de la víctima por el Tribunal de Sentencia; del interrogatorio que se realiza la imputada de acuerdo al art. 347 del CPP., se le indica a la imputada "solo le voy a pedir unas aclaraciones más no me va a venir a contra ninguna historia más", hecho cometido por la Juez Técnico Mónica Gutiérrez y permitida por el presidente Remberto López que no ha actuado con objetividad y poder moderador esa actuación fuera del marco legal cuestiona su imparcialidad lo que demuestra que ya existía una presunción de culpabilidad.

Segundo elemento que consiste en vulneración.- El derecho a la defensa técnica ha sido coartada en la declaración del único testigo presencial Luis Guillermo Flores M., faltando a la imparcialidad ante la pregunta si alguna agresión por parte de la imputada a la víctima, objeta la pregunta el fiscal indicando "siendo que el testigo ha sido ofrecido por la Fiscalía y quienes hemos interrogado MP, y acusador particular, el abogado respecto a lo vertido el testigo solo puede efectuar aclaraciones, el abogado defensor que sea ético y la pregunta es sugestiva" y

como en todas las objeciones sin correr traslado para que fundamente la pregunta y así el tribunal pueda determinar la pertinencia o no de la pregunta da curso a la objeción como en varias oportunidades, lo que ha coartado en la determinación a momento de valorar la prueba testifical, lo que vulnera el art. 120 de la C.P.E., y art. 6 del CPP., buscando los jueces cualquier indicio que genere su responsabilidad, porque no permitían el contra interrogatorio atentando al principio de contradicción.

Tercer elemento que consiste en vulneración.

Nulidad en base al art. 169-2) del CPP., porque la fiscal renuncia a producir a producir tres declaraciones testificales y los miembros del Tribunal de Sentencia únicamente hacen la consulta al abogado del acusador particular, cuando en el memorial de acusación se tiene la adhesión de la acusada a la prueba, lo que resalta la falta de imparcialidad, porque es deber de la autoridad jurisdiccional informar al acusado sobre lo decidido con los efectos que emergen del art. 5, 84, del CPP., y 8 del pacto de San José de Costa Rica.

2.- Defecto absoluto de sentencia.

Primero.- Vulneración del art. 370-6).

Que existen contradicciones notorias, así, Luis Guillermo Flores M. declara "él es muy detallista y siempre pone atención a todos los detalles que pasan, pero cuando se le pregunta sobre el color de la ropa que traía puesta la imputada este se contradice y dice que no recuerda y mantiene esa postura a pesar de referir haberla visto varias veces e incluso a menos de un metro", la credibilidad otorgada por el tribunal "se constituye en un testigo presencial y directo al haber visto el robo agravado y ante la pregunta objetada por la acusación fiscal reitera que "él no ha visto nada y de afuera no pasaba nada estaba todo normal".

Si en el presente caso el testigo refiere no haber visto nada del hecho concreto que se acusa, es decir que la haya visto sustraer los celulares y sujetar la chalina en el cuello de la víctima, se alega que existe defectuosa valoración de la prueba; más aún cuando en la fundamentación descriptiva número tres pág. 19 dice " probado el robo agravado toda vez que la acusada con pleno conocimiento ha cometido este delito conjuntamente otra persona"... sigue, "No demostró personalidad ni firmeza para sostener su inocencia, se notaron contradicciones frente a los hechos ocurridos contrarias a las declaraciones particularmente de Luis Guillermo Flores M. quien manifestó ver de forma directa como Maribel Callpa ingresaba al inmueble", Alegando al respecto que el testigo jamás aseveró eso, que todo se basa en sus suposiciones y su atestación tiene contradicciones que no podrían generar prueba plena, desde la clasificación del testigo tiene y no se cumple con las reglas de la lógica, experiencia, conocimientos científicos.

Segundo.- Vulneración art 370-6) y 11) del CPP.

Toma elemento de la verdad material del procedimiento abreviado al que se somete el coimputado Elvis Grover Gonzales V. indicando "...quien ha reconocido culpabilidad por los hechos planteados por el MP, toda vez que en la audiencia a viva voz, se ha adherido a los argumentos y fundamentos de Planteada por la fiscal y la base de la fiscal refiere que tanto Maribel Callpa como Elvis Gonzales planificaron el robo de la tienda de celulares", que ese extremo así como se ve sería plena prueba, pero al parecer el tribunal y la fiscal participaron en otra audiencia porque no se asemeja en nada a lo que pretendía el fiscal " yo quiero adherirme a lo que dijo la Dra. (Fiscal) en primer lugar yo ese día del hecho el 14 estaba afuera de la tienda y justamente vino un amigo el Luis el Chiqui el entra y yo mientras vigilo el lugar de donde está hecho, hasta que saque las cosas y me entregue el bolsón y me vengo a Tupiza si digo no hecho pero he participado ", a la pregunta de Dr. Romano, "tu conocías que el hecho estaba planificado... refiere que no.". alegando al respecto que no es cierto el hecho de que el imputado haya admitido el hecho y a eso se tiene que el coimputado citado como testigo, relata que Maribel Callpa no ha participado y que lo ha hecho solo (fs. 17 sentencia), que es rechazada por el tribunal por ser contradictoria y de ser así se preguntan porque dieron curso al procedimiento abreviado.

Que entra en incongruencia entre la acusación y la Sentencia abreviada causando agravio a la imputada.

Petitorio.

Sentencia absolutoria o juicio de reenvío.

El responde del Ministerio Público.

El Ministerio Público responden respecto a la denuncia de nulidad de proceso por defecto absoluto y las vulneraciones alegadas respecto a los defectos de sentencia denunciados de forma negativa y contradictoria advirtiendo que los fundamentos carecen de sustento legal pidiendo que se declare improcedente el recurso.

El responde de la acusación particular.

Responde advirtiendo que no son evidentes las vulneraciones, que el tribunal sea basado en los hechos existentes que hacen a los delitos acusados, que se ha observado la sana crítica y que rechazan las afirmaciones pidiendo que se confirme la sentencia en todas sus partes

Consideraciones de la Sala.

De acuerdo a la naturaleza de la apelación restringida en nuestro sistema procesal penal en el que no se tiene una doble instancia, no se considera hechos, no se tiene la facultad de hacer un análisis de la integridad de la sentencia y solamente puede efectuar un control de la legalidad de la sentencia limitándose a un análisis jurídico causal, es decir si el juez o tribunal aplico correcta o incorrectamente la ley al hecho descrito en la sentencia no pudiendo modificar los hechos, limitándose a realizar un control jurisdiccional de la legalidad o ilegalidad de la resolución previniendo el sometimiento a la ley del órgano jurisdiccional por lo que en definitiva se concreta a realizar una revisión de derecho de la sentencia conforme los motivos tasados para su impugnación, en consecuencia, desde esa perspectiva y parámetros mencionados se

tiene delimitada la competencia del tribunal ad quem cumpliendo el voto de la ley art. 389 el CPP., para una revisión in jure en ese margen respecto al recurso en análisis se tiene lo siguiente.

Primer motivo "1.- Nulidad del proceso por defecto absoluto. Art. 167, 169-2) y 3) del CPP".

Se denuncia la nulidad del proceso por tres hechos o circunstancias que se hubieran generado durante la tramitación del juicio oral que hubieran vulnerado su derecho a la defensa material y técnica de la acusada, demostrando parcialidad de los juzgadores y presunción sobre su culpabilidad, la primera vulneración se daría a tiempo del interrogatorio realizado contra la acusada por los juzgadores que sería contrario a lo normado por el art. 347 del CPP., cuando se le indica a la acusada "solo le voy a pedir unas aclaraciones más no me va a venir a contra ninguna historia más" por un miembro del tribunal permitiendo tal acto el presidente del tribunal; el segundo, cuando su defensa técnica es coartada a tiempo de interrogar al único testigo presencial por una objeción fiscal que no es corrida en traslado y es otorgada por el Tribunal, lo que vulnera el art. 120 de la C.P.E., y art. 6 del CPP.; la tercera, porque ante la renuncia del fiscal a tres testigos el tribunal solo consulta a la acusación particular, no obstante de la adhesión a las pruebas de la acusada, teniendo el deber de informarle a la acusada conforme los art. 5, 84, del CPP., y 8 del pacto de San José de Costa Rica.

Al respecto, sobre las vulneraciones alegadas y su análisis es necesario partir de las siguientes consideraciones como nuestro procedimiento penal está regido por el principio acusatorio en el que se tiene una distribución de roles y funciones, así se tiene establecido cuando se señala que (...) "...la doctrina señala que por principio acusatorio, 'se entiende el principio según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto' (BAUMAN, Jürgen. Derecho Procesal Penal, Conceptos fundamentales y principios procesales. 3° edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina 1986, pág. 48-49); de ahí, se colige que en esencia este principio determina una distribución de roles y funciones de los sujetos procesales necesarios..." (Cfr. S.C. N° 1434/2010-R y otras)

En ese margen, a efectos de la actuación de los sujetos procesales y para evitar arbitrariedades y garantizar sus derechos al debido proceso entre otros, se han implementado una serie de garantías procesales, como el derecho a la defensa, sobre el cual, se ha dicho que en (...) "el orden constitucional, no obstante de ser el derecho a la defensa un instituto integrante de las garantías del debido proceso, lo consagra autónomamente, precisando de manera expresa en el art. 16-11 que "El derecho a la defensa en juicio es inviolable"; precepto que desde el punto de vista teleológico ha sido creado para poner de relieve esta garantía fundamental, que debe ser interpretada siempre conforme al principio de la favorabilidad, antes que restrictivamente". (S.C. N° 136/2003-R), actualmente consagrado en el art. 119-II de la C.P.E.

Se ha establecido también que el derecho a la defensa: (...) "...tiene dos dimensiones: a) La defensa material: que reconoce a favor del imputado el derecho a defenderse por sí mismo y le faculta a intervenir en toda la actividad procesal - desde el primer acto del procedimiento - de modo que siempre pueda realizar todos los actos que le posibiliten excluir o atenuar la reacción penal estatal; principio que está garantizado por la existencia del debate público y contradictorio; y, b) La defensa técnica, consiste en el derecho irrenunciable del imputado de contar con asistencia de un abogado desde el inicio del procedimiento hasta el final de la ejecución de la condena..." (S.C. N° 1556/2002-R).

En el contexto del mencionado derecho, el TCP acogiendo un criterio de un autor ha señalado (...) en opinión de Jorge Eduardo Vásquez Rossi, se puede decir que si bien es importante la defensa material del imputado, la defensa técnica sigue constituyendo, la más efectiva garantía para el resguardo de sus derechos, sea que se ejerza por el abogado de su confianza, abogados de defensa pública o el defensor de oficio, sostiene que en el art. 9 del actual Código Adjetivo, le otorga prevalencia a la defensa técnica al declarar su carácter irrenunciable, ya que con similares características se encuentra contenida y regulada en los arts. 92 y 94 del CPP; asimismo afirma que, su inobservancia, conforme a lo establecido por el art. 100 del mismo Código, no sirve para fundar ninguna decisión contra el imputado(...), constructo que guarda coherencia también con el criterio de Luigi Ferrajoli cuando develando la trascendencia de la defensa indica (...) que el imputado cuente con un defensor técnico, que no es sino una circunstancia que se deriva del derecho de defensa material del imputado y que por lo mismo, el conflicto que se conoce en el proceso penal, se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, por lo que la correlación entre las partes se vuelva perfecta, donde la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación (fiscal o querellante), admitiendo su papel contradictorio en cualquier acto probatorio. (Derecho y Razón; Luigi Ferrajoli P. 614).

De lo expuesto en relación a lo alegado por el recurrente en el presente caso, los actos que denuncia como lesivos a su derecho a la defensa generados con parcialidad y presunción de culpabilidad durante la tramitación del juicio oral, en el que se tiene establecido de acuerdo al acta de juicio, la sentencia y lo argumentado por el propio recurrente que éste estuvo asistido de defensa técnica, de un letrado profesional en derecho y conforme se tiene establecido al penalmente perseguido le asiste el derecho de realizar todos los actos que le posibiliten excluir o atenuar la reacción penal estatal, interrogar, contra interrogar, pedir aclaraciones activar recursos, etc., por lo que si consideró que las acciones que infiere vulneran su derecho a la defensa como tal o como elemento del debido proceso, nada le impedía que en ejercicio de su derecho a la defensa asistido de su letrado integrado al proceso como un elemento de garantía para el imputado tendiente a equilibrar sus limitaciones respecto al desconocimiento de cuestiones legales, procedimentales activar los mecanismos previstos por la ley procesal, no tenía por qué consentirlos, su derecho a la defensa está compuesto entre otros actos en el poder interrogar, contrainterrogar pedir aclaraciones, activar el recurso de revocatoria, producir la prueba propuesta o a la que se ha adherido en el respectivo momento procesal de acuerdo a su rol y función en el proceso penal de corte adversarial, en consecuencia ejercer su derecho a la defensa en ese escenario en el que conoció y advirtió los mencionados actos lesivos, aspecto que implica también que no se identifica una indefensión material, por lo que tal contexto y hechos no demuestran el defecto absoluto denunciado por los motivos expuestos.

Segundo motivo "2.- Defecto absoluto de sentencia.

Primero.- Vulneración del art. 370-6).

Se denuncia defectuosa valoración de la prueba conforme el resumen concretado en el apartado II del presente auto de vista advirtiendo contradicciones en la sentencia en la declaración del testigo Luis Guillermo Flores M. sobre no recordar el color de la ropa de la

imputada pese a haberla visto varias veces y ser muy detallista; sobre la credibilidad cuando se determina que es testigo directo al haber visto el robo agravado y sostiene que no ha visto nada, alegando al respecto y cuando el tribunal sostiene que ha cometido el delito conjuntamente otra persona y no demostró firmeza en sus declaraciones para sostener su inocencia denotándose contradicciones frente a los hechos con la declaración de Luis G. Flores M. respecto a lo que vio cuando jamás asevero lo dicho por lo que desde la clasificación al testigo no se cumple con la regla de la lógica, experiencia y conocimientos científicos.

Al respecto de lo alegado, en la sentencia en lo que denomina el tribunal a quo la fundamentación probatoria intelectual, se tiene la declaración de Luis G. Flores M. quien entre otros hechos en lo pertinente a lo cuestionado refiere "...al pasar por el inmueble de la Sra. Rosario, escuche un ruido como caída de vidrio o reventón, mi esposa dijo tal vez se están entrando a robar....vi que el pingüino(co imputado) estaba sentado frente a la casa de la Sra. Charo (víctima), deje a mi esposa me vengo a mi depósito y en ese interin veo salir de la casa de la Sra. Rosario a la Sra. Maribel medio apresurada....me saludo y yo también le salude estaba con una polera al parecer rosada con un par de bolsones conjuntamente el Sr. Pingüino..." "nos dirigimos a la plaza les buscamos(a Maribel y Elbis) teníamos curiosidad de lo que estaban llevando... vemos que los dos sujetos estaban parados con bolsones al vernos escapan..." "a eso de las 3 a las 4 de la mañana su primo entra al domicilio y se percata que la Sra. Charo estaba mal, yo entre a socorrer a la Sra. Charo y vi que estaba cansada vi el cuarto de los celulares y no estaban.." al valorar lo extractado califican tal atestación "como testigo directo de robo agravado", en el considerando III fundamentación probatoria descriptiva, que en realidad es la fundamentación probatoria intelectual se vinculan tales hechos con la declaración de la Víctima Rosario Quispe Ricalde refiriendo que se ratifica la declaración, por elementos como el informe del investigador, que refieren a hecho y contexto, en consecuencia se tiene que la valoración respecto al testigo no es irracional ya que de acuerdo a los hechos que ha visto y oído es testigo directo del delito de robo agravado en el sentido de haber visto a dos personas sustraer en bolsones los objetos de la víctima, no se devela contradictoria respecto a no recordar la ropa de la acusada y no es falso lo manifestado respecto a lo que vio y en cuanto a la falta de firmeza de la declaración de la imputada, de la revisión de la sentencia no se tiene ningún elemento que corrobore lo manifestado por la acusada lo cual evidentemente hace inverosímil su versión frente a la declaración de la víctima testigo directo y la atestación ya analizada, en consecuencia no siendo evidente que existan las mencionadas contradicciones y estando valorada la atestación cuestionada vinculada con otras atestaciones y pruebas documentales no se advierte que se vulnere la sana crítica en los elementos mencionados como la lógica, experiencia y conocimientos científicos.

Segundo.- Vulneración art. 370-6) y 11) del CPP.

Al respecto de que se hubiera valorado defectuosamente lo extractado del procedimiento abreviado tomándolo como verdad material, sobre el reconocimiento de culpabilidad del coimputado que se sometió a ese salida alternativa, aún en la hipótesis de que tal valoración sindicada como errada o defectuosa fuera cierta, excluyendo tales hechos que sustentan la sentencia corroborando los ha determinados por otros órganos y medios de prueba, la sentencia no sufre variación alguna tal afirmación y valoración realizada por el tribunal no tiene incidencia en la determinación asumida en la sentencia por ese hecho y no se debela incongruente desde ninguna perspectiva menos cuando solo se enuncia esa incongruencia, consecuentemente no es evidente el agravio denunciado.

Decisorio.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Potosí unificando votos y criterios de sus miembros resuelve en aplicación al art. 413 del CPP.:

1.- Declarar improcedente la apelación restringida interpuesta por Maribel Callpa Cala este auto de vista puede ser recurrido de casación dentro del término y forma que prescriben los arts. 416, 417 del CPP.

Vocal relator: Dr. Julio A. Miranda Martínez.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dres.: Julio A. Miranda Martínez.- María Cristina Montesinos R.

Ante mí: Abg. Jimmy D. Castro Gonzales.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 14 de octubre de 2016, cursante de fs. 503 a 508 vta., Maribel Callpa Cala, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 38/2016 de 28 de septiembre, de fs. 490 a 492 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales Julio Miranda Martínez y María Cristina Montesinos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Rosario Quispe Ricalde contra la recurrente, por la presunta comisión de los delitos de robo agravado y asesinato en grado de tentativa, previstos y sancionados por los arts. 332 y 252 con relación al 8 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 2/2016 de 6 de febrero (fs. 420 a 433), el Tribunal de Sentencia de Tupiza del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a Maribel Callpa Cala, autora de la comisión de los delitos de robo agravado y asesinato en grado de tentativa, previstos y sancionados por los arts. 332-2) y 252-6) con relación al 8 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinte años de presidio, con costas a favor del Estado y de la víctima.

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada Maribel Callpa Cala (fs. 438 a 442 vta.), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 38/2016 de 28 de septiembre, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró improcedente el recurso de apelación restringida, motivando la interposición del presente recurso.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 15/2017-RA de 17 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme a lo establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente refiere que el auto de vista carece de fundamentación, con relación al hecho denunciado como defecto absoluto; asimismo, hace mención a que el auto de vista vulneró el debido proceso, el derecho a la defensa y la igualdad de partes que debe contar todo ciudadano; por otro lado, señaló que la sentencia le condenó a la pena de veinte años de presidio sin contar con prueba plena respecto de su participación en el hecho denunciado; asimismo, menciona que el auto de vista respecto de la prueba de cargo del Ministerio Público en la que se señala que la recurrente no participó en el hecho, expresó: "sobre la valoración sindicada como errada o defectuosa fuera cierta, excluyendo tales hechos que sustentan la sentencia no sufre variación alguna tal afirmación y valoración realizada por el tribunal no tiene incidencia en la determinación asumida en la sentencia", extremo que fuera contradictorio y causa indefensión e incertidumbre jurídica; en el mismo sentido, afirma que el auto de vista no reconoció el verdadero alcance de la declaración Elvis Grover Gonzales, quien dijo que el hecho no estaba planificado; aspecto que, hace ver que el tribunal de alzada incurrió en la misma falta de fundamentación de la sentencia. Por otro lado, el fallo ahora impugnado, ante la falta de fundamentación de la sentencia no reparó dicha falencia, situación que vulnera su derecho a la presunción de inocencia; además, la recurrente cuestiona las declaraciones de la víctima y de Elvis Grover Gonzáles, de estas pruebas señala que la primera, sirvió para condenarla a veinte años de presidio y la segunda, en la cual Elvis Grover asume la responsabilidad en el hecho al someterse a procedimiento abreviado, no es considerada, a efectos de la igualdad de partes; aspectos de los cuales señala: "...¿porque se sometió abreviado Elvis Grover Gonzáles aceptando de todo el hecho como único responsable? Peor aún ¿Porque el Tribunal de Sentencia lo admite el abreviado y da curso a esta culpabilidad? Y en mi caso ¿Cuándo el declara como testigo y expresa que la verdad que soy inocente y que jamás tuve participación en el robo y peor aún en casi quitarle la vida a la denunciante?", de esta transcripción la impetrante refiere que tanto la sentencia como el auto de vista no fundamentan dichos aspectos, que le genera agravio y no cumple con la debida fundamentación. De ahí, que aclara que existe una directriz procedimental para la aplicación de la valoración de la prueba y que el auto de vista no respetó el principio de presunción de inocencia, debido a que no se consideró que el imputado que se sometió a procedimiento abreviado admitiendo su culpabilidad y responsabilidad; y, reconoció que devolvió todos los bienes a su víctima sin que la impetrante hubiese sabido.

I.1.2.- Pettitorio.

La recurrente solicita se admita el recurso de casación y se disponga que el tribunal de apelación dicte nuevo auto, en apego a los precedentes contradictorios y respetando la Constitución Política del Estado, observando el principio de verdad material y el principio de juez natural e imparcial

I.2. Admisión del recurso.

Mediante el A.S. N° 015/2017-RA de 17 de enero, cursante de fs. 517 a 519 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por la recurrente Maribel Callpa Cala, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 2/2016 de 6 de febrero, el Tribunal de Sentencia de Tupiza del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a Maribel Callpa Cala, autora de la comisión de los delitos de robo agravado y asesinato en grado de tentativa, previstos y sancionados por los arts. 332-2) y 252-6) con relación al 8 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 20 años de presidio, con costas a favor del Estado y de la víctima.

Como hecho probado, se estableció que la acusada Maribel Callpa Cala, con pleno conocimiento cometió los delitos acusados, que el robo fue coordinado con Elvis Grover Gonzales, verdad material a la que se arribó principalmente por las declaraciones de Luis Guillermo Flores Miranda, quién manifestó haber visto de forma directa, que en la noche de los hechos, como la acusada salía e ingresaba del inmueble de la víctima y que posteriormente vio como la acusada y Elvis Grover Gonzales, sacaron unos bolsones del inmueble de la víctima, que en horas de la madrugada ingresaron a la habitación de la víctima, donde verificó que la habitación estaba vacía, desordenada y que Rosario se encontraba reducida en el suelo y estrangulada por una mochila, hechos que no fueron desvirtuados por la prueba de descargo; finalmente llegó a concluir, que la acusada al ser descubierta por la víctima en el momento que realizaba el robo, decide acabar con la vida de Rosario Quispe Ricalde, propinándole una cachetada que la hace caer al suelo, luego la asfixia con una chalina, presionando y realizando un nudo hasta hacerle perder el aliento, dejándola tirada en el suelo al considerar que la víctima perdió la vida, tragedia que finalmente no se consuma, porque la víctima fue auxiliada por sus vecinos y familiares, conclusión a la que se arriba de la declaración de la propia víctima, situación que es respaldada además por las declaraciones de Patricia Jimena Jáuregui, Delia Ricalde Mamani vda. de Quispe, corroboradas por los certificados médicos y el muestrario fotográfico.

II.2.- De la apelación restringida de la imputada.

La acusada interpuso recurso de apelación restringida, denunciado: defectos absolutos, señalando que el Tribunal de Sentencia no habría actuado de manera imparcial, porque a tiempo de recibir las testificales de cargo se le habría coartado la defensa técnica; por otro lado, indica que de manera indebida se hubiera dado curso a la renuncia de los testigos ofrecidos por el Ministerio Público, señala también que la sentencia se habría basado en hechos inexistentes por haberse valorado la prueba de cargo de manera errónea, señalando que el testigo de

cargo Luis Guillermo Miranda, no habría respondido a la pregunta referente al color de la ropa que vestía la acusada, a pesar de que el mismo hubiere señalado que el mismo era muy detallista.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Potosí, emitió el auto de vista impugnado, que declaró improcedente la apelación restringida interpuesta por Maribel Callpa Cala, bajo las siguientes conclusiones:

1) Respecto a los actos que denuncia como lesivos a sus derechos a la defensa, a la imparcialidad y a la presunción de culpabilidad, concluyó que esa situación no era evidente, porque durante la tramitación del juicio oral, se observa que la acusada estuvo asistida de su abogado y si consideraba que estaban vulnerado sus derechos a la defensa o al debido proceso, tenía la posibilidad de activar los mecanismos previstos por la ley procesal, por lo que en su momento podía interrogar, contrainterrogar, pedir aclaraciones, activar el recurso de revocatoria, producir la prueba propuesta o a la que se adhirió en el momento procesal oportuno; aspecto que, no lo habría realizado, por lo que se concluye que no se identifica la indefensión.

2) En cuanto a la defectuosa valoración probatoria, consistente en las contradicciones en que hubiera incurrido el testigo Luis Guillermo Flores, relativas a no recordar el color de la ropa de la acusada, concluye que no es evidente la denuncia, porque el referido testigo entre otras cosas refirió que, al pasar por el inmueble de Rosario escuchó un ruido como caída de un vidrio o reventón, que su esposa le habría dicho que quizás están entrando a robar, que vio que el co imputado el pingüino estaba sentado frente a la casa de Charo, que luego de dejar a su esposa regresó a su depósito, que en ese ínterin vio salir apresurada de la casa de Rosario a Maribel, con la cual se saludaron y que la misma estaba con una polera al parecer rosada, cargando un par de bolsones, quien estaba además acompañada de Elvis, luego se trasladaron a la plaza en busca de Maribel y Elvis, quienes al percatarse de haber sido vistos nuevamente, escaparon cargados de los bolsones; posteriormente, a hrs. 3 o 4 de la mañana deciden ingresar al cuarto de Charo, acompañado de su primo, encontrando a la misma tirada en el suelo, que estaba cansada y que lo socorrieron y vio que en el cuarto de los celulares estaba vacío; testifical que es calificada por el Tribunal de Sentencia como testigo directo del robo agravado, que además la referida declaración fue vinculada con la atestación de la víctima y el informe del investigador concluyendo; en consecuencia que de la revisión de la sentencia no habría elemento alguno que corrobore la manifestado por la acusada.

Finalmente en relación a que se hubiera valorado de manera defectuosa el extracto del procedimiento abreviado, concluye que esa afirmación no es determinante en la forma de haber resuelto la sentencia y que la misma se sustenta en otros medios de prueba.

III. Verificación de la denuncia de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el presente recurso de casación, la recurrente denuncia falta de fundamentación del auto de vista y vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, correspondiendo en consecuencia analizar y resolver el motivo en el ámbito del Auto de Admisión N° 15/2017-RA de 17 de enero; a cuyo fin, previamente sentamos las bases que servirán de sustento a la presente resolución.

III.1.- Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas; debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación "Motivación como argumentación jurídica especial", señala: "El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal, pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutive de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia.

III.2.- Sobre la defectuosa valoración de la prueba, su formulación y control.

La denuncia por defectuosa valoración de la prueba, defecto de sentencia descrito en el inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como norma habilitante, debe encontrarse vinculada a la infracción del art. 173 del mismo cuerpo legal; es decir, a la vulneración de las reglas de la sana crítica, que son aquellas que conoce el hombre común (sentido común conocimiento adquirido por cualquier persona de forma espontánea como verdad irrefutable); las reglas de la ciencia, entre las cuales la más aplicada es la de la psicología, que en el caso del juzgador requiere conocimientos mínimos (se aplican cuando el juzgador observa comportamientos), además de las reglas de la lógica (la lógica de lo razonable); es decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente, para crear un razonamiento debidamente estructurado. Lo que implica, que quien alegue defectuosa valoración de la prueba, debe brindar información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los elementos analizados arbitrariamente, únicamente planteado en esos términos el recurso, es posible el control sobre la valoración de la prueba, control que debe ser ejercitado sobre la logicidad de la sentencia, teniendo como circunscripción lo argumentado en el recurso.

Sobre la temática, el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, estableció como doctrina fundadora, que: "Los jueces de mérito son soberanos en la valoración de las pruebas, que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desestimar determinados elementos probatorios, los razonamientos del fallo deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano, siendo este el iter lógico de una sentencia, el que debe fundarse en las leyes del pensamiento, las que independientemente de nuestra experiencia se presentan como necesarias en nuestro raciocinio.

Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda.

El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia y no referirse a actuaciones procesales sin incidencia directa en la resolución de mérito, la inobservancia de estas reglas emergentes de lo expresamente determinado en la ley adjetiva penal deberán ser observadas por los Tribunales que conocen el recurso de apelación restringida previamente a admitirse los recursos por estos motivos y en caso de no ser debidamente subsanada la observación referida, los tribunales deberán declarar inadmisibles los recursos por este motivo, en cuyo caso no podrán reiterarse estos argumentos en el recurso de casación.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural.

Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez.

El análisis de las resoluciones a partir de la formulación de una crítica al sistema de valoración de la prueba, requiere un alto nivel de tecnicidad y fundamentalmente un adecuado manejo de las leyes del pensamiento; así, los profesionales que asisten en los procesos donde se pretende criticar la actividad valorativa del titular del órgano jurisdiccional, requiere un especial manejo de principios tales como el de razón

suficiente, de identidad, contradicción, del tercer excluido, etc.; de igual manera, las máximas de experiencia que son las obtenidas de la observación de la realidad, y que comprueban que ciertos hechos o sucesos se comportan reiteradamente de determinada manera, son parámetros básicos que nos permiten explicar la ocurrencia de ciertos fenómenos cuya extensión, notoriedad, regularidad e identidad, han permitido convertirlos en estándares generales para la comprensión de acontecimientos suscitados a lo largo del tiempo”.

III.3.- Análisis del caso concreto.

Inicialmente se deja presente, que el recurso de casación formulado en la causa fue admitido para el análisis del primer motivo ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización; en consecuencia, sólo se resolverá en la denuncia de falta de fundamentación y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en que habría incurrido el auto de vista impugnado; al respecto, del análisis detallado de las piezas pertinentes, se observa que la recurrente denuncia que el auto de vista recurrido al igual que en la sentencia habrían incurrido en falta de motivación y fundamentación, señalando al efecto que en el caso de autos solo existen “tres elementos probatorios”; sin embargo, a continuación de manera confusa desarrolla sólo dos, que consisten en: 1) La declaración de la supuesta víctima, señalando que la misma no recuerda bien los hechos por haber consumido bebidas alcohólicas, siendo tomada en cuenta sin haber sido sometido a una pericia psicológica; y, 2) La declaración de Elvis Grover, que se declaró autor directo y único responsable del hecho; sin embargo, señala que esta declaración no fue considerada.

Sobre el punto en cuestión, se observa que el auto de vista concluyó señalando que el tribunal a quo en su acápite denominado fundamentación probatoria intelectual, entre otras cosas habría señalado que el testigo Luis Guillermo Flores Miranda, refirió que al pasar por la puerta del inmueble de la víctima, escuchó un ruido como si se tratara de la caída de un vidrio o reventón, que su esposa le dijo que tal vez estaban entrando a robar, que vio al pingüino (co imputado) sentado frente a la casa de la señora Charo, que dejó a su esposa y se vino a su depósito, interin en la que vio salir de la casa de la señora Charo a la imputada quien se encontraba apresurada, con la cual además se saludaron y que la misma se encontraba con una polera medio rosada; asimismo, señala que la indicada se encontraba junto al pingüino y llevaban consigo dos bolsones; y que posteriormente, se dirigió a la plaza con la finalidad de verificar que es lo que llevaban en los bolsones; sin embargo, la acusada y su cómplice al verlo se habría escapado; y que finalmente, a horas tres o cuatro de la mañana habrían ingresado a la casa de Rosario, encontrado a la misma tirada en el suelo y que la socorrieron y que entró al cuarto de los celulares y vio que la mismo estaba vacío y el Tribunal de Sentencia señaló que el mencionado testigo fue un testigo directo, para la calificación del delito de robo agravado, vinculando los hechos mencionados por el referido testigo con la declaración de la propia víctima Rosario Quispe Ricalde, el informe del investigador y en relación a la declaración de la acusada, concluyó que no se tiene ningún elemento que corrobore sobre la declaración de la acusada; respecto a que, se hubiera valorado de manera defectuosa lo extractado del procedimiento abreviado, concluyó que esa situación no es determinante; puesto que, aún de sacarse esa aseveración la sentencia estaría bien sustentada, porque la misma se fundó en otros elementos de prueba.

Ahora bien, se deja establecido que la motivación no implica necesariamente que se realice una exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo, pues la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar las convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas. En sentido contrario, cuando la resolución aun siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas; pues en ese sentido en el caso de autos, se advierte que el auto de vista recurrido se encuentra debidamente fundamentado; puesto que, con referencia a la denuncia de defectos absolutos, al tribunal de alzada de manera clara y precisa señala que durante el acto de juicio la imputada estuvo asistida de su abogado y si consideraba la existencia de vulneración a sus derechos, tenía la posibilidad de activar los mecanismos previstos por ley, podía interrogar, pedir aclaraciones, activar recursos de revocatoria, entre otras; es decir, el de alzada estableció razones suficientes para desestimar el reclamo de la imputada en apelación, que además se fundan en los antecedentes del proceso al advertirse que durante la audiencia de juicio, la imputada estuvo asistida de su abogado defensor quien en ejercicio de la defensa técnica prevista por el art. 9 del Cód. Pdto. Pen., formuló preguntas a la imputada en ocasión de prestar su declaración, expuso sin limitación alguna sus alegatos iniciales, interrogó a los testigos de cargo, intervino solicitando el uso de la defensa material por su defendida, solicitó se franquee actas de declaración, impetró la judicialización de prueba ofrecida, interrogó a los testigos de descargo, hasta que por Resolución de 25 de enero de 2016, se declaró el abandono malicioso del defensor, motivando se notifique a Defensa Pública a los fines de garantizarse el derecho a la defensa. Es así, que la audiencia prosiguió con la asistencia de otro defensor a quien se le otorgó un plazo razonable y la grabación magnética de la audiencia para que asuma conocimiento de lo sucedido en el acto, para luego proseguir con la judicialización de la prueba de descargo, renunciar a su prueba y finalmente formular su alegato final; lo que implica, el ejercicio irrestricto del derecho a la defensa

Por otra parte, el tribunal de alzada con relación a la denuncia de defectuosa valoración de prueba, concluye que la sentencia principalmente se sustenta en la declaración de Luis Guillermo Flores Miranda, que fue calificado como testigo directo del robo agravado, respaldado por la declaración de la propia víctima que conocía perfectamente a la acusada siendo que fue compañera de colegio, pruebas que se respaldaron además por el informe del investigador del caso el cual refiere el hecho y el contexto del hecho acusado; en consecuencia, se tiene que la sentencia no se basó solamente en la declaración de la víctima como señala la recurrente, sino la base de la sentencia es la declaración del indicado testigo que es considerado testigo directo; finalmente, se observa que el tribunal de alzada concluyó que lo extractado del procedimiento abreviado no era determinante puesto que la declaración del co-acusado no tenía ningún respaldo; en consecuencia, menos desvirtuaba los hechos acusados, advirtiéndose en consecuencia que el auto de vista recurrido está debidamente fundamentado, deviniendo en consecuencia este recurso en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuestos por Maribel Callapa Cala, cursante de fs. 503 a 508 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



280

Ministerio Público y otro c/ Jenny Suárez Villavicencio y otros
Incumplimiento de deberes y otros
Distrito: Cochabamba

AUTO VISTA

Cochabamba, 8 de agosto de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la sentencia leída íntegramente el 11 de octubre de 2012, dentro el proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura contra Jenny Suárez Villavicencio, Orlando Lizarazu Mayorga, Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo y Ana María Gutiérrez Royo, por la presunta comisión de los delitos de peculado, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica tipificados por los arts. 142, 154 y 224 del Cód. Pen., respectivamente; los antecedentes procesales y lo dispuesto en el A.S. N° 097/2016-RRC de 16 de febrero.

CONSIDERANDO: I.-

I.1.- Presupuestos de admisibilidad del recurso de apelación restringida planteado.

El Tribunal de Sentencia N° 2 de la capital, ha pronunciado la sentencia leída íntegramente el 11 de octubre de 2012, declarando: a Jenny Suárez Villavicencio, de las generales de ley descritas, autora y culpable de la comisión del delito de peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen., pronunciando sentencia condenatoria en su contra, de conformidad a lo previsto en el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., imponiéndole pena de 8 años de presidio en la Cárcel de "San Sebastián Mujeres" de Cochabamba y 1.000 días multa a razón de Bs 1.00.-, por día, que deberán ser cancelados durante el cumplimiento de la condena, misma que se computará a partir del primer día de su ingreso al penal al haber sido declarada rebelde; a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, de generales de ley descritas, autor y culpable de la comisión del delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., pronunciando sentencia condenatoria en su contra de conformidad a lo previsto en el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., imponiéndole pena de 6 meses de reclusión y multa de 300 días a razón de Bs 1.00.-, por día, a ser cancelados a la ejecutoria de la sentencia, otorgándole el perdón judicial de conformidad al art. 368 con relación al art. 365-II, ambos del Cód. Pdto. Pen.; a Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, de generales de ley detalladas, autora y culpable de la comisión del delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., pronunciando sentencia condenatoria en su contra, de conformidad a lo previsto en el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., imponiéndole pena de 6 meses de reclusión y multa de 300 días a razón de Bs 1.00.-, por día, a ser cancelado a la ejecutoria de la sentencia, otorgándole el perdón judicial de conformidad al art. 368 con relación al art. 365-II, ambos del Cód. Pdto. Pen.; y, a Ana María Gutiérrez Royo de López, de generales de ley descritas, sin responsabilidad de la comisión del delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., en aplicación del art. 363-2 del Cód. Pdto. Pen., pronunciando sentencia absolutoria a su favor, levantando las medidas cautelares personales que pudieran pesar en su contra, sin costas por no concurrir las causas previstas en el art. 266 del indicado Código. De conformidad a lo previsto en el art. 265 del Cód. Pdto. Pen., en relación al art. 365-V de igual cuerpo legal, se condenó al pago de costas por parte de los condenados a favor de las víctimas y del Estado a instancia de los damnificados y del Ministerio Público, averiguables en ejecución de sentencia. Esta sentencia ha sido apelada por las siguientes partes: por el representante del Consejo de la Magistratura mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2012 que corre de fs. 1833 a 1837 del legajo procesal; por el imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga por escrito de 3 de diciembre de 2012 que cursa de fs. 1885 a 1895; por la Fiscal de Materia Ingrid Mónica Mercado Hinojosa a través del memorial de 4 de diciembre de 2012 cursante de fs. 1906-1907; por Jenny Suárez Villavicencio a través de su abogado defensor de oficio Alfonso Pablo Camacho Escobar mediante escrito presentado el 4 de diciembre de 2012 que corre de fs. 1916 a 1918; y, por la imputada Ruth Lilian Espinoza Terán por memorial de 6 de diciembre de 2012 que cursa de fs. 1943 a 1946.

Conforme a la previsión legal contenida en la segunda parte del art. 399 y en el art. 413 del Código Procesal Penal, el recurso interpuesto debe merecer expreso pronunciamiento sobre la admisibilidad y procedencia; consiguientemente, en primer término se pasa a considerar su admisibilidad.

De acuerdo a la regla general, prevista por el art. 396-3) del Cód. Pdto. Pen., para ser admitidos, los recursos deben interponerse en las condiciones de tiempo y forma que determina el código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución recurrida, y de conformidad al art. 408 del mismo cuerpo jurídico, el recurso de apelación restringida debe ser interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia, citando concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y expresando cual es la aplicación que se pretende, debiendo fundamentarse separadamente cada agravio.

Examinados los recursos de apelación restringida que nos ocupa, se establece que cumplen las condiciones de tiempo y forma previstos en los citados preceptos legales, en tal virtud se admiten los mismos, pasándose a resolver los aspectos cuestionados de la resolución impugnada, dentro el marco legal previsto por el art. 398 de la misma Ley Procesal Penal.

1.2.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por el Consejo de la Magistratura.

Con relación a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán, indica que en el Considerando II relativo a la prueba producida en juicio, el Tribunal de Sentencia refiriéndose a las normas legales vulneradas y la subsunción de la conducta de los imputados, llegó a concluir que la comisión del delito de incumplimiento de deberes fue probada de manera debida y suficiente como exige el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., bajo el principio de congruencia exigido por el art. 362 del mismo Código. Que, con relación a Ana María Gutiérrez Royo, en el mismo considerando, bajo la fundamentación que transcriben, se declaró su absolución; sin embargo, el propio tribunal desconoce en la parte dispositiva lo que afirmaron en la sentencia en su parte considerativa, ya que en la pág. 45 num. II-2-A-b) señalaron las funciones y responsabilidades de la cajera de depósitos judiciales, con base a los manuales, instructivos y reglamentos para depósitos judiciales citados, corroborado uniformemente por los testigos, concluyendo que para el cargo técnico, responsable o cajero de depósitos judiciales existía normativa interna, a cuyo cumplimiento estaban obligados, por lo que es falsa la aseveración de la procesada, de que en la Unidad de Depósitos Judiciales no existía normativa interna que observar, por lo que al absolver a la acusada, incurre en contradicción la parte considerativa y dispositiva, viciando el principio de congruencia de la Sentencia, debiendo la parte dispositiva o resolutoria, ser el resultado de la parte considerativa o ratio decidendi, como principio general del derecho y la doctrina.

Tampoco se consideró que jamás se acusó a Ana María Gutiérrez Royo por no haber supervisado a Jenny Suárez, sino porque durante su gestión como cajera se estableció el movimiento irregular de más de ocho mil dólares, como se ha establecido en la sentencia, y por el hecho de que Jenny Suárez accedió al sistema "Salomón" bajo el password de Gutiérrez, siendo que era de su exclusiva responsabilidad el manejo de dicho sistema, así como el ingreso, ya que Jenny Suárez al momento de ser cambiada de cargo perdió toda posibilidad de acceso al citado sistema, por lo que la sentencia también incurre en incongruencia con referencia a los hechos acusados y la forma de resolución en sentencia.

Hace mención a los motivos para la apelación restringida según lo previsto en el art. 407 del CPP., y cita la S.C. N° 1075/2003 de 24 de julio y la disposición del art. 414 del referido Código, afirmando que, en relación a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán, al dictar la sentencia el tribunal no tomó en cuenta los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., no consideró el principio de proporcionalidad ya que el daño ha sido causado al Estado y generado duda sobre la actuación del Consejo de la Judicatura y el Poder Judicial en su conjunto, menos el gran nivel de preparación personal y profesional de los acusados, acreditados durante el juicio oral por los mismos, lo que acentuaba y agravaba la negligencia demostrada con la conducta omisiva, no pudiendo medirse con la misma vara a una persona que ignoraba los procedimientos y que o conocía la normativa que a otro con la experiencia y conocimiento demostrados por los acusados, por lo que correspondía la fijación de la pena máxima, partiendo de la media, principalmente en el caso de las agravantes; no se estableció claramente que elementos de prueba constituyen atenuantes y se ignora cuáles son las agravantes que se señalan en el presente recurso, sólo manifiestan que el tribunal ha considerado todas las circunstancias inherentes al caso, así como los aspectos relativos a la personalidad, el entorno familiar, social, económico, en especial el haberse distinguido en la vida profesional y laboral con anterioridad a este hecho, sin conocer concretamente cuáles son esos aspectos, menos la incidencia de ese conocimiento en la conducta omisiva que tanto daño ha causado al Estado, por lo que se evidencia insuficiencia en la resolución por falta de fundamentación o fijación de la pena. Finalmente, el tribunal no considero el art. 13 del Cód. Pen., situación que se observa cuando establece la subsunción de la conducta de los acusados al ilícito de Incumplimiento de Deberes que se considera doloso por el conocimiento y experiencia que ambos imputados tenían y que sólo fueron considerados como atenuantes y no como agravantes, por lo que correspondía la fijación de la pena mayor.

En cuanto a Ana María Gutiérrez Royo, citando los num. 5) y 8) del art. 370 del CPP., afirma que no siendo necesaria la anulación parcial y reenvío, ya que toda la prueba cursa detallada en la sentencia y en la parte considerativa num. 2-2, denota la subsunción de la conducta de la imputada al delito de incumplimiento de deberes al no haber velado, cuidado, los custodios a su cargo y haber permitido la manipulación del Sistema "Salomón" por una persona que ya no tenía autorización para acceder, ya que era su responsabilidad personal el ingreso al mismo por la usuaria autorizada y la única que contaba con el password, conforme lo señaló el propio Tribunal en la Sentencia al referirse a las obligaciones de la cajera encargada de depósitos judiciales, habiendo determinado que existían normas que no fueron observadas por la acusada, por lo que adecuó su conducta al tipo previsto por el art. 154 del Cód. Pen.

Denota una valoración defectuosa con referencia a los atenuantes y agravantes respecto a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Espinoza Terán, pide que, sin anular la sentencia, se rectifique imponiéndoles la pena máxima. Y, en relación a Ana María Gutiérrez Royo, en aplicación a la última parte del art. 413 del CPP., pide que el tribunal de alzada emita nueva sentencia, declarándola autora del delito de incumplimiento de deberes, imponiéndole la pena máxima de un año, con costas, daños y perjuicios, al no ser necesaria la realización de un nuevo juicio; al respecto cita el A.S. N° 030/12 de 23 de marzo de 2012.

1.3.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por el imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga.

En aplicación de los num. 1), 4), 5), 6), 8) y 10) del art. 370 del CPP., interpone apelación bajo los siguientes fundamentos:

Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. Afirma que no se observó el art. 13 del Cód. Pen., haciendo referencia a la culpabilidad. Que según la hipótesis de la acusación, en su condición de jefe de finanzas mediante actuar omisivo permitió que Jenny Suarez Villavicencio se apropie indebidamente de dineros de la institución, ya que en incumplimiento atinente al cargo, no controló que cumpliera con lo dispuesto por el reglamento de depósitos judiciales y otras disposiciones relacionadas, sumándose el haber firmado informes diarios y mensuales sin controlar la existencia real de la documentación respaldatoria; advirtiendo que, de haber efectuado el control necesario, se hubiese detectado oportunamente las irregularidades en las restituciones de depósitos. Alega que si bien es cierto que existe un resultado típico, antijurídico y reprochable como la apropiación indebida de dineros del Poder Judicial, sin embargo ese hecho fue cometido por otra persona a través de la manipulación del Sistema Salomón, introduciendo datos falsos y modificando el sistema, hecho que no podía haber sido controlado por su persona a través del cumplimiento de todos los manuales, reglamentos o circulares existentes, por lo que no se demostró la intencionalidad de crear una situación omisiva, utilizando el dolo directo o eventual, con el objetivo de permitir que la encargada de depósitos judiciales manipulando el Sistema Salomón realice restituciones ficticias para apoderarse de dineros, para que ese resultado sea el límite de la pena, debiendo haberse analizado en la sentencia, la existencia de intencionalidad en su persona, si a través de la conducta omisiva tuvo intención de permitir ese apoderamiento de dineros del Poder Judicial; no existiendo esa intencionalidad dolosa, ni siquiera la leve sospecha, sino el cumplimiento de sus funciones, conforme demostró con prueba que no fue considerada por el tribunal en la resolución impugnada, signada como L-7, L-8, L-9, L-19, L-20, L-21, L-22, L-23, L-24, L-29, L-30, L-31, L-35, L-36, F-52, F-54, F-68, F-9, F-45, F-66, L-37.

Cita el art. 14 del Cód. Pen., e indica que si los miembros del Tribunal de Sentencia hubieran obrado con imparcialidad, observando este artículo en forma negativa o positiva, con criterios lógicos y sólidos, explicando de manera objetiva porqué su accionar es doloso, cuando se demostró lo contrario, toda vez que no conocía lo que estaba pasando, ni siquiera tenía sospecha de su posible realización, al estar limitado de ingresar al password de Jenny Suarez y advertir la manipulación realizada, extremo demostrado con la prueba L-9, L-68 y P-2. Halla contradicción en el punto II a.- Fundamentación jurídica, sobre su accionar, a fs. 68 vta., al referirse al dolo genérico, para luego subsumir su conducta a los delitos acusados por negligencia, determinando que su accionar fue culposo y no doloso, estableciendo la falta del elemento subjetivo del tipo penal (dolo), para forzar la responsabilidad penal, demostrando contundentemente la errónea aplicación de la ley sustantiva, para sancionarle con un hecho que no cometió.

Indica que también existe errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen., con referencia al art. 145 del mismo; en la sentencia no se determina de manera lógica y jurídica el tipo de participación que tuvo en el hecho que se le sindicó, toda vez que para que su persona sea considerada autor hubiera obrado de manera ilegal, omitiendo, rehusando hacer o retardar un acto propio de sus funciones, no existiendo prueba que demuestre ese hecho, para que exista el delito su persona de manera deliberada, con conocimiento del hecho principal, hubiere omitido realizar un acto propio de su función, permitiendo que Jenny Suárez se apoderare de dineros, proporcionándole acceso al sistema para que ella modifique y se apodere de los dineros producto de esa modificación, por el contrario la sentencia alega que su accionar fue negligente sin delimitar el tipo de autoría. Inducido por el Ministerio Público, el tribunal obro con falta de objetividad, contradiciendo la jurisprudencia de los AA.SS. Nos. 236 de 7 de marzo de 2007, 529 de 17 de noviembre de 2006, 329 de 29 de agosto de 2006, 417/03 de 19 de agosto, 221 de 7 de junio de 2006 y 316 de 28 de agosto de 2006, relativos a la falta de precisión, subsunción y tipicidad de la conducta, considerando que en este caso es atípica, porque se determinó que su accionar fue negligente, sin explicitar ni fundamentar que hubiese ilegalmente omitido, rehusado hacer o retardado. Que, del análisis de todos los elementos probatorios el pleno del tribunal llegó a la convicción de que el acusado no cumplió con el deber de cumplir y hacer cumplir las normas existentes relativas a la responsable de depósitos judiciales Jenny Suárez Villavicencio, dando a entender que su accionar fue culposo, lo que es un absurdo al desnaturalizar el elemento subjetivo que es el dolo, y no explica fundadamente de qué forma realizó tal ilegal omisión de un acto propio de sus funciones, como elemento objetivo del tipo, advirtiendo pretensión de forzar la verdad, asegurando que estaba obligado a hacer cumplir que la cajera cumpliera con su obligación de adjuntar documentación respaldatoria a las órdenes de restitución de depósitos judiciales, hecho que no fue demostrado con prueba, toda vez que como se tiene de la declaración de Félix Linton Ballón Baldivieso, se demostró que no tenía acceso al sistema de control a las manipulaciones que realizaba Jenny Suárez, solo esta podía manipular el sistema ingresando con su password, tampoco se hubiese podido detectar pasando la documentación al superior jerárquico, toda vez que saco el dinero directamente del sistema sin imprimir papeleta, por lo que se desvanece la hipótesis de la acusación, no pudiendo exigirse consecuencias que no están expresamente previstas en el tipo penal, atentando contra el principio de legalidad, conforme se señaló en la S.C. N° 440/2003-R, y el debido proceso.

Existe inobservancia del art. 24 del Cód. Pen., la conducta de Jenny Suárez Villavicencio de apoderarse de dineros del Poder Judicial, no puede responsabilizar a su persona, quién como Jefe superior jerárquico no tenía ninguna forma de ingresar al sistema Salomón y controlar la manipulación informática realizada para ese fin, según lo demostrado por la declaración del testigo de cargo Emilio Felipe González Raumontu, auditor interno del Consejo de la Judicatura, ni los auditores cuando realizaron una auditoría a depósitos judiciales pudieron observar dichas anomalías; siendo intuitu personae la comisión del delito, su persona no tiene participación en el delito de incumplimiento de deberes, pues pese a haberlos cumplido, el hecho de que la responsable del apoderamiento haya manipulado el sistema de manera imperceptible, era imposible de controlar por su persona.

Finalmente alega inobservancia del art. 154 del Cód. Pen., siendo el delito netamente doloso, para cuya comisión debe necesariamente actuarse con conocimiento del hecho y voluntad de que con un accionar omite, rehúse hacer o retarde una función propia, hecho no probado, fundamentado ni sustentado en la resolución impugnada, limitándose a enunciar que su accionar fue omisivo, incluso negligente, lo que no encuadra en el tipo penal señalado, existiendo su errónea aplicación. En consecuencia el tribunal de alzada debe anular la Sentencia disponiendo el reenvío, caso contrario ingresaría en un defecto absoluto que atenta contra los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

Que la sentencia se base en medios y elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación al Código de Procedimiento Penal. Se introdujo como prueba del Ministerio Público un informe de auditoría especial signada como

prueba F-6, que de acuerdo a la declaración de Roger Palacios Cuiza emitió en la investigación a solicitud del Ministerio Público como auditoría y no como peritaje, incumpliendo lo establecido por los arts. 204 y 209 del CPP., y la S.C. N° 21/2007 de 10 de mayo, toda vez que ante la existencia de una auditoría que disponga indicios de responsabilidad penal, civil o administrativa, debe ser remitida ante la Contraloría a efecto de que la institución realice las recomendaciones generales, poniendo a conocimiento del responsable para que asuma su derecho a la defensa, lo que no fue cumplido, como el Informe N° 11/09 de 3 de noviembre signado F-68. Según el art. 333 del CPP, se limita a las pruebas que deben incorporarse al juicio por su lectura, advirtiéndose que de acuerdo a la forma de obtención de ésta prueba, no puede analizarse como una documental, que por su naturaleza debía ser pericial por lo que el tribunal está impedido de asignarle un valor a las pruebas F-6 y F-68 para responsabilizar a su persona, sin embargo a fs. 14 y 21 se les dan valor como prueba obtenida con las formalidades y es utilizada en su contra al habersele dado responsabilidad administrativa como penal.

El informe L-84 UAI N2 2/08 de 5 de mayo de 2008, emergente de una auditoría especial de depósitos judiciales donde solo se le da responsabilidad administrativa, prueba emitida por funcionarios del Consejo de la Judicatura, que sin embargo de haber sido incorporado al juicio por su lectura, no es descrito, considerado ni analizado por el tribunal en la resolución impugnada, vulnerando su derecho a la defensa toda vez que desvirtúa las pruebas F-6 y F-68.

Fundamentación insuficiente y contradictoria. Citando los arts. 124 y 360 del CPP., y las SS.CC. Nos. 1369/2001 y 757/2003, alega que el Tribunal de Sentencia no ha expuesto porqué estima que las declaraciones y prueba de cargo son relevantes o carecen de valor probatorio para subsumir su conducta al delito de incumplimiento de deberes, teniendo la obligación de valorar toda la prueba según las reglas de la sana crítica fundamentando y justificando adecuadamente las razones por la que les otorga determinado valor, en base al análisis conjunto y armónico de toda la prueba producida, y el otorgado a cada una de ellas, no pudiendo reemplazar por la simple anunciación y apreciaciones subjetivas que entran en contradicción con la demostración de la prueba, incluso no valorada como la L-84, por lo que no existe buena fundamentación, ni siquiera descripción de la prueba, conforme establece el num. 5) del art. 370 del CPP. Hace referencia a las sentencias carentes de fundamento lógico y racional, y motivación, como en el presente caso, donde se trata de responsabilizarse por el accionar de otra persona como supuestamente superior jerárquico, reiterando las razones por las que estima no haber incurrido en el delito atribuido y que la sentencia está insuficientemente motivada, le deja en indefensión y vulnera el derecho a la seguridad jurídica previsto en la Constitución Política del Estado, según el precedente contradictorio del A.S. N° 340 de 28 de agosto de 2006, al limitarse a transcribir solo las partes que le interesan y no el total de todo lo que se trató en el juicio oral, transcribe los fundamentos de la acusación y hace una fundamentación incorrecta de normas legales, sin que se ponga en evidencia el iter lógico seguido por los juzgadores a efecto de arribar a la parte resolutive, incumpliendo el art. 124 del CPP; no se analiza la fundamentación de su defensa, para explicar si es creíble, lógica y coherente, así como su prueba judicializada, constituyendo una decisión arbitraria que vulnera el derecho de contar con una resolución debidamente fundamentada, como se tiene en los AA.SS. Nos. 437 de 24 de agosto de 2007, 562 de 1 de octubre de 2004, debiendo ser la valoración expresa, clara, completa, legítima y lógica, lo que no ocurrió en la sentencia impugnada, no teniendo en consecuencia suficiente fundamentación, porque no considera nada de lo planteado por su defensa, no se refiere a los arts. 13, 14, 15, 20, 24 y 154 del Cód. Pen., como era su obligación, indicando si es aplicable o no al caso. No siendo permisible que el tribunal se limite a analizar y valorar la prueba de cargo con tanta pasión y parcialidad, vulnerando el principio de imparcialidad, por lo que corresponde anular la sentencia y ordenar el reenvío.

La sentencia se basa en valoración defectuosa de la prueba. No se ha dado lugar a un análisis conjunto de la prueba lícita introducida sin vulnerar ningún derecho ni garantía constitucional, no observada por las partes, conforme al art. 171 de CPP., sometida a los principios de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, para demostrar que no tuvo participación en el delito de incumplimiento de deberes.

Hace referencia a los arts. 1, 3, 124 y 173 del CPP, a la operación intelectual de la valoración probatoria individual e integral, a los criterios del tratadista Florencio Mixan Mass, y a la finalidad de la valoración probatoria bajo las reglas de la sana crítica, e indica que es necesario demostrar que la motivación de la sentencia está fundada en un hecho no cierto como la supuesta existencia de reglamentos, circulares, toda vez que la resolución establece que no cumplió con las normas, reglamentos, manuales e instructivos directos para el cumplimiento de sus específicas funciones y hacer cumplir, y supervigilar el cumplimiento de los mismos, para la repartición de depósitos judiciales y su efectiva aplicación en los objetivos comprometidos que en definitiva consistían en la protección de los usuarios, sin embargo la prueba de cargo y descargo P-2, F-5, L-5, L-15 y la declaración de Emilio Felipe Gonzáles que indica que cuando cumplía sus funciones no existía manual de funciones, mismo que recién fue entregado en la gestión 2007, realizándose todos los controles desde Sucre.

Afirma que en el segundo considerando, fundamentación fáctica II.1., fundamentación descriptiva de la prueba II.1.A.a) se puntualiza los nombres de todos los testigos de cargo Emilio Felipe Gonzales Raymondeau, Roxana Lineth Daza Rojas, Inés Jenny Rivero Terán, Félix Linton Ballón Baldivieso, Roger Fred Encinas Schoster, Juan Pablo Aparicio Stumvoll, Ligia Elizabeth Cárdenas Aragón, Roger Gonzalo Palacios Cuiza, cuyos testimonios se los califica como importantes al ser dependientes y ex funcionarios del Consejo de la Judicatura, valorando en base a la apreciación conjunta con el resto de la prueba, pero no explican y fundamenta lo alegado por las mismas a su favor, rescatando las declaraciones de cada uno de ellos que le favorece, y a su criterio demuestra ausencia de responsabilidad penal de su parte; no obstante de ello ha sido analizada arbitrariamente en su contra, por lo que la sentencia debe ser anulada por el tribunal de alzada, según lo establecido en los A.V. N° 56/11 de 20 de diciembre de 2011 y los AA.SS. Nos. 39/2011 de 22 de junio, 642/2004 de 20 de octubre, 401/2003 de 18 de agosto, referentes a la defectuosa valoración de la prueba y falta de fundamentación, en correlación con el A.V. N° 554/2004 de 1 de octubre, que ofrece como precedentes contradictorios, lo contrario implica encontrarse en indefensión toda vez que al no valorar correctamente la prueba el tribunal de primera instancia, no puede rebatir la prueba ante el superior, porque se encuentra imposibilitado de realizar la valoración, correspondiendo ordenar la nulidad y el reenvío.

Con relación a la valoración de la prueba documental, las pruebas F-6 y F-68 fueron valoradas en su contra pese a que el tribunal advirtió que fueron obtenidas sin cumplir las formalidades de los arts. 204 y ss., art. 333 del CPP. Asimismo enuncian las pruebas F-8, F-9, F-10, F-12, F-15, F-23, F-31, F-32, F-33, F-49, F-57, F-58, F-59 utilizadas para formar convicción en su contra, las cuales fueron mal valoradas,

toda vez que por sí solas ni de manera conjunta demuestran responsabilidad penal en su contra, lo que amerita nulidad de la sentencia y el reenvío. La prueba L-84 Informe UAI N° 2/08 de 5 de mayo de 2008, de la auditoría especial de depósitos judiciales efectuado por funcionarios del Consejo de la Judicatura, solo le da responsabilidad administrativa, contradice la prueba F6 y F-68, sin embargo de haber sido incorporado a juicio, no ha sido descrita, considerada ni valorada, vulnerando su derecho a la defensa. Tampoco fueron consideradas a favor de su defensa las pruebas L-8, L-9, L-19, L-20, L-21, L-22, L23, L-24, L-29, L-30, L-31, L-35, L-36, F-52, F-54, F-68, F-9, F-45, F-66, L-37 que de manera objetiva demuestran su inocencia. Produjo prueba pericial P-A informe pericial del Américo Fiorilo Lozada, que indica la posibilidad de modificar datos en el Sistema Salomón sin ningún tipo de control y autorización, y que los únicos que podían realizar modificaciones eran los cajeros, tampoco fue valorado por el tribunal sin embargo de ser la causa para el desfalco por parte de la encargada de Depósitos Judiciales Jenny Suarez Villavicencio. Tampoco se valoró la prueba P-2 dictamen pericial de Walter Cortez Vallejo, que concluye que el reglamento de depósitos judiciales es insuficiente por no contar con manual de procedimientos, el que recién se aprobó el 31 de octubre de 2007, después de la apropiación de dineros por Jenny Suárez, que el control y supervisión de las operaciones realizadas en el Sistema Salomón recaen en las personas que desempeñan ese cargo, que la labor de supervisión en su mayoría no son documentales, no significando volver a hacer las operaciones de los subalternos, sino velar porque los procedimientos se cumplan, estando fuera de control la manipulación intencional que los subalternos ejerzan en los sistemas informáticos y operaciones manuales, correspondiendo únicamente indicios de responsabilidad administrativa y no penal. Finalmente, realizan la valoración de la conducta de los acusados en audiencia realizando percepciones subjetivas no previstas en nuestro ordenamiento adjetivo penal; y, al encontrarse la resolución desordenada, reiterativa en aspectos de forma, falta de fundamentación, contradicciones, corresponde al tribunal de alzada anularla y ordenar el reenvío.

Contradicción en la parte considerativa y de esta con la parte resolutive de la Sentencia. Se vulneró la ley de la no contradicción establecida en la lógica jurídica, que enseña que ningún acto procesal debe contener contradicción interna, menos una sentencia que constituye el acto importante del proceso, constituyendo un defecto absoluto establecido en el num. 8) del art. 370 del CPP. En la sentencia contradictoriamente el tribunal establece en el punto II a fundamentación jurídica sobre su accionar fs. 68 vta., que su accionar es culposo y no doloso, por lo que no se configura en los elementos constitutivos del delito de incumplimiento de deberes, correspondiendo en consecuencia dictar sentencia absolutoria a su favor conforme al A.S. N° 724/04 de 26 de noviembre de 2004.

Inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia. Se incumplió el art. 361 del CPP., en la redacción y lectura de la sentencia, habiéndose leído la parte resolutive el 3 de octubre de 2012, lectura de la sentencia íntegra el 11 de octubre de 2012 y recién salió del despacho del juez técnico, presidente el 12 de noviembre de 2012, sobrepasando los tres días perentorios que tenían para la lectura íntegra de la sentencia y la notificación, sin embargo del reclamo realizado, lo que constituye defecto de sentencia establecido en el num. 10) del art. 370 del CPP.

Solicita al tribunal de alzada que se anule la sentencia impugnada y ordene el reenvío, para la sustanciación de nuevo juicio oral.

1.4.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por la representante del ministerio público.

Afirma que en el Pliego Acusatorio de 10 de noviembre de 2009 emitido por el Ministerio Público, se acusó a Jenny Suarez Villavicencio por la comisión del delito de Peculado; a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo por la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, y Ana María Gutiérrez Royo la comisión del delito de incumplimiento de deberes. No obstante de ello y de haberse determinado en la radicatoria estos delitos atribuidos, en la sentencia se puede advertir que respecto a los cargos por la comisión del delito de conducta antieconómica contra los acusados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, el tribunal únicamente se pronunció sobre el delito de incumplimiento de deberes, sin manifestar nada respecto al otro delito, no obstante que tanto la acusación fiscal como la particular fundamentaron para sustentar la comisión de ambos delitos, durante toda la sustanciación del juicio hasta su culminación, encaminando siempre la solicitud de la aplicación de sentencia por la comisión de los dos delitos, y en ese sentido de ha producido abundante prueba documental dirigida a sustentar la comisión de los mismos. En correspondencia con los mencionado se tiene en las págs. 4 y 5 de la sentencia, en los párrafos correspondientes a los hechos atribuidos a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, manifestando el tribunal que se les atribuye la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica previstos por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen.

Inobservancia o errónea aplicación de la ley, num. 1) del art. 370 del CPP., de conformidad al relato fáctico se ha señalado que como producto de la omisión o incumplimiento de deberes en que incurrieron ambos co acusados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, esta mala administración o dirección técnica en que incurrieron ha determinado al mismo tiempo se genere un daño económico para el Consejo de la Judicatura, hoy Consejo de la Magistratura. En consecuencia se debe razonar en qué sentido o alcance se infringió la ley sustantiva, determinándose que el tribunal ha incurrido en error en la subsunción del tipo al no apreciar la prueba y las circunstancias concretas en que se produjeron los hechos descartando la comisión del ilícito de conducta antieconómica, pero sin pronunciarse de manera negativa respecto a éste, es decir obviando emitir sentencia absolutoria sobre el mismo. El error de interpretación penal también se da cuando se vulnera el principio de legalidad al obviar algunos elementos constitutivos del tipo de conformidad al A.S. N° 31 de 26 de enero de 2007.

La sentencia impugnada, en el num. II. 3 de la Fundamentación Jurídica, incurre en esa violación cuando en el acápite de la subsunción de la conducta de los imputados a los delitos acusados, no refiere las razones o motivos por los que se ha de tener que su conducta exteriorizada solamente se subsume en los elementos constitutivos del delito de incumplimiento de deberes, señalando respecto a la conducta antieconómica, que de la prueba no se llegó a precisar que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga haya causado daños al patrimonio o a los intereses del Estado, de tal forma que se reconozca que hubiere actuado en concepto de autor. El fundamento descrito no realiza una correcta valoración de los elementos constitutivos del ilícito previsto por el art. 224 en tanto no se pronuncia sobre la omisión como mala administración, dirección técnica o cualquier otra causa, como fundamento del daño económico causado a la entidad, máxima cuando los

cargos ostentados por estos acusados eran de responsabilidad y debido a la experiencia con que contaban, conforme a la prueba aportada por la propia defensa, siendo evidente que las omisiones en que incurrieron son dolosas, con una exclusiva finalidad y al haber obviado el tribunal pronunciarse, conforme a la teoría del delito sobre los grados de participación criminal dejando en la impunidad por este delito, ha incurrido en los alcances de la inobservancia o errónea aplicación de la ley prevista en el num. 1) del art. 370 del CPP.

De otro lado, existiendo una acusación puntual correspondía en consecuencia una calificación puntual por parte del tribunal, debiendo pronunciarse expresamente en la parte dispositiva si se declaraba la condena o la absolución por el segundo delito perseguido, por lo que sobre este extremo se advierte falta de fundamentación y requisitos que la sentencia debe contener, como garantía del debido proceso, porque toda autoridad que conozca de un reclamo o solicitud o dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer todos los motivos que sustenten su decisión y resolver o pronunciarse sobre todos y cada uno de los extremos solicitados. Cita como precedente contradictorio el A.S. N° 171 de 23 de marzo de 2004, acogiéndose a los que pudieran surgir después del pronunciamiento del fallo conforme a los alcances establecidos en el A.S. N° 595 de 26 de noviembre de 2003.

Pide que previo cumplimiento de los requisitos legales, se remita el recurso a tribunal ad quem para que resuelva dictando nueva sentencia rectificando los errores de derecho en la resolución impugnada.

1.5.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por la imputada Jenny Suarez Villavicencio mediante su defensor de oficio.

Plantea el recurso por errónea aplicación de los nums. 1) y 5) del art. 370 del CPP. Alega que el presente caso corresponde a la línea fijada por la L. N° 004 de 31 de marzo de 2010, en especial al procedimiento en rebeldía estipulado por el art. 344 bis., del CPP., modificado por la L. N° 004. Cita las disposiciones contenidas en el art. 1 del Cód. Pcto. Pen., art. 117 de la C.P.E., arts. 37 y 38 del Cód. Pen.

Alega ausencia de debida fundamentación en la fijación de la pena, al efecto cita el art. 124 del CPP, y el A.S. N° 410 de 20 de octubre de 2006 SPII, e indica que el tribunal aplicó erróneamente la ley sustantiva al fijar la pena, en el punto III.2 Fijación de la Pena de la Sentencia, sin otorgar ninguna explicación y fundamentación de cómo es que se procedió a fijar la pena de 8 años de condena contra Jenny Suarez V. La fundamentación efectuada no alcanza a la referida acusada, toda vez que se encuentra rebelde, con domicilio y paradero desconocido, por tanto la subsunción de los fundamentos del citado punto, no fueron atendidos en la misma manera para ella, como para los otros acusados presentes en la audiencia, que fueron escuchados y considerados por el tribunal, en sus aspectos relativos a su personalidad, lo que no ocurrió con la acusada Suárez, a quién sin tener ningún conocimiento de su personalidad le impusieron la pena de ocho años, máximo legal para el delito, descrito en el Código Penal Cita los arts. 37, 38, 40 y 142 del Cód. Pen., e indica que queda en duda sobre el fundamento por el que el tribunal en pleno decidió otorgar la máxima a su defendida, siendo que no pudo tener contacto, conocimiento acerca de la personalidad, edad, educación, costumbres, conducta precedente, posterior, móviles que le impulsaron a delinquir, su situación económica y social; siendo evidente que el art. 344 bis., del CPP, en consonancia con la S.C. N° 0770/2012 de 13 de agosto, otorga al Órgano Jurisdiccional llevar adelante el proceso penal por delitos de corrupción y posterior sanción al acusado en su rebeldía, empero no indican que se deba aplicar la pena máxima al acusado, sin tomar en cuenta los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., art. 1 del CPP, y art. 117 de la C.P.E., lo que demuestra que al momento de impulsar lo visto y oído en el juicio oral el Tribunal el pleno se olvidó por completo del art. 171 del CPP. Se pregunta sobre qué elementos se basó el tribunal para decidir por la imposición de la sanción máxima a su defendida, si no existía ningún elemento lícito que demuestre tal situación, llegando a la conclusión de que no estamos en el marco de la seguridad consagrada por el art. 3-4 de la Ley del Órgano de Justicia, apartándonos del principio de legalidad. Cita el A.S. N° 100 de 24 de marzo de 2005 SPII.

La aplicación que pretende respecto a ese defecto de sentencia que se encuentra en el num. 5) del art. 370 del CPP., es que el tribunal a quo deba hacer una fundamentación en hecho y derecho de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., para el fundamento en que basó la imposición de condena de ocho años a su defendida en la sentencia.

Ausencia de debida fundamentación en la subsunción del hecho al tipo penal. Hace referencia al contenido normativo del art. 142 del Cód. Pen., a los AA.SS. Nos. 99 de 25 de febrero de 2011 SPII, 215 de 28 de junio de 2006 SPII, 236 de 07 de marzo de 2007 SPII, e indica que a través de los medios probatorios se pudo demostrar que su defendida fue funcionaria pública, que desempeñaba el cargo de encargada de depósitos judiciales del Consejo de la Judicatura, pero no se pudo demostrar la apropiación de los dineros que se encontraban bajo su cargo, no cursando pruebas que demuestren que se apodero de más de \$us. 40.000.-, no cursan pruebas pertinentes respecto a sus cuentas bancarias, estados inmobiliarios de la acusada, de su esposo y entorno familiar, que puedan demostrar de modo directo el apoderamiento y aprovechamiento de la supuesta beneficiaria del desfalco acusado; la sentencia se ha motivado por una hipótesis subjetiva sin base en prueba alguna, legando a determinar la existencia de elementos de apropiación que es requerido en el delito de estelionato. La jurisprudencia nacional prohíbe a los tribunales jurisdiccionales usar suposiciones subjetivas para sus decisiones, más aun con el propósito de demostrar la existencia del tipo y/o elemento del delito, castiga a la acusación que no fue capaz de demostrar la existencia del delito con todos sus elementos, con el dictamen de una sentencia absolutoria, puesto que en materia penal debe demostrarse cada uno de los elementos conformadores del tipo penal, la falta de uno de ellos representa la inexistencia del delito acusado.

En la parte dispositiva de la sentencia se estableció que su defendida debería cumplir ocho años de privación de libertad y mil días de multa a razón de Bs 1.-, por día, disposición que no se evidencia en la parte dispositiva de la sentencia, no guarda relación con la fundamentación jurídica de la sentencia, que explica magistralmente el principio de tipicidad con respecto a la Constitución Política del Estado y las Declaraciones y Convenios Internacionales, llegando al convencimiento que la L. N° 004 no puede ser aplicada de manera retroactiva; sin embargo al momento de condenar e imponer la multa, el tribunal desconoce y se contradice completamente sobre la norma sustantiva que reconoció anteriormente y procede a aplicar una multa que no se encuentra en la L. N° 1768 ni en la L. N° 004. Por lo que el agravio que representa la imposición de mil días multas es porque no se reconoce los principios básicos como el nulla crimen nulla poena sine lege, siendo que la multa para el delito acusado no va más allá de los doscientos días, por lo que solicita la aplicación objetiva de la ley para dar

cumplimiento exacto a la garantía de la seguridad jurídica, toda vez que la falta del elemento apropiación en el delito de peculado que no fue demostrado por la acusación, debió otorgar sentencia absolutoria en vez de condenatoria.

Solicita la aplicación de las normas procesales en vigencia por el tribunal a quo, toda vez que no es posible la condenación en multas que no están legisladas, creando inseguridad jurídica y violación al debido proceso, y al principio de tipicidad, por lo que pide que el tribunal ad quem anule totalmente la sentencia y ordene la reposición del juicio oral por otro tribunal.

1.6.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por la imputada Ruth Lilian Espinoza Terán.

Errónea aplicación del art. 154 del Cód. Pen., y defecto de sentencia previsto en el num. 1) del art. 370 del CPP. Describe el tipo penal del art. 154 del Cód. Pen., y firma que para que se configure el delito, el funcionario público deberá haber adquirido pleno y formal conocimiento de sus deberes formales respecto al rol y función laboral propias de su cargo, por medio de capacitación para el conocimiento del marco normativo que rige su institución pública, que debería estar compuesto por un reglamento interno de funcionamiento del personal o un manual de funciones, que se constituyen en los instrumentos administrativos necesarios para el adecuado y legal ejercicio de la función pública; indica lo que respecto a la antijuricidad manifestó Benjamín Miguel Harb.

Afirma que el delito en el fondo se refiere a no cumplir ciertos deberes que le son obligatorios al funcionario público, por lo tanto es un delito de omisión; que las testificales de cargo que manifestaron que Ruth Lilian Espinoza Terán, al haber firmado formularios en blanco habría adecuado su conducta al tipo penal de incumplimiento de deberes, cuando en realidad estos formularios fueron firmados para facilitar el descongestionamiento de esas oficinas por la cantidad de personas en espera, precisamente se obró de esa forma porque en esas oficinas de depósitos judiciales su persona se veía obligada a improvisar las formas de atención a favor y en resguardo de los derechos de los litigantes, y debido a la falta de capacitación sobre la base de un manual de funciones que no existía y era de responsabilidad de la Dirección Nacional del área de depósitos del Consejo de la Judicatura de Sucre, que regulara el manejo y uso propio de esos formularios que corresponden a depósitos por asistencia familiar, cuando ha quedado demostrado que las reposiciones ilegales las realizó la verdadera culpable utilizando formularios de reposición de fianzas que no son los que firmó en blanco.

Que contrariamente a los requisitos para la configuración del delito de incumplimiento de deberes, ninguno de los informes, circulares, memorándums y manuales presentados contiene y prevé la forma de uso y manejo de los formularios de depósitos, ni tampoco prevé como solucionar en esa época el congestionamiento de trámites y litigantes por falta de personal y delimitación clara de la funciones de cada cargo.

Finalmente, que lo fundamentado respecto al valor que se le otorga a toda la prueba como suficiente para calificar y aplicar el tipo penal del art. 154 del Cód. Pen., en realidad refleja una incorrecta aplicación de esa ley sustantiva, porque no se demostró la concurrencia de los elementos que lo configuran, observándose la ausencia de dolo por tratarse de un tipo penal propio de la función pública por omisión, al evidenciarse que esta sentencia generada por una mala praxis del sistema de la sana crítica no permitió que las pruebas fueran debidamente valoradas para determinar con certeza si correspondía la existencia de los elementos del delito de incumplimiento de deberes, para aplicar este tipo penal; lo que constituye vulneración a la presunción de inocencia, seguridad jurídica, por ende al debido proceso, garantías constitucionales previstas en la anterior y la actual Constitución Política del Estado, por lo que pide declarar procedente la apelación y dictar nueva sentencia absolutoria respecto a su persona o alternativamente determinar el reenvío. Invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 229/12-RRC de 27 de septiembre de 2012.

Inobservancia del art. 173 del CPP., defecto de sentencia del num. 6) del art. 370 del CPP. La sentencia se basa en hechos no acreditados al afirmar en el subtítulo subsunción de la conducta de los imputados a los delitos acusados (pág. 69 y 71), hechos probados y subsunción, con lo que determina la pena en base a hechos inexistentes, no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba, que no logró acreditar que su persona cometió los delitos acusados, valorándose erróneamente atenuantes de culpabilidad a mi favor cuando correspondía por insuficiencia de la prueba, valora indicios y elementos probatorios de la inexistencia del delito de incumplimiento de deberes para dictar sentencia absolutoria a su favor; lo que hace ver que concurre el vicio de sentencia del num. 6) del art. 370 del CPP., por lo que corresponde al tribunal de alzada observar si el juzgador ejerció las reglas de la sana crítica a tiempo de valorar la prueba, es decir si trascendía en la prueba, la ciencia, la experiencia y la lógica del juzgador, aplicado los arts. 173 y 359 del Código Adjetivo. En el caso se vulnera el art. 173 al dictarse sentencia en errada praxis de la sana crítica para aplicar la prueba tasada, al referirse en la sentencia respecto a toda la testifical y documental, aspectos que no merecen ni poseen eficacia probatoria, vulnerando el art. 173, faltando una motivación convincente, generada en una defectuosa valoración de la prueba, lo que constituye vulneración a la presunción de inocencia, seguridad jurídica, por ende al debido proceso y garantías constitucionales previstas en la anterior y la actual Constitución Política del Estado, correspondiendo al tribunal de alzada verificar que la valoración de la prueba no tenga defecto alguno, que no se haya realizado sin revisar las reglas de la sana crítica, encontrándose facultado para reparar dicho defecto y modificar la sentencia o en su caso disponer la reposición del juicio porque no se instituyó la segunda instancia.

Asimismo arguye que simplemente se realizó una descripción generalizada de la declaración prestada por cada testigo y referencia al contenido de sus atestados. Por todo lo expuesto y fundamentado, pide se declare procedente la apelación restringida y se dicte nueva sentencia absolutoria respecto a su persona, o alternativamente se determine el reenvío a fin de que otro tribunal pronuncie sentencia absolutoria a su favor, e invoca como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 308/06 SPS de 25 de agosto de 2006 y 133/12-RA de 22 de junio de 2012.

CONSIDERANDO: II.-

Fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal de alzada.

II.1.- Defectos de sentencia previstos en los nums. 1), 5), 6) y 8) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, que no exista fundamentación de la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria, que la sentencia se

base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba, y que exista contradicción en la parte dispositiva, o entre esta y la parte considerativa.

En la especie, el Consejo de la Magistratura ha impugnado la sentencia alegando en concreto, que con relación a Ana María Gutiérrez Royo se declaró absolución desconociendo en la parte dispositiva lo que afirmaron en la parte considerativa de la sentencia, incurriendo en contradicción; que con el password de Ana María Gutiérrez Royo, durante la gestión de ésta, Jenny Suárez accedió al sistema Salomón generando un movimiento irregular de más de ocho mil dólares, por lo que la sentencia incurre en incongruencia entre los hechos acusados y lo resuelto en la sentencia; y, toda la prueba detallada en la sentencia denota la subsunción de su conducta al delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen. Respecto a los imputados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán no se tomaron en cuenta los arts. 13, 37 y 38 del Cód. Pen., que acentuaban sus conductas omisivas por el daño a un Órgano del Estado, por lo que correspondía la fijación de la pena mayor, existiendo falta de fundamentación y valoración defectuosa de la prueba para la fijación de la Pena. Por esos motivos, estima que existen los defectos de sentencia previstos en los num. 1) y 5) del art. 370 del CPP.

El imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga alega en síntesis, inobservancia de los arts. 13, 14, 24 y 154, y errónea aplicación del art. 20 del Cód. Pen., así como fundamentación insuficiente y contradictoria de la sentencia, y valoración defectuosa de la prueba, en contravención a los arts. 1, 3, 124 y 173 del CPP., al no haberse explicado la conducta dolosa, la omisión deliberada de un deber propio de su, funciones delimitando el tipo de autoría, falta de objetividad y precisión en la subsunción y tipicidad de la conducta, no pudiendo responsabilizarse de la conducta de otra persona, no habiéndose probado que ha cometido el delito de incumplimiento de deberes; y, que la sentencia no expone el valor probatorio de la prueba para subsumir la conducta el delito de incumplimiento de deberes, no existiendo una buena fundamentación y motivación, ni siquiera descripción probatoria, lógica y racional; finalmente, que la sentencia se basa en valoración defectuosa de la prueba, analizada arbitrariamente en su contra, además de no haberse descrito ni valorado algunas de las pruebas judicializadas; finalmente que, la sentencia no debe contener contradicción interna, empero contradictoriamente el tribunal establece en el punto II la fundamentación jurídica que su accionar es culposo y no doloso, por lo que no se configura el delito de incumplimiento de deberes, correspondiendo en consecuencia dictar sentencia absolutoria a su favor, por lo que invoca los defectos de sentencia previstos en los num. 1), 5), 6) y 8) del CPP.

La representante del Ministerio Público alega en lo esencial, que se acusó a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo por la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, sobre cuya base se sustanció el juicio hasta su culminación, sin embargo el Tribunal de Sentencia incurrió en error de la subsunción del tipo al no apreciar la prueba, descartando la comisión del delito de conducta antieconómica y sin pronunciarse al respecto en la sentencia, ni referir los motivos por los que la conducta sólo subsume en el delito de incumplimiento de deberes, dejando en la impunidad por el otro delito; asimismo advierte falta de fundamentación y requisitos en la sentencia, con sustento en el num. 1) e implícitamente el 5) del art. 370 del CPP.

La imputada Jenny Suárez Villavicencio, representada por su defensor de oficio, afirma en concreto, que existe falta de fundamentación en la fijación de la pena, invocando los arts. 37, 38, 40 y 142 del Cód. Pen., al no explicar la sentencia los motivos para la aplicación de la pena de ocho años de privación de libertad. Arguye ausencia de la debida fundamentación en la subsunción del hecho al tipo penal de peculado, no habiéndose demostrado la apropiación de dineros que se encontraban a su cargo, y que se le ha condenado en multas no legisladas, creando inseguridad jurídica, en violación al debido proceso y al principio de tipicidad; por lo que ampara su recurso en los defectos de sentencia de los num. 1) y 5) del art. 370 del CPP.

La imputada Ruth Lilian Espinoza Terán, en lo sustancial, arguye que no se ha demostrado la concurrencia de los elementos que configuran el delito de incumplimiento de deberes, existiendo una incorrecta aplicación del art. 154 del Cód. Pen., observándose ausencia de dolo por omisión, generándose la sentencia en una mala praxis del sistema de la sana crítica por inobservancia de los arts. 173 y 359 del CPP., que no permitió la debida valoración de la prueba, basándose la sentencia en hechos no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba, habiéndose realizado simplemente una descripción generalizada de las declaraciones testimoniales, vulnerando la presunción de inocencia, la seguridad jurídica, el debido proceso y las garantías constitucionales. Por lo que estima que existen los defectos de sentencia previstos en los num. 1) y 6) del art. 370 del CPP.

De lo expuesto se concluye que los citados apelantes han impugnado la sentencia alegando -entre otros- defectos de sentencia previstos en los num. 1), 5), 6) y 8) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., mismos que se encuentran estrechamente ligados entre sí, toda vez que la debida fundamentación, motivación y congruencia de la resolución, como elemento del debido proceso; es en esencia, el resultado de una adecuada fundamentación fáctica, fundamentación probatoria que implica la valoración probatoria descriptiva e intelectual de la prueba producida en juicio oral, de su contrastación con los supuestos de hecho expuestos por las partes, y la subsunción jurídica de los mismos a las disposiciones legales pertinentes, que se traduce en la fundamentación jurídica; fundamentaciones que en su conjunto deben trasuntarse en argumentos claros, explícitos, lógicos, coherentes y completos; por lo que corresponde resolver dichos puntos de apelación efectuando el análisis integral de la fundamentación de la sentencia impugnada.

Respecto a la debida fundamentación y motivación de las resoluciones, reiterando sus precedentes vinculantes, el ahora Tribunal Supremo de Justicia, en el A.S. N° 065/2012-RA de 19 de abril señaló: "(...) es menester señalar de manera general que uno de los presupuestos del ámbito del derecho al debido proceso exige que toda resolución judicial sea debidamente fundamentada, lo que genera en cada autoridad que dicte una resolución, el deber de exponer imprescindiblemente los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma; pues en el caso de inobservar estas exigencias, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en la práctica toma una decisión de hecho mas no de derecho que vulnera el debido proceso, que permite a las partes conocer cuáles son las razones, los motivos o las argumentaciones jurídicas de la decisión adoptada por un tribunal de justicia a fin de que la resolución reúna las condiciones de validez necesarias. De manera específica la sentencia penal que pone fin al acto de juicio debe contener la necesaria motivación que exige de parte del juez o Tribunal de Sentencia desarrollar una actividad fundamentadora o motivadora del fallo que

comprende varios momentos; a saber: la fundamentación descriptiva, la fundamentación fáctica, la fundamentación analítica o intelectual y la fundamentación jurídica.

En la fundamentación descriptiva la autoridad judicial debe proceder a consignar cada elemento probatorio útil, mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido, dejando constancia en el caso de la prueba testifical de las ideas principales y pertinentes que se extraen de la declaración del testigo, procurando no hacer una transcripción literal de la declaración; siendo también aplicable este criterio con relación a los peritos que puedan concurrir personalmente a la audiencia de juicio. En el caso de la prueba documental y pericial, esta fundamentación descriptiva quedará cumplida al dejarse constancia de los datos más relevantes de esta prueba con mayor énfasis de las conclusiones atinentes o relevantes del caso.

La fundamentación fáctica es el momento en el cual debe establecerse cuales los hechos estimados como probados; es decir, el establecimiento de los hechos que positivamente se tengan por demostrados de conformidad con los elementos probatorios que hayan sido incorporados legalmente en la audiencia de juicio; esta fundamentación es necesaria, pues de ella posteriormente se procederá a extraer las consecuencias jurídicas fundamentales y establecer en su caso la responsabilidad penal del imputado o su absolución; siendo esencial que en esta fundamentación se proceda a efectuar una descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos establecidos como verdaderos.

El tercer momento es la fundamentación analítica o intelectual, en la que no sólo se trata de apreciar cada elemento de juicio en su individualidad, sino de aplicar conclusiones obtenidas de un elemento a otro, lo que implica, una apreciación en el conjunto de toda la prueba judicializada. En este momento, la autoridad judicial competente de emitir una sentencia, deberá dejar constancia de los aspectos que le permitieron concluir en el caso de las declaraciones testificales porque consideró coherente, incoherente, consistente o inconsistente, veraz o falsa la declaración de los testigos, es decir, expresar tanto las razones que se tiene para creer a alguno o algunos de los testimonios, como las razones que se tiene para rechazar o desechar otro u otros; similar tarea deberá ser desarrollada respecto a la prueba documental y pericial, debiendo dejarse constancia sobre el merecimiento o desmerecimiento de cada prueba así como su relevancia o no.

La fundamentación jurídica, es el momento en el cual el juez o tribunal a partir de la identificación de los aspectos fácticos atribuidos en la acusación y previo análisis de las distintas posibilidades argumentativas debatidas por las partes, opta racionalmente por una de ellas, precisando por qué considera que los hechos deben ser subsumidos en tal o cual norma sustantiva; no siendo suficiente la mera enunciación del tipo o tipos penales atribuidos al imputado, sino a partir de la cita de los preceptos legales a ser aplicados y en su caso de una somera indicación de los aspectos necesarios relativos a la teoría del delito que resulten aplicables; el juez o tribunal deberá establecer por qué estima que se está ante una acción típica, lo que importa la concurrencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal en cuestión; además, de antijurídica, culpable y finalmente sujeta a una sanción.

Por último, deberá procederse a la motivación en el momento de la individualización de la pena precisando las razones que justifican su aplicación al caso concreto. Además, es necesario destacar que, de acuerdo a lo previsto por el art. 370-5) del CPP, constituye defecto de la sentencia, el hecho de que no exista fundamentación o que ésta sea insuficiente o contradictoria." Para finalmente establecer la siguiente doctrina legal aplicable: " Una vez desarrollado el acto de juicio y agotadas las distintas actividades descritas por el Código Procedimiento Penal, que hacen a su sustanciación, el juez o Tribunal de Sentencia en observancia del derecho al debido proceso, deberá proceder a emitir la sentencia que corresponda a través de una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, lo que supone la precisión del conjunto de hechos que se tienen por ciertos o debidamente probados con los requisitos de claridad y precisión; la transcripción sintética pero completa del contenido de la prueba; la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, esto es la labor de adecuación o no del hecho al presupuesto normativo; y, la aplicación de la pena; incurriéndose en fundamentación insuficiente la ausencia de cualquiera de las fundamentaciones señaladas; por ende, en el defecto previsto por el art. 370-5) del CPP.

Ahora bien, el tribunal de apelación, en ejercicio de la competencia asignada por el art. 51-2) del CPP, tiene el deber de verificar que el tribunal inferior al emitir la sentencia haya desarrollado la debida labor de motivación, por lo que de constatar la concurrencia de fundamentación insuficiente, en consecuencia del defecto insubsanable señalado por el citado art. 370-5) del CPP; disponer la reposición del juicio por otro juez o Tribunal de Sentencia".

En el mismo sentido, la Doctrina Legal Aplicable emitida por la Corte Suprema de la Nación en el A.S. N° 025 de 4 de febrero de 2010, entre otros, referente a la fundamentación de la sentencia establece: "Que el juicio oral, público y contradictorio conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla tutelado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio, en ese sentido, las partes asumen el rol protagónico de someterse a las reglas del debido proceso en igualdad de condiciones, por tal circunstancia, los jueces y Tribunales de Sentencia, deberán emitir los fallos en forma fundamentada consignando todas y cada uno de los hechos debatidos en el juicio, con una análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo incorporadas legalmente al proceso, debiendo la fundamentación ser clara sin contradicción entre la parte considerativa y resolutive, con indicación de las normas sustantivas o adjetivas que respalden el fallo requisitos que toda sentencia debe contener, constituyendo su omisión en defectos de sentencia insubsanables al tenor del art. 370-3) y 5) del Cód. Pdto. Pen., por lo que en esos casos corresponde aplicar el primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen".

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ese mismo auto supremo, ha considerado los siguientes aspectos: "3) La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que asegura la publicidad de las razones que tuvieron los jueces para pronunciar sus sentencias, permitiendo el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces, la motivación también responde a otros fines, que deberán ser conocidas por los interesados, o sea las diferentes razones que justificaron el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley le concede, al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer el control

como para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales, por tal circunstancia, la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser:

a) Expresa: En razón que el tribunal no puede suplirla por una remisión a otros actos o a las constancias del proceso o reemplazarlas por una alusión de la prueba, en ese sentido la ley exige que el juzgador consigne las razones que determinaron su decisorio, expresando sus argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por el para arribar a la conclusión definitiva.

b) Clara: En toda resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún de los legos.

c) Completa: Esta exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en diferentes recursos que se analizan y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión, por tal razón, el tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinaron el fallo, en ese sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar, por tal circunstancia la motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa debe referirse al petitum y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a los que se arribó luego del examen de la veracidad de las denuncias formuladas.

d) Legítima: La legitimación de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar de oficio la legitimación del proceso, por tal circunstancia, el fallo que se funda en consideraciones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

e) Lógica, que exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, en ese sentido, el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión, sustentado en las reglas de la lógica, psicología y experiencia...".

Consecuentemente, el juez o tribunal tiene la obligación de pronunciar motivadamente el fallo, identificando en principio los hechos acusados, lo que se conoce como la fundamentación fáctica; posteriormente debe pasar a describir los elementos probatorios que han sido desfilados y/o judicializados en el juicio oral, decir qué pruebas documentales o literales han ingresado al juicio oral, detallando específicamente a qué se refieren las mismas, de igual manera debe describir o narrar lo esencial de las declaraciones de los testigos o peritos, es decir, que es lo que han manifestado respecto del hecho acusado en lo esencial, no siendo necesario transcribir todo lo declarado; posteriormente el juez o tribunal tiene la obligación de valorar y analizar íntegramente las pruebas producidas, apreciando uno por uno los elementos de convicción producidos, explicando a qué convicción lógica conduce la apreciación integral de la prueba, aplicando las reglas de la sana crítica, lo que constituye la fundamentación probatoria; finalmente debe realizar una fundamentación jurídica y subsumir una determinada conducta (hecho) a un tipo penal, explicando las razones lógico jurídicas por las que estima que a través de la prueba se ha llegado a determinada certeza.

De lo expuesto se puede concluir que la sentencia, es el resultado de un examen amplio de los hechos (base fáctica), que vienen del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, de cuyo examen el tribunal juzgador debe calificar si la descripción específica de la conducta del acusado corresponde a un tipo punible previsto en las leyes y así emitir la sentencia que corresponda; razón por la cual, toda sentencia debe tener tres tipos de fundamentaciones la fáctica, probatoria (descriptiva e intelectiva) y la jurídica.

En cuanto a la suficiencia de la fundamentación de las resoluciones, reiterando los lineamientos precedentes, el Tribunal Constitucional ha señalado en la S.C. N° 0903/2012 de 22 de agosto: "(...) la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo, pudiendo ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiéndose expresar las convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas; al contrario, cuando la resolución aun siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas..." (S.C. N° 2023/2010-R de 9 de noviembre reiterada por la S.C. N° 1054/2011-R de 1 de julio).

De lo expuesto, inferimos que la fundamentación y motivación de una resolución que resuelva cualquier conflicto jurídico, no necesariamente implica que la exposición deba ser exagerada y abundante de consideraciones, citas legales y argumentos reiterativos, al contrario una debida motivación conlleva que la resolución sea concisa, clara e íntegra en todos los puntos demandados, donde la autoridad jurisdiccional o en su caso administrativa, exponga de forma clara las razones determinativas que justifican su decisión, exponiendo los hechos, realizando la fundamentación legal y citando las normas que sustentan la parte dispositiva de la resolución; en suma se exige que exista plena coherencia y concordancia entre la parte motivada y la parte dispositiva de un fallo".

En ese contexto, de la revisión de la sentencia venida en apelación, el acta de registro de audiencia de juicio oral y los antecedentes procesales, se puede verificar que, en la Acusación Fiscal de 10 de noviembre de 2009, bajo el argumento central de que Jenny Suárez Villavicencio durante el cumplimiento de sus funciones como encargada de Depósitos Judiciales del Poder Judicial, manipulando el sistema informático "Salomón" a su cargo e introduciendo datos y documentación falsa, o sin respaldo documental idóneo, efectuó restituciones ficticias, apropiándose de dinero del Poder Judicial; situación que fue permitida o posibilitada por sus inmediatos superiores Ruth Lilian Espinoza Terán, contadora y Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, jefe del Departamento de Finanzas, dependientes del Consejo de la Judicatura del Distrito de Cochabamba, quienes debido a la falta de control y supervisión de la actividad de Jenny Suárez Villavicencio, omitieron realizar actos propios de sus funciones, favoreciendo a que dicha funcionaria pueda beneficiarse económicamente y apropiarse de dineros de la institución, provocando un desfalco cuantioso a las arcas de la entidad, perjudicando el pago correcto a los verdaderos interesados y afectando la imagen de la institución. Que Ana María Gutiérrez Royo, antes encargada de habilitación, asumió el cargo de encargada de Depósitos Judiciales desde marzo de 2007, habiendo denunciado estas irregularidades recién en agosto de 2007, permitiendo las restituciones ficticias realizadas por Jenny Suárez Villavicencio, en consecuencia el desfalco, situación que fue de su conocimiento desde el 9 de mayo de 2007, oportunidad en

que presenció por primera vez la manipulación realizada en el Sistema "Salomón" por Jenny Suárez Villavicencio, permitiendo posteriores manipulaciones en el periodo de 1 de febrero de 2007 a 30 de julio de 2007. El Ministerio Público calificó jurídicamente éstos hechos, acusando a la imputada Jenny Suárez Villavicencio por la comisión del delito de peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen.; a los imputados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán por los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica tipificados en los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., y a Ana María Gutiérrez Royo por el delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen. (fs. 4 a 19); si bien se presentó la acusación particular del Consejo de la Judicatura (ahora Consejo de la Magistratura) el 12 de diciembre de 2009, en el marco previsto por el art. 342 del Cód. Pdto. Pen., el Auto de Apertura de Juicio de 14 de enero de 2010 definió como base del enjuiciamiento penal contra los citados imputados, la Acusación del Ministerio Público, sin ninguna observación de las partes.

De la lectura del acta de registro de audiencia de juicio oral y la sentencia, se puede verificar que se dio cumplimiento a las disposiciones previstas en el art. 344 del Cód. Pdto. Pen., dándose lectura a las acusaciones y al auto de apertura, reiterando una vez más a las partes los hechos sobre los que se basó el juicio oral. En la redacción de la sentencia, se ha precisado específicamente la enunciación del hecho acusado y circunstancias que han sido objeto del juicio, que constituye la fundamentación fáctica de la sentencia, conforme consta en el primer considerando de la sentencia, donde se han narrado todos los supuestos de hecho en que se sustenta la acusación fiscal y particular, individualizando los hechos específicamente atribuidos a cada uno de los acusados, calificados jurídicamente como delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica tipificados en los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., atribuidos a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, delito de peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen., que se atribuye a Jenny Suárez Villavicencio, e incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., a Ana María Gutiérrez Royo de López. (Fs. 1649-1650).

En el segundo considerando de la sentencia, apartado II-1., se evidencia la fundamentación probatoria descriptiva, donde se ha detallado y descrito toda la prueba de cargo y descargo judicializada, asignándoles específicamente su valor probatorio (fs. 1650 vta., a 1668); es decir que también se tomó en cuenta las pruebas L-8, L-9, L-19, L-20, L-21, L-22, L-23, L-24, L-29, L-30, L-31, L-35, L-36, F52, F-54, F-68, F-9, F-45, F-66, L-37 que el apelante Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga reclama como no consideradas, pudiendo observarse en la sentencia apelada, que ha sido considerada por el tribunal a quo según su aporte probatorio en relación a los presuntos hechos específicamente atribuidos a los acusados, habiendo llevado toda la prueba pertinente y conducente valorada, a la convicción de que se ha demostrado determinados hechos precisados en la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia.

Respecto a la prueba de descargo L-84 consistente en el Informe de Auditoría Especial de Depósitos Judiciales UAI N° 2/08 de 5 de mayo de 2008, ofrecida y presentada por Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga; efectivamente, el tribunal hizo total abstracción de la misma; sin embargo, el apelante no ha cumplido con la indispensable carga argumentativa impugnatoria, que le obliga a explicar cuáles son los motivos por los que dicha prueba desvirtúa la información que introducen las pruebas F-6 y F-68, incluso la demás prueba en que se sustenta la sentencia de condena, al grado tal que el resultado de su valoración haría cambiar totalmente la situación jurídica del imputado, en una sentencia de absolución; máxime cuando el único argumento del apelante, es que la prueba L-84 emergente de una auditoría especial de depósitos judiciales le otorga solo responsabilidad administrativa y desvirtúa las pruebas F-6 y F-68, sin explicar por qué constituye una prueba capaz de destruir por sí sola, los hechos que han sido demostrados por la demás prueba que demuestra la responsabilidad penal del nombrado imputado; por lo que carece de trascendencia respecto a todos los elementos probatorios conducentes valorados por el órgano juzgador, bajo los principios de inmediación y contradicción, que han llevado al Tribunal de Sentencia N° 2 de la capital a la convicción de que el imputado Orlando Lizarazu ha incurrido en el hecho ilícito calificado como Incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen.; por ende, en atención a la doctrina legal aplicable definida en el A.S. N° 097/16-RRC de 16 de febrero de 2016, no corresponde decretar la nulidad por la referida omisión; correspondiendo aclarar en este apartado, que el tribunal de alzada no tiene facultad para valorar y/o revalorizar la prueba, ni contrastarla entre sí.

En el mismo considerando segundo, apartado 11.2., el tribunal de sentencia ha pasado a redactar la parte esencial de la sentencia: la fundamentación probatoria Intelectiva, en la que anunciando expresamente la observancia del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., en la valoración de la prueba, pertinente a los hechos específicamente atribuidos en las acusaciones y conducente para demostrarlos o desvirtuarlos, ha expresado la motivación, precisando los hechos demostrados respecto a cada uno de los acusados, bajo el siguiente texto argumentativo:

"II.2.- Fundamentación intelectual de la prueba.

En estricta sujeción al mandato contenido en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., como se precisó, el tribunal ha desplegado una actividad valorativa integral de forma conjunta y armónica de toda la prueba producida, otorgando el valor a cada uno de los elementos de prueba, con el fin de determinar, si los datos obtenidos en la producción de la prueba judicializada en la audiencia del juicio oral, público, continuo y contradictorio, poseían la cualidad suficiente para destruir la presunción de inocencia de los acusados y permitir al pleno del tribunal obtener la certeza objetiva e incontestable más allá de la duda, sobre la pretensión punitiva del Estado, mediante la sana crítica racional formando libremente su convicción, pero estableciendo los fundamentos de la misma apoyados en proposiciones lógicas correctas, utilizando el juicio razonado en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad, de donde resultan los siguientes;

II.2.A. Hechos probados.

II.2.A.a) Que los cuatro acusados eran funcionarios del ex Consejo de la Judicatura que formaba parte del entonces Poder Judicial de la Nación, conforme a los siguientes datos:

Jenny Suarez Villavicencio.

Según los datos insertados en las acusaciones pública y particular esta persona habría: ingresado a trabajar al ex Consejo de la Judicatura en distintos cargos desde 1995, habiéndose desempeñado como encargada de Depósitos Judiciales desde el 1 de febrero de 2001 hasta el 28 de enero de 2007; el 1 de marzo de 2007 asumió el cargo de encargada de habilitación. Este extremo fue sostenido de manera

unisona por los tres coacusados que prestaron su declaración ante el pleno del tribunal, por ejemplo Orlando Lizarazu Mayorga al respecto indicó: "Jenny Suárez como encargada y como única funcionaria también era cajera en ese momento... Jenny Suárez y el cajero y la encargada de depósito está a cargo de centralizar el movimiento de las dos cajas... era encargada para la elaboración de cuadros para remitir... la cajera realiza el movimiento y hace el pago". A este mismo respecto Ana María Gutiérrez refirió "La designación era a partir de febrero, y por eso se me indicó que ese mes cumpla funciones de habilitada, el 5 de marzo con un acta Jenny me hace entrega del efectivo de caja". A su turno Ruth Espinoza manifestó; "simplemente tuve conocimiento de unas dos hojas un manual de uso de formularios que me dio la encargada, que yo sepa no se efectuó capacitación a ninguna persona salvo a Jenny Suárez porque ella estaba designada para depósitos judiciales". Por otra parte absolutamente todos los testigos de cargo, de manera especial los auditores de este Distrito y aún los testigos de descargo ofrecidos por la coacusada Ana María Gutiérrez, refirieron de manera conteste que la acusada Jenny Suarez Villavicencio trabajaba en la Sección Depósitos Judiciales del entonces Consejo de la Judicatura, es el caso de la testigo María Consuelo Vedia Mejía que durante su atestado en reiteradas ocasiones se refirió a este extremo de la siguiente manera: "Jenny Suarez y Ana María eran compañeras de trabajo en la oficina de depósitos judiciales donde trabaje de manera temporal tres meses de 2005 aproximadamente... Jenny trabajaba en Depósitos Judiciales desde que llegue el 2005 ella estaba encargada de Depósitos... Cuando volví el 2007 Ana María Gutiérrez estaba como encargada de depósitos judiciales y Jenny Suarez estaba en habilitación... Jenny iba a la oficina cuando había mucha gente trabajaba en el equipo de Ana María... Jenny conocía el sistema Salomón, como lo manejaba no lo podía ver desde mi escritorio, ella era encargada de depósitos judiciales, tenía otros accesos a parte de asistencia familiar dentro del Sistema Salomón... Jenny era la que verificaba el trabajo que me daba, no sé si revisaba la demás documentación... ()", a este mismo respecto el testigo Luis Mauricio Ortiz Vargas indicó lo siguiente; "El 2005 como auxiliar de depósitos mi inmediato superior era la encargada Jenny Suarez y como jefe de finanza el Lic. Lizarazu, hasta marzo de 2007 seguía Jenny después de la institucionalización asumió la Lic. Gutiérrez". Por su parte el testigo Fernando Luis López Saavedra con relación a este extremo dijo: "quedando como encargada de remuneraciones Jenny Suarez, quien no entendía, no sabía el sistema... Jenny no tomaba interés en el trabajo me dijo que no quería estar ahí, que no le gustaba, que si o si quería volver a depósitos... un señor reclamó a Jenny por alguna cuestión de depósitos judiciales, desconociendo mayores datos", extremo este que ha sido corroborado con las pruebas literales codificadas como F-3 Oficio U.A.I. CJ OF. N° 292 de 26 de septiembre de 2007 "mismo que informa de las irregularidades de manipulación de la ex encargada de Depósitos Judiciales"; F-61 certificación expedida el 20 de noviembre de 2007 "el que certificaría tiempo y cargos desempeñados de trabajo; F-65 fs.16 certificaciones de 28 de octubre de 2009 que contiene la fecha de ingreso, y todos los cargos y/o funciones que desempeñaron desde la fecha de inicio hasta el 2009 dentro de la entidad las siguientes personas: Orlando Lizarazu Mayorga, Ruth Lilian Espinoza Terán, Ana María Gutiérrez Royo. Fdo. jefe de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, Vladimir Bilbao Carballo".

Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga.

Con relación a este acusado el Ministerio Público sostuvo en su acusación que este fungió como jefe de finanzas del Consejo de la Judicatura manifestando expresamente que; "el actuar omisivo de Orlando Lizarazu, quien como jefe de finanzas permitió a Jenny Suarez Villavicencio la consumación de las irregularidades (restituciones ficticias) ... es decir, Orlando Lizarazu en su condición de jefe de finanzas del Consejo de la Judicatura y superior jerárquico de la funcionaria encargada de depósitos judiciales... ()", agregan además los representantes del Ministerio Público que; "Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga como jefe del departamento de finanzas del Consejo de la Judicatura, cargo directivo... ()", en igual sentido se pronunció la acusación particular. Por su parte este acusado en su declaración ante el pleno del tribunal manifestó textualmente lo siguiente: "en el área judicial ingrese el 2000 octubre me presente al concurso de méritos público que hizo el concejo de la judicatura para el cargo de delegado administrativo del Distrito asumiendo estas funciones simultáneamente a las funciones de finanzas en ese momento hasta el 2005". Extremo al que también se refirieron los testigos, Luis Mauricio Ortiz Vargas con relación a este acusado refirió que; "Trabajé el 2005 como auxiliar de depósitos mi inmediato superior era la encargada Jenny Suarez y como jefe de finanzas el Lic. Lizarazu", por otro lado Consuelo Vedia Mejía con referencia al acusado Lizarazu manifestó: "Relación entre Jenny el Lic. Lizarazu era su superior... Por instrucciones superiores del Lic. Lizarazu ella iba a apoyar a habilitaciones", también Roger Gonzalo Palacios Cuiza se refirió a la situación de este acusado indicando: "En el informe preliminar... se determinó indicios de responsabilidad administrativa y penal en contra de las ex cajeras Jenny Suarez y Ana María Gutiérrez, también Lic. Lizarazu y contadora Ruth Espinoza, las dos primeras respecto al incumplimiento de la normativa y al registrar sus contraseñas al realizar restituciones sin documentación manipular para pagar con otros fondos. A los dos últimos por la falta de supervisión o supervisión deficientes, que permitió varias restituciones irregulares". Extremo que fue ratificada por las pruebas codificadas como: (F-65. certificaciones de 28 de octubre de 2009 "emitido por Recursos Humanos de la Representación Distrital del Consejo de la Judicatura, el cual certifica la fecha de ingreso, y todos los cargos y/o funciones que desempeñaron desde la fecha de inicio hasta el 2009 las siguientes personas: Orlando Lizarazu Mayorga, Ruth Lilian Espinoza Terán, Ana María Gutiérrez Royo"; L-66. copia simple de Certificado de Trabajo de 5 de noviembre de 2004 "certificando los cargos desempeñados").

Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo.

En lo concerniente a esta acusada el Ministerio Público sustentó que ella se desempeñaba como contadora del Consejo de la Judicatura, en cuyo cometido expresó que la imputada; "ha omitido hacer actos propios de su función como contadora ... tampoco verificó ni exigió el cumplimiento del manual de uso de los formularios para el movimiento de depósitos judiciales que indica que llenado el formulario por la sección caja, deberá pasar al contador para que elabore el comprobante de contabilidad ... ()". Con referencia a este extremo la acusada Espinoza en su declaración ante el pleno del tribunal manifestó que: "mi persona ingreso al poder judicial con la creación del consejo en junio de 1999 mediante convocatoria y concurso de méritos en el cargo de jefe de finanzas, y dada la reestructuración en enero de 2000 existió una evaluación de acuerdo a la cual opté al cargo de contadora general que cumpliendo esa función hasta mayo de 2010, con algunas interrupciones por hacer el interinato", Aspecto que también fue manifestado por los testigos Roger Encinas Shoster, quien al respecto indicó: "El 2007 fui convocado como tribunal sumariante para conocer una acusación presentada por Roxana Daza, en las cuales convocaba el tribunal se pronuncia el auto de apertura de proceso disciplinario contra Jenny Suarez Villavicencio, Orlando Lizarazu Mayorga, Ruth Espinoza

y Ana María Gutiérrez, por presuntas irregularidades que se hubiesen conocido en depósitos judiciales", así mismo Roger Gonzalo Palacios Cuiza quien indico que; "En el informe preliminar se evaluó documentación de depósitos y normativa de manejo de depósitos judiciales y como conclusión de estos documentos que respaldaban la restitución se determinó apoyado en el informe legal, se determinó indicios de responsabilidad administrativa y penal en contra de las ex cajeras Jenny Suarez y Ana María Gutiérrez, también Lic. Lizarazu y contadora Ruth Espinoza, las dos primeras respecto al incumplimiento de la normativa y al registrar sus contraseñas al realizar restituciones sin documentación manipular para pagar con otros fondos. A los dos últimos por la falta de supervisión o supervisión deficientes, que permitió varias restituciones irregulares", afirmaciones coincidentes que están ratificadas por las pruebas codificadas como: (F-65. Certificaciones de 28 de octubre de 2009 "emitido por Recursos Humanos de la Representación Distrital del Consejo de la Judicatura, el cual certifica la fecha de ingreso, y todos los cargos y/o funciones que desempeñaron desde la fecha de inicio hasta el 2009 las siguientes personas: Orlando Lizarazu Mayorga, Ruth Lilian Espinoza Terán, Ana María Gutiérrez Royo).

Ana María Gutiérrez Royo de López.

Respecto de esta acusada el Ministerio Público sostuvo en su acusación que esta fungió el cargo de encargada de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura desde marzo de 2007, expresando que; "la nombrada como técnico de la unidad de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba, tenía el acceso al Sistema Informático de Depósitos Judiciales 'Salomón' mediante un password o contraseña de uso personal... la funcionaria Ana María Gutiérrez Royo, quién desde marzo de 2007 había asumido ese cargo, denunció estas irregularidades recién en agosto de 2007 ... ()", por su parte la indicada acusada durante su declaración ante el pleno del tribunal con referencia a este aspecto manifestó que; "por concurso ejercí como habilitada hasta el 1 de febrero de 2007, transferida al cargo de Depósitos Judiciales hasta julio de 2007, retornando como habilitada el 1 de agosto de 2007 hasta el 30 de mayo de 2010 cuando fui suspendida a raíz de este proceso", aspecto que también fue manifestado por los testigos Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga quien indicó en ocasión de prestar su declaración ante el tribunal con relación a la imputada Gutiérrez manifestó lo siguiente; "conozco a Ana María desde la institucionalización el 2006 para ejercer el 2007, se institucionaliza ella se postuló a dos cargos, habilitación y depósitos judiciales", a su vez el testigo Roger Encinas Shoster, a este respecto indicó: "El 2007 fui convocado como tribunal sumariante para conocer una acusación de proceso disciplinario contra Jenny Suarez Villavicencio, Orlando Lizarazu Mayorga, Ruth Espinoza y Ana María Gutiérrez, por presuntas irregularidades que se hubiesen conocido en depósitos judiciales... ella no procedió a pagar o restituir personalmente a estas tres o cuatro personas, si dio su autorización como la jefa o encargada de la unidad de depósito judicial ... ()", por su parte Consuelo Vedia Mera manifestó "Cuando vuelvo el 2007 vi a Ana María Gutiérrez y Jenny estaba en habilitación, el 2007 yo trabajaba en depósitos judiciales con Ana María", así mismo Roger Gonzalo Palacios Cuiza indicó que; "En el informe preliminar ... se determinó indicios de responsabilidad administrativa y penal en contra de las ex cajeras Jenny Suarez y Ana María Gutiérrez, también Lic. Lizarazu y contadora Ruth Espino, las dos primeras respecto al incumplimiento de la normativa y al registrar sus contraseñas al realizar restituciones sin documentación manipular para pagar con otros fondos. A los dos últimos por la falta de supervisión o supervisión deficientes, que permitió varias restituciones irregulares", aseveraciones que están ratificadas por las pruebas codificadas como: (F- 52. nota de 5 de marzo de 2007. "referida a los montos de Fianza de Ana María Gutiérrez para asumir el cargo de técnico de Depósitos Judiciales y otros funcionarios del ex Consejo; F-65. Certificaciones de 28 de octubre de 2009 "emitido por Recursos Humanos de la Representación Distrital del Consejo de la Judicatura, el cual certifica la fecha de ingreso, y todos los cargos y/o funciones que desempeñaron desde la fecha de inicio hasta el 2009 las siguientes personas: Orlando Lizarazu Mayorga, Ruth Lilian Espinoza Terán, Ana María Gutiérrez Royo).

De la documentación a la que se ha hecho referencia, las propias declaraciones de los acusados y los atestados de los testigos indicados, queda acreditado más allá de cualquier duda que la parte acusadora ha probado que los nombrados acusados desempeñaron los cargos descritos precedentemente en el ex Consejo de la Judicatura hoy denominado Consejo de la Magistratura.

Por otra parte deberá tenerse presente que la L. N° 1768 de 18 de marzo de 1997 en la terminología utilizada para tipificar los hechos hoy juzgados, se refiere a "el funcionario público", sin embargo este término fue modificado por la L. N° 004 de 31 de marzo de 2010 por el término de "la servidora o el servidor público", extremo que será importante tener presente en la fundamentación jurídica, esto debido a que uno de los elementos del tipo de estos ilícitos es que el sujeto activo únicamente puede ser "la servidora o el servidor público", o según la L. N° 1768 "el funcionario público". Aspecto que será motivo de manifestación expresa.

II.2.A.b). Que para el desempeño de las funciones específicas de los cargos de cada uno de los acusados existía normativa interna, conforme al siguiente detalle:

Para la Cajera responsable de Depósitos Judiciales:

Corresponde en este caso referirse al cargo asumido consecutivamente por Jenny Suárez Villavicencio y Ana María Gutiérrez Royo, se tiene de acuerdo a lo referido en la acusación fiscal que las funciones correspondientes a este cargo consisten esencialmente en custodiar y manejar correctamente los dineros depositados por concepto de fianzas, deudas, multas, tercerías, asistencia familiar y otros, debiendo ser manejados de forma transparente, eficiente y oportuna a favor de los usuarios, correspondiendo realizar las restituciones de depósitos con la documentación de respaldo exigida por las distintas circulares, instructivos, reglamento de depósitos judiciales y manual de uso de formularios para movimiento de depósitos judiciales, normativa cuya existencia fue también referida por el testigo de cargo Roger Encinas Shoster quien ha momento de ser cuestionado sobre la normativa existente respecto a la regulación de las funciones del personal administrativo judicial refirió: "El Consejo de la Judicatura se enmarca desde la constitución, la anterior ley de organización judicial y del Consejo de la Judicatura de crear normativa interna, que es constitucionalmente, dentro de estas facultades el Consejo de la Judicatura creó el reglamento de depósitos judiciales reglamento que establecía de forma general cual era el procedimiento básico para la restitución de todos los conceptos o el anejo que realizaba depósitos judiciales, asimismo el Consejo de la Judicatura a directamente emitía acuerdos o mediante la gerencia económica y financiera, emitía circulares e instructivos que iban regulando paulatinamente tanto de las capitales como de las provincias con relación a los

depósitos judiciales". Sumándose a la aseveración que antecede la declaración de la testigo Ligia Elizabeth Cárdenas Aragón que a este respecto sostuvo: "Existe un manual que el 2002 aprueba el reglamento de depósitos judiciales, 2003 se perfeccionan y estaban vigentes hasta el 2008 donde se mejoran y perfeccionan, las circulares salían de gerencia general a cumplimiento distrital de Potosí Cochabamba, Sucre, etc., nos mandaban directamente.", así como el testigo Roger Gonzalo Palacios Cuiza que sostuvo que: "En cuanto a la normativa vulnerada por los involucrados, fue emitida desde la gestión 2000 a 2007 por el ex Consejo de la Judicatura, entre la normativa vulnerada están el reglamento de depósitos judiciales aprobado mediante acuerdo, 140 del 2003 de 20 de mayo, el cual en su Capítulo I. indica que para la restitución debe tener en cuenta los documentos de respaldo que son necesarios para realizar una restitución, como el auto u orden judicial, el certificado de solicitud, el certificado de depósitos judicial y la cédula de identidad de la persona interesada... también se vulneró el instructivo de procedimientos para el manejo de depósitos judiciales, la cual fue emitida mediante acuerdo 20 de mayo de 2003, la cual indica en su título V, que los fondos de los depósitos judiciales deben ser administrados por la encargada de depósitos, bajo la directa supervisión del Jefe de Finanzas. Otra normativa vulnerada es el manual de uso de la cuenta de depósitos judiciales en moneda extranjera, emitido mediante acuerdo 098 del 2002 de junio de 2002", aduciendo además que ésta documentación "se encontró en la unidad de depósitos judiciales de Cochabamba, en contabilidad y también en oficinas en la central de Sucre, que fue distribuida a todos los distritos" habiendo sido la misma "creada para todo el País", manifestando además de manera puntual que Jenny Suárez, "incumplió la normativa general e interna y los Memorándum N° DF04-2005 de 22 de febrero que instruye el deber cuidado en el archivo de la documentación relativa a depósitos y restitución y el memorándum DF015-2005, le instruye que ponga el sello en forma transversal, estos memos se emitieron en función a un instructivo nacional anterior".

Atestados estos de los que claramente se evidencia la existencia de normas y disposiciones generales e instructivos específicos de cumplimiento obligatorio que la responsable, encargada y/o cajera de depósitos judiciales omitió cumplir, aspecto este que encuentran respaldo en las pruebas codificadas como F-8. (Circular N° 2 011- GAF-2006, 18 de mayo de 2006), por la que se establece un listado de la documentación mínima a ser presentada por la parte interesada para efectuar la restitución de depósitos judiciales, tales como: "En caso de que la restitución se la efectúe a nombre del beneficiario.- 1. Original de la Orden para restitución de depósito judicial. 2. Original del certificado de depósito judicial, con el endoso en el reverso del mismo firmado por el juez. 3. Fotocopia de la cédula de identidad o pasaporte vigente de la persona a favor de quien se emitirá el cheque de la restitución de depósito judicial. 4. Fotocopia legalizada por el Juzgado, de la parte pertinente del proceso en la que el juez ordena la restitución del depósito judicial (la legalización de la fotocopia debe ser efectuada de acuerdo a lo establecido en el arancel de valores judiciales). Esta fotocopia legalizada puede ser omitida (es decir, que se puede aceptar simple fotocopia) únicamente en los casos en que se traten de restituciones por concepto de asistencia familiar por importes iguales o inferiores a Bs 500.- Esta excepción se hace considerando que ese cobro lo realizan personas de muy escasos recursos. En caso de que la restitución se efectúe por poder a personas particulares.- 1. Original de la orden para restitución depósito judicial. 2. Original de certificado de depósito judicial con el endoso en el reverso del mismo, firmado por el juez. 3. Fotocopia del poder legalizado por el juzgado, otorgado por el poderdante en el que se verifique claramente la especificación del nombre, número de cédula de Identidad de la persona a cuyo nombre ordena el juez la devolución del depósito judicial. 4. Fotocopia legalizada por el juzgado, de la parte pertinente del proceso en la que el juez ordena la restitución del depósito judicial (la legalización de la fotocopia debe ser efectuada de acuerdo a lo establecido en el Arancel de Valores Judiciales), quedando subsistente el punto 1-4 de la presente circular, en lo concerniente a asistencia familiar por importes iguales o inferiores a bolivianos quinientos (Bs 500.-). En caso de que la restitución se efectúe a personas jurídicas.- 1. Original de la orden para restitución depósito judicial. 2. Original del certificado de Depósito Judicial con el endoso en el reverso del mismo, firmado por el juez. 3. Fotocopia del NIT de la entidad beneficiaria. 4. Fotocopia legalizada por el juzgado, de la parte pertinente del proceso en la que el juez ordena la devolución del depósito judicial, (la legalización de la fotocopia debe ser efectuada de acuerdo a lo establecido en el Arancel de Valores Judiciales). 5. Si, de acuerdo a la orden de restitución, el cheque debe ser emitido a nombre de un funcionario o representante de la entidad, se debe adjuntar fotocopia del poder otorgado por el poderdante en el que se verifique claramente la especificación del nombre de quien ordena el juez la devolución del depósito judicial."; F-9. (Circular N° 006- DF-2006 de 18 de mayo de 2006), por el que se pone en conocimiento de los Directores Distritales y el Departamento de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura, la aplicación de las modificaciones al instructivo de procedimientos de depósitos judiciales, respecto a los depósitos en moneda extranjera para los distritos de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz; F-10. (Circular N° 066- GAF-2004 de 3 de septiembre de 2004), por la que se señala un listado de la documentación requerida para realizar restitución de asistencias familiares; F-31 (Circular N° 086- GAF-2004 de 8 de noviembre de 2004) a través de la cual se estipula el procedimiento de restitución de depósitos judiciales no identificados, estableciendo en su numeral 2: "Cuando una persona se presente en ventanilla de caja de depósitos judiciales a solicitar la restitución de un depósito judicial no identificado, la encargada de depósitos judiciales deberá instruir al interesado que debe apersonarse al departamento de Contabilidad y Finanzas con la documentación correspondiente que evidencie la existencia del depósito judicial no identificado... 4.- Con la orden de depósito Judicial extendida por el juez y la ira copia del certificado emitido por el contador el interesado deberá presentarse en las oficinas de Caja de Depósitos Judiciales para que la encargada de depósitos judiciales efectúe el registro del mismo en el sistema salomón cumpliendo con el Reglamento de Depósitos Judiciales. La 1° copia del certificado emitido por el contador deberá ser archivada junto con la orden de depósito judicial"; F- 45. (Manual de Funciones 2007 Distrito Judicial de Cochabamba), a fs. 8, establece en un detalle del cargo de técnico de depósitos judiciales, en el punto romano uno, como objetivo del cargo: "Ejecutar todas las acciones en el ámbito del sistema de depósitos judiciales, velando por el oportuno y eficiente manejo de los registros y generando información económica confiable", por su parte el punto romano tres puntualiza como funciones específicas del cargo: "1. Registrar en el sistema de depósitos judiciales todo el movimiento económico relativo al rubro. 2. Elaborar comprobantes de acuerdo a procedimientos vigentes. 3. Revisar toda la documentación relativa a los depósitos y devoluciones de depósitos judiciales. 4. presentar informes mensuales y a requerimiento, sobre el movimiento de depósitos judiciales del Distrito. 5. proponer mejoras en los procedimientos sobre el sistema de depósitos judiciales. 6. Hacer firmar todo cheque que se emite por devolución de depósitos judiciales. 7. Realizar otras actividades encomendadas por su superior, dentro del marco de su competencia y para el mejor logro de los objetivos de la Unidad"; F-47 (Reglamento de Depósitos Judiciales del 2003), cuyo art. 4 prevé: "Las unidades de Depósitos Judiciales de los departamentos Financieros Administrativos Distritales, depositarán diariamente en las Cuentas Bancarias establecidas todos los Recursos que se recauden por este concepto tanto en moneda nacional como en

moneda extranjera. Por su lado el art. 6 de igual Reglamento previene que: "queda terminantemente prohibido que los encargados de la Sección Caja Depósitos Judiciales, tengan bajo su custodia, sumas de dinero provenientes de estos conceptos al margen de los fondos fijos para restituciones expresamente asignados. La contravención implica suspensión inmediata del Funcionario responsable con instauración del proceso respectivo", concordante con la prueba codificada como F-57 (CITE DD/CJ. 626/08) Por la que se pone en conocimiento el Acuerdo N° 318/2004, así como el reglamento de depósitos judiciales modificadorio al Reglamento aprobado por Acuerdo N° 140/2003, que mediante su art. 14, mantiene el tenor del art. 6 del anterior reglamento. De igual forma tenemos adjunto a estas literales el "Instructivo de Procedimientos de Depósitos Judiciales", que en el apartado romano II (dos) num. 4 del refiere "El encargado de depósitos judiciales, al recibir el formulario PFDT-03 y luego de verificar con sus registros, preparará el formulario PJ/DJ-04 denominado comprobante de restitución de depósito judicial, y desembolsará según sea el caso el importe en efectivo para casos de asistencia familiar, o enviará al departamento de contabilidad los antecedentes para su devolución mediante cheque en caso de que el depósito sea por otro tipo de depósito judicial previa presentación del carnet de identidad...", teniéndose además que el apartado romano tres establece en cuanto a los informes: "5. Diarios. Al final del día, el encargado de depósitos judiciales, reportará el informe diario de depósitos judiciales, en el que constarán los datos más importantes como ser: Código, nombre del depositante o beneficiario, beneficiario, depósitos en bolivianos y en dólares, restitución en bolivianos y en dólares, resumen final consignando el total de la recaudación de las restituciones y los saldos monetarios en caja y blancos, firmas del encargado y del jefe de finanzas. 6. Mensuales. Al final de mes, deberá enviarse a la división de Depósitos Judiciales del Consejo, el informe mensual de movimiento de depósitos judiciales, consignando un resumen tanto de los ingresos, las restituciones, saldos de los expedientes que hayan tenido movimiento ese mes, etc. adjuntando los movimientos diarios y copias magnéticas de respaldo, para efectos de revisión, análisis, consolidación y preparación de informes a requerimiento de las autoridades superiores. 7. Anuales. Al final de la gestión, se deberá preparar y enviar el informe anual en detalle y resumido por meses, un informe anual con un detalle de los movimientos, saldos pendientes por restituir, y los saldos en efectivo en Caja y Bancos tanto en moneda nacional como en moneda extranjera. El Consejo de la Judicatura a su vez, en base a esta información, elaborará el consolidado anual de Poder Judicial. Asimismo, cuando así lo requiera deberá enviarse informes periódicos y estadísticos del movimiento de depósitos judiciales"; F-48 (manual de uso de la cuenta de depósitos judiciales moneda extranjera), Aduce en cuanto a la restitución de depósitos judiciales en moneda extranjera: "Quinto. a) Una vez recibida la orden de restitución de depósitos judiciales por parte del juez competente, el encargado de depósitos judiciales, verificará la documentación pertinente y tramitará su devolución con el fondo fijo creado en su distrito en procura de agilizar estas devoluciones, hasta las sumas autorizadas en el instructivo. En caso de exceder el monto previsto, el trámite lo realizara ante el Consejo de la Judicatura para lo cual remitirá toda la documentación detallada en el punto 4 del instructivo de procedimientos... c) Los encargados de Depósitos Judiciales de los Distritos Judiciales, serán los responsables de emitir el Comprobante de Restitución de Depósitos Judiciales, realizar la entrega de los cheques a los interesados y registrar en el Sistema Computarizado Salomón la restitución, todo de acuerdo con el reglamento y el instructivo vigentes".

La exposición que antecede demuestra contundentemente que para el cargo de técnico, responsable o cajero de depósitos judiciales si existía normativa interna consistente en disposiciones, circulares, manuales, reglamentos y acuerdos, a cuyo cumplimiento los entonces llamados 'funcionarios públicos', estaban obligados. Por lo mismo resulta ser falsa la aseveración de la acusada Ana María Gutiérrez que en la unidad de depósitos judiciales no existía normativa interna que observar.

Para la Jefatura de Contabilidad.

En lo atinente a la normativa correspondiente a este cargo, se tiene la declaración testifical de Roger Fred Encinas Shoster, que sostiene a este respecto lo siguiente: "... el cargo de contadora del Consejo de la Judicatura del Distrito de Cochabamba también cuenta con normas internas pronunciadas por el ex Consejo de la Judicatura sobre la obligatoriedad y el procedimiento que debería realizar con relación a lo que es depósitos judiciales y su dependencia a las restituciones con contabilidad, si no recuerdo hay un Acuerdo N° 098/2002 que manifiesta que todo comprobante de contabilidad para ser emitido debe ser verificado por la contadora para la emisión de su cheque...", extremo este corroborado por la prueba documental codificada como F-31 (Circular N° 086 - GAF2004, de 8 de noviembre, de 2004), que en el caso de este cargo establece: "1. El contador del departamento de Contabilidad y Finanzas del Consejo de la Judicatura del Distrito Judicial, mensualmente deberá contabilizar todos los depósitos que según extracto bancario no han sido identificados de acuerdo a las normas de contabilidad generalmente aceptadas e instrucciones impartidas... 6. El contador al momento de efectuar el registro de ingresos por depósitos judiciales en el sistema contable deberá tomar en cuenta los depósitos judiciales no identificados que han sido regularizados e incorporados al Sistema Salomón ara su respectiva regularización en el sistema contable, debiendo efectuarse dicha regularización en el mismo asiento contable de ingresos de depósitos judiciales", teniéndose desde una perspectiva genérica la prueba codificada como F-46 (Estructura organizativa de las unidades administrativas de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz), en la que a fs. 18, se desarrolla en lo atinente a la división de contabilidad: "Misión.- Administrar el sistema de contabilidad Integrada, los procesos de registros automáticos y manuales y las actividades necesarias para la generación de estados financieros e información específica del área, con criterios de oportunidad y confiabilidad, orientados a la efectiva y eficiente toma de decisiones en concordancia a los lineamientos establecidos por el Consejo de la Judicatura... Funciones y atribuciones. a) Aplicar los principios de contabilidad de acuerdo a las normas de contabilidad gubernamental y las emanadas del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial. b) Aplicar el Sistema Integrado de Contabilidad y Finanzas, y todos sus reglamentos e instructivos que emanen del Consejo de la Judicatura. c) Planificar, dirigir, ejecutar y controlar las actividades destinadas a realizar y mantener actualizada la contabilidad del Distrito Judicial, mediante la aplicación adecuada de los sistemas contables y la presentación oportuna de los balances y otros estados de situación. d) Coordinar los inventarios al corte de gestión que debe efectuarse a tiempo de la elaboración del Balance General, periodo en que se mantendrán pendientes de contabilidad las adquisiciones para su regularización posterior. e) Cumplir con la presentación de balances en los periodos fijados por la Gerencia de Administración y Finanzas, de acuerdo a requerimientos de información interna y disposiciones legales. Aprobar el registro contable, ajustes, traspasos, creación y supresión de cuentas contables en sujeción a las normas y procedimientos generalmente aceptados. g) Efectuar conciliaciones de las cuentas bancarias. h) Efectuar las conciliaciones y ajustes de cuentas; además de efectuar traspasos de cuentas, para efecto de regularización y ordenamiento contable. i) Elaborar partes de informes periódicos referentes a

estados de cuenta que requieran información de los niveles superiores, con el objeto de tener información de primera mano relativa a saldos y otras. j) Coordinar con la División de Administración de Sistemas del Consejo de la Judicatura las modificaciones e incorporaciones de programas contables que sean de utilidad para el perfeccionamiento de registros contables. k) Desarrollar las demás funciones, que en el ámbito de su competencia le asigne el Delegado Administrativo y Financiero del Consejo de la Judicatura"; F-48 (Manual de uso de la cuenta de depósitos judiciales - moneda extranjera) Que mediante su disposición quinta, inc. d) refiere: "La división de contabilidad del Distrito Judicial deberá registrar asimismo en su sistema contable éstas restituciones en función al informe del encargado de Depósitos Judiciales, teniendo el cuidado de actualizar los tipos de cambio de acuerdo a lo previsto en el Reglamento". F-49 (Circular N° 007 - D.F.-2006 de 24 de mayo de 2006), por la que se pone en conocimiento de los jefes de finanzas de La Paz, Santa Cruz y Cochabamba, el Procedimiento Contable Administrativo para el manejo de fondos de restitución de depósitos judiciales M/E en los Distritos Judiciales de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, sosteniendo en el numeral 3 como aspectos generales : "a) La documentación original del depósito judicial, debe quedar en la unidad de contabilidad como respaldo del comprobante contable, b) Una copia debe ser enviada al Consejo de la Judicatura, en cumplimiento al inc. (h) del Acuerdo N° 80/2006 del Plenario del Consejo de la Judicatura. c) La emisión del cheque debe estar a cargo de la unidad de contabilidad y finanzas según inc. (g) del Acuerdo N° 80/2006. d) El cuadro resumen especificado en el punto 3, del inc. (j) del Acuerdo N° 80/2006, debe consignar trámites que hayan sido enviados para revisión, inc. (h) del Acuerdo N° 80/2006 necesariamente".

Por lo expuesto demostrado está que para el cargo de jefatura de contabilidad existía normativa interna consistente en disposiciones de distinta naturaleza como circulares, manuales, reglamentos y acuerdos, a cuyo cumplimiento la jefa de contabilidad estaba obligada por ley. Por lo mismo resulta no ser cierta la afirmación de la acusada Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo de que en la unidad de contabilidad no existía normativa interna que observar.

Para la Jefatura de Finanzas.

A este respecto se tiene lo establecido por la acusación fiscal y la declaración del testigo Roger Fred Encinas Shoster quien señaló "conforme a la L. N° 1817 tenía facultad y potestades de emitir reglamentaciones, acuerdos y normativas internas, asimismo se las delegaba a sus gerencias como a sus jefaturas y conforme estas circulares, acuerdos o instrucciones era el encargado de realizar un control al ser la máxima autoridad financiera de lo que era la jefatura financiera hacia la máxima autoridad de depósito judicial" refiriendo además la existencia de "circulares desde el 2000 que establecen la responsabilidad de los jefes de finanzas con relación a los manejos económicos del ex poder judicial", apoyado por la declaración del testigo Roger Gonzalo Palacios Cuiza, que señaló la existencia de la: "Circular N° 063 GAB 2002, indica que los jefes de finanzas deben realizar cruce de información entre la unidad de depósitos judiciales, contabilidad y juzgados lo que no se realizó esa actividad", así como del "Manual de arqueo, que deben ser de manera suficiente y lo que significa que se realiza un cruce de información con el reporte del sistema, recuento del efectivo y documentación de respaldo".

Versiones que encuentran sustento y son detalladas en las pruebas codificadas como F-8 (Circular N° 011- GAF-2006, 18 de mayo de 2006), que se encuentra dirigida a los directores distritales, así como a la Dirección de Finanzas y Dirección de Asesoría Legal del Consejo de la Judicatura, refiriendo en su contenido la documentación mínima requerida para realizar la restitución de depósitos judiciales, F-9 (Circular N° 006DF- 2006 de 18 de mayo de 2006), como se sostuvo anteriormente, pone en conocimiento la aplicación de las modificaciones al instructivo de procedimientos de depósitos judiciales, respecto a los depósitos en moneda extranjera para los distritos de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz; F-10 (Circular N° 066- GAF- 2004 de 03 de septiembre de 2004) también referida anteriormente, detalla un listado de la documentación requerida para realizar restitución de asistencias familiares; F-45 fs.17 (Manual de Funciones 2007 Distrito Judicial de Cochabamba), en el que consta a fs. 7 el cargo de jefe financiero, señalándose en el punto romano uno como objetivos de este cargo: "planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar las actividades propias del manejo financiero, para el adecuado funcionamiento de las actividades del Poder Judicial en el Distrito, dentro de los marcos de los reglamentos y las leyes vigentes", por su parte el numeral dos romano en su inc. c), señala la autoridad lineal de este cargo respecto a: "profesional contador, técnico de presupuestos, técnico financiero de derechos reales, técnico gestión recursos propios, técnico depósitos judiciales ", estipulándose en el punto romano tres, las funciones específicas del cargo, siendo éstas: "1. Elaborar, en base a requerimientos y necesidades, el presupuesto de la gestión de su Unidad, conforme a instructivos superiores. 2. Organizar y ejecutar las actividades financieras de su distrito, conforme a reglamentos e instructivos vigentes. 3. Dirigir y controlar el cumplimiento de los instructivos y reglamentos administrativos y financieros aprobados por el Consejo de la Judicatura y encuadrado dentro de los marcos legales vigentes. 4. Administrar los bienes y servicios, que están bajo su dependencia. 5. Velar por el correcto funcionamiento de las oficinas bajo su dependencia, evitando el retraso y la aglomeración de documentación. 6. Velar por el cumplimiento, en el departamento a su cargo, de las políticas, normas y procedimientos establecidos. 7. Participar en la selección y evaluación del desempeño del personal a su cargo. 8. Participar en la identificación de las necesidades de capacitación de personal a su cargo. 9. Revisar y firmar toda la correspondencia que emite la unidad, así como los cheques de pago que maneja la Dirección Distrital. 10. Informar periódicamente al director distrital sobre las actividades desarrolladas por la unidad a su cargo. 11. Realizar periódicamente reuniones de trabajo con el personal a su cargo, para analizar los resultados de los servicios que brinda su unidad. 12. Atender los requerimientos de los usuarios internos y externos de la unidad, cuando ello amerite. 13. Desarrollar las demás funciones que en ámbito de su competencia, le asigne el director distrital", concordante con la prueba codificada como F-46 (Estructura organizativa de las unidades administrativas de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz), que a este respecto refiere en cuanto al departamento de Contabilidad y Finanzas: "Misión.- Administrar los recursos económicos y financieros de la Corte Superior de Distrito en concordancia con las políticas y normas establecidas por el Consejo de la Judicatura, a través de los subsistemas de presupuesto, tesorería y contabilidad, en base a criterios de efectividad y eficiencia en el marco de la L. N° 1178... Funciones y atribuciones. a) Aplicar las políticas de administración financiera, contabilidad, presupuestos emanadas del Consejo de la Judicaturas del Poder Judicial. b) Aplicar el Sistema Integrado de Contabilidad y Finanzas, y todos sus reglamentos e instructivos que emanen del Consejo de la Judicatura. c) Formular y proponer al delegado administrativo financiero las políticas, normas y procedimientos a ser aplicados en la administración de los recursos económicos y financieros, en el control de la ejecución presupuestaria y en la contabilidad de operaciones del distrito judicial. d)

Formular, proponer y ejecutar el plan operativo anual del departamento de Contabilidad y Finanzas, en concordancia con las políticas y directivas emanadas del Plenario del Consejo de la Judicatura, la Gerencia general y la Gerencia de Administración y Finanzas. e) Planificar, organizar, dirigir y controlar el subsistema de tesorería, el mismo que debe ser oportuno y eficiente, contando con las disponibilidades necesarias que permitan el normal desenvolvimiento de las actividades institucionales en el marco de lo establecido por la Ley SAFCO. f) Planificar, organizar, dirigir y supervisar el control y la evaluación de la ejecución del presupuesto y del programa de operaciones, velando que ambas muestren coherencia en su ampliación y fidelidad a las actividades programadas. g) Participar en el Comité Distrital de Planificación. h) Realizar el seguimiento y monitoreo de la ejecución y control del presupuesto de operaciones, mediante registros computarizados, para obtener reportes de ejecución presupuestaria del Poder Judicial. i) Dirigir y controlar el registro contable de las operaciones financieras al grado de exigir la obtención de estados financieros oportunos y confiables. j) Reportar al nivel superior sobre la situación económica y financiera del Distrito Judicial, en base a la consolidación de la información contable presupuestaria y otros sistemas complementarios. k) Dirigir y controlar la gestión administrativa de los inventarios, a fin de lograr los objetivos propuestos. l) Desarrollar las demás funciones, que en el ámbito de su competencia, le asigne el delegado administrativo y financiero."; F-47 (Reglamento de Depósitos Judiciales), art. 14 "Los departamentos Financieros Administrativos, elevarán mensualmente informes al Departamento de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura hasta el quinto día del mes siguiente, anexando listados de los Depósitos Judiciales y de las restituciones realizadas durante el mes", En este mismo sentido conforme se advierte de la prueba codificada como F-57 (CITE DD/CJ. N° 626/08) se tiene que el Reglamento de Depósitos Judiciales instituye: "art. 15. La gerencia administrativa financiera queda encargada de velar por el estricto cumplimiento del presente reglamento, así como de gestionar los Traspasos de los Depósitos Judiciales existentes en el sistema bancario del país, anteriores a la aplicación del presente reglamento a la cuenta bancaria denominada 'Depósitos Judiciales' con sede en la ciudad de Sucre, junto con los listados respectivos. Art. 16. La Gerencia Administrativa y Financiera, queda encargada del estricto cumplimiento, así como de dictar normas complementarias e su funcionamiento administrativo y contable", F-49 (Circular N° 007- D.F.-2006 de 24 de mayo de 2006), por la que se pone en conocimiento de los jefes de finanzas de La Paz, Santa Cruz y Cochabamba, el procedimiento contable administrativo para el manejo de fondos de restitución de depósitos judiciales M/E en los Distritos Judiciales de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, sosteniendo en el num. 3 como aspectos generales: "a) La documentación original del depósito judicial, debe quedar en la Unidad de Contabilidad como respaldo del comprobante contable, b) Una copia debe ser enviada al Consejo de la Judicatura, en cumplimiento al inc. (h) del Acuerdo N° 80/2006 del Plenario del Consejo de la Judicatura. c) la emisión del cheque debe estar a cargo de la unidad de Contabilidad y Finanzas según inc. (g) del Acuerdo N° 80/2006. d) El cuadro Resumen especificado en el punto 3, del inc. (j) del Acuerdo N° 80/2006, debe consignar trámites que hayan sido enviados para revisión, inc. (h) del Acuerdo N° 80/2006 necesariamente".

De lo expuesto se acredita que los acusadores han cumplido con la carga procesal de demostrar la existencia de las normas, reglamentos, circulares e instructivos, que según esta parte, habrían sido incumplidos por este y los otros coacusados, efectivamente durante el desfile probatorio el Ministerio Público ha demostrado lo que sostuvo en su acusación respecto a este hecho probado, con la declaración de los testigos mencionados en este punto, la prueba literal judicializada y la pericial introducida por su lectura, en los términos explanados en los tres apartados anteriores. II.2.A.c). Que la acusada Jenny Suarez Villavicencio en su condición de cajera y responsable de depósitos judiciales del ex Consejo de la Judicatura se apropió de dineros de cuyo cobro y custodia se encontraba encargada en razón de su cargo.

El ministerio público en su pliego acusatorio sostuvo que la Unidad de Depósitos Judiciales del Poder Judicial (hoy Órgano Judicial) de Cochabamba, en las gestiones 2006 y 2007 habría sufrido una serie de desfalcos, habiendo sido éstos realizados por la entonces encargada de dicha unidad, Jenny Suárez Villavicencio, quien aprovechando de las funciones propias de su cargo, el cobro y restitución de los depósitos judiciales, se habría apropiado de fondos de la nombrada institución, por lo que la acusan por la comisión del delito de peculado previsto por el art. 142 del Cód. Pen., indicando que la acusada habría desempeñado desde el 1 de febrero de 2001 hasta 28 de enero de 2007, el cargo de encargada de depósitos judiciales dependiente del entonces Consejo de la Judicatura, siendo la única persona capacitada por los responsables de la jefatura de informática, para operar el sistema "Salomon", encontrándose dentro de las funciones a desempeñar por su persona la custodia, manejo correcto, eficiente y transparente del dinero depositado por los litigantes, debiendo realizar la restituciones de tales depósitos con la debida documentación de respaldo exigida por el reglamento de depósitos judiciales, manual de uso de formularios, además de las distintas circulares e instructivos emitidos por la institución; obstante, la acusada en el ejercicio de sus funciones y aprovechando de su cargo habría realizado restituciones indebidas suplantando expedientes, modificando para ello los datos insertados en el sistema informático, ya que las restituciones efectuadas no obstante de haber sido registradas en el referido sistema no contarían con la documentación de respaldo requerida, constituyendo su importe un daño económico para la institución y por ende para el Estado; ello toda vez que realizada una auditoria respecto al periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2000 al 30 de junio de 2007, habría permitido determinar la apropiación de un total de \$us. 139.258.77, y Bs 1.727.12; correspondientes a fondos de depósitos judiciales de expedientes de la capital y provincia, estipulándose además que durante el periodo de funciones de la acusada existieron 53 casos por un importe total de \$us.130.689.77, y Bs 1.727.12; siendo que en la gestión de la co acusada Ana María Gutiérrez Royo se tuvieron 4 casos por un importe total de \$us. 8.569.00.- Por su parte la acusación particular en cuanto a los hechos sostuvo lo mismo.

Durante la celebración del juicio oral este extremo ha sido demostrado por los acusadores con los atestados de los siguientes testigos; Roger Gonzalo Palacios Cuiza, quién en audiencia ante el pleno del tribunal sostuvo que; fue designado para participar de la comisión de auditoría especial a efectuarse en depósitos judiciales de este distrito... de acuerdo a norma gubernamental sobre todo la norma de auditoría 304 comunicación de resultados, se emitió 3 informes oficiales, el Informe Interno N° 12007 de 31 de diciembre de 2007 y luego habiendo hallado indicios de responsabilidad se emite un informe preliminar el Informe N° 1009 de 18 de septiembre de 2009, donde se advirtió hallazgos de consideración sobre la existencia de actividad de restituciones irregulares, porque se determinó que carecía de documentación de descargo y manipulación de expediente, se pagó con fondos de otro expediente y de la evaluación, cruce de información con juzgados con requerimiento fiscal y verificando en el sistema se efectuó un rastreo en el sistema. Se pudo determinar en conclusiones que Jenny Suarez registró su nombre de usuario y contraseña efectuando estas restituciones y que las últimas restituciones las efectuó con el password de Ana María Gutiérrez.

También indicó este testigo que se determinó indicios de responsabilidad administrativa y penal en contra de la ex cajera Jenny Suarez por incumplimiento de la normativa y al registrar su contraseña para realizar restituciones sin documentación y manipular para pagar con otros fondos, y que entre la documentación evaluada, se procedió a obtener reportes del sistema de datos Salomón, que muestra listado de restituciones en el periodo de alcances de la auditoria se depuró los expedientes modificados, antes de restituirse algún monto, habiendo realizado esto hasta obtener un listado de expedientes modificados, se procedió a comparar con documentación la cual no existirá, también se efectuó un rastreo de cada caso en el Sistema Salomón, mediante el cual se determinó de que expediente originalmente se extrajeron fondos y luego de que expediente se habría manipulado y sacaron los fondos para la restitución, también archivos de depósitos judiciales, indicó que se obtuvo muestras de documentos de depósitos judiciales respecto a toda la documentación de estos depósitos, así como en la unidad de contabilidad y luego una confirmación con los juzgados, mediante requerimiento fiscal respecto a las restituciones que se estaban analizando, obteniendo como resultado y corroborando la respuesta de jueces de capital y provincias que ellos no autorizaron la restitución de ningún depósito judicial, en consecuencia por ello se encontró 57 restituciones entre los periodos de la gestión 2000 hasta el 30 de junio de 2007, 57 restituciones irregulares sin documentación de respaldo que suman una suma \$us. 139.58.-, y Bs 1.700.-, constituyéndose en indicios de responsabilidad penal, que para llegar a estos resultados se obtuvo reportes del Sistema Salomón de las gestiones 2006 y 2007, luego reportes de expedientes de modificación de datos, unos por errores de tipeo, pero también modificaciones considerables como cambio completo de nombres, lo que se rastreó con ayuda de los informáticos, mostrando la fecha, la hora y el usuario, en que han sido modificados los datos, confirmado por los datos obtenidos de los juzgados. El testigo hizo hincapié en cuanto a las dos ex cajeras, indicando que el sistema registra sus nombres como las que efectuaron las restituciones irregulares, manipulando el expediente para sacar los fondos para pagar a otros sin documentación de respaldo, de las 57 en la mayoría registra como responsable a Jenny Suarez y 4 registra como responsable a Ana María Gutiérrez, culmina su atestado manifestando que la ex cajera Jenny Suárez incumplió la normativa general e interna y el Memorandum N° DF04-2005 de 22 de febrero que le instruye el deber de cuidado en el archivo de la documentación relativa a depósitos y restitución. A este mismo respecto tenemos la declaración del testigo Juan Pablo Aparicio Stumvoll quien preguntado por la abogada de la acusación particular; si en las bases de datos había registros de personas que ingresaban al sistema, respondió que en la base de datos de Salomón si había una tabla de datos específicos de las personas que accedían. A este mismo respecto la abogada de la acusación particular le preguntó, si el sistema grababa cada operación que se realizaba, habiendo respondido que la base de datos contiene un elemento que se llama trillers o desencadenadores, estos elementos permiten que al realizar cualquier acción dentro de la modificación de datos en las tablas automáticamente pueda generar un respaldo del registro original que se quiera modificar o eliminar, creando además en esta copia el usuario y la hora que ha querido hacer esta modificación, entonces hablando en general al querer realizar una modificación de cualquier sistema la base de datos automáticamente guarda todo el registro que se ha querido modificar por más que se haya modificado una letra o diez letras o todo el registro, va a crear una copia del respaldo de este registro, el usuario que ha accedido al sistema para hacer esta modificación o eliminación y además va guardar la fecha y la hora en la que se ha realizado esta modificación o eliminación y el sistema Salomón si contiene estos desencadenadores o trillers. A esta manifestación la representante del Ministerio Público pregunta al testigo que si la base de datos tiene elementos desencadenadores que generan ese respaldo o modificaciones que se realizaron, se puede determinar en ese sistema quien intento las modificaciones, Juan Pablo Aparicio Stumvoll respondió que sí, que es posible determinar exactamente que usuario, en que fechas ha accedido al sistema, que actos ha realizado y cómo ha efectuado esos actos. Con referencia a este mismo aspecto el testigo Félix Linton Ballón Baldivieso manifestó en la audiencia de juicio oral que; "yo agarre un trámite de asistencia familiar y a mi auxiliar le dije que entrara a un número de expediente y pudimos ver que era un kardex individual entonces yo me di cuenta de que cosas era lo que estaba pasando, entonces empezamos a entrar al sistema y pudimos ver que habían cambios de nombre, de importe, todo, osea que el sistema estaba abierto y no tenía ninguna protección y ella -refiriéndose a Jenny Suarez- podía cambiar nombres, importes, el nombre del juzgado para poder sacar los dineros, una vez que yo me enteré y estaba cerciorado de que había problemas en depósitos judiciales yo llame a mi jefe y en ese ínterin llego una nota de Sucre indicando de que Sucre iba hacer una auditoria ha depósitos judiciales". Cuando al testigo se le pregunta si la ex contadora y coacusada Ruth Espinoza Terán sabía de los controles sorpresa, respondió que; "Si justamente con ella hicimos, y varias veces se enteraba de que Jenny estaba prestando dinero a algún personal, osea venia y me decía que estaba prestando dinero, debemos hacerle arqueos, entonces ese rato íbamos a hacer arqueos, pero nunca hemos encontrado alguna diferencia todo estaba bien, pero como íbamos a sacar una diferencia si sacábamos el informe del sistema y eso cuadraba con el monto que tenía entonces no podíamos darnos cuenta de que es lo que estaba pasando". Con relación a que si existía documentación en los expedientes con saldo cero el testigo manifestó; "Si verificamos, pero no recuerdo si se hizo de todos los casos pero esos saldos o era de los que se sacó el dinero que no pagó porque cuando se pagaba estaba firmado el pago, además tenía que estar la documentación, es decir de todos esos que ha modificado ella la Lic. Gutiérrez había la documentación, pero de esos saldos 0 no había documentación". Finalmente se le preguntó si de un mismo depósito pudo haber realizado varias restituciones el testigo respondió que: "si, por decir en un caso había \$us. 10.000.-, ella no podía sacar todo entonces sacaba en partes y había varias transacciones y sigue habiendo ese saldo 0, incluso de aquellos litigantes que consiguen su libertad mediante la fianza y luego escapan, esos por ejemplo ya no van a reclamar y quedan en las arcas del poder judicial". Por su parte con relación a este mismo punto el testigo de cargo Emilio Felipe Gonzales Raymondeau, cuando la fiscal le pregunta si puede referir cuales fueron esas irregularidades detectadas en el trabajo de apoyo de la auditoria a depósitos judiciales, manifestó lo siguiente; "Vimos un caso específico que no existía en un expediente judicial que incluía el sistema Salomón porque se manejaba como Kardex que habían saldos 0 y que había personas que estaban queriendo cobrar saldos que ya no existían dentro el sistema Salomón, entonces a raíz de ahí el equipo de Sucre tomó otras acciones y tomo otro rumbo en la auditoria, entonces prácticamente nosotros empezamos a revisar otros aspectos específicos ya del rumbo que ha tomado la Dirección de Auditoría interna al tener conocimiento de este caso", debido a la afirmación que antecede se le pidió al testigo que explicara su respuesta, por lo que aclaró lo siguiente; "nos muestra que si había varias modificaciones tanto en el nombre como del demandado, el demandante y en el juzgado, entonces ya nos llamó más la atención, entonces como auditoria hemos procedido hacer otros procedimientos, es decir que no nos hemos quedado conformes con los nombres que habían estado modificados, habíamos dicho que pasa más atrás y que pasa más adelante del expediente específico que ha sido modificado, como ejemplo pongo en un juzgado una persona que se había modificado el nombre que es de

un proceso en Santibáñez entonces vemos cambiado el nombre y me constituyo en Santibáñez y el expediente seguía todavía en proceso, pero el expediente estaba con saldo 0, pero en este caso la persona que había presentado la fianza seguía firmando el libro en sustancias controladas, entonces eso nos llamó más la atención y si este Señor todavía está firmando el libro de asistencia en la FELCC y tiene saldo 0 entonces hemos ido indagando e indagando hasta que hemos llegado a resultados finales, es decir unas consultas más específicas donde podíamos identificar si un expediente ha sido modificado antes, si ha sido modificado después o ha tenido una sola modificación, eso es lo que hemos encontrado, por ejemplo se ponía un apellido Mamani pero el original era Juan Pérez contra Francisco Mamani, entonces una primera modificación que tenía era Juan Pérez entonces no sé porque razón en el segundo apellido le quitaba la letra A y dejaba Mamani y en una segunda o tercera modificación cuando ya sacaba el dinero ya lo convertía con otros nombres, por ejemplo Ministerio Publico contra José entonces esos temas hemos encontrado, no solamente hacía la modificación directa sino que hacía una primera, una segunda, a veces hacia cruce, etc., etc., entonces cuando ya tenía que si o si sacar el dinero me imagino entonces si hacia la modificación final donde nosotros detectamos que funcionaria había hecho estas modificaciones, básicamente todo ese trabajo es un resumen del trabajo que habíamos hecho y es más que no nos hemos quedado ahí, hemos visto en el sistema, hemos hecho cruce con los juzgados donde los juzgados nos dicen que esta restitución no se ha ordenado por el juez etc., que está pendiente, etc., entonces todo el trabajo que hemos hecho en la parte informática hemos hecho cruce con los juzgados donde realmente nos ha dado la razón a nosotros de que el trabajo estábamos realizando bien", preguntado por la abogada de la acusación particular respecto de que nombres de funcionarios se encontraron en el sistema, el testigo respondió; "Bueno en el sistema hemos encontrado varias personas, porque al principio seguramente cuando estaban implementando el sistema estaban como usuarios las personas que han implementado el sistema, es decir una tal Zaida si no me equivoco que eran los ingenieros pero ya las personas que manejaban el sistema hemos encontrado de usuarios a Jenny Suarez y Ana María Gutiérrez", cuestionado nuevamente por la abogada de la acusación particular, respecto de que cuando cruzaron información con los juzgados si existía alguna documentación al respecto, respondió que; "Esta en nuestro papel de trabajo, es más inclusive estas certificaciones no las hemos hecho como auditoría interna, lo hemos hecho con requerimiento fiscal". A momento de ser interrogado por otro de los abogados de la acusación particular con relación a que el testigo sostuvo que algunos expedientes se han afectado hasta cuatro veces, con saldo 0, podía volver a ser afectado con saldo 0?, el testigo respondió que; "si en el mismo expediente han sido modificados dos veces, una vez o tres veces, es decir, supongamos que la primera vez el saldo era \$us. 10.000.-, la primera vez saca \$us. 3.000.-, por ejemplo, y queda un saldo de \$us. 7.000.-, entonces ha modificado contra Juan Pérez, el oficial era Emilia, entonces decía aquí hay \$us. 7.000.-, de saldo de otro expediente que ha venido a "cobrar" vuelve a sacar de este mismo expediente porque había saldo, esta otra persona también no tenía saldo, también lo afecta de acá y lo vuelve a sacar, termina este ciclo y a esta segunda persona que le ha afectado ha tenido que sacar de otra persona, y así sucesivamente hemos ido analizando", preguntado respecto de que si los nombres que utilizaba para llenar los formularios de restitución eran ficticios, el testigo respondió que; "Mal podría decir si son nombres ficticios, porque como le digo, como no había la documentación de respaldo, en depósitos judiciales no podíamos en su momento, pero si cuando nosotros hacíamos el cruce a los juzgados entonces si podíamos determinar que ha utilizado en las preguntas que hemos hecho en algunos casos los nombres coincidían en el juzgado pero ya con el expediente modificado, existía el nombre, pero en otros el nombre no había en ningún juzgado y tampoco había en el sistema, es decir por ejemplo supongamos ha sacado a nombre de Juan Pérez contra Juan Espinoza, entonces con las consultas que hemos hecho nosotros no había estos nombres, es decir que no había ningún expediente abierto por estas personas, ese es un caso, otro es que encontrábamos estos nombres que habían cambiado si estaban en la base de datos pero con otro número de expediente, eso podíamos ir al juzgado y si verificábamos que si estaba en el juzgado pero que si no han ordenado en este caso el juez la devolución de estos dineros, en algunos casos estaban archivados ejemplo les pongo de unos 7 casos estaban archivados y que se lo había sacado de los 7 casos, recuerdo un caso de Tiraque que ya estaba archivado y que también se lo habían sacado el dinero". Finalmente cuando la juez técnico le pregunta, si se requerirían otros procedimientos más para ver si existe documentación de respaldo el testigo respondió que; "Si, pero quiero aclarar que lo que usted acaba de decir es correcto pero lo que nosotros encontramos y eso está en el registro público que la funcionaria Jenny Suarez ha falsificado documentación, que nosotros ya hemos sacado el informe donde dice lo que me dice, entonces para que exista la documentación y que realmente salga se ha falsificado la firma de los secretarios y jueces, entonces eso es como si la persona que está firmando esos documentos hubiera venido a cobrar, ese es el tema, entonces para verificar eso tendríamos que hacer otros procedimientos caso por caso, vuelvo a insistir son millones de datos que lo vuelve moroso". Atestados de donde se puede colegir que la parte acusadora ha probado lo que sostuvo en su acusación, que la acusada Jenny Suarez Villavicencio en su condición de cajera y responsable de depósitos judiciales del ex Consejo de la Judicatura se (propio de dineros de cuyo cobro y custodia se encontraba encargada en razón de su cargo, con cuya finalidad aparentó restituciones a diferentes personas -usuarios- ficticios de la unidad de depósitos judiciales, llegando incluso a fraguar documentación respecto de los formularios de restitución de depósitos judiciales cual lo han sostenido de manera unívoca los testigos en los términos que se han explanado precedentemente, que además han sido corroborados con los elementos de prueba incorporados al proceso y que han sido debidamente descriptos en el punto II.1.B.a) correspondiente a la prueba literal de cargo del Ministerio Público codificada como; F-3 fs.7 Oficio U.A.I. CJ Of. N° 292 consistentes en Información preliminar sobre irregularidades y desvíos de control interno importantes en la administración de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba detectadas en la auditoría especial que ejecuta la Unidad de Auditoría Interna del Consejo de la Judicatura, Dirigido al Plenario del Consejo de la Judicatura. F-4 fs. 21 Informe de Control Interno U.A.I. N° 12/07, informe sostiene que en el periodo auditado del 1 de julio 2006 al 30 de junio 2007, donde se ha procesado más de 30.000 operaciones, se evidencio que se efectuaron restituciones ficticias por conceptos de fianzas, deudas, tercerías y otros por parte de Jenny Suarez .Villavicencio, ex encargada de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba. F- fs.110 Informe de Auditoría Especial U.A.I N° 10/09, Referente a la Auditoría Especial de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba del 01/07/06 al 30/06/07, ampliada del 16/10/00 al 30/06/06, referido al análisis de las restituciones irregulares de depósitos judiciales efectuadas a través de modificaciones de datos en el Sistema informático "Salomón", informe que determina responsabilidad penal en contra de la ex cajera Jenny Suarez Villavicencio y los otros coacusados. F-44 fs.1 Memorándum DF. 013/05 de 22 de febrero de 2005 Emitido por Ruth Espinoza Terán, jefe de fianzas a.i. dirigido al Emilio Gonzales R., contador del Consejo de la Judicatura. En cumplimiento a Recomendación N° 1 del Informe de Auditoría Interna UAI N° 003/04 se instruye se realice el registro correspondiente por la entrega de fondo fijo en moneda nacional y extranjera a

la encargada de Depósitos Judiciales, creando un cargo de cuenta. Fdo. Ruth Espinoza Terán, jefe de finanzas, Emilio Gonzales R. Contador del C.J. F-45 fs.17 manual de funciones 2007 Distrito Judicial de Cochabamba. Detalle de las funciones y requisitos que debe cumplir el técnico de Depósitos Judiciales así como el auxiliar i cajero Depósitos Judiciales, además de otros cargos. F-47 fs. 8 Reglamento de Depósitos Judiciales de 2003, contiene el Acuerdo N° 140/2003, conformado por dos capítulos y 22 artículos. Lleva sellos del Consejo de la Judicatura. F-57 fs.31 CITE DD/CJ 626/08, de 24 de junio de 2008 Acuerdo N° 318/04 de procedimientos de Depósitos Judiciales y Acuerdo N° 140/03 Reglamento de Depósitos Judiciales. F-63 fs.27 dictamen pericial de informática caso: FISCBBBA 0700720 realizado por el perito informático Jesús I. Farfán Q. con C.I. 5531420 Pt. F-68 Informes UAI N° 10/09 y UAI N° 11/09, de 3 de noviembre de 2009, conformado por 4 cuerpos, legajo de 1/4, Auditoría Especial de Depósitos Judiciales del 01/07/06 al 30/06/07, ampliada del 16/10/00 al 30/06/06 referido al análisis de las restituciones irregulares de depósitos judiciales efectuadas a través de modificaciones de datos en el sistema informático "Salomón". Dicho legajo contiene medios de pruebas (fs. 1 a fs. 203), documentos referidos al Anexo 1. Preparado por Roger Palacios Cuiza R.P.C, Emilio Gonzales Raymondeau E.G.R., Emilio Villegas Saravia. E.V.S. Revisado por el Lic. Santiago López Garzón S.L.G. Legajo 2/4, medios de prueba, documentos referidos al anexo 2, (fs. 1 a fs.120), legajo 3/4, medios de prueba, documentos referidos al anexo 3, (fs. 1 a fs. 330), legajo 4/4, medios de prueba, normativa legal utilizada (fs. 1 a fs.66).

Cúmulo de pruebas que han llevado al pleno del tribunal a la convicción de que ciertamente, Jenny Suarez Villavicencio cometió el delito que se le acusa, es decir que la imputada en su condición de cajera y responsable de depósitos judiciales del ex Consejo de la Judicatura se apropió de dineros de cuyo cobro y custodia se encontraba encargada en razón de su cargo y que lejos de custodiar y manejar correctamente los dineros depositados por concepto de fianzas, deudas, multas, tercerías, y otros, y manejarlos de forma transparente, eficiente y oportuna a favor de los usuarios, correspondiéndole realizar las restituciones de depósitos con la documentación de respaldo exigida por las distintas circulares, instructivos, reglamento de depósitos judiciales y manual de uso de formularios para movimiento de depósitos judiciales, se aprovechó de su calidad de cajera responsable y se apropió de los dineros en los montos que se indicó precedentemente, vulnerando la normativa interna consistente en disposiciones, circulares, manuales, reglamentos y acuerdos, a cuyo cumplimiento los entonces llamados 'funcionarios públicos', estaban obligados. Por todo lo referido evidentemente la acusada a subsumido su conducta a los elementos constitutivos que hacen a la existencia del delito de peculado, pues de manera consciente y voluntaria la acusada Jenny Suarez Villavicencio buscó el resultado de manera intencional queriendo el resultado típico, que era la apropiación de dineros; de esta forma, se apoderó o hizo suyos los recursos públicos que recibió de los usuarios del órgano judicial; ello significa, que en la conducta de la imputada, se encuentran cada uno de los elementos constitutivos del delito de peculado previsto en el art. 142 del Cód. Pen., pues su actuar demuestra una sola finalidad la de apropiarse de manera ilícita de los dineros depositados por diferentes conceptos en la caja donde ella prestaba sus servicios.

II.2.A.d) Que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga en su condición de jefe de finanzas del ex Consejo de la Judicatura omitió su deber de hacer cumplir normativas internas con sus dependientes respecto de la exhibición de documentación respaldatoria en los trámites de restitución de depósitos judiciales, por parte de la responsable de caja de depósitos judiciales.

El Ministerio Público en su función acusadora le atribuye la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica previstos por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., se refiere en cuanto al primero que el acusado en su condición de jefe de finanzas mediante su actuar omisivo permitió a Jenny Suárez Villavicencio apropiarse indebidamente de los dineros de la institución, ya que en inobservancia de sus específicas funciones, no controló que la encargada de depósitos judiciales cumpliera con lo dispuesto por el "Reglamento de Depósitos Judiciales" y otras disposiciones relacionadas, sumándose a su omisión de control, el haber firmado informes diarios y mensuales sin controlar la existencia real de la documentación respaldatoria. Advirtiéndose que de haberse efectuado el control necesario, esto hubiera permitido la detección oportuna de las irregularidades en las restituciones de depósitos.

Esta aseveración ha sido demostrada por los acusadores durante la celebración del juicio oral, habida cuenta que todos los testigos coincidieron en manifestar que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga fungió como jefe de finanzas así como director distrital a.i. del ex Consejo de la Judicatura y que la acusada Jenny Suarez Villavicencio cajera responsable de depósitos judiciales, dependía linealmente de aquel, que en esa función de superior jerárquico el acusado no cumplió su deber de hacer cumplir la normativa interna existente en aquel momento para las restituciones de depósitos judiciales, en el caso concreto, omitió exigir la documentación respaldatoria en los trámites de restitución de depósitos judiciales, por parte de la responsable de caja de depósitos judiciales, así manifestó el testigo Roger Gonzalo Palacios Cuiza, quien durante su declaración manifestó lo siguiente; "En el informe preliminar se evaluó documentación de depósitos y normativa de manejo de depósitos judiciales y como conclusión de estos documentos que respaldaban la restitución se determinó apoyado en el informe legal, se determinó indicios de responsabilidad administrativa y penal en contra de las ex cajeras Jenny Suarez y Ana María Gutiérrez, también Lic. Lizarazu y contadora Ruth Espinoza, las dos primeras respecto al incumplimiento de la normativa y al registrar sus contraseñas al realizar restituciones sin documentación manipular par a pagar con otros fondos. A los dos últimos por la falta de supervisión o supervisión deficientes, que permitió varias restituciones irregulares", respecto a que disposiciones habría vulnerado el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, con su actitud omisiva, el testigo agregó lo siguiente; "En cuanto a la normativa vulnerada por los involucrados, fue emitida desde la gestión 2000 a 2007 por ex Consejo de la Judicatura, están el reglamento de depósitos judiciales aprobado mediante acuerdo 140 del 2003 de 20 de mayo, el cual en su Capítulo 1 indica que para la restitución debe tener en cuenta los documentos de respaldo que son necesarios para realizar una restitución, como el auto u orden judicial, el certificado de solicitud, el certificado de depósitos judicial y la cedilla de identidad de la persona interesada. También se vulneró el instructivo de procedimientos para el manejo de depósitos judiciales, la cual fue emitida mediante acuerdo de 20 de mayo de 2003, la cual indica en su título V, que los fondos de los depósitos judiciales deben ser administrados por la encargada de depósitos, bajo la directa supervisión del jefe de finanzas. Otra normativa vulnerada es el manual de uso de la cuenta de depósitos judiciales en moneda extranjera, emitido mediante Acuerdo N° 098 del 2002 de junio de 2002 y la Circular N° 063 GAB 2002 que indica que los jefes de finanzas deben realizar cruce de información entre la unidad de depósitos judiciales, contabilidad y juzgados lo que no se realizó esa actividad". También aclaró que contra el acusado; "se determinó indicios de responsabilidad del jefe de finanzas por la falta de supervisión, por no verificar

cruce de información entre juzgados, contabilidad, finanzas y tener información clara de la restitución y por la falta de rotación de funciones de la funcionaria Jenny desde el 2000 a 2007".

Evidentemente durante el desarrollo del juicio se han judicializado un cúmulo de elementos probatorios que sustentan la afirmación que antecede, no obstante que el nombrado acusado negó la existencia de algún instrumento legal que le obligue a supervigilar el cumplimiento de las funciones de la cajera responsable de depósitos judiciales, en ese cometido tenemos las pruebas introducidas a juicio que corroboran lo sostenido en este punto que se encuentran codificadas como; F-6 fs.110 Informe de Auditoria Especial U.A.I N° 2 10/09 Auditoria Especial de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba del 01/07/06 al 30/06/07, ampliada del 16/10/00 al 30/06/06, referido al análisis de las restituciones irregulares de depósitos judiciales efectuadas a través de modificaciones de datos en el Sistema informático "Salomón", que determina indicios de responsabilidad penal en el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga. F-8 fs. 2 Circular N° 011GAF-2006, 18 de mayo de 2006 respecto de la documentación de respaldo para restitución de depósitos judiciales. Dirigido a los directores distritales de todos los departamentos del país y al Consejo de la Judicatura, Dirección de Finanzas y Dirección de Asesoría Legal. Lleva sellos al reverso de los diferentes Juzgados de Instrucción de Familia y del Departamento de Finanzas Depósitos Judiciales, esta literal demuestra que el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga si sabía que documentación debía adjuntarse a las órdenes de restitución de depósitos judiciales. F-9 fs.4 Circular N° 006- DF- 2006 de 18 de mayo de 2006 dicha circular refiere la aplicación de las modificaciones al instructivo de procedimientos de Depósitos Judiciales para los distritos de La Paz, Santa Cruz, Cochabamba. Fdo. Ilegible Jaime Duran Más, Especialista en Depósitos Judiciales Consejo de la Judicatura, Fdo. Roger Villalpando Amonzabel, director de finanzas, Fdo. Gonzalo Cabello Montero, gerente administrativo financiero a. i., Fdo. María Teresa Rivero de Cusicanqui Consejera, Guido Chávez Méndez Consejero, José Luis Dabdoub López Consejero. Esta es otra prueba de que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga conocía perfectamente que documentación debía exigir la cajera de depósitos judiciales antes de proceder a la restitución. F- 10 fs.3 Circular N° 066- GAF- 2004, 3 de septiembre de 2004 referido a los depósitos, restituciones y control depósitos Judiciales por concepto de asistencia familiar. Al ser un tema muy particular y delicado el referido tratamiento que se debe dar a los depósitos y restituciones de asistencia familiar, tanto en ciudades capitales como en provincias, se emite la presente circular, que regula y norma la recepción, restituciones y control de los dineros depositados por este concepto. Fdo. José Hurtado Poveda gerente administrativo y financiero. F-12 fs.1 Cite DD/ CJ N° 972/07, 29 de septiembre de 2007 emitido por Ivonne Soria de Achá, directora distrital Consejo de la Judicatura, dirigido a Orlando Lizarazu Mayorga jefe de la unidad de finanzas Consejo de la Judicatura. En cumplimiento al Cite Of. N° 0597 GAF- CJ/ 07, se solicita se eleve informe en el día con referencia al cumplimiento de los Memorándums DD/CJ N° 151/2007 y 156/07 F-15 fs.1 Memorándum DD/CJ N° 151/2007, 31 de mayo de 2007 emitido por Ivonne Soria de Achá, directora distrital Consejo de la Judicatura, dirigido a Orlando Lizarazu Mayorga jefe de la unidad de finanzas Consejo de la Judicatura. Solicita cumplimiento de recomendación N° 3-11 Informe U.A.I. N° 03/2007 y proceder a una nueva notificación de la Circular N° 066/ GAF- 2004 a todos los secretarios y/o actuarios de los juzgados de provincias y efectuar el seguimiento correspondiente a la misma, trabajo que debe concluirse hasta junio de 2007. F-23 fs.1 Memorándum DD/CJ N° 156/07, de 31 de mayo de 2007 Emitido por Ivonne Soria de Achá, directora distrital Consejo de la Judicatura, dirigido a Jaime Eulate Hoda, asesor legal, Sandra Velázquez Dabdoub, jefe de la Unidad de Recursos Humanos, Orlando Lizarazu Mayorga, jefe de Unidad de Finanzas. Con la finalidad de dar cumplimiento a las recomendaciones N° 3.43 Informe U.A.I N° 03/2007, se instruye la verificación que los funcionarios judiciales cuenten con las fianzas y exigir a los que no cuentan la presentación de la misma, en atención a la Circular No. 010-2004. F-31 fs.9 Circular N° 086- GAF-2004, 08 de noviembre, de 2004 emitido por Gonzalo Cabello Montero gerente administrativo y financiero a. i, dirigido a los directores distritales de los nueve departamentos del País, directores administrativos Corte Suprema, Tribunal Constitucional. Refiere remisión de procedimientos para efectuar arquezos de caja e inventarios de valores judiciales, de restitución de depósitos judiciales no identificados de acuerdo a la R.A. N° 52/2004 Gerencia General Gerencia Administrativa y Financiera. F-32 fs.1 Circular N° 004- SGCF-05, de 19 de mayo de 2005 Emitido por Roger Villalpando Amonzabel, subgerente de Presupuestos Contabilidad y Tesorería del Consejo de la Judicatura en cumplimiento a la Circular N° 086- GAF-2004, respecto al punto 8. Procedimientos para efectuar arquezos de caja e inventario de valores judiciales, se debe remitir a la subgerencia de Presupuestos Contabilidad y el cronograma anual de arquezos, tanto de capitales del departamento como de provincias, hasta el 24 de mayo de 2005. F-33 fs. 21 CITE UAI- 111/04, de 17 de diciembre de 2004 emitido por Linton Ballón Baldivieso auditor interno Consejo de la Judicatura, dirigido a Orlando Lizarazu Mayorga director distrital del Consejo de la Judicatura, como resultado de la auditoria especial por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2003, se remite un ejemplar del Informe UAI-N° 003/04 sobre la Auditoria Especial de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba, para su conocimiento y aplicación. F-49 fs.1 Circular N° 007- D.F. 2006 de Sucre 24 de mayo de 2006 Procedimiento Contable Administrativo para el manejo de fondos de restitución de Depósitos Judiciales en los distritos Judiciales de La Paz, Santa Cruz y Cochabamba. Fdo. Jaime Duran Mass, especialista en Depósitos Judiciales Consejo de la Judicatura, Roger Villalpando Amonzabel Director de Finanzas. Esta literal viene a reafirmar que el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga tenía conocimiento de que requisitos debía exigir que cumpla la cajera de depósitos judiciales antes de dar curso a la restitución. F-57 Fs.31 Cite DD/CJ 626/08 de 24 de junio de 2008 Copias de Acuerdo N° 318/04 de procedimientos de Depósitos Judiciales y Acuerdo N° 140/03 reglamento de depósitos judiciales dirigido a Gimena Carvallo Gumucio, Fiscal de Materia Ministerio Publico remite lo siguiente: Reglamento de Depósitos Judiciales, aprobado mediante Acuerdo N° 140/03, Acuerdo N° 318/04, Instructivo de Procedimientos de Depósitos Judiciales, Reglamento del Departamento de Finanzas estos documentos llevan sello del Consejo de Judicatura por ser copias legalizadas por M. Consuelo Vedia Mejía a. i. Secretaria de la Representación Distrital del Consejo de la Judicatura. F-58 fs.1 Cite Of. DJ/ CJ N° 460/05 Sucre, 12 de septiembre de 2005. Emitido por Franz Ortiz Vargas jefe del departamento de Depósitos Judiciales Consejo de la Judicatura, dirigido a Orlando Lizarazu Jefe del departamento de finanzas Consejo de la Judicatura. Se procede a la devolución de documentación respecto de una solicitud de devolución de depósitos judiciales en moneda extranjera a favor de Adelina Rosemary Rodríguez, se hace la devolución del mismo después de consultar con accesoria jurídica porque no adjunta poder notarial se exige a la brevedad subsanar dicha observación para proceder con dicha restitución. Se recomienda a la encargada de depósitos judiciales tener mayor cuidado en él envió de tramites a esta jefatura ya que los mismos vienen incompletos. Copias de Acuerdo N° 318/04 de procedimientos de Depósitos Judiciales y Acuerdo N° 140/03 reglamento de depósitos judiciales. F-59 Fs. 1 Cite. Of. DI/CJ/ N° 542/05, Sucre, 20 de octubre de 2005 emitido por Fran Ortiz Vargas, jefe del departamento Depósitos Judiciales Consejo de la Judicatura, dirigido a Orlando

Lizarazu jefe del departamento Finanzas Delegación Distrital Consejo de la Judicatura. Se procede a la devolución de la documentación respecto de la solicitud de devolución de depósitos judiciales en moneda nacional a favor de Ivonne Lucia Acebey Castellón, se hace la devolución del mismo ya que no coincide el monto literal con el numeral de la orden de restitución y no adjunta el certificado de depósito judicial. F-67 fs. 2 nota, de 21 de noviembre de 2007, Cite CA. JDI-322/07 se informa que el sistema fue desarrollado enteramente por la Unidad de Informática del Consejo de la Judicatura de Sucre, por Wilson Molina, quien realizo personalmente la capacitación de la funcionaria Jenny Suarez, y quien realizo la instalación del sistema en este distrito, por lo cual la validación del sistema respecto a sus opciones y funcionamiento, corresponde enteramente a la unidad de informática de Sucre, puesto que en este distrito no se programó ni una sola línea de código de dicho sistema, informe elaborado por el responsable distrital del departamento de informática. F-68 Informes UAI N° 10/09 y UAI N° 11/09, de 3 de noviembre de 2009. Conformado por 4 cuerpos legajo de 1/4, Auditoria Especial de Depósitos Judiciales del 01/07/06 al 30/06/07, ampliada del 16/10/00 al 30/06/06 referido al análisis de las restituciones irregulares de depósitos judiciales efectuadas a través de modificaciones de datos en el sistema informático "Salomón". Dicho legajo contiene medios de pruebas (fs. 1 a fs. 203), documentos referidos al anexo 1. Preparado por Roger Palacios Cuiza R.P.C, Emilio Gonzales Raymondeau E.G.R., Emilio Villegas Saravia. E.V.S.- Revisado por Santiago López Garzón S.L.G.

Legajo 2/4, medios de prueba, documentos referidos al anexo 2, (fs. 1 a fs.120).

Legajo 3/4, medios de prueba, documentos referidos al anexo 3, (fs. 1 a fs. 330).

Legajo 4/4, medios de prueba, normativa legal utilizada (fs. 1 a fs.66). Esta prueba es fundamental pues entre los papeles de trabajo que se ha adjuntado a la misma en todos sus legajos, se ha podido encontrar pruebas literales como; las papeletas de "expediente depósitos judiciales", "informe diario de caja de depósitos judiciales", "cuadro centralizador de depósitos judiciales", "extractos del Banco de Crédito", "certificaciones de juzgados, mediante el que se da cuenta la inexistencia de procesos", "certificado de depósito judicial", "comprobante de restitución de depósito judicial" y otros que demuestran la real existencia de los hechos ilícitos y la forma en que fueron cometidos, en el caso, ratifican que el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, efectivamente es responsable del cargo que pesa en su contra, pues del análisis individual y conjunto de la prueba judicializada en lo concerniente a su persona el pleno del tribunal considera que los acusadores han demostrado que éste acusado infringió el Manual de Uso de la Cuenta Depósitos Judiciales en moneda extranjera, aprobado mediante Acuerdo N° 098/02, de 4 de junio de 2002, punto quinto; Reglamento de Depósitos Judiciales, aprobado mediante Acuerdo N° 140/03, de 20 de mayo de 2003; Instructivo de Procedimiento de Depósitos Judiciales, aprobado mediante Acuerdo N° 140/03, de 20 de mayo de 2003; Manual de Procedimientos a seguir para efectuar arqueos de caja e inventario de valores judiciales, aprobado mediante R.A. N° 52/2004 de Gerencia General y Gerencia Administrativa y Financiera (Consejo de la Judicatura), de 8 de noviembre de 2004; así como el procedimiento para efectuar arqueos de caja e inventario de valores judiciales.

Del análisis de todos y cada uno de los elementos probatorios judicializados durante el desarrollo del juicio, de manera especial los que se han enunciado en líneas precedentes, el pleno del tribunal ha llegado a la convicción de que el acusado efectivamente no ha cumplido el deber que tenía de cumplir y hacer cumplir las normas existentes en cuanto a los deberes de la cajera y/o responsable de la oficina de depósitos judiciales Jenny Suarez Villavicencio, quien aprovechando de la actitud omisiva de Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, se apropió indebidamente de los dineros de la institución en los montos ya indicados denominada en ese entonces Consejo de la Judicatura, pues no controló que cada una de las ordenes de restitución de depósitos judiciales estuviera respaldado de los descargos que el Reglamento de depósitos Judiciales preveía. Por lo mismo su conducta encuadra perfectamente en los elementos constitutivos del ilícito de incumplimiento de deberes pues su actuación fue indudablemente omisiva y se debió a la inobservancia de la norma de cuidado, en el caso la inobservancia de dicha norma, se encuentra la negligencia con la que actuó Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga en su condición de jefe de finanzas, pues precisamente en esa su condición, tenía la obligación de control y seguimiento correspondientes respecto de la administración de los bienes y recursos públicos depositados por los litigantes en las cajas de depósitos judiciales.

Por lo expuesto el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga ciertamente a subsumido su conducta a los elementos constitutivos que hacen a la existencia del delito de Incumplimiento de deberes conforme las consideraciones que se han efectuado en el apartado anterior, pues voluntariamente a dejado de hacer lo que por norma y el más común de los sentidos estaba obligado a hacer, que era simplemente que la cajera de depósitos judiciales cumpliera con su obligación de adjuntar la documentación respaldatoria a las órdenes de restitución de depósitos judiciales, conforme determinan los Reglamentos de depósitos judiciales, instructivos de procedimiento de depósitos judiciales y otros instructivos específicos, que además el acusado no puede argüir que no conoce pues muchos de ellos llegaron a la Dirección Distrital del entonces Consejo de la Judicatura, cuando Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga fungía de Director Distrital o Representante Distrital a. i. del Consejo, motivo por el que él en persona proveyó el "cúmplase" de dichas circulares, instructivos etc.

II.2.A.e) Que Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo en calidad de contadora del ex Consejo de la Judicatura no observó su deber de cumplir y hacer cumplir normativas internas respecto de la exhibición de documentación respaldatoria en los trámites de restitución de depósitos judiciales, por parte de la responsable de caja de depósitos judiciales.

A esta acusada se le atribuye la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica previstos por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., la acusación en cuanto a la adecuación de su conducta al primer delito que se atribuye sostiene que asumiendo la acusada la función de contadora, habría incumplido funciones propias de su cargo al aprobar comprobantes de restituciones de depósitos judiciales, sin realizar la revisión de los documentos de sustento de dichas restituciones efectuadas por Jenny Suárez, sumándose a ello la falta de verificación de cumplimiento del Manual de Uso de Formularios para el Movimiento de Depósitos Judiciales, que indica que "llenado el formulario por la sección Caja, deberá pasar al contador para que elabore el comprobante de contabilidad y emisión del cheque correspondiente con las firmas del jefe de finanzas y el presidente de la Corte Superior"; advirtiéndose por el contrario que la acusada firmaba

los comprobantes por instrucción verbal del jefe de finanzas, dejando en muchas ocasiones formularios firmados en blanco sin revisar previamente la documentación de respaldo.

En lo que respecta a la adecuación de su accionar al delito de conducta antieconómica, se sostiene por parte de los acusadores que en consecuencia al incumplimiento referido, dada su condición de contadora y en determinado momento como jefe de finanzas a.i., habría posibilitado la continuidad de las irregularidades por aproximadamente 6 años. Con relación a este extremo se tiene la declaración del testigo: Roger Gonzalo Palacios Cuiza quien ante el pleno del tribunal respecto de la participación de esta acusada en el hecho juzgado manifestó lo siguiente: "...en el informe preliminar se evaluó documentación de depósitos y normativa de manejo de depósitos judiciales y como conclusión de estos documentos que respaldaban la restitución se determinó apoyado en el informe legal, se determinó indicios de responsabilidad administrativa y penal en contra de las ex cajeras Jenny Suarez y Ana María Gutiérrez, también Lic. Lizarazu y contadora Ruth Espinoza, las dos primeras respecto al incumplimiento de la normativa y al registrar sus contraseñas al realizar restituciones sin documentación manipular para pagar con otros fondos. A los dos últimos por la falta de supervisión o supervisión deficientes, que permitió varias restituciones irregulares...", respecto a que disposiciones habría incumplido la acusada Ruth Espinoza dijo que: "...En cuanto a la normativa vulnerada por los involucrados, fue emitida desde la gestión 2000 a 2007 por ex Consejo de la Judicatura, entre la normativa vulnerada están el reglamento de depósitos judiciales aprobado mediante acuerdo, 140 del 2003 de 20 de mayo, el cual en su Capítulo I. indica que para la restitución debe tener en cuenta los documentos de respaldo que son necesarios para realizar una restitución, como el auto u orden judicial, el certificado de solicitud, el certificado de depósitos judicial y la cedula de identidad de la persona interesada. También se vulnero el instructivo de procedimientos para el manejo de depósitos judiciales, la cual fue emitida mediante Acuerdo N° 20 de mayo de 2003, la cual indica en su título V, que los fondos de los depósitos judiciales deben ser administrados por la encargada de depósitos, bajo la directa supervisión del jefe de finanzas. Otra normativa vulnerada es el manual de uso de la cuenta de depósitos judiciales en moneda extranjera, emitido mediante Acuerdo N° 098 del 2002 de junio de 2002..." agregando a este respecto a momento en que se le preguntó si en este Distrito existía la normativa a la que ha hecho referencia manifestó que: "La documentación que rige desde el 2000, se encontró en la Unidad de Depósitos Judiciales de Cochabamba, en contabilidad y también en oficinas en la central de Sucre, que fue distribuida a todos los distritos", por otra parte refiriéndose de manera puntual sobre la responsabilidad de la ex contadora del Consejo de la Judicatura Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo refirió que: "...respecto a la ex contadora Ruth Espinoza, por verificarse registros contables con la planilla del sistema no incluyendo las copias originales amarillas, que debió servir como documentación suficiente y pertinente para un registro contable, también comprobantes de restitución firmados en blanco considerado una falta grave, por vulnerar un filtro de control ...", respecto de esto último se le preguntó si los formularios firmados en blanco por esta acusada eran para la restitución de depósitos en materia de asistencia familiar, a lo que el testigo respondió que: los formularios encontrados firmados en blanco eran para restituciones diferentes a los familiares, porque tenían la leyenda de la firma de jefe de finanzas o contados que no tienen los formularios de restitución familiar ...", concluyendo su atestado indicando que: "...De acuerdo a la normativa al momento de firmar los comprobantes debían revisar y verificar los documentos de respaldo de restitución. Para ver lo que estaba pasando en la documentación de respaldo, el manual fue emitido desde el 2002 para regir el sistema de depósitos judiciales...". Lo manifestado por este testigo fue refrendado por la declaración del testigo de descargo Luis Mauricio Ortiz Vargas, quien ha momento de prestar su declaración en lo que a este respecto atañe manifestó lo siguiente: "...alguna vez vi formularios de restitución firmados en blanco por la contadora la Lic. Espinoza, era para alguna restitución, para pagar en efectivo...". Declaraciones estas que anteceden que demuestran que evidentemente los acusadores demostraron lo que sostuvieron en su pliego acusatorio respecto de la acusada Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, es decir que ha quedado claro ante el pleno del tribunal, además porque la misma acusada aceptó este hecho durante su declaración ante este órgano, que en efecto ella si firmaba formularios de restitución de fianzas en blanco, aun sabiendo que no debía hacerlo pues conocía de la existencia del Reglamento de Depósitos Judiciales del Poder Judicial, aprobado, mediante Acuerdo N° 140/03 de 20 de mayo de 2003 y modificado mediante Acuerdo N° 318/04 de 23 de noviembre de 2004, Instructivo de Procedimiento de Depósitos Judiciales, aprobado mediante Acuerdo N° 98/02 de 04 de junio de 2002 y modificado mediante Acuerdos: Nos. 80/06 del 21 de marzo de 2006 y 184/07 del 19 de junio de 2007, Manual de uso de la cuenta "Depósitos Judiciales Moneda Extranjera", aprobado mediante Acuerdo N° 98/2002 de 4 de junio de 2002 y otros instructivos específicos que no le permitían firmar las órdenes de restitución sin comprobar la existencia de la documentación respaldatoria consistente en la orden del juez de la causa, el formulario original del depósito, carnet de identidad del beneficiario, formulario de restitución, etc., y se reitera que la acusada sí conocía de esta normativa, pues existe evidencia de que cuando fungía de jefa de finanzas a.i., ella recibió y proveyó el cumplimiento a algunas de esas circulares e instructivos, aspecto que fue manifestado por el testigo Roger Fred Encinas Shoster, que sostiene a este respecto lo siguiente; "... el cargo de contadora del Consejo de la Judicatura del Distrito de Cochabamba también cuenta con normas internas pronunciadas por el ex Consejo de la Judicatura sobre la obligatoriedad y el procedimiento que debería realizar con relación a lo que es depósitos judiciales y su dependencia a las restituciones con contabilidad, si no recuerdo hay un Acuerdo N° 098/2002 que manifiesta que todo comprobante de contabilidad para ser emitido debe ser verificado por la contadora para la emisión de su cheque...", extremo este corroborado por la prueba documental incorporada a juicio y que se encuentra codificada como; F-6 fs.110 Informe de Auditoria Especial U.A.I N° 10/09 Auditoria Especial de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba del 01/07/06 al 30/06/07, ampliada del 16/10/00 al 30/06/06, referido al análisis de las restituciones irregulares de depósitos judiciales efectuadas a través de modificaciones de datos en el sistema. Esta literal da cuenta que en la tarea de la auditoria si se encontró indicios de responsabilidad en la acusada. F-8 fs.2 Circular N° 011- GAF-2006, 18 de mayo de 2006. Emitido por José Hurtado Poveda, Gerente General a.i., Gonzalo Cabello Montero, gerente administrativo financiero a.i. Dirigido a los directores distritales de todos los departamentos del país y al Consejo de la Judicatura, Dirección de Finanzas y Dirección de Asesoría Legal. Dicha circular refiere la documentación de respaldo para restitución de depósitos. Lleva sellos al reverso de los diferentes Juzgados de Instrucción de Familia y del departamento de Finanzas Depósitos Judiciales. F-9 fs.4 Circular N° 006- DF- 06 de 18 de mayo de 2006 dicha circular refiere la aplicación de las modificaciones al instructivo de procedimientos de depósitos Judiciales para los distritos de La Paz, Santa Cruz, Cochabamba. A través de estas 2 literales ha quedado establecido que la acusada si conocía de la existencia de la normativa que regía las restituciones judiciales y que entre ellas estaba la obligación de que todos los funcionarios que participaban en la actividad de las devoluciones, debían exigir la exhibición de los documentos respaldatorios antes de suscribir los mismos. F- 10 fs.3 Circular N° 066- GAF- 04, 3 de septiembre de 2004

Dicha circular refiere de los depósitos, restituciones y control depósitos judiciales por concepto de asistencia familiar. Al ser un tema muy particular y delicado el referido tratamiento que se debe dar a los depósitos y restituciones de asistencia familiar, tanto en ciudades capitales como en provincias, se emite la presente circular, que regula y norma la recepción, restituciones y control de los dineros depositados por este concepto. Fdo. José Hurtado Poveda Gerente Administrativo y Financiero. F-31 fs.9 Circular N° 086- GAF-04, 08 de noviembre, de 2004 Emitido por Gonzalo Cabello Montero, gerente administrativo y financiero a.i., dirigido a los directores distritales de los nueve departamentos del país, directores administrativos Corte Suprema, Tribunal Constitucional. Refiere remisión de procedimientos para efectuar arquezos de caja e inventarios de valores judiciales, de restitución de depósitos judiciales no identificados de acuerdo a la R.A. N° 52/2004 Gerencia General Gerencia Administrativa y Financiera. F-32 fs.1 Circular N° 004- SGCF-05, de 19 de mayo de 2005 emitido por Roger Villalpando Amonzabel, subgerente de Presupuestos Contabilidad y Tesorería del C.J. En cumplimiento a la Circular No. 086- GAF-2004, respecto al punto 8. Procedimientos para efectuar arquezos de caja e inventario de valores judiciales, se debe remitir a la Subgerencia de Presupuestos Contabilidad y el cronograma anual de arquezos, tanto de capitales del departamento como de provincias, hasta el 24 de mayo de 2005. F-47 fs.8 Reglamento de Depósitos Judiciales de 2003, contiene el Acuerdo N° 140/2003, conformado por dos capítulos y 22 artículos. Lleva sellos del Consejo de la Judicatura. F-48 (manual de uso de la cuenta de depósitos judiciales moneda extranjera que mediante su disposición quinta, inc. d) refiere: "La división de contabilidad del distrito judicial deberá registrar asimismo en su sistema contable éstas restituciones en función al informe del encargado de Depósitos Judiciales, teniendo el cuidado de actualizar los tipos de cambio de acuerdo a lo previsto en el Reglamento". F-49 fs.1 Circular N° 007- D.F.-06 Sucre 24 de mayo de 2006 Procedimiento Contable Administrativo para el manejo de Fondos de Restitución de Depósitos Judiciales en los distritos judiciales de La Paz, Santa Cruz y Cochabamba. F-57 fs.31 CITE DD/CJ 626/08, de 24 de junio de 2008 Copias de Acuerdo N° 318/04 de Procedimientos de Depósitos Judiciales y Acuerdo N° 140/03 Reglamento de Depósitos Judiciales. Emitido por Ivonne Soria de Achá, Representante Distrital del Consejo de la Judicatura, dirigido a Gimena Carvallo Gumucio, Fiscal de Materia Ministerio Público. En atención al requerimiento de 19 de junio de 2008 ...se remite lo siguiente: reglamento de Depósitos Judiciales, aprobado mediante Acuerdo N° 140/03, Acuerdo N° 318/04, Instructivo de Procedimientos de Depósitos Judiciales, Reglamento del Departamento de Finanzas (en la institución no se cuenta con este documento) estos documentos lleva sello del Consejo de Judicatura por ser copias legalizadas por M. Consuelo Vedia Mejía a.i. Secretaria de la Representación Distrital del Consejo de la Judicatura. Estas últimas literales desde la F 47- se convierten en fundamentales habida cuenta que son estos los instrumentos incumplidos por todos los acusados, ya que contienen todos los lineamientos generales que hacen a la actividad de depósitos judiciales.- F-60 fs.1 nota de 28 de diciembre de 2005 de Jenny Suarez Villavicencio emitido por Jenny Suarez Villavicencio encargada de depósito Judiciales del Consejo de la Judicatura, dirigido a Ruth Espinoza Terán, jefe del departamento de finanzas a. i. Por motivo de un error en el ingreso de datos al sistema Salomón, en este caso sobre el número de depósitos Judiciales de los tramites rechazados de Sucre, se hace constar que fue un error involuntario que se pone otro número, muchas veces por la presión del mundo litigante que algunas veces se copia incorrectamente, se solicita comprensión, haciendo notar que se tendrá mucho cuidado al respecto. Fdo. Jenny Suarez Villavicencio encargada de Depósitos Judiciales Consejo de la Judicatura, Tania Luz Soruco, Secretaria de la Unidad Distrital del Régimen Disciplinario. Este documento lleva sellos del Consejo de la Judicatura, departamento de finanzas. Esta literal demuestra que la acusada Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo conocía que la acusada Jenny Suarez Villavicencio estaba cometiendo irregularidades en sus funciones, pues sino no ella no le hubiera pasado el recordatorio de que cumpla eficientemente sus funciones.- F-68 Informes UAI N° 10/09 y UAI N° 11/09, de 3 de noviembre de 2009. Conformado por 4 cuerpos. Legajo de 1/4, Auditoria Especial de Depósitos Judiciales del 01/07/06 al 30/06/07, ampliada del 16/10/00 al 30/06/06 referido al análisis de las restituciones irregulares de depósitos judiciales efectuadas a través de modificaciones de datos en el Sistema Informático "salomón". Dicho legajo contiene medios de pruebas (fs. 1 a fs. 203), documentos referidos al anexo 1. Preparado por Roger Palacios Cuiza R.P.C, Emilio Gonzales Raymondeau E.G.R., Emilio Villegas Saravia. E.V.S. Revisado por Santiago López Garzón S.L.G.- Legajo 2/4, medios de prueba, documentos referidos al anexo 2, (fs. 1 a fs.120).- Legajo 3/4, medios de prueba, documentos referidos al anexo 3, (fs. 1 a fs. 330).- Legajo 4/4, medios de prueba, normativa legal utilizada (fs. 1 a fs. 66). Esta prueba es fundamental pues entre los papeles de trabajo que se ha adjuntado a la misma en todos sus legajos, se ha podido encontrar pruebas literales como; las papeletas de "expediente depósitos judiciales", "informe diario de caja de depósitos judiciales", "cuadro centralizador de depósitos judiciales", "extractos del Banco de Crédito", "certificaciones de juzgados, mediante el que se da cuenta la inexistencia de procesos", "certificado de depósito judicial", "comprobante de restitución de depósito judicial" y otros que demuestran la real existencia de los hechos ilícitos y la forma en que fueron cometidos, en el caso, ratifican que la acusada Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, efectivamente es responsable del cargo que pesa en su contra, pues del análisis individual y conjunto de la prueba judicializada en lo concerniente a su persona el pleno del tribunal considera que los acusadores han demostrado que ésta acusada infringió el Reglamento de Depósitos Judiciales del departamento de Tesorería, aprobado mediante Acuerdo N° 098/02, de 04/06/2002, en su Capítulo III, disposiciones especiales, manual de uso de los formularios para el movimiento de los depósitos judiciales, punto quinto; el Reglamento de Depósitos Judiciales aprobado mediante Acuerdo N° 140/03, de 20/05/2003, el mismo que ha estado vigente hasta el 31/12/2007, de manera específica y por el cargo que desempeñaba de manera general el Reglamento Especifico del Sistema de Contabilidad Integrada, y la L. N° 1178, en su artículo N° 38, en lo pertinente.

Por lo expuesto Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo queda acreditado que a subsumido su conducta a los elementos constitutivos del delito de Incumplimiento de deberes, pues no obstante de estar en la obligación de cumplir y exigir se cumpla la normativa interna respecto de depósitos judiciales y omitiendo sus responsabilidades de funcionario o servidor público, incumplió un deber legalmente previsto en los términos que anteceden, aspecto que derivó en el incumplimiento de deberes que, como ya se dijo, no requiere un resultado, pues el delito se consuma cuando el funcionario público omite, rehúsa hacer o retarda algún acto propio de su función.

Respecto al cargo del delito de conducta antieconómica tipificado por el art. 224 del Cód. Pen., corresponde señalar que en la descripción de los hechos así como en la producción de la prueba durante el juicio, los acusadores no han llegado a demostrar que Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, con la conducta descrita precedentemente, haya causado daños al patrimonio o a los intereses del Estado, de tal forma que ella hubiere ejecutado alguna acción de manera intencional queriendo el resultado típico de este ilícito; pues de conformidad al

análisis efectuado precedentemente si bien se ha determinado que la acusada incumplió un deber legalmente previsto en la normativa citada que se adecua al tipo de incumplimiento de deberes; no existe prueba de que la acusada Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo haya adecuado su conducta al delito de conducta antieconómica.

II.2.A.f) Que Ana María Gutiérrez Royo de López haya incumplido un deber previsto en alguna norma con relación a la dolosa actuación de la co acusada Jenny Suárez Villavicencio.

Efectuado el análisis integral, tanto de la prueba documental como testifical, sobre la base de los hechos acusados, se llega a establecer que efectivamente Ana María Gutiérrez en razón a su cargo contaba con una contraseña personal a efecto de operar el Sistema Salomón, sin embargo de acuerdo a los informes emitidos por la responsable de Recursos Humanos así como por los testigos de cargo como de descargo se tiene probado que ante la institucionalización de cargos, la citada encausada cumplió una duplicidad de funciones al seguir apoyando en el departamento de habilitaciones, no siéndole reprochable este extremo, en razón de haber dado cumplimiento a órdenes superiores, que no obstante de haber sido verbales deben ser acatadas, con el advertido de no existir normativa alguna que prohíba que tales determinaciones necesariamente deban de ser por escrito, en cuyo mérito a Ana María Gutiérrez solamente le correspondía dar cumplimiento a tal determinación, en el entendido que el cumplimiento de tal labor era importante para el personal de entonces Poder Judicial. Consiguientemente y no obstante que tal duplicidad de funciones no le es acusada como conducta ilícita, cabe puntualizar que esa actividad ciertamente provocó que Jenny Suarez deba retornar a la oficina de Depósitos Judiciales y necesariamente operar con la contraseña de Ana María Gutiérrez, al haberse cancelado la suya, rompiendo con ello la regla de que cada password es de responsabilidad única y exclusiva del usuario; tal circunstancia especial no fue provocada deliberada ni planificadamente por esta ciudadana, sino como se dijo por la restructuración funcional y ordenes de los superiores jerárquicos en razón a las propias necesidades de la institución, entendiéndose que similar entendimiento surgió en los acusadores, por no haber responsabilizado directamente a la encausada de los cambios o manipulaciones efectuadas con su código, sino, por no haber controlado el uso que le dio Jenny Suarez.

En lo concerniente a la afirmación de que Ana María Gutiérrez "presenció" las manipulaciones de las restituciones realizadas por Jenny Suarez, los acusadores, no acreditan este extremo con ningún elemento probatorio y por el contrario, se cuenta con la declaración de Basilio Loza Enríquez, en la que solventemente da cuenta al tribunal que desde el momento en que Jenny Suarez procedió a atenderle, la otra persona, refiriéndose a Ana María Gutiérrez, se retiró, consecuentemente no resulta sostenible el argumento de que la acusada hubiese "presenciado" las "irregularidades", por ende tampoco es razonable se extraña el no haber denunciado tal conducta, pues por supuesto inicialmente comprensible no le hubiese dado la importancia debida, deducción que tiene mayor coherencia con el hecho incontrovertido de la insuficiencia de capacitación de la acusada y la confianza y solvencia de la que gozaba Jenny Suarez por la experiencia en el cargo de más de siete años y debido a que ésta demostró que recibió capacitación técnica para el manejo del sistema Salomón; todos estos factores, más la falta de experiencia y dominio en el manejo de sistema de parte de la imputada Ana María Gutiérrez, llevaron a que ésta acepte lo sostenido por Jenny Suarez en relación a que los saldos "0" de depósitos judiciales se debían a un "error" aparentemente subsanable, en cuyo mérito solamente el transcurso del tiempo y la reiteración de la conducta ilícita de Jenny Suarez, pudieron alertar a Ana María Gutiérrez, de que aquellos "errores" no eran tales, sino "actos irregulares", que difieren de los "actos delictivos" de los que no estaba obligada a "denunciar" sino alertar a sus superiores, y se tiene que así lo hizo, pues claro está que la existencia del ilícito únicamente pudo detectarse con una intervención de auditoría e informática, a partir de la alerta que ella dio de los hechos hoy juzgados, por lo mismo los miembros del tribunal consideran que esta ciudadana no incumplió deber alguno en los términos expuestos por los acusadores".

Motivación y fundamentación que se estima razonable y suficiente, no siendo exigible como simple formalidad con la pretensión buscar la nulidad de la sentencia, un discurso excesivo o ampuloso respecto de algunos elementos probatorios que no resultan ser pertinentes y/o conducentes para desvirtuar los hechos específicamente individualizados en los pliegos acusatorios y el auto de apertura de juicio, base del mismo por mandato del art. 342 del Cód. Pdto. Pen., máxime cuando la parte apelante que reclama falta de consideración de prueba de descargo ha hecho una simple mención de pruebas según su codificación, sin haber cumplido con la indispensable carga argumentativa sobre la relevancia de la prueba para demostrar la inocencia del inculpado respecto al hecho ilícito específicamente atribuido, o la aptitud de la prueba para destruir toda la prueba conducente valorada por el Tribunal de Sentencia N° 2, conforme a la motivación y fundamentación transcrita precedentemente; por lo que al respecto, también corresponde acatar la doctrina legal aplicable del A.S. N° 097/16-RRC de 16 de febrero de 2016, que impide declarar la nulidad de la sentencia, cuando es previsible que en un juicio de reenvío, el resultado del juicio oral en sentencia, sería el mismo.

En lo que concierne a la impugnación del Ministerio Público, respecto a que en el pliego acusatorio del Ministerio Público de 10 de noviembre de 2009, se acusó a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán por la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica tipificados por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., que no obstante de ello y de haberse determinado la radicatoria de la causa por esos delitos y de habérselos sustentado durante todo el juicio hasta su culminación, encaminando la solicitud de sentencia por la comisión de los dos delitos, en la sentencia el tribunal solo se pronunció sobre el delito de Incumplimiento de Deberes sin manifestar nada respecto al otro delito de conducta antieconómica, incurriendo en error en la subsunción del tipo al no apreciar la prueba y las circunstancias concretas en que se produjeron los hechos, descartando la comisión del ilícito de conducta antieconómica, pero sin pronunciarse de manera negativa respecto a éste, y que no se realizó una correcta valoración de los elementos constitutivos del ilícito previsto en el art. 224 del Cód. Pen., debiendo haberse pronunciado expresamente en la parte dispositiva si se declaraba la absolución o la condena por éste delito, alegando falta de fundamentación y requisitos de la sentencia como garantía del debido proceso, porque ineludiblemente deben exponerse todos los motivos que sustentan la decisión, pronunciarse y resolver sobre todos y cada uno de los extremos solicitados; como se puede verificar en la sentencia apelada, el presente proceso penal, desde su inicio hasta su conclusión se ha desarrollado dentro el marco de los supuestos fácticos expresados puntualmente en la acusación fiscal, base del juicio oral, en relación a la acusación particular; son esos mismos hechos los que se han sometido al juzgamiento, frente a los que la parte acusada ha asumido su defensa, y han sido objeto del debate y del

proceso probatorio, así como del análisis valorativo y jurídico de la sentencia; evidenciándose que en la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia transcrita, en forma motivada se han especificado los hechos probados; y, en la fundamentación jurídica de la sentencia, previa fundamentación jurídica de las normas legales aplicables, se ha realizado la correspondiente subsunción de los hechos demostrados respecto a los acusados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán, al delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., bajo los siguientes fundamentos jurídicos:

"Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga.

A quién se atribuye la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica previstos por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., refiriendo en cuanto al primer delito que el acusado en su condición de jefe de finanzas mediante su actuar omisivo permitió a Jenny Suárez Villavicencio apropiarse indebidamente de los dineros de la institución, ya que en incumplimiento a las funciones atinentes a su cargo, no controló que la encargada de depósitos judiciales cumpliera con lo dispuesto por el "Reglamento de Depósitos Judiciales" y otras disposiciones relacionadas, sumándose a su omisión de control, el haber firmado informes diarios y mensuales sin controlar la existencia real de la documentación respaldatoria. Advirtiéndose que de haberse efectuado el control necesario, esto habría permitido la detección oportuna de las irregularidades en las restituciones de depósitos.

En lo atinente al segundo delito, esto es a la conducta antieconómica, se sostiene que en consecuencia a la omisión descrita, así como el incumplimiento del Acuerdo N° 140/03 de 20 de mayo de 2003 por el que se establece que los fondos creados para la devolución de las restituciones de depósitos judiciales, deben ser sujetos a permanente control y evaluación por los representantes Distritales y los Jefes de Finanzas, cuya inobservancia por parte del acusado habría posibilitado que Jenny Suárez Villavicencio se apoderara de una gran cantidad de dineros correspondiente a la Unidad de Depósitos Judiciales, ascendiente a la suma de \$us 139.258.77.

Con relación a la participación de Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga en los hechos hoy traídos a juicio, habrá de puntualizarse que su conducta encuadra perfectamente en los elementos constitutivos del ilícito de incumplimiento de deberes pues su actuación fue indudablemente omisiva y se debió a la inobservancia de la norma de cuidado, que obliga a todo funcionario o servidora o servidor público advertir la presencia de peligro como presupuesto de toda acción prudente; en el caso, la inobservancia de dicha norma de cuidado, se encuentra en la negligencia con la que actuó Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, en su condición de jefe de finanzas, pues precisamente en esa su condición, tenía la obligación de coordinación, control y seguimiento correspondientes respecto de la administración de los bienes y recursos públicos depositados por los litigantes en las cajas de Depósitos Judiciales y otros rubros que en aquellas cajas se cobraba, no actuó con la diligencia debida respecto de cumplir con las normas, reglamentos, manuales e instructivos directos para el cumplimiento de sus específicas funciones y hacer cumplir y supervigilar el cumplimiento de los reglamentos e instructivos existentes para la repartición de depósitos judiciales y su efectiva aplicación en los objetivos comprometidos, que en definitiva consistían en la protección de los usuarios de depósitos judiciales.

Por lo expuesto el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga ciertamente a subsumido su conducta a los elementos constitutivos que hacen a la existencia del delito de Incumplimiento de deberes conforme las consideraciones que se han efectuado en el apartado anterior de este considerando, pues no obstante de estar en la obligación de cumplir y hacer cumplir la normativa interna y omitiendo sus responsabilidades de funcionario ó servidor público, incumplió un deber legalmente previsto, aspecto que derivó en el incumplimiento de deberes que como ya se dijo no requiere un resultado, pues el delito se consuma cuando el funcionario público omite, rehúsa hacer o retarda algún acto propio de su función, sin que el tipo penal exija un resultado, por lo que independientemente de los efectos que pueda tener, el delito se consuma con el incumplimiento de los deberes propios del funcionario.

Con relación al delito de conducta antieconómica tipificado por el art. 224 del Cód. Pen., corresponde señalar que en la descripción de los hechos así como en la producción de la prueba durante el juicio, no se ha llegado a precisar que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga haya causado daños al patrimonio o a los intereses del Estado con la conducta descrita precedentemente, de tal forma que se reconozca que el hubiere actuado en concepto de autor, que conforme dispone el art. 20 del Cód. Pen., consiste en realizar el hecho por sí mismo, conjuntamente o por medio de otro; pues en el caso planteado si bien se ha determinado que este acusado incumplió un deber legalmente previsto que se adecua al tipo de incumplimiento de deberes; no obstante el acusado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga no ejecutó ninguna acción de manera intencional queriendo el resultado típico de este ilícito; ello significa, que en la conducta del nombrado imputado no se encuentran los elementos constitutivos del delito de conducta antieconómica tipificado por el art. 224 del Cód. Pen., extremo por el que durante el juicio del análisis y valoración de los atestados y el cúmulo de elementos probatorios incorporados no se ha llegado a establecer que el imputado hubiese sido la persona que directamente por sí mismo o por medio de otro, haya causado daños al patrimonio o a los intereses del Estado.

Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo.

A quien se le acusa de la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica previstos por los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., en cuanto a la adecuación de su conducta al primer delito, se sostiene que asumiendo la acusada la función de contadora, habría incumplido funciones propias de su cargo al aprobar comprobantes de restituciones de depósitos judiciales, sin realizar la revisión de los documentos de sustento de dichas restituciones efectuadas por Jenny Suárez, sumándose a ello la falta de verificación de cumplimiento del Manual de Uso de Formularios para el movimiento de Depósitos Judiciales, que indica que "llenado el formulario por la sección caja, deberá pasar al contador para que elabore el comprobante de contabilidad y emisión del cheque correspondiente con las firmas de ..."; advirtiéndose por el contrario que la acusada firmaba los comprobantes por instrucción verbal del jefe de finanzas, dejando en muchas ocasiones formularios firmados en blanco sin revisar previamente la documentación de respaldo.

En lo que respecta a la adecuación de su accionar al delito de conducta antieconómica, se sostiene que en consecuencia al incumplimiento referido, dada su condición de contadora y en determinado momento como jefe de finanzas a. i., habría posibilitado la continuidad de las irregularidades de manera continua por aproximadamente 6 años.

Respecto de la participación de Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo en los hechos hoy juzgados, habrá de precisarse que su conducta se adecúa al ilícito de incumplimiento de deberes pues su actuación fue evidentemente omisiva pues no observó las normas de cuidado, que obliga a todo funcionario o servidora o servidor público advertir la presencia de peligro como presupuesto de toda acción prudente; en el caso, la omisión de dicha norma de cuidado, se encuentra en la negligencia con la que actuó Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, en su condición de contadora del Consejo de la Judicatura, pues precisamente en esa su condición, tenía la obligación de control y seguimiento correspondientes antes de aprobar comprobantes de restituciones de depósitos judiciales, además que tenía la obligación de realizar la revisión de los documentos de sustento de dichas restituciones efectuadas por Jenny Suárez, sumándose a ello la falta de verificación de cumplimiento del Manual de Uso de Formularios para el movimiento de Depósitos Judiciales, que indica que "llenado el formulario por la sección caja, deberá pasar al contador para que elabore el comprobante de contabilidad y emisión del cheque correspondiente con las firmas de...", advirtiéndose también que en ocasiones firmaba formularios de restitución en blanco, lo que indudablemente hace inferir que no pudo revisar la documentación de respaldo, habida cuenta que no era posible que ella supiera a priori en qué casos se iban a utilizar dichos formularios, por lo mismo el pleno del tribunal sostiene que la acusada no actuó con la diligencia debida respecto del cumplimiento de los reglamentos e instructivos existentes para el cumplimiento de sus específicas funciones y tampoco observó ni exigió que la encargada de depósitos judiciales cumpla con las normas que regían aquella repartición.

Por lo explanado Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo evidentemente a subsumido su conducta a los elementos constitutivos que hacen a la existencia del delito de incumplimiento de deberes conforme las consideraciones que se han efectuado en el apartado anterior de este considerando, pues no obstante de estar en la obligación de cumplir y exigir se cumpla la normativa interna y omitiendo sus responsabilidades de funcionario o servidor público, incumplió un deber legalmente previsto, aspecto que derivó en el incumplimiento de deberes que, como ya se dijo, no requiere un resultado, pues el delito se consuma cuando el funcionario público omite, rehúsa hacer o retarda algún acto propio de su función, sin que el tipo penal exija un resultado, por lo que independientemente de los efectos que pueda tener, el delito se consuma con el incumplimiento de los deberes propios del funcionario.

Con relación al cargo del delito de conducta antieconómica tipificado por el art. 224 del Cód. Pen., corresponde señalar que en la descripción de los hechos así como en la producción de la prueba durante el juicio, no se ha llegado a precisar que Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo haya causado daños al patrimonio o a los intereses del Estado con la conducta descrita precedentemente, de tal forma que se reconozca que ella hubiere actuado en concepto de autora, que conforme dispone el artículo 20 del Cód. Pen., consiste en realizar el hecho por sí mismo, conjuntamente o por medio de otro; pues en el caso planteado si bien se ha determinado que la acusada incumplió un deber legalmente previsto que se adecua al tipo de incumplimiento de deberes; no obstante no existe prueba de que la acusada Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo haya ejecutado alguna acción de :Manera intencional queriendo el resultado típico de este ilícito; ello significa, que en la conducta de la nombrada imputada no se encuentran los elementos constitutivos del delito de conducta antieconómica tipificado por el art. 224 del Cód. Pen., extremo por el que durante el juicio no se ha llegado a establecer que la imputada hubiese sido la persona que directamente por sí misma o por medio de otro, haya causado daños al patrimonio o a los intereses del Estado".

De acuerdo a la doctrina legal aplicable definida en el A.S. N° 097/2016-RRC de 16 de febrero, vinculante y de cumplimiento obligatorio para el presente caso: "(...) en el ordenamiento penal vigente, se reconoce el principio de iura novit curia, que está referido a la imprescindible correspondencia que debe existir en materia penal, entre los hechos acusados por la acusación pública y/o particular, con los hechos por los que se condena en sentencia, conforme lo establece el art. 362 del CPP, concordante con el art. 342 de la misma Norma Procesal, al establecer que en ningún caso los juzgadores pueden incluir en el auto de apertura de juicio, hechos no contemplados en alguna de las acusaciones.

En ese contexto, la calificación legal de los hechos investigados precisada en los actos procesales anteriores a la sentencia, tales como imputación formal, aplicación de medidas cautelares, acusación pública o particular, es eminentemente provisional y sujeta a ser modificada por el juez o Tribunal en Sentencia en el fallo final, quienes después de establecer los hechos probados, proceden a su subsunción en el tipo penal que consideran que corresponde, conforme a los presupuestos configurativos preestablecidos por el Código Penal, para finalmente imponer la sanción prevista.

En consecuencia, la facultad de aplicar el principio iura novit curia (El juez conoce el derecho), no implica vulneración alguna del principio de congruencia, ya que el legislador, si bien ha establecido una prohibición al juzgador de modificar o incluir hechos no contemplados en las acusaciones, ella no alcanza a la calificación legal que se traduce en el trabajo de subsunción desarrollado en la fundamentación jurídica de toda sentencia.

En definitiva se establece que, lo que se juzgan son hechos, no así tipos penales o calificaciones abstractas, bajo esta precisión conceptual se reitera, que tanto la imputación formal como la acusación pública o particular establecen una calificación provisional en relación a la conducta del imputado y que la congruencia que debe existir es entre el hecho (base fáctica) y la sentencia y no así respecto a la calificación jurídica que provisionalmente contiene la acusación, teniendo el juez o tribunal, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, el deber de subsumir el hecho al tipo o tipos penales que corresponda, pudiendo incluso ser diferente a la calificación jurídica realizada por la acusación, pues en observancia del principio procesal iura novit curia, será la sentencia la que efectúe la calificación definitiva del hecho como regla, siendo innecesario bajo el sistema procesal penal vigente emitir una sentencia mixta condenando por unos delitos y absolviendo respecto a otros.

Este entendimiento fue expresado en el A.S. N° 93 de 24 de marzo de 2011, que si bien declaró infundado el recurso de casación que fuera presentado, efectuó la siguiente precisión que se considera a efectos de la resolución del presente recurso: "Conforme a la previsión contenida en el art. 342 del Cód. Pdto. Pen., la base del juicio constituye la acusación pública o la del querellante y cuando estos sean irreconciliables el tribunal tiene la potestad de precisar los hechos sobre los cuales se abre el juicio, vale decir que lo que se juzgan son hechos,

no así tipos penales o calificaciones abstractas; bajo esta precisión conceptual tanto la imputación formal como la acusación tanto pública como particular establecen una calificación provisional en relación a la conducta del imputado y que la congruencia que debe existir es entre el hecho (base fáctica) y la sentencia y no así respecto a la calificación jurídica que provisionalmente contiene la acusación, teniendo el juez o tribunal, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, realizar la "subsunción" del hecho al tipo o tipos penales que correspondan pudiendo ser diferente al de la calificación jurídica realizada por la acusación en aplicación del principio procesal del iura novit curia y será la sentencia la que en definitiva efectúe la calificación definitiva del hecho como regla, siendo innecesario bajo el nuevo sistema procesal penal emitir una sentencia mixta condenando por unos delitos y absolviendo respecto a otros que no fueron probados en juicio, pues como se tiene señalado la calificación definitiva de la conducta punible se la efectúa en sentencia".

En tal sentido, no puede considerarse como defecto de la sentencia o que haya contradicción en ella, cuando habiéndose establecido la responsabilidad del imputado en el hecho atribuido objeto de juzgamiento, en función a la adecuación penal identificada en la fundamentación jurídica de la sentencia, se dicta sentencia condenatoria, sin absolverse del o los otros delitos también atribuidos en las acusaciones, por cuanto como se explicó precedentemente, lo juzgado y de inexcusable pronunciamiento, es el hecho y no el delito, así se colige de lo previsto por el art. 359 del CPP, cuando al referirse sobre las normas de deliberación y votación en sentencia, señala: "...Los jueces deliberarán y votarán respecto de todas las cuestiones, en el siguiente orden: (...) 2) Las relativas a la comisión del hecho punible y la absolución o condena del imputado;..." en concordancia con el art. 360-3) del mismo compendio normativo.

En tal sentido, se concluye que la determinación del auto de vista recurrido, de declarar procedente la denuncia de falta de pronunciamiento de la sentencia, respecto al delito de conducta antieconómica es errada, pues este extremo no puede considerarse como la concurrencia de defecto de sentencia o de contradicción en ella, cuando habiéndose establecido la responsabilidad de los imputados en el hecho atribuido objeto de juzgamiento, en función a la adecuación penal identificada en la fundamentación jurídica de la Sentencia, se dictó condena únicamente por el delito de incumplimiento de deberes, sin absolverse del delito de conducta antieconómica, también atribuido en las acusaciones, (...)"

Si esto es así, al haberse fundado la sentencia en los hechos específicamente atribuidos a los acusados, objeto del juzgamiento, y resuelto en correspondencia con los mismos, subsumiendo fundadamente los hechos probados solamente al tipo penal de incumplimiento de deberes, declarando culpables del mismo a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo; se entiende que la sentencia no ha incurrido en incongruencia omisiva, por ende no existe falta de fundamentación ni incongruencia entre el hecho acusado y el resuelto, tampoco en la parte considerativa de la sentencia con la parte dispositiva. El Consejo de la Magistratura ha impugnado la sentencia en relación a lo decidido respecto a la procesada Ana María Gutiérrez Royo, estimando que el tribunal desconoce en la parte dispositiva lo que afirmó en la parte considerativa de la sentencia donde se señalaron las funciones y responsabilidades de la cajera de Depósitos Judiciales en base a manuales, instructivos y reglamentos, y testimonios, concluyendo en la existencia de normativa interna a cuyo cumplimiento estaba obligada la procesada, por lo que al absolverla se incurre en contradicción entre la parte considerativa y dispositiva (num. 8) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.); que tampoco se consideró que jamás se acusó a Ana María Gutiérrez Royo por no haber supervisado a Jenny Suárez, sino porque durante su gestión como cajera se estableció un movimiento irregular de más de ocho mil dólares como se estableció en sentencia y que Jenny Suárez, que fue cambiada del cargo perdió toda posibilidad de acceso al Sistema Salomón, sin embargo ingresó con el password de Ana Gutiérrez, cuando se encontraba bajo su responsabilidad. Dicho planteamiento obliga al tribunal de alzada a verificar la fundamentación de la sentencia a efecto de contrastar si efectivamente existe congruencia fáctica, probatoria y jurídica en sus fundamentos. De la lectura de los pliegos acusatorios y sentencia venida en revisión, se puede observar claramente que en la fundamentación fáctica, se atribuye a Ana María Gutiérrez Royo la comisión del delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., bajo el argumento de que en su calidad de técnico de Depósitos Judiciales de la Unidad de Depósitos Judiciales del Distrito Judicial de Cochabamba, tenía acceso al Sistema Informático de Depósitos Judiciales "Salomón", mediante un password de uso personal otorgado por el Departamento Informático de esta ciudad, sin el cual no es posible operar el sistema, consiguientemente, la responsabilidad única y exclusiva del ingreso al sistema es de quienes lo manejan, en el caso Ana María Gutiérrez Royo identificó que cuatro casos en los que se manipuló el sistema cuando se encontraba a su cargo, quién ingresó con su contraseña personal, de lo contrario no hubiera sido posible acceder al sistema, habiendo denunciado recién esas irregularidades en agosto de 2007 cuando asumió el cargo desde marzo de 2007, permitiendo la continuación de las restituciones realizadas por la funcionaria Jenny Suárez Villavicencio, en consecuencia el desfalco sufrido en la oficina de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura del Distrito de Cochabamba, situación que fue de su conocimiento desde el 9 de mayo de 2007, en la que presenció por primera vez la manipulación realizada en el sistema por Jenny Suárez Villavicencio en el periodo de 1 de febrero de 2007 al 30 de julio de 2007; que el 9 de mayo de 2007 cuando Epifania Cayo Loza y Basilio Cayo Enríquez acudieron a la Unidad de Depósitos Judiciales para que les restituyan sus fianzas, en el sistema Ana María Gutiérrez Royo encontró los expedientes con saldo cero, contactándose con la ex funcionaria de esa unidad Jenny Suárez Villavicencio, ésta le dijo que era un error y que iba a arreglar y de esa manera presenció la modificación de los datos de otro expediente, para ejecutar la restitución, situación irregular que omitió poner en conocimiento del superior inmediato, permitiendo que la manipulación se repita dos oportunidades más. Estos mismos hechos han sido transcritos en la fundamentación fáctica de la sentencia, conforme se verifica en el Considerando Primero, y también ha sido el objeto del proceso probatorio, del debate y de la sentencia, en cuya fundamentación probatoria se han descrito y considerado todos los elementos de prueba judicializados, de cargo y de descargo, habiéndose procedido a efectuar la correspondiente fundamentación probatoria intelectual, en la que se declara expresamente como hechos probados, en relación a la imputada Ana María Gutiérrez Royo, que: a) Era funcionaria del ex Consejo de la Judicatura que formaba parte del entonces Poder Judicial de la Nación, de acuerdo a la información que se obtuvo de las declaraciones de los acusados y de los testigos de cargo y de descargo María Consuelo Vedia Mejía, Roger Gonzalo Palacios Cuiza y Roger Encinas Shoster; y las pruebas literales F-52 y F-65. b). Que para el desempeño de las funciones específicas de su cargo existía normativa interna; información extraída de la valoración de las pruebas testificales de Roger Encinas Shoster, Ligia Elizabeth Cárdenas Aragón y Roger Gonzalo Palacios Cuiza; y de las literales F-8, F-9, F-10, F-45, F-47, F-57 y F-48. c) Que Ana María Gutiérrez Royo de López haya incumplido un deber previsto en alguna norma con relación a la dolosa actuación de la

co acusada Jenny Suarez Villavicencio. Para verificar éste hecho, el tribunal tomó en cuenta y valoró la declaración de Basilio Loza Enríquez, argumentando textualmente: "Efectuado el análisis integral, tanto de la prueba documental como testifical, sobre la base de los hechos acusados, se llega a establecer que efectivamente Ana María Gutiérrez en razón a su cargo contaba con una contraseña personal a efecto de operar el Sistema Salomón, sin embargo de acuerdo a los informes emitidos por la responsable de Recursos Humanos así como por los testigos de cargo como de descargo se tiene probado que ante la institucionalización de cargos, la citada encausada cumplió una duplicidad de funciones al seguir apoyando en el departamento de habilitaciones, no siéndole reprochable este extremo, en razón de haber dado cumplimiento a órdenes superiores, que no obstante de haber sido verbales deben ser acatadas, con el advertido de no existir normativa alguna que prohíba que tales determinaciones necesariamente deban de ser por escrito, en cuyo mérito a Ana María Gutiérrez solamente le correspondía dar cumplimiento a tal determinación, en el entendido que el cumplimiento de tal labor era importante para el personal de entonces Poder Judicial. Consiguientemente y no obstante que tal duplicidad de funciones no le es acusada como conducta ilícita, cabe puntualizar que esa actividad ciertamente provocó que Jenny Suarez deba retornar a la oficina de Depósitos Judiciales y necesariamente operar con la contraseña de Ana María Gutiérrez, al haberse cancelado la suya, rompiendo con ello la regla de que cada password es de responsabilidad única y exclusiva del usuario; tal circunstancia especial no fue provocada deliberada ni planificadamente por esta ciudadana, sino como se dijo por la reestructuración funcional y ordenes de los superiores jerárquicos en razón a las propias necesidades de la institución, entendiendo que similar entendimiento surgió en los acusadores, por no haber responsabilizado directamente a la encausada de los ambos o manipulaciones efectuadas con su código, sino por no haber controlado el uso que le dio Jenny Suarez.

En lo concerniente a la afirmación de que Ana María Gutiérrez "presenció" las manipulaciones de las restituciones realizadas por Jenny Suarez, los acusadores, no acreditan este extremo con ningún elemento probatorio y por el contrario, se cuenta con la declaración de Basilio Loza Enríquez, en la que solventemente da cuenta al tribunal que desde el momento en que Jenny Suarez procedió a atenderle, la otra persona, refiriéndose a Ana María Gutiérrez, se retiró, consecuentemente no resulta sostenible el argumento de que la acusada hubiese "presenciado" las "irregularidades", por ende tampoco es razonable se extraña el no haber denunciado tal conducta, pues por supuesto inicialmente es comprensible no le hubiese dado la importancia debida, deducción que tiene mayor coherencia con el hecho incontrovertido de la insuficiencia de capacitación de la acusada y la confianza y solvencia de la que gozaba Jenny Suarez por la experiencia en el cargo de más de siete años y debido a que ésta demostró que recibió capacitación técnica para el manejo del sistema Salomón; todos estos factores, más la falta de experiencia y dominio en el manejo de sistema de parte de la imputada Ana María Gutiérrez, llevaron a que ésta acepte lo sostenido por Jenny Suarez en relación a que los saldos "o" de depósitos judiciales se debían a un "error" aparentemente subsanable, en cuyo mérito solamente el transcurso del tiempo y la reiteración de la conducta ilícita de Jenny Suarez, pudieron alertar a Ana María Gutiérrez, de que aquellos "errores" no eran tales, sino "actos irregulares", que difieren de los "actos delictivos" de los que no estaba obligada a "denunciar" sino alertar a sus superiores, y se tiene que así lo hizo, pues claro está que la existencia del ilícito únicamente pudo detectarse con una intervención de auditoría e informática, a partir de la alerta que ella dio de los hechos hoy juzgados, por lo mismo los miembros del tribunal consideran que esta ciudadana no incumplió deber alguno en los términos expuestos por los acusadores".

Esto quiere decir que la conclusión a la que arribó el órgano juzgador, a mérito de la internalización de la información aportada por la prueba bajo los principios de inmediación y contradicción, es que Ana María Gutiérrez Royo de López era funcionaria del ex Consejo de la Judicatura, que para el desempeño de las funciones específicas de su cargo existía normativa interna, que cumplió una doble función en el periodo en que se detectaron irregularidades causadas por la entonces también funcionaria Jenny Suárez, que no le es acusada como conducta ilícita, circunstancia que provocó que Jenny Suarez deba retornar a la oficina de Depósitos Judiciales y operar necesariamente con la contraseña de Ana María Gutiérrez, al haberse cancelado la suya, rompiendo la regla de que cada password es de responsabilidad única y exclusiva del usuario; circunstancia particular no provocada dentro un iter crimiinis por la nombrada acusada, sino por la reestructuración funcional y órdenes de los superiores jerárquicos en razón a las necesidades de la institución, por lo que no se la responsabilizó directamente de los cambios o manipulaciones efectuadas con su código, sino, por no haber controlado el uso que le dio Jenny Suarez. Que, respecto a que Ana María Gutiérrez presenció las manipulaciones de las restituciones realizadas irregularmente por Jenny Suarez, los acusadores no acreditaron ese hecho con ningún elemento probatorio, que contrariamente, la testifical de Basilio Loza Enríquez da cuenta que desde el momento en que Jenny Suarez procedió a atenderle, Ana María Gutiérrez se retiró, consecuentemente el Tribunal de Sentencia N° 2 estimó que no resulta sostenible el argumento acusatorio de que la acusada hubiese presenciado las irregularidades denunciadas por ende no es razonable que se extraña el no haber denunciado tal conducta, encontrando coherencia con el hecho incontrovertido de la insuficiente capacitación de la acusada, la confianza y solvencia de la que gozaba Jenny Suarez por la experiencia en el cargo por más de siete años y su capacitación técnica para el manejo del sistema Salomón; considerando que dichas circunstancias llevaron a Ana María Gutiérrez a aceptar lo sostenido por Jenny Suarez sobre errores en los saldos o depósitos judiciales, que aparentemente subsanaba; y, que solo la reiterada conducta ilícita de Jenny Suarez en el transcurso del tiempo, pudieron alertar a Ana María Gutiérrez, de que aquellos supuestos errores, no eran tales, sino actos irregulares, que difieren de los actos delictivos, de los que no estaba obligada a denunciar sino alertar a sus superiores, como lo hizo, detectándose la existencia del ilícito únicamente con la intervención de auditoría e informática, a partir de la alerta que ella dio de los hechos juzgados, por lo que el Tribunal de Sentencia dedujo que la acusada no incurrió en los hechos expuestos por los acusadores. Es decir que el Tribunal de Sentencia, en correspondencia con los hechos específicamente acusados, argumentó los motivos por los que arribó a la certeza o convicción, de que el actuar de la acusada Ana María Gutiérrez no fue doloso y respondió al acatamiento de instrucciones superiores en función a las necesidades del servicio, que ella no advirtió una conducta ilícita en la co imputada Jenny Suárez que deba haber sido denunciada, y ante reiteradas irregularidades las hizo conocer para su investigación, dando lugar al procesamiento penal de la responsable; lo que implica haberse demostrado la inexistencia de una conducta delictiva que amerite la imposición de una sanción penal.

En relación a la regulación de la pena bajo una defectuosa valoración de los atenuantes y agravantes sin tomar en cuenta los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., contra los imputados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán, como defecto de sentencia invocado por el Consejo de la Magistratura; conforme se verifica en la sentencia, el Tribunal de Sentencia ha argumentado que la pena se impondrá

aplicando el principio de proporcionalidad que obliga a ponderar la gravedad de la conducta del acusado a objeto de tutela del bien jurídico, la naturaleza del hecho delictivo y la consecuencia jurídica que conlleva la responsabilidad penal de conformidad a lo establecido por los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; sin embargo, en esa parte específica de la sentencia no ha expresado fundamentación probatoria, asumiendo la aplicación de una pena intermedia para el delito probado, remitiéndose a la valoración probatoria efectuada en el Considerando Segundo de la sentencia, relativa al fondo del enjuiciamiento penal, en el que se han apreciado elementos probatorios conducentes para definir la personalidad de los acusados, su edad, educación, su conducta precedente y su situación social, las condiciones especiales en que se encontraban en el momento de la ejecución del delito y las condiciones personales de los acusados, así como la calidad de la víctima de los hechos ilícitos y la extensión del daño causado a la institución querrelante; lo que justifica la regulación de la pena en una intermedia fijada para los acusados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán, por el hecho ilícito demostrado, calificado como delito de incumplimiento de deberes, conforme a la norma legal aplicable bajo el principio *tempus comissi delicti* aplicable al derecho sustantivo; por ende, bajo los criterios doctrinales asumidos en el A.S. N° 097/2016- RRC en compatibilidad con los actuales principios fundamentales que rigen la jurisdicción ordinaria por mandato del art. 180-1 de la C.P.E., se estima que no es indispensable realizar una nueva fundamentación probatoria en la parte de la sentencia en que se ha procedido a la dosificación de la pena imponible, cuando en caso de anularse la sentencia los resultados al respecto en una nueva sentencia pronunciada en juicio de reenvío previsiblemente serían los mismos.

En lo que corresponde al recurso de apelación formulado por la imputada Jenny Suárez Villavicencio por ausencia de la debida fundamentación en la fijación de la pena, sin otorgar ninguna explicación y fundamentación de cómo se fijó la pena de ocho años de condena en su contra, sin escuchar ni conocer su personalidad y los aspectos contenidos en los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., aplicando erróneamente la ley sustantiva al aplicar la pena y la imposición de multas no legisladas, creando inseguridad jurídica y violación al debido proceso; de la revisión de la fundamentación de la sentencia para la fijación de la pena, se puede observar que efectivamente carece de fundamentación específica al respecto, lo que no sucede respecto a los demás acusados declarados culpables; sin embargo, como se tiene expuesto precedentemente, al haberse tomado en cuenta en los fundamentos probatorios de la sentencia aspectos concernientes a los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., por mandato expreso del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., ese defecto puede ser corregido por el tribunal de alzada con una fundamentación complementaria que se ajuste a la sanción penal prevista taxativamente por la ley.

En lo que corresponde al recurso de apelación formulado por la imputada Jenny Suárez Villavicencio, por ausencia de debida fundamentación en la subsunción del hecho al tipo penal bajo el argumento de que si bien se demostró que era funcionaria pública que desempeñaba el cargo de encargada de depósitos judiciales del Consejo de la Judicatura, no se demostró la apropiación de dineros que se encontraban a su cargo, motivándose la sentencia en una hipótesis subjetiva; y los recursos de apelación sustentados en los supuestos de hecho y la responsabilidad penal; resulta pertinente considerar los lineamientos jurisprudenciales definidos en el A.S. N° 329 de 29 de agosto de 2006, que señala: "La calificación del delito en el Código Procedimiento Penal, se entiende como la apreciación que cada una de las partes hace de los hechos, de las leyes aplicables y de la resultante relacionada al acusado, y, cuando no se la califica adecuadamente, se genera una errónea aplicación de la ley sustantiva, por la errónea calificación de los hechos (tipicidad), porque la adecuación de la conducta humana a la descripción objetiva del o de los delitos edilgados, debe ser correcta y exacta. Por otra parte, conviene recordar que el A.S. N° 417/03 de 19 de agosto de 2003, estableció que la "tipicidad, es la adecuación de la conducta del sujeto al tipo penal, es decir que el hecho se adecua al tipo". Que la parte final del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., atribuye al *ad quem*, la facultad de que "cuando sea evidente, que para dictar una nueva sentencia, no es necesaria la realización de un nuevo juicio, resolverá directamente", se refiere al caso sometido a su conocimiento, con la jurisdicción y competencia que le asignan los arts. 42, 43-2), y, 51-2) del mismo Código por lo que corresponde regularizar el procedimiento y determinar que el tribunal de alzada dicte nueva sentencia conforme a la doctrina legal aplicable".

En ese contexto legal y jurisprudencial, es menester destacar que el art. 13 del Cód. Pen., establece: "No hay pena sin culpabilidad).- No se le podrá imponer pena al agente, si su actuar no le es reprochable penalmente. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la penal. Si la ley vincula a una especial consecuencia del hecho una pena mayor, esta sólo se aplicará cuando la acción que ocasiona el resultado más se hubiere realizado por lo menos culposamente." El art. 14 prescribe que: "Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esa posibilidad." A su vez, el art. 20 del Cód. Pen., determina: "(autores). Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso. Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito." Finalmente, el art. 24 del mismo Código adjetivo, establece la incommunicabilidad de la culpabilidad, señalando que: "Cada participante será penado conforme a su culpabilidad, sin tomar en cuenta la culpabilidad de los otros. Las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden, excluyan, aumenten o disminuyan la responsabilidad, no se comunican entre ninguno de los participantes. Faltando el instigador o cómplice, especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden la punibilidad del autor, su pena se disminuirá conforme al art. 39".

Dichas disposiciones legales obligan a sancionar el hecho ilícito en tanto exista culpabilidad en la conducta del sujeto activo del delito, según la propia responsabilidad que cada uno de los partícipes pueda tener en la comisión del hecho ilícito; entendiéndose por culpabilidad, el juicio de reproche que se hace al autor del delito, quien pese a que debía ajustar su comportamiento a derecho, no lo hace, inclinándose a quebrantar la norma pese a estar en condiciones de respetarla; es decir que actúa culpablemente, el que conforme a las normas del comportamiento humano en sociedad, pudo proceder de otra manera a como lo hizo, absteniéndose de incurrir en una acción típicamente antijurídica. Entonces, el art. 13 del Cód. Pen., determina un principio que debe ser observado por los jueces o tribunales cuando realizan el análisis de cada caso en particular, y lo confrontan con toda la prueba conducente presentada en juicio, para emitir los correspondientes juicios de valoración, transmitidos a través de la fundamentación probatoria descriptiva e intelectual, para concluir estableciendo si el imputado es el sujeto activo del delito o no (art. 20 del Cód. Pen.), y en su caso, de qué forma ha intervenido en el mismo; es decir, si la prueba demuestra la

conurrencia de los elementos constitutivos del delito, incluyendo la culpabilidad, que acredite la autoría del procesado, este ameritará la sanción prevista en la ley para el delito; de lo contrario, no merecerá la imposición de una sanción.

En la especie, de acuerdo a los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos expuestos en la Sentencia en relación a la imputada Jenny Suárez Villavicencio, el Tribunal de Sentencia, después de valorar la prueba judicializada en la audiencia de juicio oral, tomando en cuenta la relevancia de los elementos conducentes que han aportado información sobre el hecho particularmente atribuido a dicha imputada, quién no produjo prueba de descargo alguna no obstante estar a derecho, ha manifestado específicamente los motivos por los que la imputada, por su propia cuenta y en ejercicio de sus específicas funciones públicas, ha incurrido en el delito de peculado, determinando específicamente cuál ha sido la conducta activa desarrollada en contravención con normas legales específicas que debió observar, y la apropiación ilegal de dineros del Consejo de la Judicatura; es decir que el Tribunal de Sentencia, de la valoración integral de la prueba conducente, ha llegado al convencimiento de que concurren los elementos constitutivos del delito de peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen., bajo la siguiente fundamentación: "Jenny Suárez Villavicencio. A quien se acusa por la comisión del delito de peculado previsto por el art. 142 del Cód. Pen., manifestando que la acusada habría desempeñado desde el 1 de febrero de 2001 hasta 28 de enero de 2007, el cargo de encargada de depósitos judiciales dependiente del entonces Consejo de la Judicatura, siendo la única persona capacitada por los responsables de la Jefatura de Informática, para operar el sistema "salomón", encontrándose dentro de las funciones a desempeñar por su persona la custodia, manejo correcto, eficiente y transparente del dinero depositado por los litigantes, debiendo realizar la restituciones de tales depósitos con la debida documentación de respaldo exigida por el Reglamento de Depósitos Judiciales, Manual de Uso de Formularios, además de las distintas circulares e instructivos emitidos por la institución; no obstante, la acusada en el ejercicio de sus funciones y aprovechando de su cargo habría realizado restituciones indebidas suplantando expedientes, modificando para ello los datos insertados en el sistema informático, ya que las restituciones efectuadas no obstante de haber sido registradas en el referido sistema no cuentan con la documentación de respaldo requerida, constituyendo su importe un daño económico para la institución y por ende para el Estado; ello toda vez que realizada una auditoria respecto al periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2000 al 30 de junio de 2007, habría permitido determinar la apropiación por parte de esta acusada de un total de \$us. 139.258.77 y Bs 1.727.12; correspondientes a fondos de Depósitos Judiciales de expedientes de la capital y provincia, estipulándose además que durante el periodo de funciones de la encausada existieron 53 casos por un importe total de \$us. 130.689.77 y Bs 1.727.12; y en la gestión de la co-acusada Ana María Gutiérrez Royo se tuvieron 4 casos por un importe total de \$us. 8.569.00.

En efecto conforme se ha detallado en los hechos probados de esta sentencia evidentemente la acusada a subsumido su conducta a los elementos constitutivos que hacen a la existencia del delito de peculado conforme las consideraciones que se han efectuado en el apartado anterior de este considerando, pues, Jenny Suarez Villavicencio aprovechando su condición de cajera responsable de depósitos judiciales se apropió de recursos públicos en los montos señalados en línea precedentes aprovechando de su cargo, mediante acciones fraudulentas consistentes en la alteración e introducción de datos ficticios respecto de personas inexistentes en la mayoría de los casos, en el sistema informático "Salomón" que se utiliza en las oficinas de depósitos judiciales, además de la negligencia con que actuaron sus superiores jerárquicos al no verificar que la documentación respaldatoria de las ordenes de restitución sean idóneas. De donde se concluye que la acusada Jenny Suarez Villavicencio buscó el resultado de manera intencional queriendo el resultado típico, que era la apropiación de dineros; de esta forma, se apoderó o hizo suyos los recursos públicos que recibió de los usuarios del órgano judicial (mundo litigante); ello significa, que en la conducta de la imputada, se encuentran cada uno de los elementos constitutivos del delito de peculado previsto en el art. 142 del Cód. Pen., por cuanto se aprovechó de la función o servicio público que le fue confiada para apropiarse de los recursos públicos que recibió y de cuya administración se hallaba encargada debido a la naturaleza de su cargo a la responsabilidad que le fue confiada.

Es decir que en la conducta de esta acusada, se encuentran todos y cada uno de los elementos constitutivos ya descritos del delito de peculado previsto por el art. 142 del Cód. Pen., conforme a la fundamentación precedente, y su actuar demuestra una sola finalidad la de apropiarse de manera ilícita de los dineros depositados por diferentes conceptos en la caja donde ella prestaba sus servicios, además incluso como responsable de dicha oficina, aspecto que agrava su conducta antijurídica y que será considerado en el momento de imponer la pena respectiva al ilícito por el que se la acusa".

De todo lo precedentemente expuesto se concluye que la culpabilidad de los imputados Jenny Suárez Villavicencio, Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo quedó demostrada al concurrir los tres elementos que la componen (desde el punto de vista de la teoría finalista del delito): la imputabilidad (es decir que no adolecían de causas de inimputabilidad), el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido; lo que implica, que los imputados tenía plena capacidad de culpabilidad; además de que tenían pleno conocimiento de que su conducta no estaba autorizada y que contravenía el orden jurídico, habiendo lesionado el bien jurídico protegido, y que les era exigible abstenerse de cometer el delito, sabiendo las consecuencias penales que derivan de ello, concibiéndose con ello que el Tribunal de Sentencia no incurrió en falta de la debida fundamentación en la subsunción del hecho al tipo penal.

En lo que concierne al recurso de apelación formulado por Ruth Lilian Espinoza Terán sustentado en los num. 1) y 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., bajo argumentos que expresan supuestos de hecho y criterios valorativos en sentido de que ninguno de los informes, circulares, memorándums y manuales contiene y prevé la forma de uso y manejo de los formularios de depósitos, ni tampoco cómo solucionar el congestionamiento de trámites y litigantes por falta de personal, y delimitación de las funciones de cada cargo, reflejando el valor que se le otorga a la prueba como suficiente para calificar el tipo penal del art. 154 del Código penal, una incorrecta aplicación de la ley sustantiva y una mala praxis de la sana crítica, porque no se demostró la concurrencia de los elementos que lo configuran, observándose ausencia de dolo y defectuosa valoración de la prueba debido a que no se acreditó que su persona cometió los delitos acusados, debiendo haberse dictado sentencia absolutoria a su favor, por lo que corresponde verificar si se ejercieron las reglas de la sana crítica al valorar la prueba; así como respecto a los argumentos impugnatorios de los demás apelantes en relación a los supuestos de hecho y su criterio valorativo de la prueba; como se puede observar, al plantear su recurso los apelantes refutan los razonamientos de hecho y de derecho que han sido emitidos por el Tribunal de Sentencia, sin tomar en cuenta que cuando el apelante alega la existencia de los defectos de sentencia previstos en los num. 1) y

6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., no puede pretender que el tribunal de alzada vuelva a valorar las pruebas que se produjeron en el juicio oral, sino que tiene que atacar la logicidad de la sentencia impugnada en lo que atañe a la actividad probatoria y su relación con la vulneración de las reglas de la sana crítica racional, las que están constituidas por los principios de la lógica (de no contradicción, tercero excluido, razón suficiente y de identidad), la experiencia común y de la psicología; toda vez que en un sistema procesal penal de raíz acusatoria como el nuestro, donde el principio de inmediación constituye el eje articulador para la valoración integral de la prueba producida en juicio oral, según las reglas de la sana crítica racional, a efectos de la apelación restringida interpuesta por las partes, el tribunal de alzada está limitado o "restringido" como mecanismo de revisión del fallo del juez de sentencia, solo al control de la aplicación del Derecho, sin tener la facultad de ingresar a la construcción de los hechos históricos entonces, la apelación restringida constituye, fundamentalmente, un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos, ya que por imperativo del principio de inmediación no puede ir más allá de ese análisis; es decir, el tribunal de alzada no puede controlar la valoración de la prueba como proceso mental interno del juez o del Tribunal de Sentencia, lo único que puede controlar es la expresión que de ese proceso han hecho dichas autoridades jurisdiccionales, en la fundamentación de la resolución. En tal virtud, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos aceptados como propios de un pensamiento correcto.

Sobre esta temática, la Doctrina Legal emanada de la Corte Suprema de Justicia resulta ser un gran aporte para la administración de justicia, cuando en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, establece que: "(...) Los jueces de mérito son soberanos en la valoración de las pruebas, que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desestimar determinados elementos probatorios, los razonamientos del fallo deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano, siendo este el iter lógico de una sentencia, el que debe fundarse en las leyes del pensamiento, las que independientemente experiencia se presentan como necesarias en nuestro raciocinio. Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda. El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio. Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia (...) El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano. Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia. Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural. Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez. El análisis de las resoluciones a partir de la formulación de una crítica al sistema de valoración de la prueba, requiere un alto nivel de tecnicidad y fundamentalmente un adecuado manejo de las leyes del pensamiento; así, los profesionales que asisten en los procesos donde se pretende criticar la actividad valorativa del titular del órgano jurisdiccional, requiere un especial manejo de principios tales como el de razón suficiente, de identidad, contradicción, del tercer excluido, etc.; de igual manera, las máximas de experiencia que son las obtenidas de la observación de la realidad...".

De ello resulta, que el tribunal de alzada no puede volver a valorar la prueba producida por las partes en juicio oral bajo los principios procesales que le permiten internalizar de manera personalísima y objetiva la información, y de ese modo crear convicciones sobre los hechos objeto del proceso; entonces su control solo se debe circunscribir al razonamiento expresado por el juez o tribunal a quo conforme las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología. En este contexto, el tribunal de alzada únicamente puede enmarcarse a la coherencia lógica expresada por el tribunal a quo en el análisis intelectual de la prueba judicializada.

En el caso sub-líte los apelantes no han expresado qué reglas de la sana crítica ha vulnerado el Tribunal de Sentencia en la valoración probatoria efectuada, aspecto de fondo que impide a este tribunal de alzada proceder al análisis específico correspondiente.

En el marco de lo explicado, en el caso presente, de la lectura íntegra de la sentencia apelada y la revisión del acta de juicio oral, se tiene que el Tribunal de Sentencia N° 2 de la capital realizó la valoración integral de la prueba de cargo y le descargo pertinente y conducente, aplicando las reglas de la sana crítica y haciendo una apreciación conjunta y armónica de toda la prueba judicializada o introducida en audiencia de juicio oral, de conformidad a los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., valorándolas según el aporte informativo de cada una de ellas, acogiendo lo pertinente al hecho específicamente acusado, de toda la prueba conducente, actividad en la cual no se advierte acciones u omisiones que evidencien una defectuosa valoración probatoria que comprometan la forma de los actos procesales; por el contrario permitió al órgano juzgador lograr el convencimiento acerca de la cuestión fáctica del problema, la conducta y responsabilidad de cada uno de los acusados en particular, individualizando la conducta activa u omisiva de cada uno de ellos, hasta llevarle al grado de certeza suficiente de que Jenny Suárez Villavicencio ha adecuado su conducta al delito de Peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen.; que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo han incurrido en la conducta omisiva tipificada como delito de incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 de Cód. Pen., habiéndoseles impuesto sanción penal intermedia sin agravación, y otorgado el beneficio del perdón judicial por la concurrencia de los presupuestos previstos en el art. 368 del CPP, que tiene como efecto la inejecutabilidad de la sanción penal; y, que Ana María Gutiérrez Roy de López no ha adecuado su conducta al referido delito de Incumplimiento de Deberes.

En referencia a que la sentencia se basa en hechos inexistentes o no acreditados, en cuyos fundamentos impugnativos la apelante Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo expresa las apreciaciones valorativas que de la prueba ha realizado desde su propio punto de vista, pretendiendo del tribunal otro tipo de valoración, indicando que se le ha sancionado por un delito que no fue demostrado, es decir por un hecho inexistente; corresponde destacar que según el principio acusatorio, solo se reputan como "hechos existentes", aquellos contemplados en alguna de las acusaciones y que fueron comprobados en juicio oral; entonces, cuando una sentencia se basa en hechos inexistentes, existe incongruencia fáctica, que se produce cuando el juzgador funda su resolución en hechos distintos a los alegados por la parte acusadora, lo que implica que un hecho no alegado por la parte acusadora, es una cuestión no debatida en el juicio oral, de tal manera que su utilización para fundar el fallo resulta sorpresivo para las partes, por ende causante de indefensión para la parte imputada. En la especie, se ha definido claramente en la acusación los supuestos fácticos objeto del proceso, que también han sido objeto de probanza y debate en la audiencia de juicio oral, para finalmente dar lugar al fallo expresado en la Sentencia, por lo que la sentencia apelada no se basa en hechos inexistentes o no acreditados.

Al margen de ello, de acuerdo a los fundamentos jurídicos de la sentencia, una vez valorada la prueba judicializada en la audiencia de juicio oral, tomando en cuenta la relevancia de los elementos conducentes que contribuyeron a la información sobre el hecho específicamente atribuido a la imputada, quién sólo produjo como prueba de descargo una testifical, el Tribunal de Sentencia ha fundamentado de manera particular los motivos por los que Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo ha adecuado su conducta al tipo penal denominado incumplimiento de deberes, individualizando la conducta punitiva asumida en el ejercicio de sus específicas funciones públicas, por omisión de las normas legales específicas que debió observar como órgano de control de las labores de la caja o encargada de Depósitos Judiciales del Consejo de la Magistratura. Por consiguiente, la prueba conducente ha generado en el Tribunal de Sentencia plena convicción de la existencia del hecho calificado como incumplimiento de deberes, al haberse demostrado la concurrencia de la imputabilidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la imputada, cuyas características ya se tienen expuestas precedentemente en los fundamentos relativos al recurso de apelación planteado por la co imputada Jenny Suarez Villavicencio; por lo que se estima que no se incurrió en inobservancia o errónea aplicación del art. 154 del Cód. Pen.

De todo lo expuesto se concluye que, analizada la fundamentación de la sentencia en estricta sujeción a la doctrina legal aplicable definida en el A.S. N° 097/2016-RRC de 16 de febrero, se halla suficiente y razonablemente motivada, en base a la apreciación individual y conjunta de toda la prueba conducente, que bajo los principios de inmediación y contradicción, han llevado al tribunal a quo a las convicciones que bajo las reglas de la sana crítica racional, han sido expuestas en los fundamentos de la sentencia; correspondiendo únicamente realizar una fundamentación complementaria respecto a la regulación de la sanción penal contra Jenny Suárez Villavicencio, por no haber sido especificada en la parte pertinente de la misma.

II.2. El imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga también ha impugnado la Sentencia alegando que la sentencia se basa en medios y elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación al Código Procedimiento Penal (num. 4) del art. 370 del CPP.), en razón a que se introdujo como prueba del Ministerio Público el informe de auditoría especial signada como prueba F-6 incumpliendo lo establecido por los arts. 204 y 209 del CPP., y la S.C. N° 21/2007 de 10 de mayo, así como el Informe N° 11/09 de 03 de noviembre signado F-68, limitado por el art. 333 del CPP., sin embargo se les dio valor como prueba obtenida con las formalidades y es utilizada en su contra al habersele dado responsabilidad administrativa como penal.

De la revisión del acta de registro de audiencia de Juicio oral, se puede establecer que el imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, bajo similares argumentos a los expuestos en su recurso de apelación restringida, así como los demás imputados, plantearon exclusión probatoria de las pruebas F-6 y F-68, entre otras; dicho incidente fue resuelto por el Tribunal de Sentencia rechazando la solicitud de exclusión probatoria de los imputados; a continuación, solo la imputada Ruth Lilian Espinoza Terán hizo reserva de apelación restringida, no así los demás imputados, incluido Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga; por consiguiente, él no ha habilitado el recurso de apelación contra esa decisión, conforme a la reiterada doctrina legal aplicable del ahora Tribunal Supremo de Justicia, que al respecto ha establecido: "Que los incidentes interpuestos sobre exclusión probatoria dentro del juicio oral se resolverán por el tribunal de sentencia, teniendo éste la facultad de resolver conjuntamente el asunto de fondo en la sentencia o mediante un auto dentro del juicio oral, en este caso, la parte procesal afectada o que no se encuentre de acuerdo con dicha resolución, deberá anunciar interponer recurso de apelación restringida, vale decir, que al tiempo de recurrir de apelación restringida la sentencia, impugnará la resolución que resolvió el incidente de exclusión probatoria. En caso de que el recurrente haya equivocado el anuncio del recurso y haya interpuesto recurso de apelación incidental, su derecho de impugnación habrá precluido, por no haber anunciado el recurso de apelación restringida, en caso de haber anunciado el recurso de apelación restringida y no haber cuestionado la

resolución sobre exclusión probatoria dentro del recurso de apelación restringida, habrá precluido también dicho derecho". (A.S. N° 115 de 31 de enero de 2007).

II.3. En lo que corresponde a la denuncia de inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia, como defecto de sentencia previsto en el num. 10 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., planteada por el imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, por incumplimiento del art. 361 del Cód. Pdto. Pen., por haberse leído la parte resolutive el 3 de octubre de 2012 e íntegramente el 11 del mismo mes, para salir de despacho recién el 12 de noviembre de 2012, sobrepasando los tres días perentorios que tenían para la lectura íntegra y la notificación. Revisada el acta de registro de audiencia de juicio y los actuados pertinentes posteriores, es evidente que el juicio concluyó el 3 de octubre de 2012 a hrs. 20:25, con la lectura de la parte decisiva de la resolución; el 11 de octubre de 2012 se dio lectura íntegra a la sentencia y a partir del 12 de noviembre de 2012 se notificó legalmente con la misma a las partes; sin embargo la demora advertida no causa la nulidad del acto, conforme lo ha establecido la doctrina legal aplicable definida por el A.S. N° 259/11 de 06 de mayo de 2011, que al respecto establece: "(...) Como evidentemente, los autos supremos citados en calidad de precedentes contradictorios por la hoy recurrente, han superado y modulado la jurisprudencia contenida en el A.S. N° 131 de 13 de mayo de 2005, en el que se funda el auto de vista recurrido, y en ese sentido, han establecido que, en materia penal, el incumplimiento de plazos no acarrea la pérdida de competencia, menos la nulidad de lo actuado, sino la retardación de justicia que amerita la responsabilidad administrativa o penal de los funcionarios públicos negligentes.

Asimismo, los precedentes contradictorios mencionados, han deslindado claramente que para la invocación de defectos absolutos, es necesario que se especifique con meridiana precisión el agravio que se hubiere causado con determinada actuación procesal, sin cuya identificación, no es posible valorar y visualizar el defecto absoluto en cuestión, y en consecuencia, la actuación procesal impugnada no constituye ni configura un defecto absoluto en sí, por el que se pueda proceder a la anulación de dicho actuado.

Todo ciudadano del Estado Plurinacional en el marco de los arts. 115-I y II y 178 de la C.P.E., tiene derecho a la protección oportuna, efectiva, pronta, transparente y sin dilaciones, además de proba, gratuita y rápida, en este contexto el proceso penal acusatorio antes que formalista, solemne es finalista, los administradores de justicia deben de constitucionalizar sus resoluciones, aplicando los principios constitucionales sobre las reglas positivas secundarias, tomando en cuenta más ponderación que subsunción materializando estas disposiciones constitucionales en sus resoluciones.

En el caso de autos, dada la jurisprudencia y doctrina legal mencionadas, se advierte que el auto de vista recurrido se sustentó en errónea, contraria y desactualizada jurisprudencia y doctrina legal aplicable, al considerar que la demora en la lectura de Sentencia después de los tres días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva, como prevé el art. 361 del Cód. Pdto. Pen., conllevaba la nulidad de dicha sentencia y la reposición del juicio oral; más aún, si el procesado no identificó con precisión en su recurso de apelación restringida, la trascendencia del agravio que se le habría causado con tal mora procesal. Por lo que debe dejarse sin efecto el auto de vista recurrido, y disponer que se dicte nuevo auto de vista conforme a la doctrina legal mencionada y a las normas legales aplicables al caso concreto. (...)" En consecuencia, en razón a este punto de agravio no existe vulneración procesal que acarree la nulidad de la sentencia.

II.4. Finalmente, en aplicación del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., a objeto de la regulación justa de la pena imponible a Jenny Suárez Villavicencio en sujeción a los arts. 37, 38 y 39 del Cód. Pen.; conforme se evidencia en los fundamentos de la sentencia, se ha llegado a establecer entre los hechos probados, que desde el 1 de febrero de 2001 hasta el 28 de enero de 2007, desempeñó el cargo de encargada de depósitos judiciales dependiente del entonces Consejo de la Judicatura, siendo la única persona capacitada por los responsables de la jefatura de informática, para operar el sistema "Salomón", estando a su cargo la custodia, manejo correcto, eficiente y transparente del dinero depositado por los litigantes, y la restitución de dichos depósitos con la debida documentación de respaldo exigida por el reglamento de depósitos judiciales, manual de uso de formularios, circulares e instructivos emitidos por la institución; no obstante de ello, aprovechando de su cargo realizó restituciones indebidas suplantando expedientes, modificando datos del sistema informático, registrando restituciones sin que cuenten con la documentación de respaldo requerida, constituyendo su importe un daño económico para la institución y por ende para el Estado, que alcanza al total de \$us. 139.258.77 y Bs 1.727.12; correspondientes a fondos de depósitos judiciales de expedientes de la capital y provincia, además de 53 casos por un importe total de \$us. 130.689.77 y Bs 1.727.12; y 4 casos por un importe total de \$us. 8.569.00; por lo que se ha establecido que es la responsable del daño económico sufrido por la institución y el Estado, con su conducta delictiva, determinando con ello una circunstancia agravante. También se estableció en la sentencia, que Jenny Suárez Villavicencio actuó ilícitamente, aprovechando su condición de cajera responsable de depósitos judiciales, apropiándose de recursos públicos, en los montos señalados precedentemente, mediante acciones fraudulentas, consistentes en la alteración e introducción de datos ficticios respecto le personas inexistentes en la mayoría de los casos, en el sistema informático "Salomón" que se utiliza en las oficinas de depósitos judiciales, además de la negligencia con que actuaron sus superiores jerárquicos al no verificar que la documentación respaldatoria de las órdenes de restitución sean idóneas, buscando intencionalmente el resultado de apropiarse o apoderarse de recursos públicos que recibió de los usuarios o litigantes, que deben ser restituidos a los mismos por la responsabilidad que de ellos asume la institución estatal; aspecto que se ha tenido expresamente como una circunstancia agravante a tener en cuenta para la regulación de la sanción penal, conforme se evidencia en el apartado destinado a la fundamentación jurídica o subsunción del hecho probado al tipo penal.

Por otra parte, en la sentencia no se han tenido por acreditados en función a la valoración probatoria, antecedentes judiciales o policiales contra la acusada Jenny Suárez Villavicencio, tampoco estado de necesidad o de peligro para la obtención ilícita de recaudos a cargo del Estado; lo que implica inexistencia de una conducta negativa precedente al hecho; empero después del mismo se ha producido su desaparición, abstrayéndose del conflicto y su responsabilidad de reparar el daño causado, no obstante haber conocido su procesamiento penal.

Por las razones anotadas, tomando en cuenta los argumentos expuestos en la Fundamentación Jurídica de la Sentencia y que el delito de Peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen., se halla sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a

doscientos días, siendo superiores y de relevancia las circunstancias agravantes, partiendo de la sanción media prevista para el delito demostrado, la que amerita la autora es de siete años y seis meses, y multa de doscientos días, a razón de Bs 3.-, por día, que deberán ser cancelados durante el cumplimiento de la condena.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declara IMPROCEDENTES los recursos de apelación restringida planteados por el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura, así como los recursos de apelación restringida formulados por los imputados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán; en consecuencia CONFIRMA la sentencia respecto a los nombrados imputados y Ana María Gutiérrez Royo de López. Por otra parte, declara PROCEDENTE EN PARTE el recurso de apelación restringida planteado por la imputada Jenny Suárez Villavicencio; en consecuencia sin anular la sentencia apelada, pronuncia nueva sentencia condenatoria contra Jenny Suarez Villavicencio, con C.I. N° 1729286 Beni, mayor de edad, declarándola, autora y culpable del delito de peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen., condenándosela a la pena de reclusión de siete años y seis meses, computable a partir de la ejecución del mandamiento de condena, que deberá cumplir en el Recinto Penitenciario de San Sebastián Mujeres de Cochabamba, y multa de doscientos días a razón de 3 Bs.-, por día, que deberán ser cancelados durante el cumplimiento de la condena, más costas, daños y perjuicios a favor de las víctimas y del Estado, a instancia de los damnificados y el Ministerio Público, averiguables en ejecución de sentencia.

Se advierte a las partes que esta resolución puede ser objeto del recurso de casación en el plazo previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dra. Gina Luisa Castellón Ugarte.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dres.: Gina Luisa Castellón Ugarte.- Mirtha Gaby Meneses Gómez.

Ante mí: Abg. Zulema Almanza Salvatierra.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memoriales presentados el 8 y 12 de septiembre de 2016, cursantes de fs. 2308 y vta., y 2375 a 2382 vta., Alfonso Camacho Escobar en su calidad de defensor de oficio de Jenny Suárez Villavicencio y Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, interponen recursos de casación, impugnando el A.V. N° 15 de 8 de agosto de 2016, de fs. 2265 a 2301, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por las vocales Luisa Castellón Ugarte y Mirtha Gaby Meneses Gómez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura contra Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, Ana María Gutiérrez Royo de López y los recurrentes, por la presunta comisión de los delitos de peculado, incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previstos y sancionados por los arts. 142, 154 y 224 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 23/12-AAD de 11 de octubre de 2012 (fs. 1648 a 1685 vta.), el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a: Jenny Suárez Villavicencio autora del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 8 años de presidio y mil días multa a razón de Bs 1.- por día; Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, autores del delito de incumplimiento de deberes, tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., estableciendo la pena de 6 meses de reclusión, siendo concedido el beneficio del perdón judicial y multa de trescientos y cien días a razón de Bs 1.-, por día y sancionó a todos los inculcados con costas a favor de las víctimas y del Estado; y finalmente, declaró a Ana María Gutiérrez Royo de López absuelta de responsabilidad y pena del delito de incumplimiento de deberes, sin costas.

b) Contra la mencionada Sentencia, el acusador particular Esteban Miranda Terán, Encargado Distrital a.i., del Consejo de la Magistratura (fs. 1833 a 1837), el imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga (fs. 1885 a 1895 vta.), el Ministerio Público (fs. 1906-1907 vta.), Alfonso Pablo Camacho Escobar defensor de oficio de la imputada Jenny Suarez Villavicencio (fs. 1916 a 1918 vta.) y la imputada Ruth Lilian Espinoza Terán (fs. 1943 a 1946), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 4 de 11 de marzo de 2015 (fs. 2136 a 2158 vta.), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 97/2016-RRC de 16 de febrero (fs. 2241 a 2251); en cuyo mérito, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, dictó el A.V. N° 15 de 8 de agosto de 2016, que declaró improcedentes los recursos planteados y confirmó la resolución apelada; por otra parte, declaró procedente en parte el recurso de la imputada Jenny Suárez Villavicencio, anuló la sentencia recurrida y pronunció una nueva, declarando autora y culpable del delito de peculado, imponiendo la pena de 7 años y 6 meses de reclusión y multa de doscientos días, a razón de Bs 3.-, por día, más costas, daños y perjuicios a favor de las víctimas y del Estado, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivos de los recursos de casación.

De los memoriales de recurso de casación y del A.S. N° 83/2017-RA de 6 de febrero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

I.1.2.- Del recurso de casación interpuesto por Alfonso Pablo Camacho Escobar defensor de oficio de la imputada Jenny Suarez Villavicencio.

El recurso de apelación restringida que formuló en representación de su defendida, estaba dirigido a denunciar la falta de fundamentación en la fijación de la pena impuesta en la Sentencia contra su defendida, quien fue condenada a ocho años de reclusión y multa

de mil a razón de Bs 1.-, por día, respecto al cual el auto de vista recurrido en la parte resolutive, arguyendo lo establecido en el A.S. N° 097/2016-RRC de 16 de febrero, sin necesidad de entrar a un reenvío para que se realice un nuevo juicio oral, procede a modificar inexplicablemente y sin ningún fundamento lógico y jurídico la condena inicialmente establecida a siete años y 6 meses de privación de libertad, sin que medie algún fundamento en el cual se base para indicar cuáles fueron las agravantes que procedieron a llevar de la media del tipo penal acusado (peculado), que es de cinco años y seis meses a la actual pena modificada; tampoco, indica cuál el argumento por el que no se consignó las atenuantes que pudiera tener su defendida y con eso proceder a bajar más su condena, denotando la imposición de una pena no acorde a los parámetros establecidos por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., lo que en la actualidad sigue representando una vulneración al derecho que tiene su defendida a ser condenada a una pena justa, fundamentada y acorde a sus antecedentes.

I.1.3.- Del recurso de casación del imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga.

1) El auto de vista recurrido, no analiza ni resuelve el recurso de apelación restringida, con relación: i) Al inc. 1) del art. 270 del Cód. Pdto. Pen., en el que argumentó que la valoración realizada por el tribunal de mérito con respecto a su accionar culposo y no doloso, denota la falta del elemento subjetivo del tipo penal (dolo), para que de manera forzada se le quiera responsabilizar penalmente por el delito de incumplimiento de deberes, demostrando de manera contundente la errónea aplicación de la ley sustantiva, para sancionarlo por un hecho que no cometió; ii) A la errónea aplicación del art. 20 con referencia al 154 del Cód. Pen., respecto del mismo arguye que la sentencia recurrida en ninguna forma de manera lógica como jurídica, determina el tipo de participación que tuvo en el hecho que se le sindicó; por cuanto, no existe prueba que acredite la concurrencia de los elementos del tipo penal de incumplimiento de deberes, por lo que su conducta sería atípica; iii) A la inobservancia del art. 24 del Cód. Pen., respecto a ello cuestionó que su persona no tiene participación dolosa en el delito atribuido; por tanto, pese haber cumplido con los deberes inherentes a su cargo, el hecho que la responsable del apoderamiento hubiese manipulado el sistema de manera imperceptible, era imposible de controlar como superior jerárquico; iv) A la inobservancia del art. 154 del Código Sustantivo Penal, respecto a lo cual asevera que en su actuar no existió dolo; por cuanto, este extremo no fue probado, fundamentado ni sustentado en la resolución impugnada, limitándose la sentencia a enunciar que su accionar fue omisiva e incluso que tuvo una conducta negligente, lo que no encuadra con el tipo penal de Incumplimiento de deberes, existiendo en consecuencia errónea aplicación de la ley sustantiva; y, v) Al planteamiento concerniente a la falta de valoración probatoria descriptiva de la prueba de descargo L-84, que es útil para desvirtuar la responsabilidad penal que se le atribuye, aclarando que fuera de la prueba L-66, toda la demás prueba de descargo judicializada no ha sido objeto de valoración alguna, máxime cuando las pruebas L-8, L-9, L-20, L-21, L-22, L-23, L-24, L-29, L-30, L-36, F-52, F-54, L-68, F-45, F-66 y L-37 demuestran objetivamente su inocencia, lo que considera defectuosa valoración de la prueba; en consecuencia, el tribunal de apelación debía anular la sentencia disponiendo el reenvío; sin embargo, ingresó a un defecto absoluto que atenta contra los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

2) Con relación a la denuncia de concurrencia del defecto de sentencia previsto en el art. 370-5) del CPP, respecto a la falta de fundamentación e insuficiente fundamentación probatoria de la Resolución de primera instancia, en sus componentes de fundamentación probatoria descriptiva y fundamentación probatoria intelectual, que a su vez resulta ser contradictoria e insuficiente, el auto de vista recurrido no se pronunció con fundamentos claros, precisos, sólidos, coherentes, lógicos y razonables, cuando tenía el deber de atender y resolver la pretensión traída al proceso oportuna y temporalmente, frustrando su derecho a obtener una respuesta fundada, habiéndose limitado el auto de vista a manifestar; por un lado, que los apelantes no expresaron las reglas de la sana crítica vulneradas por el Tribunal de Sentencia en la valoración probatoria efectuada, aspecto de fondo que impediría pronunciarse sobre el mismo, hecho totalmente falso; por cuanto, cumplió con la referida carga procesal (efectuando a continuación una amplia descripción de los fundamentos del motivo de apelación); y por otro, a establecer que la sentencia se encuentra fundamentada en sus componentes fáctico, jurídico y probatorio, reiterando su primera conclusión, para luego indicar que la impugnación respecto del defecto alegado carece de fundamento, lo que considera lesivo de su derecho a la tutela judicial efectiva y a la debida motivación de las resoluciones como elementos esenciales del debido proceso, concurriendo en defectos absolutos previsto en el art. 169-3) del CPP., resultando contrario a los AA.SS. Nos. 309/2013 de 24 de octubre y 418 de 10 de octubre de 2006.

I.1.2.- Petitorios.

Los recurrentes solicitan se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se pronuncie uno nuevo de acuerdo a la doctrina legal establecida.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 83/2017-RA de 6 de febrero, cursante de fs. 4005 a 4009 vta., este Tribunal admitió los recursos de casación formulados por Alfonso Camacho Escobar en su calidad de defensor de oficio de la imputada Jenny Suárez Villavicencio y el imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 23/12-AAD de 11 de octubre de 2012, el Tribunal de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a la imputada Jenny Suárez Villavicencio autora del delito de peculado, previsto y sancionado por el art. 142 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 8 años de presidio y mil días multa a razón de Bs 1.-, por día. Por otro lado, declaró a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, autores del delito de incumplimiento de deberes, tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., estableciendo la pena de 6 meses de reclusión, siendo concedido el beneficio del Perdón Judicial y multa de 300 y 100 días a razón de Bs 1.-, por día y sancionó a todos los inculpaos con costas a favor de las víctimas y del Estado; y finalmente, declaró a Ana María Gutiérrez Royo

de López, absuelta de responsabilidad y pena del delito de incumplimiento de deberes, previsto y sancionado por el art. 154 del Cód. Pen., sin costas; habiendo llegado entre sus conclusiones en lo que respecta a los recurrentes, que la acusada Jenny Suárez Villavicencio como cajera y responsable de depósitos judiciales del entonces Consejo de la Judicatura, se apropió de dineros que se encontraban a su cargo, ya que conocía el manejo del sistema salomón utilizado precisamente para el manejo de dichos recursos y que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, como jefe de finanzas del extinto Consejo de la Judicatura, incumplió sus deberes de hacer cumplir la normativa interna, en cuanto a la exhibición de documentación de los trámites de restitución de depósitos judiciales.

II.2.- De las apelaciones restringidas.

El acusador particular Esteban Miranda Terán, Encargado Distrital a.i., del Consejo de la Magistratura de Cochabamba, interpuso recurso de apelación restringida argumentando en síntesis que la sentencia es incongruente entre su parte considerativa y resolutive; puesto que, se indica que los acusados subsumieron su conducta a los delitos de Incumplimiento de Deberes; empero, declaran a Ana María Gutiérrez Royo absuelta, solicitando se imponga a los co-acusados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Espinoza Terán, la pena máxima.

Por su parte el imputado Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, interpuso recurso de apelación restringida señalando que existe: i) Inobservancia o errónea aplicación de la Ley Sustantiva, art. 370 del CPP.; por cuanto, afirma que no se habrían observado los arts. 13, 14, 20, 24 y 154 del Cód. Pen., que si bien existe apropiación indebida de dineros del órgano judicial, este hecho fue realizado por la encargada de los depósitos judiciales, sin que de su parte se haya demostrado que hubo intencionalidad de crear una situación omisiva, ni que la encargada de depósitos judiciales ejecute esa conducta delictiva, aseverando que ni sospechaba de los actos de la encargada de los depósitos judiciales, según la prueba de descargo, que no fue considerada por el a quo, por lo que no se habría acreditado que actuó con dolo de un delito cometido por otra persona, incurriéndose en defectos de la sentencia provocando su anulación; ii) Afirma que la sentencia se basó en pruebas incorporadas ilegalmente a juicio, como informes de auditoría especial (F-6 y F-8), sin que se haya considerado el informe de depósitos judiciales (L-84), que desvirtuaría las otras pruebas; iii) Afirma también que la sentencia carece de fundamentación que además es contradictoria, que no expuso porqué las declaraciones y pruebas de cargo son relevantes o carecen de valor probatorio, para subsumir su conducta en el delito de incumplimiento de deberes, aseverando que no se valoró la prueba (L-84), que demostraría que la sentencia sale de lo racional al responsabilizarlo por la conducta de otra persona, negando ser el creador, supervisor o responsable del sistema Salomón, adicionalmente que la resolución se limitó a transcribir sólo los fundamentos expuestos por los acusadores y hacer una fundamentación incorrecta de normas legales, fuera de que no analizó la fundamentación y pruebas de la defensa; iv) Señala que la sentencia se basó en una defectuosa valoración de la prueba, porque no se valoró de forma individual la prueba de descargo, ya que el 2007 recién se entregó el manual de funciones de procedimientos de depósitos que antes no existía ni del sistema Salomón, que los controles eran realizados desde Sucre, siendo valorada defectuosamente la testifical de cargo, al no haberse hallado diferencias en los arqueos de caja, que cada año se realizaban auditorías y nunca se detectaron irregularidades, que no tenían acceso al sistema que manejaba la acusada Jenny Suárez Villavicencio, quien sacaba dinero directamente del sistema sin imprimir ningún papel o formulario, advirtiendo que no se valoró la prueba (L-84); v) Arguye que existe contradicción entre la parte considerativa y resolutive, porque inicialmente se valoró su conducta como culposa y no dolosa; en consecuencia, considera que su conducta no se configura en el delito de incumplimiento de deberes; y, vi) Concluyó señalando que se habría incumplido con las reglas para la deliberación y redacción de la sentencia, por ir más de los tres días para su lectura y notificación.

El Ministerio Público, interpuso recurso de apelación restringida, afirmando que se incurrió en inobservancia o errónea aplicación de la ley; por cuanto, el a quo no se pronunció sobre el delito de Conducta Antieconómica, respecto de los acusados Orlando Eliseo Lizarazu y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo.

El defensor de oficio de la acusada Jenny Suárez Villavicencio, interpuso recurso de apelación restringida arguyendo la existencia de las causales 1) y 5) del art. 370 del CPP., señalando que: i) La errónea aplicación de la ley sustantiva, se presentó al imponerse la pena de 8 años sin fundamentación alguna, que a su decir correspondería al máximo legal del delito de “estelionato” (sic), que no se tuvo conocimiento de la conducta, personalidad, edad, educación, costumbres, antecedentes o móviles que la impulsaron a delinquir, ni su situación económica, por lo que se inobservaron los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., 1 del CPP., y 117 de la C.P.E.; y, ii) Extraña una debida fundamentación en la subsumición del hecho al tipo penal; por cuanto, no se le habría probado por medio lícito que se hubiera apropiado de los dineros que se encontraban bajo su cargo; asimismo, observa que la multa de mil días no se encuentra prevista en la ley.

Y finalmente la imputada Ruth Lilian Espinoza Terán, interpuso recurso de apelación restringida, argumentando la existencia de: i) Errónea aplicación del art. 154 de la L. N° 1768, que no se demostró la presencia de los elementos del tipo penal señalado, al no haberse demostrado el dolo, siendo condenada en vulneración de la presunción de inocencia; y, ii) Inobservancia del art. 173 del CPP., al emitirse sentencia en base a hechos no acreditados o en valoración defectuosa de la ley, ya que el juzgador inobservó las reglas de la sana crítica.

II.4.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba inicialmente pronunció el A.V. N° 4 de 11 de marzo de 2015, que declaró procedentes los recursos de apelación restringida planteados por el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura, procedentes en parte los recursos de apelación restringida de los imputados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Jenny Suárez Villavicencio e improcedente el recurso de apelación restringida planteado por la imputada Ruth Lilian Espinoza Terán; en consecuencia, anuló la sentencia apelada disponiendo la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia en forma inmediata y sin espera de turno, previo sorteo de la causa, fallo que fue dejado sin efecto por A.S. N° 097/2016-RRC de 16 de febrero, por el que este tribunal declaró infundado el recurso de casación presentado por Julio Jhonny Rocha Jiménez, encargado Distrital a.i., del Consejo de la Magistratura y fundados los recursos formulados por la imputada Ana María Gutiérrez Royo y los representantes de Roger Gonzales Palacios Cuiza, Director General Administrativo y Financiero del Órgano Judicial, de fs. 2221 a 226 vta., habiendo determinado que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, sin espera de turno, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida, por lo que remitidos los antecedentes al tribunal ad

que emitió el A.V. N° 15/2016 de 8 de agosto, que declaró improcedentes los recursos de apelación restringida planteados por el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura, así como los formulados por los imputados Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán; en consecuencia, confirmó la sentencia respecto a los nombrados imputados y Ana María Gutiérrez Royo de López; asimismo, declaró procedente en parte el recurso de apelación restringida de Jenny Suárez Villavicencio; por ende, dispuso anular la sentencia apelada y pronunció nueva sentencia condenatoria contra Jenny Suárez Villavicencio, declarando autora y culpable del delito de peculado, previsto en el art. 142 del Cód. Pen., condenando a la pena de 7 años y 6 meses de reclusión, computables a partir de la ejecución del mandamiento de condena y multa de doscientos días a razón de Bs 3.-, por día, más costas, daños y perjuicios a favor de las víctimas y del Estado a instancia de los damnificados y el Ministerio Público averiguables en ejecución de sentencia.

En el Considerando II (Fundamentos jurídicos de la resolución) del auto de vista impugnado; en cuanto, a los defectos de la sentencia previstos en los incs. 1), 5), 6) y 8) del art. 370 del CPP., sobre la alzada planteada por Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, el tribunal ad quem señala que de la lectura del acta de juicio y la sentencia se puede verificar que se dio cumplimiento a las disposiciones previstas en el art. 344 del CPP., al darse lectura a las acusaciones, auto de apertura y reiterado a las partes, los hechos sobre los que se basó el juicio; asimismo, en la redacción que constituye la fundamentación fáctica de la sentencia, se precisó específicamente la enunciación del hecho acusado y circunstancias que fueron objeto del juicio, que constituye la fundamentación fáctica de la sentencia según consta en el primer considerando de la sentencia, donde se narraron los supuestos de hecho en que se sustenta la acusación fiscal y particular, individualizando los hechos específicamente atribuidos a cada uno de los acusados, calificados jurídicamente como delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previstos en los arts. 154 y 224 del Cód. Pen., atribuidos a Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, delito de peculado tipificado en el art. 142 del Cód. Pen., que se atribuye a Jenny Suárez Villavicencio e incumplimiento de deberes tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., a Ana María Gutiérrez Royo de López.

Añade que en el segundo considerando de la sentencia (Fundamentación probatoria descriptiva), se detalló y describió toda la prueba de cargo y descargo judicializada, con la asignación de su valor probatorio, tomándose en cuenta las pruebas L-8, L-9, L-19, L-20, L-21, L-22, L-23, L-24, L-29, L-30, L-31, L-35, L-36, F-52, F-54, F-68, F-9, F-45, F-66 y L-37 que Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, afirma que no fueron consideradas, advirtiendo de la sentencia el aporte probatorio sobre los hechos acusados, llevando toda la prueba pertinente y conducente valorada a la convicción de haberse demostrado determinados hechos precisados en la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia.

En cuanto a la prueba de descargo L-84 (informe de auditoría especial de depósitos judiciales UAI 2/08 de 5 de mayo de 2008), ofrecida y presentada por Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, señala que efectivamente el a quo hizo abstracción de la misma; sin embargo, el apelante no habría cumplido con la carga argumentativa impugnatoria, explicando cuáles son los motivos por los que dicha prueba desvirtúa la información de las pruebas (F-6 y F-68), incluso la demás prueba en que se sustenta la sentencia de condena, a tal grado que de su valoración cambiaría la situación jurídica del imputado a absuelto, más aun cuando observa que el único argumento del apelante, es que la prueba L-84, emergente de una auditoría especial de depósitos judiciales le otorga solo responsabilidad administrativa y desvirtúa las pruebas (F-6 y F-68), sin explicar por qué constituye una prueba capaz de destruir por sí sola los hechos demostrados por la demás prueba que acredita la responsabilidad penal del indicando imputado, por lo que carecería de transcendencia respecto a todos los principios de inmediación y contradicción que llevaron al Tribunal de Sentencia a la convicción de que el imputado Orlando Lizarazu incurrió en el hecho ilícito calificado como Incumplimiento de Deberes previsto por el art. 154 del Cód. Pen., en atención, indica el tribunal de alzada a la doctrina establecida por el A.S. N° 097/2016-RRC de 16 de febrero, que referiría que no corresponde decretar la nulidad por la señalada omisión, afirmando que no tiene facultad para valorar y/o revalorizar la prueba, ni contrastarla entre sí.

Asimismo, señala que en el mismo considerando segundo, el a quo redactó la parte esencial de la sentencia (Fundamentación probatoria intelectual), en la que anunciando la observancia del art. 173 del CPP., en la valoración de la prueba, pertinente a los hechos específicamente atribuidos en las acusaciones y conducente para demostrarlos o desvirtuarlos, expresó la motivación, precisando los hechos demostrados respecto a cada uno de los acusados y cita la parte de la fundamentación intelectual de la prueba de la sentencia, cuya motivación y fundamentación el tribunal ad quem considera razonable y suficiente, no siendo exigible como simple formalidad con la pretensión buscar la nulidad de la sentencia, que afirma es un discurso excesivo o ampuloso de algunos elementos probatorios que no resultan ser pertinentes y/o conducentes para desvirtuar los hechos específicamente individualizados en los pliegos acusatorios y el auto de apertura de juicio, base del mismo de acuerdo al art. 342 del CPP., más aun cuando la parte apelante que reclama falta de consideración de prueba de descargo ha hecho una simple mención de pruebas según su codificación, sin cumplir con la carga argumentativa de la relevancia de la prueba para demostrar la inocencia del inculpaado respecto al hecho ilícito específicamente atribuido o la aptitud de la prueba para destruir toda la prueba conducente valorada por el a quo conforme a la motivación y fundamentación; en consecuencia, señala que corresponde acatar la doctrina del A.S. N° 97/2016-RRC de 16 de febrero, que impide declarar la nulidad de la sentencia, cuando es previsible que en un juicio de reenvío, el resultado del juicio sería el mismo.

En cuanto a la alzada planteada por Jenny Suárez Villavicencio por falta de fundamentación en la fijación de la pena y en la subsunción del hecho al tipo penal, el tribunal ad quem cita los lineamientos del A.S. N° 329 de 29 de agosto de 2006, los arts. 13, 14, 20 y 24 del Cód. Pen., que en el presente caso de acuerdo a los fundamentos fácticos probatorios y jurídicos expuestos en la sentencia en relación a la imputada Jenny Suárez Villavicencio, el a quo después de valorar la prueba judicializada en la audiencia de juicio, tomando en cuenta la relevancia de los elementos conducentes que aportaron información sobre el hecho atribuido a la imputada, quien señala no produjo prueba de descargo, ha manifestado los motivos por los que la imputada, por su cuenta y en ejercicio de sus específicas funciones públicas, incurrió en el delito de peculado determinando específicamente cual fue la conducta activa desarrollada en contravención con normas legales específicas que debió observar y la apropiación ilegal de dineros del Consejo de la Judicatura; es decir, que el a quo de la valoración integral de la prueba, llegó al convencimiento de que concurren los elementos constitutivos del delito de peculado, previsto en el art. 142 del Cód. Pen., para ello el tribunal ad quem transcribió el fundamento de la sentencia sobre la imputada Jenny Suarez Villavicencio, para luego concluir que la culpabilidad de los

imputados Jenny Suárez Villavicencio, Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga y Ruth Lilian Espinoza Terán de Galdo, demostrándose la concurrencia de los tres elementos que la componen desde el punto de vista de la teoría finalista, disgregando la imputabilidad, antijuricidad, culpabilidad; además, de señalar que tenían pleno conocimiento de que su conducta no estaba autorizada y que contravenía el orden jurídico, habiendo lesionado el bien jurídico protegido y que les era exigible abstenerse de cometer el delito, sabiendo las consecuencias penales, concibiéndose con ello que el a quo no incurrió en falta de la debida fundamentación en la subsunción del hecho al tipo penal.

Por último, el tribunal de alzada señala que en aplicación al art. 414 del CPP., a objeto de la regulación justa de la pena imponible a Jenny Suárez Villavicencio en sujeción a los arts. 37, 38 y 39 del Cód. Pen., conforme se evidencia en los fundamentos de la sentencia, indican que llegaron a establecer entre los hechos probados que desde el 01 de febrero de 2001 hasta el 28 de enero de 2007, desempeñó el cargo de encargada de depósitos judiciales dependiente del entonces Consejo de la Judicatura, siendo la única persona capacitada por los responsables de la Jefatura de Informática, para operar el sistema "Salomon", estando a su cargo la custodia, manejo correcto, eficiente y transparente del dinero depositado por los litigantes y la restitución de dichos depósitos con la debida documentación de respaldo exigida por el Reglamento de Depósitos Judiciales, Manual de uso de formularios circulares e instructivos emitidos por la institución; no obstante de ello, aprovechando de su cargo realizó restituciones indebidas suplantando expedientes, modificando datos del sistema informático, registrando restituciones sin que cuenten con la documentación de respaldo requerida, constituyendo—indican—su importe un daño económico para la institución y por ende para el Estado, que alcanza al total de \$us. 139.258.77 y Bs 1.727.12; correspondientes a fondos de depósitos Judiciales de expedientes de la capital y provincia; además, de cincuenta y tres casos por un importe total de \$us. 130.689.77 y Bs 1.727.12; y, cuatro casos por un importe total de \$us. 8.569.00 por lo que se estableció que es la responsable del daño económico sufrido por la institución y el Estado, con su conducta delictiva, determinando con ello una circunstancia agravante, también se estableció y señalan en la sentencia que Jenny Suárez Villavicencio actuó ilícitamente, aprovechado su condición de cajera responsable de depósitos judiciales, apropiándose de recursos públicos en los montos señalados precedentemente, mediante acciones fraudulentas, consistentes en la alteración e introducción de datos ficticios respecto de personas inexistentes en la mayoría de los casos, en el sistema informático "Salomon" que se utiliza en las oficinas de depósitos judiciales; además, de la negligencia con que actuaron sus superiores jerárquicos al no verificar que la documentación respaldatoria de las órdenes de restitución sean idóneas, buscando intencionalmente el resultado de apropiarse o apoderarse de recursos públicos, que recibió de los usuarios o litigantes, que deben ser restituidos a los mismos por la responsabilidad que de ellos asume la institución estatal; aspecto que, se ha tenido expresamente como una circunstancia agravante a tener en cuenta para la regulación de la sanción penal, conforme se evidencia en la fundamentación jurídica o subsunción del hecho probado al tipo penal.

Por otra parte, afirman que en la sentencia no se han tenido por acreditados en función a la valoración probatoria antecedentes judiciales o policiales contra la acusada Jenny Suárez Villavicencio; tampoco, estado de necesidad o de peligro para la obtención ilícita de recaudos a cargo del estado, lo que implica inexistencia de una conducta negativa precedente al hecho; empero, después del mismo afirma que se produjo su desaparición, abstrayéndose del conflicto y su responsabilidad de reparar el daño causado; no obstante, haber conocido su procedimiento penal. Por lo que, afirman que considerando los argumentos de la Fundamentación Jurídica de la sentencia y que el delito de peculado previsto por el art. 142 del Cód. Pen., se halla sancionado con privación de libertad de 3 a 8 años y multa de sesenta a doscientos días, siendo superiores y de relevancia las circunstancias agravantes, partiendo de la sanción media prevista para el delito demostrado, la que amerita que la autoría sea de siete años y seis meses; y, multa de doscientos días a razón de Bs 3.- por día, que deberá ser cancelada durante el cumplimiento de la condena.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados y de la vulneración del derecho de los recurrentes.

Este tribunal admitió el recurso interpuesto por: i) Jenny Suarez Villavicencio a través de su abogado defensor de oficio, quien denuncia que el tribunal de alzada inexplicablemente y sin fundamento modificó su condena, en vulneración al derecho a ser condenada a una pena justa, fundamentada y acorde a sus antecedentes; y, ii) Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, ante su denuncia de que el auto de vista recurrido, no analizó ni resolvió su alzada sobre la concurrencia de la causal 1 del art. 270 del CPP., la errónea aplicación del art. 20 con referencia al art. 154 Cód. Pen., la inobservancia de los arts. 24 del CPP., y 154 del Cód. Pen., y la falta de valoración probatoria descriptiva de la prueba de descargo L-84 y de las pruebas de descargo judicializadas, lesionando el debido proceso, en sus elementos de fundamentación y motivación. Asimismo, denuncia que el auto de vista recurrido no se pronunció con fundamentos claros, precisos, sólidos, coherentes, lógicos y razonables, respecto al defecto de sentencia previsto en el art. 370-5) del CPP., por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1.- Sobre la garantía del debido proceso y la debida fundamentación.

Este tribunal en reiteradas oportunidades a señalado que el debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; es así, que los arts. 115 y 117 de la C.P.E., reconocen y garantizan la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) El derecho a la defensa; b) El derecho al juez natural; c) La garantía de presunción de inocencia; d) El derecho a ser asistido por un traductor o intérprete; e) El derecho a un proceso público; f) El derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; g) El derecho a recurrir; h) el derecho a la legalidad de la prueba; i) El derecho a la igualdad procesal de las partes; j) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; k) El derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones; l) La garantía del non bis in idem; ll) El derecho a la valoración razonable de la prueba; m) El derecho a la comunicación previa de la acusación; n) La concesión al inculpa del tiempo y los medios para su defensa; o) El derecho a la comunicación privada con su defensor; y; p) El derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado, cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

Ahora bien, por mandato del art. 124 del CPP., toda resolución debe encontrarse debidamente fundamentada, mandato que fue reflejado en la abundante doctrina legal emitida por este Supremo Tribunal de Justicia, cuando señala: “El derecho a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales, componente del debido proceso, se plasma en la exigencia procesal y constitucional a toda autoridad que emita una resolución, de fundamentarla motivadamente en sujeción a los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; respondiendo y emitiendo criterios jurídicos sobre cada punto impugnado, sin acudir a argumentos generales que dejen sin respuesta a las partes, lo contrario ocasiona incertidumbre e indefensión; en ese entendido, se establece la falta de fundamentación en el auto de vista cuando de sus fundamentos se observa la falta de respuesta puntual y específica a todas y cada una de las alegaciones planteadas en el recurso de alzada y, contrariamente acude a argumentos evasivos para evitar cumplir con su obligación de pronunciarse sobre el fondo de uno o más cuestionamientos, omisión que vulnera los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., e infringe el derecho a los recursos, a la tutela judicial efectiva y la garantía al debido proceso, lo que constituye defecto absoluto invalorable al tenor del art. 169-3) De la norma legal precitada, ameritando en consecuencia la aplicación del art. 419 de la Ley Adjetiva Penal.” (A.S. N° 368/2012 de 05 de diciembre).

En concordancia con lo anterior, estableció: “Las resoluciones, para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas; debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: “Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación “Motivación como argumentación jurídica especial”, señala: “El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta).

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal, pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutive de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.” (A.S. N° 396/2014-RRC de 18 de agosto).

De la doctrina señalada, se establece que ninguna autoridad que emita un fallo puede omitir la fundamentación y motivación en la resolución que emita; toda vez, que la misma además de brindar explicación lógica y coherente de su razonamiento y la decisión allí asumida, ésta debe vincularse de forma directa con la normativa, doctrina y/o jurisprudencia aplicable al caso en concreto, brindando así la validez legal que exige el debido proceso, que busca efectivizar la vigencia de los derechos fundamentales, frente al aparato estatal, a través del control de la actividad jurisdiccional.

III.2.- La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3) de la L.O.J., y 419 del CPP., las Salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del CPP., preceptúa: “Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance”. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: “Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar.”

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes, ante el juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios, será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores; y, sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del CPP.

III.3.- Análisis de los recursos de casación.

Teniendo en cuenta que en la presente causa, se admitieron dos recursos de casación para su análisis de fondo, corresponde resolverlos en forma separada, considerando los entendimientos anteriores y a partir de la identificación de los derechos señalados y los precedentes invocados, a los fines de establecer si concurren o no las vulneraciones y contradicciones alegadas con el auto de vista impugnado.

III.3.1.- Respecto al recurso de Jenny Suárez Villavicencio.

El defensor de oficio de la imputada denuncia que el tribunal de alzada, de manera inexplicable y sin ningún fundamento lógico y jurídico, procedió a modificar la condena inicialmente impuesta por la comisión del delito de peculado, a 7 años y seis meses de reclusión, sin expresar fundamento en el cual se base para indicar cuáles fueron las agravantes que determinaron dicha sanción y no así la media del referido tipo penal, no indicó cuál el argumento por el cual no se consignaron las atenuantes que pudiera tener la recurrente y con eso proceder a bajar más su condena, denotando la imposición de una pena no acorde a los parámetros establecidos por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., tildando dicha falencia de lesiva al derecho que tiene su defendida a ser condenada a una pena justa, fundamentada y acorde a sus antecedentes.

Al respecto, se debe partir señalando que en sentencia, se condenó a Jenny Suárez Villavicencio, por la comisión del delito de peculado tipificado por el art. 142 del Cód. Pen., a la pena de ocho años de presidio, además de mil días multa a razón de Bs 1.- por día, apelada esta determinación el auto de vista impugnado, en su parte dispositiva declaró procedente en parte el recurso de apelación restringida interpuesto por Jenny Suárez Villavicencio y por ende anuló la sentencia y pronuncio una nueva respecto a la mencionada acusada, condenándola a la pena de reclusión de siete años y seis meses, computables a partir de la ejecución del mandamiento de condena y multa de doscientos días a razón de Bs 3.-, por día, mas costas, daños y perjuicios a favor de las víctimas y del Estado a instancia de los damnificados y el Ministerio Público averiguables en ejecución de sentencia.

Fallo que en su parte considerativa disgregó los conceptos que ahora extraña la parte recurrente, como se puede advertir del apartado II.4 del presente auto supremo donde en síntesis el tribunal de apelación indicó con las facultades establecidas por el art. 414 del CPP., precisamente a objeto de otorgar una regulación justa de la pena, atendiendo las previsiones de los arts. 37, 38 y 39 del Cód. Pen., que de acuerdo a los fundamentos desplazados en sentencia en cuanto a la sucesión de los hechos fácticos probados y las funciones que cumplía como encargada de Depósitos Judiciales del entonces Consejo de la Judicatura, capacitada para el manejo del sistema "Salomon", además de tener bajo su custodia el dinero depositado y su restitución la imputada, aprovechando su cargo efectuó restituciones indebidas suplantando expedientes, modificando datos del sistema informático, registrando restituciones sin la documentación de respaldo, causando un daño económico para la institución y Estado, constituyendo una agravante; asimismo, se habría establecido que actuó ilícitamente, apropiándose de recursos públicos mediante acciones fraudulentas (alteración e introducción de datos ficticios en el sistema informático "Salomon") sin que haya sido verificado por sus superiores jerárquicos, constituyendo estas circunstancias en agravantes; asimismo, el tribunal ad quem advirtió que en sentencia no se acreditó antecedentes judiciales o policiales contra la acusada Jenny Suárez Villavicencio, ni estado de necesidad o de peligro, por lo que tomó en cuenta los argumentos de la fundamentación jurídica de la sentencia y que el delito de peculado art. 142 del Cód. Pen., se halla sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días, siendo superiores y de relevancia las circunstancias agravantes, partiendo de la sanción media prevista para el delito demostrado; consecuentemente, el tribunal de alzada al haber procedido a la reducción en la fijación de la pena, consideró los aspectos señalados, efectuando la debida fundamentación observando los parámetros descritos por la norma, dando a conocer el razonamiento efectuado para ello, observando los criterios establecidos por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., al caso concreto, así como los fundamentos establecidos en sentencia, observando las agravantes y atenuantes al caso concreto; consecuentemente, no es evidente que esta modificación a favor de la recurrente carezca de fundamento como aduce, menos que se haya omitido el respectivo argumento para dicha modificación; por consiguiente, no se ha demostrado que se haya lesionado el derecho que tiene la acusada a ser condenada a una pena justa, fundamentada y acorde a sus antecedentes, por lo que su recurso de casación deviene en infundado.

III.3.2.- Respecto al recurso de Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga.

En el primer motivo, el recurrente reclama que el auto de vista impugnado, no analizó ni resolvió su alzada sobre la concurrencia de la causal 1) del art. 270 del CPP., la errónea aplicación del art. 20 con referencia al art. 154 Cód. Pen., la inobservancia de los arts. 24 del CPP y 154 del Cód. Pen., y la falta de valoración probatoria descriptiva de la prueba de descargo L-84 y de las pruebas de descargo judicializadas, por lo que ante una posible incongruencia omisiva, vinculada a la garantía del debido proceso, en sus elementos fundamentación y motivación, se hubiese provocado un defecto absoluto que atenta contra los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial.

Al respecto, debe señalarse que el tribunal de alzada a través del auto de vista impugnado a efectos de dar respuesta a la alzada planteada por el ahora recurrente Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga, sobre las causales 1), 5), 6) y 8) del art. 370 del CPP., verificó que se observó las previsiones del art. 344 del CPP., dándose lectura a las acusaciones, auto de apertura, los hechos sobre los que se basó el juicio; asimismo, que en la fundamentación fáctica de la sentencia se enunció el hecho acusado, individualizando a cada imputado y calificando sus conductas en los delitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica; asimismo, en la fundamentación probatoria descriptiva se detalló toda la prueba tanto de cargo y descargo, a la que se le asignó su valor probatorio (L-8, L-9, L-19, L-20, L-21, L-22, L-23, L-24, L-29, L-30, L-31, L-35, L-36, F-52, F-54, F-68, F-9, F-45, F-66 y L-37) pruebas que también consideró fueron tomados en cuenta, ya que constató que

se determinó su aporte probatorio sobre los hechos acusados, generando convicción sobre lo acontecido de acuerdo a la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia. Adicionalmente, sobre la prueba de descargo L-84 (informe de auditoría especial de depósitos judiciales UAI 2/08 de 5 de mayo de 2008), señaló que el a quo hizo abstracción de la misma; no obstante, en este aspecto el apelante no habría cumplido con la carga argumentativa impugnatoria; al no aplicar por qué esta prueba desvirtuaría las demás pruebas haciendo alusión a las pruebas (F-6 y F-68), tampoco se habría acreditado que de su valoración cambiaría su situación jurídica a absuelto, careciendo en consecuencia de trascendencia.

Razones por las que se advierte que no es evidente que el tribunal ad quem no haya resuelto los agravios expuestos por el entonces apelante ahora recurrente; por consiguiente, no se observa la concurrencia de incongruencia omisiva, entendida como la falta de pronunciamiento sobre el contenido de las pretensiones solicitadas por la parte apelante; por ende, tampoco se ha demostrado una lesión al debido proceso, en sus elementos fundamentación y motivación, ni defecto absoluto alguno, ni la vulneración de los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial, como afirma en su recurso de casación, por cuanto no se advierte un desajuste material ante el fallo judicial impugnado y los términos en los que la parte imputada formuló su apelación, al contener el auto de vista recurrido de casación de respuestas razonadas a cada uno de los motivos alegados en apelación, lo que determina que el presente motivo resulte infundado.

Respecto al segundo motivo, por el cual el recurrente denuncia que el auto de vista impugnado no se pronunció con fundamentos claros, precisos, sólidos, coherentes, lógicos y razonables, sobre la causal 5) del art. 370 del CPP., relativa a la falta de fundamentación e insuficiente fundamentación probatoria descriptiva e intelectual de la sentencia, habiéndose limitado en señalar que los apelantes no expresaron las reglas de la sana crítica que habría vulnerado el tribunal a quo y la Sentencia se encuentra fundamentada en sus componentes fáctico, jurídico y probatorio, para luego indicar que la apelación carece de fundamento, invoca como precedentes contradictorios:

El A.S. N° 309/2013 de 24 de octubre, pronunciado dentro de un proceso por los delitos de difamación, calumnia y propalación de ofensas, donde inicialmente se dictó sentencia condenatoria, apelada que fue por auto de vista se declaró improcedente la apelación y confirmó la sentencia impugnada, recurrido de casación este fallo, fue dejado sin efecto a raíz de que se incurrió en incongruencia omisiva ex silentio siendo sesgado y no respondió a la exigencia de una resolución debidamente motivada y fundamentada, en vulneración del derecho al debido proceso en su elemento del derecho a conocer una resolución debidamente fundamentada, por lo que se emitió la siguiente doctrina legal aplicable: "La garantía del debido proceso, consagrada en el parág. II del art. 115-I del art. 180 de la C.P.E., cuyo fin es garantizar que los procesos judiciales se desarrollen en apego a los valores de justicia e igualdad, se vulnera y; con ella la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica cuando se infringe el derecho a la debida fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales que establece que toda resolución expedida por autoridad judicial o administrativa necesariamente tiene que encontrarse adecuadamente fundamentada y motivada. En alzada, conforme ha establecido la amplia doctrina emanada por el Máximo Tribunal de Justicia, los tribunales a momento de resolver las apelaciones restringidas, deben pronunciarse de forma puntual, precisa y bajo ningún aspecto esgrimir fundamentos generales, evasivos, vagos o imprecisos que generen confusión y dejen en estado de indeterminación a las partes por ser vulneratorias del debido proceso en sus elementos derecho a la motivación de los recursos, a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues no es fundamentación suficiente la simple remisión a obrados o cita de alguna parte del proceso, doctrina y/o jurisprudencia, seguida de conclusiones, sin respaldo jurídico, ni explicación razonada del nexo entre la normativa legal y lo resuelto; es decir, el tribunal de apelación debe plasmar el porqué del decisorio, emitiendo criterios lógicos jurídicos sobre la base de las conclusiones arribadas por el tribunal de mérito en cumplimiento a su obligación de ejercer el control de logicidad, con el cuidado de no expresar nuevos criterios respecto a la prueba producida en juicio. En consecuencia, una vez más se deja establecido que el tribunal de apelación, ha momento de resolver en o los recursos interpuestos, está obligado constitucionalmente (parág. II del art. 115 de la C.P.E., a circunscribir su actividad a los puntos apelados en cada recurso, dentro de los límites señalados por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y parág. II del art. 17 de la L.Ó.J., en sujeción a los parámetros de especificidad, claridad, completud, legitimidad y logicidad; respondiendo a cada recurso por separado o en conjunto cuando las denuncias estén vinculadas, dejando conocer claramente a cada recurrente la parte de la resolución que responde a cada pretensión, además de fundamentar y motivar sus conclusiones respecto a cada una de las alegaciones, las que inicialmente podrían clasificarse por motivo alegado, resumiendo y describiendo cada una de ellas por separado o de forma conjunta si estuvieran vinculadas (aclarando ese aspecto), con la finalidad de expresar los fundamentos y la motivación de la resolución de manera ordenada, lo contrario implica incurrir en defecto invalorable o insubsanable, al tenor del art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., pues todo acto que vulnere derechos y/o garantías constitucionales, cuyo resultado dañoso no se enmarquen a la salvedad dispuesta en el art. 167 de la norma legal, deriva en defecto absoluto y corresponde renovar el acto".

El A.S. N° 418 de 10 de octubre de 2006, dictado dentro de un proceso por el delito de despojo, donde se emitió sentencia condenatoria, apelada que fue por auto de vista inicialmente se rechazó el recurso, que luego fue dejado sin efecto por auto supremo, emitido el nuevo auto de vista se anuló totalmente la sentencia apelada y se dispuso la reposición del juicio por otro juez; que recurrido de casación este fallo fue nuevamente dejado sin efecto porque el tribunal de apelación, al advertir la supuesta "falta de valoración de la declaratoria de herederos" que no fue ofrecida por los imputados y establecer como fundamento para anular la sentencia y disponer el reenvío, afectó los derechos del querellante, constituyendo un defecto absoluto que atenta contra los principios de seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, al no haber comprobado previamente el no ofrecimiento de prueba antes del juicio ni la introducción a juicio como prueba extraordinaria, incurriendo en violación del debido proceso, por lo que se emitió la siguiente doctrina legal aplicable: "El tribunal de apelación se encuentra en el deber de cuidar que los actos procesales y los actuados jurisdiccionales se encuentren dentro del marco del imperio de la legalidad, además de precautelar que dichos actos no afecten los derechos y garantías constitucionales. El control y tutela jurisdiccional debe ser efectivo, riguroso, exento de contradicciones, cuidando que no afecte los principios procesales, sustanciales y/o constitucionales. Cuando el tribunal de apelación detecte un defecto absoluto de procedimiento, sentencia, vicio sustantivo y/o constitucional, debe ponderar el acto que ocasiona el defecto, calificar el defecto si es absoluto o relativo, en cualquier de los casos debe describir con precisión el acto señalado como

defecto; asimismo evidenciar si afecta a derechos y garantías constitucionales; para luego comprobar si es imprescindible la realización de un nuevo juicio o prescindir de él y resolver directamente; finalmente el tribunal de apelación resuelve asuntos de puro derecho tomando en cuenta hechos comprobados en el juicio oral y contradictorio, debiendo necesariamente llevar la resolución que dicte el tribunal de alzada el fundamento jurídico correspondiente. En esta misma línea jurisprudencial, referido a los defectos absolutos, donde las resoluciones carecen de fundamento jurídico, y que dicha omisión se constituye en defecto absoluto, se ha pronunciado el A.S. N° 479 Sucre 8 de diciembre de 2005 que establece: Se consideran defectos absolutos cuando en la resolución, sea sentencia o auto de vista, no existen razones ni criterios sólidos que fundamenten los alcances de la resolución basados en normas sustantivas, adjetivas penales o correspondan a Convenios o Tratados Internacionales, omisión que se constituye en defecto insalvable porque genera incertidumbre a los sujetos procesales, este defecto está previsto en el art. 370-5) en relación al art. 169-3) ambos del Cód. Pdto. Pen.”.

Del análisis de los precedentes invocados se advierte que las problemáticas dilucidadas, en cierta manera tiene relación con el hecho fáctico del motivo de casación, donde se discute que el tribunal ad quem no se pronunció con fundamentos claros, precisos, sólidos, coherentes, lógicos y razonables, sobre la causal 5 del art. 370 del CPP., relativo a la falta de fundamentación e insuficiente fundamentación probatoria descriptiva e intelectiva de la sentencia, por lo que existiendo una situación fáctica procesal similar entre los precedentes invocados y el motivo de casación, corresponde ingresar a verificar la posible existencia o no de la contradicción denunciada.

A este fin, referir que en el auto de vista impugnado, el tribunal de alzada al resolver la alzada del recurrente constató que en la fundamentación probatoria intelectiva de la sentencia se observó la aplicación correcta del art. 173 del CPP., en la valoración de la prueba, habiendo motivado, fundamentado y precisado los hechos demostrados individualizados a cada acusado, considerándola una labor suficiente; además, advirtió que la pretensión de nulidad de la sentencia era excesiva sobre elementos probatorios impertinentes que no desvirtuaban los hechos indilgados; consecuentemente, no se evidencia que sobre el punto apelado el tribunal ad quem no haya emitido un criterio suficientemente fundado y motivado de las razones que por las que no dio curso al agravio formulado por el recurrente, no habiéndose demostrado que el tribunal de alzada haya vulnerado los arts. 124 y 398 del CPP., ni derecho alguno; por consiguiente, tampoco se acreditó la contradicción aducida con los precedentes invocados al efecto, resultando el motivo en análisis infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del CPP., declara INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por Alfonso Camacho Escobar en su calidad de defensor de oficio de Jenny Suárez Villavicencio y Orlando Eliseo Lizarazu Mayorga.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



281

Ministerio Público y otro c/ Julio Acchura Ali y otros

Avasallamiento

Distrito: Potosí

AUTO VISTA

Potosí, 1 de septiembre de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesta por Juan Vergara Chirinos de fs. 252 a 256 vta., del cuaderno procesal, contra la Sentencia N° 14/2016, que cursa de fs. 209 a 215 vta., del expediente de apelación, dictada por el Juez de Sentencia N° 1 de Potosí; que en su parte resolutive: falla declarando absueltos de pena y culpa a los acusados Julio Acchura Ali, Julia Ali Arroyo y Miguel Acchura Ali del delito de avasallamiento incurso en la sanción prevista por el art. 351 bis del Cód. Pen., responde a la apelación de fs. 290 a 293, más antecedentes que cursan en el cuaderno procesal y,

CONSIDERANDO: Que el querellante Juan Vergara Chirinos de fs. 252 a 256 vta., amparándose en lo dispuesto por el art. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., disconforme con la sentencia dictada en su contra interpone el recurso de apelación restringida bajo los siguientes argumentos, se han deslizado errores, inobservancia en la aplicación de la ley, así como defectos de procedimiento que constituyen causales de nulidad, conforme se encuentra previsto en el art. 169-2) y 3), art.360, 361, 362 y 370-1), 5), 6), 8), 10) y 11) del C.P.P., aspectos que ratifica

en su memorial de cumplimiento a observaciones que cursa de fs. 297-298 vta., ratificación que también consta en el acta de Fundamentación complementaria de fs. 305-306 vta., argumentos de los que se tiene:

1. Error en la redacción de la sentencia e inobservancia del art. 124, 360-2) y 370-1), 5) y 10) del C.P.P., en la forma la sentencia debe cumplir el art. 360 del 2) al 4) en este punto al juzgador le corresponde efectuar una precisa enunciación de motivos de hecho, describiendo las circunstancias en modo tiempo y lugar, una exposición de motivos de hecho y de derecho en que se fundan, la fundamentación de la sentencia debe ser comprensible, la fundamentación debe estar redactada en lenguaje claro preciso y sencillo, sin que sea necesario consultar otros documentos adicionales, donde el lector tiene que saber que hechos se están juzgando, que pruebas valoró el juzgador, de qué manera y porque opina que es necesario valorar, la personalidad del imputado, sin imponerle una determinada sanción, por ello el art. 24 C.P.P., prohíbe expresamente reemplazar la fundamentación por la simple relación de los documentos o los requerimientos de las partes. En el caso sub lite el juez a quo no ha hecho una correcta redacción de la sentencia, sobre la enunciación del hecho y las circunstancias que ha sido objeto del juicio, como en la parte Considerando II. prueba testifical del Ministerio Público, la redacción de la declaración de todos los testigos de cargo o de descargo, es una que profesionales abogados puedan redactar de esa manera, toda vez que en esa absurda redacción no se entiende varios palabras, se tiene que adivinar, o dar lectura varias veces para comprender algo que hayan manifestado los testigos a tal extremo llega esa redacción donde por ejemplo en la parte donde dice; Elizabeth Vergara Acchura (hija del acusador) dice textualmente: "Su familia es de 8 hermanos y padre y madre. En 1977 su padre era rentista minero, no, a que se dedicaba ese años, no puede aclarar, peo trabajaba en centro minero", otro ejemplo es que después del nombre del testigo están escrito las palabras; particular.- luego fiscal y después defensa, esta fórmula o clave de palabras, solo conocen los abogados que conocen en materia penal, ellos pueden entender que se trata las respuestas de las preguntas que hace el abogado del acusador particular, luego el fiscal y la defensa, en ese orden, eso entiende un profesional abogado penalista, pero una persona particular como él es un simple rentista minero, no puede entender de qué trata esa redacción, es decir que no entiende, que es lo que quiere decir al poner los nombres de particular, fiscal y defensa, por lo que alega que esta sentencia está mal redactada, lo que viola el art. 124, 360 y 370-1), 5) y 10) del C.P.P., referente a la inobservancia a las reglas de la reglas de la redacción de la sentencia.

Aplicación que se pretende; la aplicación que se pretende es que toda sentencia deba estar bien redactada de modo claro, ordenado, correcto y con fundamento cumpliendo los requisitos señalados en el art. 360-2) y art. 124 del C.P.P., al inobservar dichas normas de orden público y cumplimiento obligatorio, corresponde anular la sentencia ordenado un nuevo juicio en reenvío por otro juez imparcial.

2. Valoración defectuosa de la prueba, errónea aplicación del art. 171 de la L. N° 1970 y art. 370-6) del C.P.P., en juicio se ha incorporado varias pruebas literales como testificales ya sea por parte del Ministerio Público, el acusador particular y la misma defensa, todas esas pruebas son del juicio y el hecho de la misma defensa pueda ofrecer y producir prueba aun sea a favor del Ministerio Público y acusador particular, tiene que ser valoradas correctamente por el juez a quo conforme al art. 171 del C.P.P., y a la sana crítica, el a quo de la manera más parcializada, no valora la prueba testifical, referente a la declaración de varios testigos que han manifestado claramente en juicio sin ninguna dubitación, que el lote avasallado es de su propiedad, por otra parte, existe prueba documental referente a la propiedad del inmueble de su persona consistente el lote del terreno e inmueble que ha adquirido legamente, documento Testimonio N° 672 escritura pública de protocolización de la escritura privada de entrega definitiva del lote de terreno N° 9 Mzo. 58 ubicado en Villa Banzer otorgada por los personeros legales de la asociación de ex trabajadores Mineros Rentistas de Potosí a favor de su afiliado Juan Vergara Chirinos y Sra. Este documento a la fecha tiene plena vigencia, no ha sido declarado nulo por ninguna autoridad sea judicial o administrativa hasta ahora, consecuentemente su persona sigue siendo propietario legítimo de esta propiedad sin embargo el a quo en la sentencia señala; En la parte Considerando II, punto II. 2.- Fundamentación probatoria descriptiva: hechos probados, un, dos tres. Se ha demostrado que si bien el querellante señalo que él, se compró el lote en Villa Banzer de la asociación de rentistas, mineros del cual tiene papeles de propiedad, en el presente juicio eso no ha demostrado con medio probatorio alguno, toda vez que el derecho propietario de un bien inmueble se demuestra con el documento de compra debidamente protocolizado ante notario de fe pública. Y el documento que el acusador particular presento consistente en un Testimonio N° 672 escritura pública de protocolización de escritura privada de entrega definitiva de lote de terreno número nueve, Mzo. 58 ubicado en Villa Banzer, otorgada por los personeros legales de la asociación de ex trabajadores mineros rentistas de potosí a favor de su afiliado Juan Vergara Ch. y Sra., el 10 de enero de 1997 como el correspondiente registro en DD.RR., de dicha propiedad a su nombre, fue excluida en virtud a que dicho documento....". Haciendo entender que no se ha demostrado con ningún medio probatorio el derecho propietario, porque esa prueba consistente en testimonio de propiedad habría sido excluida en el juicio por eso faltaría un elemento del tipo penal avasallamiento, acreditar la propiedad del inmueble avasallado; siendo falso ese extremo, toda vez que ese documento que ha sido excluida, ha ingresado a juicio por otro medio probatorio que es la Sentencia N° 3/2014 interdicto de recobrar la posesión interpuesta por el querellante en contra de los acusados, esta sentencia ha adquirido calidad de cosa juzgada y no ha sido anulada por ningún medio hasta ahora, toda vez que para este proceso civil se ha presentado ese documento Testimonio N° 672 y toda la sentencia hace referencia de ese documento que ha ingresado a juicio, otro medio probatorio por el cual ha ingresado esa prueba, es el legajo consistente en proceso penal a Juan Vergara Chirinos ante el Juez Cautelar de 3 de mayo de 2015, si se habla de un legajo se entiende que en ese legajo contiene ese documento Testimonio N° 672 que se encuentra en el proceso penal en contra de su persona por el delito de falsedad y uso de instrumento falsificado, y la prueba que han presentado para demostrar disque la falsedad, encuentra documento referido lo que implica que su autoridad ha dejado de valorar es prueba donde señala que mi persona es propietaria de ese lote de terreno, es decir que ha valorado lo que le conviene a la parte acusada y no como una autoridad imparcial que debió valorar esa pruebas; de ahí que se demuestra una clara parcialización para emitir una sentencia absolutoria a todos costa a favor de los acusados. Con referencia a la valoración de la prueba extraordinaria consistente en una sentencia por procedimiento abreviado, por el delito de uso de instrumento falsificado art. 203 del Cód. Pen., que la condena no ha sido porque su persona hubiera falsificado los documentos de propiedad ni material ni ideológicamente, sino solo por el uso que hubiere dado ese documento solamente porque en ese documento los vendedores que eran los dirigentes de la asociación de ex trabajadores rentistas, le han hecho figurar como si fuera afiliado que en su momento, no se dio cuenta de ese extremo, siempre ha dicho la verdad, nunca le donaron o

regalaron ese lote por ser afiliado, siempre dijo que ha comprado y por ende nunca tuvo el ánimo de falsificar ningún documento, porque ha adquirido ese lote a cambio de dinero y ese extremo bien puede aclararse y sanearse por cualquier medio, por otro lado, para que se someta a un proceso por abreviado, ha sido por un mal asesoramiento jurídico por haber contratado abogado que no conocen en materia penal y ellos han asesorado muy mal, yo nunca debía haber aceptado mi culpa por algo que no hizo muchas personas imputadas que están detenidas preventivamente, se están echando la culpa de algo que no hicieron; solo por salir del proceso penal y recuperar su libertad a costa de declararse culpables, seguramente eso ha sido el motivo para que su abogado pueda asesorarle mal y echarse la culpa de algo que no hizo. Este extremo es aprovechado por el juez a quo para señalar que no se ha demostrado que el lote sea de su propiedad, aplicando una teoría del árbol envenenado (lo correcto es la teoría del fruto del árbol envenenado) esto es aplicable solo en materia penal y no civil, sin embargo el juez, va diciendo que todos los tramites posteriores civiles y administrativos resultan ser nulas, cuando a la fecha no existe ninguna sentencia o resolución que haya anulado ese documento, teniendo pleno valor y vigencia a la fecha así mismo de forma contradictoria ha señalado que ese documento Testimonio N° 672 ha sido excluida es decir nada tiene que ver en el juicio, y por lo tanto, si ha sido excluida no tiene por qué referirse a ese documento excluido, por eso es que señala con meridiana claridad que es una errónea valoración de la prueba. Tampoco ha valorado las demás pruebas testificales, literales inspección pese de que la valoración de la prueba testifical señala textualmente que merecen toda la eficacia jurídica probatoria, asimismo las demás pruebas literales introducidas a juicio ha sido valorado esas pruebas donde claramente señalan sobre los hechos y la propiedad de su inmueble que ha sido avasallado por los acusados, prefiere valorar una simple lista de beneficiarios que no acredita ninguna propiedad ni derecho.

Aplicación que pretende.- Se debió valorar la prueba en forma imparcial aplicando el art. 171 del C.P.P., y el hecho de no haber valorado correctamente la prueba sin necesidad de revalorizar la prueba, el tribunal de apelación debe anular el juicio.

3. Inobservancia y errónea aplicación del arts. 351 bis del Cód. Pen., de la norma sustantiva.- Art. 370-1) C.P.P., incorrecta apreciación bis subsunción de la conducta de los imputados a los tipos penales. En una sentencia es necesario que se detalle las circunstancias que haya sido objeto de juicio y explicación precisa de las razones que llevan al juzgador a que la prueba aportada durante el juicio para generar convicción sobre la responsabilidad penal o no del imputado, analizando cada conducta con el delito acusado; en el caso presente dice, se puede establecer que el juez ha inobservado la norma sustantiva el art. 351 bis del Cód. Pen., y no ha aplicado correctamente esa norma al tipo penal, dejando de realizar el proceso de subsunción, toda vez que el artículo por el cual se ha acusado: art. 351 Bis. avasallamiento).- "El que por sí o por terceros, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza, o cualquier otro medio, invadiere u ocupare de hecho, total o parcialmente, tierras o inmuebles individuales, colectivos, bienes de dominio público, bienes de patrimonio de Estado, o a las entidades públicas o tierras fiscales, perturbando el ejercicio de la posesión o del derecho propietario, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años, "En el caso se ha probado que los acusados han invadido y ocupado su propiedad inmueble situado en Villa Banzer de esta ciudad quienes han invadido y ocupado mediante violencia, amenazas, perturbando el ejercicio de la posesión y el derecho propietario que tiene, toda vez que hasta la fecha no existe ninguna resolución que anule el testimonio de su propiedad, que ha sido introducido a juicio. Con un cuadro de la teoría del caso pretende hacer ver como se ha probado la acusación en juicio que los acusados han invadido el inmueble de propiedad de su persona el 7 de enero de 2014 a hrs. 08:30 armados de palos y piedras ahuyentaron a los albañiles que estaban trabajando en esa propiedad, asentarse en forma violenta y que posteriormente por medio de una demanda proceso de interdicto de recuperar la posesión logran ser despojados. Subsumiendo la conducta de los acusados el tipo penal avasallamiento.

Aplicación que se pretende.- En razón de haberse subsumido la conducta de los acusados al tipo penal acusado de avasallamiento, corresponde aplicar la sanción correspondiente y no dejar en impunidad dichos actos reprochables penalmente, corresponde aplicar una sentencia condenatoria.

4. Contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva de la sentencia art. 370-8).- En la parte in fine de la valoración de la prueba testifical de la injusta sentencia, señala textualmente: "... se concluye que todos los testigos al referirse al presente hecho, declararon todos ellos en forma segura, sin entrar en contradicciones, sin dubitaciones, firmes, sólidos, diciendo relación entre todos ellos en tiempo y en espacio con relación al presente hecho, mereciendo toda eficacia jurídica correspondiente. No existiendo prueba testifical de descargo que pueda desvirtuar de manera alguna la producción por el Ministerio Público". Se puede apreciar que la declaración de los testigos de cargo ha sido suficiente para generar convicción por lo que el juez le da la eficacia jurídica correspondiente, además señala que no existe prueba que pueda desvirtuar esas afirmaciones, haciendo entender que esa prueba es suficiente para generar convicción para una sentencia condenatoria. No solo esta descripción es contradictoria, también lo aseverado por él a quo al momento de valorar las pruebas de cargo como testificales, literales, inspección, que les da la eficacia probatoria jurídica, es decir que esas pruebas han generado convicción para probar la acusación y demostrar que los acusados han invadido su propiedad, que también todas las pruebas referidas acreditan sobre su propiedad, sin embargo esta parte considerativa de la sentencia es totalmente contradictoria con la parte resolutive porque termina diciendo que los acusados no han cometido delito alguno, porque falta probar que el inmueble sea de su propiedad aspecto que es injusto y parcializado porque todas las pruebas hacen referencia y acreditan sobre su propiedad que ha sido avasallada.

Aplicación que se pretende.- Cuando existe incongruencia entre estos corresponde anular la sentencia disponiendo juicio en reenvío por otro juez imparcial el cual debe aplicar las normas correctamente y la sentencia debe ser coherente sin contradicciones.

Señalando como jurisprudencia varios autos supremos.

Petitorio.- Anular la sentencia y disponer el reenvío ante un juez imparcial y probo o en su defecto estando demostrada fehacientemente la inobservancia de la ley, inexistencia de motivación y defectuosa valoración de los medios de prueba, se sirvan revocar la misma, disponiendo la sentencia condenatoria.

Responde.- Que de fs. 290 a 293, cursa el responde de los acusados Julio Acchura Ali y Julia Ali Arroyo, negando y contradiciendo los argumentos del apelante.

Sobre el fondo del recurso.- En nuestro ordenamiento jurídico adjetivo penal, existen simplemente dos posibilidades de error, uno de ellos es el "defecto" trasuntado en la irregularidad de la actividad procesal, que no siga la forma prescrita por ley "vicio in procedendo", la otra posibilidad de error, es la "injusticia" trasuntada en la incorrección del juicio contenido en el fallo, es decir, que se llegue a un fallo injusto "vicio in judicando", los recursos tienen dos funciones, uno práctico, corregir los errores, otro político institucional, lograr la correcta aplicación del derecho y la justicia, así la apelación restringida tiene dos funciones, la primera controlar la correcta aplicación de la norma sustantiva y procesal, la segunda dar una eficaz tutela a la vigencia de las garantías constitucionales, los motivos "vicio in procedendo" cuando el vicio versa sobre la irregularidad de la actividad procesal a través de la cual se produjo la decisión, "vicio in judicando" cuando el vicio versa acerca de la incorrección del juicio contenido en el pronunciamiento.

- Indican que Juan Vergara Chirinos, ha interpuesto apelación restringida contra la Sentencia N° 14/2016 pronunciada por el Juez de Sentencia Penal N°1 de esta capital, no ha expresado los agravios que esa resolución le provoca conforme establece el art. 396-3) del Cód. Pdto. Pen., que dice: ".3) Los recursos se interpondrán, en las condiciones de tiempo y forma que se determina en este código, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución..." Lo que en el caso presente no se cumple. El art. 407 del Cód. Pdto. Pen., establece que: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de ley,..." es decir, que la propia norma adjetiva penal limita la interposición del recurso a dos posibilidades "inobservancia" y "errónea aplicación de la ley", a su vez el art. 408 del mismo cuerpo normativo señala: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia. Se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos..." En ese sentido, Juan Vergara Chirinos a tiempo de argumentar su apelación hace conocer varios motivos que los desarrolla de la siguiente forma:

Con relación al error de la redacción de la sentencia e inobservancia del art. 124-2) y 370-1) ,5) y 10 del C.P.P.: Se dice que la autoridad jurisdiccional no hubiera realizado una correcta redacción de la sentencia, sobre la enunciación del hecho y las circunstancias que han sido objeto del juicio invocando como ejemplo el Considerando II; prueba testifical del Ministerio Público la redacción de los testigos de cargo o de descargo. Sin embargo de lo referido por el apelante, en el Considerando I de la sentencia recurrida se tiene la enunciación del hecho con la denominación del "Fundamentación fáctica cursante en la acusación fiscal", por consiguiente si se halla enunciado el hecho que fue sometido a comprobación a través del desarrollo del juicio y el acusador particular no puede pretender desconocer esta circunstancia por cuanto incluso al margen de haberse dado lectura al auto de apertura de juicio, este auto se les notifico oportunamente, por consiguiente no son evidentes las afirmaciones efectuadas.

Con relación a que hubiera existido error de redacción sobre la declaración de la testigo Elizabeth Vergara hija del acusador, al respecto se debe mencionar que de la lectura de esta declaración contenida en la sentencia, la misma es totalmente comprensible, pero en el peor de los casos, esta circunstancia no ésta enunciada como vicio de la sentencia establecido en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., ni mucho menos identificado así por el apelante; ni como defecto referido en el art. 169 del Cód. Pdto. Pen., por consiguiente su invocación es inconsistente, intrascendente, incoherente e impertinente, lo propio ocurre con el otro ejemplo invocado referido a que en la sentencia se ha transcrito la participación de las partes en (particular, fiscal y defensa), no siendo evidente que esa forma de contenido de la sentencia sea una formula propia de abogados o profesionales entendidos en derecho, es comprensible a todo ciudadano.

Un aspecto que no se debe confundir, es el hecho de que es muy distinto referir mala redacción que no existe en la sentencia, con falta de fundamentación, en este primer motivo de su apelación se resalta según su entender una deficiente redacción más no se refiere a la falta de fundamentación que como lo dijimos es muy distinto, en esa lógica no se vislumbra violación o infracción de acuerdo a los motivos invocados por el propio apelante, es decir, infracción a los arts. 124, 360 y mucho menos al art. 370-1), 5) y 10) todos del Cód. Pdto. Pen., este último artículo que no se encuentra desarrollado; reclamando el apelante inobservancia según su criterio a las reglas de la redacción de la sentencia, lo que como antes referimos es inconsistente por cuanto la sentencia contiene todos los requisitos de forma establecidos en el art. 360 del Cód. Pdto. Pen.

Con relación a la valoración defectuosa de la prueba errónea aplicación del art. 171 de la L. N° 1970 art. 370-6 del C.P.P.: Un primer aspecto que se debe precisar, es que a tiempo de excluir los medios probatorios contenidos en la acusación consistentes en MP-D1; MPD2; Y MP-D3, el apelante en ese momento no hizo reserva de apelar, por consiguiente con relación al Testimonio N° 672 (MP-D2) no puede invocar motivo porque su derecho de apelar de esa decisión conforme dispone el art. 16 párrafo segundo de la L.Ó.J., ha precluido, precisamente por no haber hecho reserva de apelar sobre la resolución que ha excluido esas pruebas. Otro aspecto que se debe puntualizar es el hecho de que el propio acusador particular ahora apelante de la sentencia se da la respuesta a la invocación de sus propios motivos, pero además transcribe la fundamentación que le ha servido al juez para no valorar esos documentos, en ese sentido, desde ningún punto de vista existe errónea valoración de la prueba por parte del juzgador, por cuanto no puede servir de base para un juicio un documento falso sobre el cual ha recaído una sentencia condenatoria ejecutoriada a través de la cual se ha establecido a ciencia cierta que Juan Vergara Chirinos acusador particular en la presente causa ha cometido el delito de uso de instrumento falsificado con relación precisamente al Testimonio N° 672 de 10 de enero de 1977 y con el cual pretendía demostrar su derecho propietario en la presente causa. No siendo comprensible que hasta el extremo se llegue de desconocimiento del procedimiento en el entendido de que un interdicto pretendan hacer creer que causa estado, si bien adquiere la calidad de cosa juzgada formal más no causa estado y no adquiere la calidad de cosa juzgada material, esto por un parte, y por la otra, es claro pues el procedimiento en el art. 39 del Cód. Pdto. Pen., al señalar que la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada en proceso penal, producirá efecto de cosa juzgada en el proceso civil, Juan Vergara Chirinos ha sido condenado a pena privativa de libertad de tres años precisamente por el uso de un documento falso, el Testimonio N° 672 siendo por lógica consecuencia que este es un documento falso existiendo sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en esas condiciones resulta ilógico y absurdo su valoración, por su parte el art. 40 de la L. N° 1970 refiere que la sentencia ejecutoriada dictada en el juicio civil, no impedirá ninguna acción penal posterior sobre el mismo hecho o sobre otro que con él tenga relación, tanto en el proceso civil (interdicto) así como en el proceso penal (avasallamiento) Juan Vergara Chirinos ha identificado

el hecho como una ocupación de hecho que hubiéramos realizado los acusados perturbando el ejercicio de su posesión de un bien inmueble que según él tiene el derecho propietario a través del Testimonio N° 672, documento que se ha demostrado que es falso. Con relación al trámite del interdicto en la vía civil, este no puede servir para generar ninguna certeza en el juzgador por cuanto en principio el trámite no se lo ha realizado ante la autoridad llamada por ley, es decir ante el Juez Agroambiental tal y cual disponen los arts. 3 y 4 de la Ley Contra el Avasallamiento y Tráfico de Tierras, por ende la autoridad jurisdiccional advertido de estas circunstancias no podía desde ningún punto de vista fundar una sentencia valorando lo efectuado en un proceso de carácter civil en el cual se ha hecho valer un documento que luego en proceso penal se ha demostrado su falsedad, por ende una vez más lo reiteramos que no ha existido errónea valoración de la prueba como se pretende sorprender. Al efecto invoca el A.S. N° 246 pronunciado por la Sala Penal Primera el 7 de marzo de 2007 que sobre el particular refiere: "El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano. Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia. Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia este fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestran cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que un momento histórico no son imposibles naturalmente porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural..." En la invocación de este motivo, no se describe que elementos de prueba el juzgador hubiera valorado erróneamente al margen de identificar el Testimonio N° 672 que ha sido excluido por falso y sobre la resolución de exclusión no se hizo protesta de apelar, no se tiene otro elemento de prueba plenamente identificado, por consiguiente, no se encuentran cumplidos los presupuestos mínimos para la invocación de este motivo.

Con relación a la inobservancia y errónea aplicación del art. 351 bis del Cód. Pen., de la norma sustantiva.-art. 370-1) C.P.P. Incorrecta apreciación de la subsunción de la conducta de los imputados a los tipos penales: El motivo invocado por el apelante no existe, en la sentencia se explica de forma clara y precisa porque la conducta de nuestras personas no se subsume al tipo penal acusado, demás ésta decir que el art. 363 del Cód. Pdto. Pen., establece los motivos por los cuales las autoridades jurisdiccionales están facultadas a dictar sentencia absolutoria, habiéndose aplicado en nuestro caso el art. 363-2) del Cód. Pdto. Pen., es decir, que la prueba introducida, aportada y valorada no ha generado en el juzgador la convicción plena sobre nuestra responsabilidad, al margen que Juan Vergara Chirinos no es propietario del inmueble y el título con el cual pretende acreditar su propiedad se ha demostrado más allá de la duda razonable que es falso, en esas circunstancias no existe inobservancia y errónea aplicación de los arts. 351 bis del Cód. Pen., ni de los arts. 370-1 y 8 del Cód. Pdto. Pen.

Con relación a la contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva de la sentencia art. 370-8): No existe en nuestro criterio tal contradicción por cuanto el juzgador evidentemente señala que: "No existiendo prueba testifical de descargo que pueda desvirtuar de manera alguna la producida por el Ministerio Público", sólo se refiere a la prueba testifical, porque debajo de lo transcrito luego el juez se refiere a la prueba literal, para posteriormente recién con la denominación de "Fundamentación probatoria descriptiva" y "Fundamentación probatoria jurídica" fundamentar su decisión de absolvemos de pena y culpa del delito de avasallamiento, consiguientemente, no son evidentes los motivos invocados por el apelante, no existiendo contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva de la sentencia, lo otro implicaría precisamente que tanto en la fundamentación probatoria descriptiva y probatoria jurídica se den por acreditados los hechos acusados, lo que no sucede y en esa lógica se nos absuelva, sin embargo en ninguna parte de la sentencia se han dado por acreditados los hechos acusados no existiendo contradicción.

- Alegan que, al no haberse en el memorial de apelación, individualizado correcta y concretamente cuales son los vicios in procedendo e injudicando de la Sentencia N° 14/2016, por consiguiente no existe motivo para conceder el recurso.

Petitorio.- Se pronuncie auto de vista declarando improcedente la apelación y deliberando en el fondo confirme la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que así expuestos los motivos de la apelación, a los fines de su tratamiento es necesario establecer que la impugnación conforme el art. 180-II de la C.P.E., está reconocida por lo establecido en el art. 394 del Código Procesal Penal.

Que la apelación restringida considerada como otro mecanismo de defensa conforme el art. 407 y 408 del C.P.P., mismo que fundamentalmente no considera hechos, sino que efectúa un control de la legalidad, un análisis sobre si el juez o tribunal de mérito aplicó o no correctamente la ley al hecho descrito en la sentencia.

Que a efectos de establecer los parámetros legales de resolución es preciso establecer que el Código Penal dispone:

Art. 351 bis. Avasallamiento: "El que por sí o por terceros, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza, o cualquier otro medio, invadiere u ocupare de hecho, total o parcialmente, tierras o inmuebles individuales, colectivos, bienes de dominio público, bienes de patrimonio de Estado, o de las entidades públicas o tierras fiscales, perturbando el ejercicio de la posesión o del derecho propietario, será sancionado con privación de libertad de 3 a 8 años." Incorporado al Código Penal por el art. 8 de la L. N° 477 de "Avasallamiento y tráfico de tierras" de 30 de diciembre de 2013.

Que conforme el jurisculto Jorge José Valda D. en su obra "Código Penal Boliviano Comentado" de lo glosado se establece que "el delito de avasallamiento a diferencia del despojo tiene como condición objetiva de antijuridicidad perturbar la posesión o el "derecho propietario", debido a que su ámbito de protección es mayor".

Que en la especie sobre el delito de Avasallamiento, los agravios aludidos por el apelante; del examen minucioso de la Sentencia N° 14 /2016, que cursa de fs. 209 a 215 vta., del expediente de apelación, dictada por el Juez de Sentencia N° 1 de Potosí; que en su parte resolutive: Falla declarando absueltos de pena y culpa a los acusados Julio Acchura Ali, Julia Ali Arroyo y Miguel Acchura Ali del delito de

avasallamiento incurso en la sanción prevista por el art. 351 bis del Cód. Pen., del análisis jurídico legal de la misma, de los puntos impugnados en la apelación y demás elementos procesales adjuntos al cuaderno de antecedentes, el tribunal de alzada, llega a las siguientes conclusiones' de orden legal:

Primera.- El recurrente como primer agravio refiere error en la redacción de la sentencia e inobservancia del art 124, 360-2) y 370-1), 5) y 10) del C.P.P., en la forma la sentencia debe cumplir el art. 360 del 2) al 4), que el juez a quo no ha hecho una correcta redacción de la sentencia, sobre la enunciación del hecho y las circunstancias que ha sido objeto del juicio, como en la parte Considerando: II, prueba testifical del Ministerio Público, la redacción de la declaración de todos los testigos de cargo o de descargo, en esa redacción no se entiende varias palabras, se tiene que adivinar, o dar lectura varias veces para comprender algo que hayan manifestado los testigos a tal extremo llega esa redacción donde por ejemplo en la parte donde dice; Elizabeth Vergara Acchura (hija del acusador) dice textualmente: "Su familia es de 8 hermanos y padre y madre. E años 1977 su padre era rentista minero, no, a que se dedicaba ese años, no puede aclarar, peo trabajaba en centro minero", otro ejemplo es que después del nombre del testigo están escrito las palabras; particular.- luego fiscal y después defensa, esta fórmula o clave de palabras, solo conocen los abogados que conocen en materia penal, ellos entienden que son las respuestas de las preguntas que hace el abogado del acusador particular, luego el fiscal y la defensa, pero un particular, rentista minero como el recurrente, no puede entender de qué trata esa redacción, lo que viola el art. 124, 360 y 370-1), 5) y 10) del C.P.P., referente a la inobservancia a las reglas de la redacción de la sentencia, pide anular la sentencia ordenando un nuevo juicio en reenvió, al respecto; se tiene que la etimología de la palabra sentencia viene del verbo Sentir, esto refleja lo que el juez siente, lo que el tribunal siente con relación al problema que se ha planteado. La sentencia contiene una estructura, es un juicio a manera aristotélica, es decir, la premisa mayor que es el caso concreto y la conclusión, que es el sentido de la sentencia. La sentencia declara o reconoce el derecho o razón de una de las partes, obligando a la otra a pasar por tal declaración y cumplirla. En el caso sub lite, en relación al reproche del recurrente sobre la mala redacción de la sentencia con incidencia sobre la enunciación del hecho y las circunstancias que han sido objeto del juicio, en relación a la declaración de la testigo Elizabeth Vergara Acchura; del análisis de la sentencia recurrida, se establece que cumple con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, así se denota del Considerando II en la parte de Valoración de la prueba testifical y el Punto II.2 Fundamentación probatoria descriptiva en el punto tres, para luego en el Punto 3.-Fundamentación probatoria jurídica concluir que la conducta de los tres acusados no se adecua al tipo penal de avasallamiento art. 351 bis del Cód. Pen., por existir duda razonable; la sentencia es clara y comprensible, se ha valorado la prueba testifical de cargo y descargo en forma integral y armoniosa, aspectos por los cuales no corresponde anular la sentencia ordenando un nuevo juicio en reenvió como pretende el recurrente, así no se evidencia agravio alguno en este punto.

Segunda.- El apelante como segundo agravio refiere valoración defectuosa de la prueba, errónea aplicación del art. 171 de la L. N° 1970 y art. 370-6) del C.P.P., en juicio se ha incorporado pruebas literales como testificales por parte del Ministerio Público, el acusador particular y la misma defensa, que deben ser valoradas por el juez a quo conforme al art. 171 del C.P.P., y a la sana crítica, el a quo, no valora la prueba testifical de varios testigos que han manifestado claramente en juicio sin ninguna dubitación, que el lote avasallado es de su propiedad, existe prueba documental referente a la propiedad, documento Testimonio N° 672 escritura pública de protocolización de la escritura privada de entrega definitiva del lote de Terreno N° 9 Mzo. 58 ubicado en Villa Banzer otorgada por la asociación de ex Trabajadores Mineros Rentistas de Potosí a favor de su afiliado Juan Vergara Chirinos y Sra., no ha sido declarado nulo por autoridad judicial o administrativa, sigue siendo propietario legítimo de esta propiedad sin embargo el juez en la sentencia señala: En la parte Considerando: II, punto II. 2.- Fundamentación probatoria descriptiva: hechos probados, uno, dos y tres. Se ha demostrado que si bien el querellante señalo que él, se compró el lote en Villa Banzer de la asociación de rentistas, mineros del cual tiene papeles de propiedad, en el presente juicio eso no ha demostrado con medio probatorio alguno, toda vez que el derecho propietario de un bien inmueble se demuestra con el documento de compra debidamente protocolizado ante notario de fe pública. Y el documento que el acusador particular presento consistente en un Testimonio N° 672 escritura pública de protocolización de escritura privada de entrega definitiva de lote de terreno número nueve, Mzo. 58 ubicado en Villa Banzer, otorgada por los personeros legales de la asociación de ex Trabajadores Mineros Rentistas de Potosí a favor de su afiliado Juan Vergara Ch, y Sra., el 10 de enero de 1997 como el correspondiente registro en DD.RR., de dicha propiedad a su nombre, fue excluida en virtud a que dicho documento.....". Haciendo entender que no se ha demostrado con ningún medio probatorio el derecho propietario, porque esa prueba consistente en testimonio de propiedad habría sido excluida en el juicio, por eso faltaría un elemento del tipo penal avasallamiento, acreditar la propiedad del inmueble avasallado; siendo falso, toda vez que ese documento que ha sido excluido, ha ingresado a juicio por otro medio probatorio que es la Sentencia N° 3/2014 interdicto de recobrar la posesión interpuesta por el querellante en contra de los acusados, esta sentencia ha adquirido calidad de cosa juzgada y no ha sido anulada, para este proceso civil se ha presentado ese documento Testimonio N° 672 y toda la sentencia hace referencia de ese documento que ha ingresado a juicio. Otro medio probatorio por el cual ha ingresado esa prueba, es el legajo consistente en proceso penal a Juan Vergara Chirinos ante el Juez Cautelar de 3 de mayo de 2015, proceso penal en contra de su persona por el delito de falsedad y uso de instrumento falsificado y la prueba que han presentado para demostrar la falsedad, es decir ha valorado lo que le conviene a la parte acusada y no como una autoridad imparcial. Con referencia a la valoración de la prueba extraordinaria consistente en una sentencia por procedimiento abreviado, por el delito de uso de instrumento falsificado art. 203 del Cód. Pen., que la condena no ha sido porque su persona hubiera falsificado los documentos de propiedad ni material ni ideológicamente, sino solo por el uso que hubiere dado ese documento solamente porque en ese documento los vendedores que eran los dirigentes de la asociación de ex trabajadores rentistas, le han hecho figurar como si fuera afiliado. Se somete a un proceso abreviado, por mal asesoramiento jurídico y echarse la culpa de algo que no hizo. Este extremo es aprovechado por el juez para señalar que no se ha demostrado que el lote sea de su propiedad, aplicando una teoría del árbol envenenado (lo correcto es la teoría del fruto del árbol envenenado) esto es aplicable solo en materia penal y no civil, sin embargo el juez, va diciendo que todos los tramites posteriores civiles y administrativos resultan ser nulos, no existe ninguna sentencia o resolución que haya anulado ese documento, de forma contradictoria ha señalado que ese documento Testimonio N° 672 ha sido excluida, si ha sido excluida no tiene por qué referirse a ese documento excluido, por ello refiere errónea valoración de la prueba; no ha valorado las demás pruebas prefiere valorar una simple lista de beneficiarios que no acredita ninguna propiedad ni derecho, al respecto; del análisis de toda la

sentencia y en la parte referida al Considerando II en la parte de fundamentación probatoria intelectual, valoración de la Prueba testifical valoración de la Prueba Literal, Valoración de la prueba de inspección ocular, el Punto II.2 Fundamentación probatoria descriptiva en el punto Tres y en el Punto 3.- Fundamentación probatoria jurídica la sentencia contiene la debida fundamentación respecto a la prueba en concreto sobre el caso, porque se denota que se ha efectuado una labor otorgando la valoración correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, por parte del a quo, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida hace la fundamentación en forma coherente y congruente relacionando el hecho con el delito querellado, como dispone el art. 173 (valoración) del Código Procesal Penal. En relación a la prueba excluida, el juez a quo ha tomado en cuenta la sentencia dictada en proceso abreviado por falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado que condena al recurrente a tres años de privación de libertad en relación al Testimonio N° 672 cuya exclusión reclama en su apelación que fue presentada como prueba extraordinaria, aspectos tomados en cuenta por el juez a quo como se advierte de fs. 221 vta. a 22 vta., habiendo aplicado el art. 171 y 172 del Procesal Penal en forma correcta, en base al Principio de legalidad de la prueba, estableciendo que el querellante no ha demostrado su derecho propietario y contrariamente fue demandado y 'condenado por falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado, por lo que ha obrado correctamente ofreciendo certidumbre en la valoración realizada, por lo que no es evidente el agravio.

Tercera.- El apelante como tercer agravio refiere, inobservancia y errónea aplicación del art. 351 bis del Cód. Pen., de la norma sustantiva.- art. 370-1) C.P.P. incorrecta apreciación de la subsunción de la conducta de los imputados a los tipos penales. El juez ha inobservado la norma sustantiva el art. 351 bis del Cód. Pen., y no ha aplicado correctamente esa norma al tipo penal, no ha realizado el proceso de subsunción del delito de avasallamiento, se ha probado que los acusados han invadido y ocupado su propiedad inmueble, han invadido y ocupado mediante violencia, amenazas, perturbando el ejercicio de la posesión y el derecho propietario que tiene, no existe ninguna resolución que anule el testimonio de su propiedad, el 7 de enero de 2014 a hrs. 08:30 armados de palos y piedras ahuyentaron a los albañiles que estaban trabajando en esa propiedad, asentarse en forma violenta y que posteriormente por medio de una demanda proceso de interdicto de recuperar la posesión logran ser desapoderados, al respecto; este defecto de sentencia se produce, cuando se aplica una norma sustantiva que no corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio o cuando, no obstante, de aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele; en la litis se denuncia que no se hubiera observado y aplicado erróneamente en relación al tipo penal de avasallamiento objeto del juicio y consiguiente sentencia; en relación al defecto se aduce que el juez a quo no ha aplicado correctamente el art. 351 bis., del Cód. Pen., alegando no haber subsumido la conducta de los acusados al referido tipo penal, aspecto que deviene en una sentencia absoluta; sin embargo en este sentido; en la fundamentación probatoria jurídica de la sentencia, se tiene fundamentado y concluye al establecer duda razonable conforme el Procesal Penal art. 365 primera parte que dispone: "Se dictará sentencia condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para generar en el juez o tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado" habiendo aplicado el juez a quo la referida norma, porque del análisis de la prueba ha establecido que el querellante no ha demostrado su derecho propietario y la posesión sobre el lote reclamado, así también se denota del punto tres de la fundamentación probatoria descriptiva por lo que la sentencia corresponde al marco fáctico acreditado en el juicio y el recurrente fundamenta una actividad que no parte de considerar la intangibilidad de los hechos; de la revisión del acta de registro de juicio se advierte que tanto el querellante cuanto los acusados han hecho producir sus pruebas en respeto de los principios de inmediación y contradicción, siendo ilegal pretender que una sentencia se base en un documento que ha sido tachado de falso en sentencia de proceso penal, por lo que no es evidente este agravio en los parámetros esgrimidos por el querellante.

Cuarta.- El apelante como cuarto agravio refiere, contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva de la sentencia art. 370-8).- En la parte in fine de la valoración de la prueba testifical de la sentencia, señala textualmente: "...se concluye que todos los testigos al referirse al presente hecho, declararon todos ellos en forma segura, sin entrar en contradicciones, sin dubitaciones, firmes, sólidos, diciendo relación entre todos ellos en tiempo y en espacio con relación al presente hecho, mereciendo toda eficacia jurídica correspondiente. No existiendo prueba testifical de descargo que pueda desvirtuar de manera alguna la producción por el Ministerio Público". Infiere el recurrente que la declaración de los testigos de cargo han sido suficientes para generar convicción por lo que el juez le da la eficacia jurídica correspondiente, señala que no existe prueba que pueda desvirtuar esas afirmaciones, haciendo entender que esa prueba es suficiente para generar convicción para una sentencia condenatoria. No solo esta descripción es contradictoria, también lo aseverado por él a quo al momento de valorar las pruebas de cargo como testificales, literales, inspección, que les da la eficacia probatoria jurídica, es decir que esas pruebas han generado convicción para probar la acusación y demostrar que los acusados han invadido su propiedad, que también todas las pruebas referidas acreditan sobre su propiedad, sin embargo esta parte considerativa de la sentencia es totalmente contradictoria con la parte resolutive porque termina diciendo que los acusados no han cometido delito alguno, porque falta probar que el inmueble sea de su propiedad aspecto que es injusto y parcializado porque todas las pruebas hacen referencia y acreditan sobre su propiedad que ha sido avasallada, al respecto; del análisis de toda la sentencia y en la parte referida al Considerando II en la parte de Fundamentación probatoria intelectual, Valoración de la prueba testifical, Valoración de la prueba literal, Valoración de la prueba de inspección ocular, el Punto II.2 Fundamentación probatoria descriptiva en el punto Tres y en el Punto 3.-Fundamentación probatoria jurídica para llegar a la parte resolutive o Por Tanto; no se denota contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva de la sentencia, habiéndose cumplido con el Principio de la verdad material 6 real conforme el art. 180-1 Constitucional, que se traduce en la obligación del juez a tiempo de emitir una resolución Judicial de anteponer la verdad de los hechos antes que cualquier situación, sin dejar de lado las formas procesales determinadas por la ley, es decir que al efectuar la decisión del juez o tribunal, prevalecerá la verificación y el conocimiento de los hechos materiales, sobre el conocimiento de las formas, siempre y cuando no signifique vulneración de derechos y garantías constitucionales; aspectos que ha observado el juez a quo, porque es ilegal que una sentencia se base en un documento que ha sido tachado de falso en sentencia de proceso penal en contra del recurrente, por lo que no se evidencia el agravio expuesto por el querellante en los parámetros expuestos en este punto.

CONSIDERANDO: Que del análisis de antecedentes del caso y la sentencia en la parte referida al Considerando II-Fundamentación probatoria intelectual y Fundamentación probatoria descriptiva y los hechos probados se establece que el juez a quo haciendo una valoración

armónica siguiendo el iter lógico en su análisis ha dictado el fallo que corresponde en el presente caso y del análisis del mismo se establece que consecuentemente no se ha evidenciado de forma alguna como se hubiese vulnerado los num. 1, 5, 6, 8 y 10 del art. 370 de Cód. Pdto. Pen., de la lectura de la sentencia apelada, ésta se adecua a los datos del caso, es congruente respecto de la problemática legal tratada, habiéndose fundamentado suficientemente en base a la sana crítica; por lo que no existe razón legal para la nulidad de la sentencia por defecto absoluto y el reenvió, porque no se ha advertido hechos que constituyan causales de nulidad conforme el art. 169-3, no se denota vulneración alguna al principio de congruencia por lo que ninguno de los aspectos enunciados por el recurrente son evidentes. Siendo que, la sentencia como producto del análisis de antecedentes y pruebas traducido en el binomio: hecho y pena, se ha dado en el presente caso.

Que son dos los principios que rigen la sentencia en materia penal: el de la congruencia o correlación entre acusación y sentencia y el denominado "iura novit curia". La correlación puede ser subjetiva y objetiva.

Que la congruencia o correlación subjetiva tiene directa relación con la regla de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido acusado; por ello no habrá congruencia si en el fallo judicial se condena a una persona que no ha sido previa y formalmente acusada.

Que la congruencia o correlación objetiva se refiere básicamente, a que nadie puede ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación. La sentencia en análisis conlleva el respeto por el Principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.

Que en resguardo de la seguridad jurídica, el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., establece que las Sentencias en materia penal son objeto del recurso de apelación restringida por inobservancia o errónea aplicación de la ley. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto de procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia, de conformidad a lo previsto por los arts. 169 y 370 del referido Código.

Que por su parte el art. 360 del ritual penal se refiere a los requisitos de la sentencia de obrados se desprende que se ha cumplido con este artículo, que a su vez el art. 362 del mismo cuerpo de leyes citado se refiere a la congruencia, la sentencia apelada es congruente con el delito imputado y el fallo guarda relación merced al delito acusado.

CONSIDERANDO: Que en este sentido, debemos indicar que la doctrina legal aplicable, no es más que la interpretación de la ley que realiza el Tribunal Supremo de Justicia cuando la norma le atribuye esa competencia, en tal virtud, esta atribución y la vinculatoriedad u obligatoriedad se encuentra plasmada en los arts. 419 y 420 del Cód. Pdto. Pen.

Que la Jurisprudencia vinculante del A.S. N° 119/10 de 29 de abril de 2010 expresa: "Al tribunal de alzada le corresponde realizar el control de legalidad, dejando a salvo el conocimiento de los hechos y la prueba al órgano del juicio".

Que dentro del marco establecido por el art. 398 y en las formas-según el caso- previstos en el art. 13 del C.P.P., en mérito de la doctrina legal aplicable el A.S. N° 112/07 Sucre, 31 de enero de 2007, que refiere respecto de la verificación de la valoración de la prueba por el tribunal de alzada "El tribunal de alzada no se encuentra facultado para valorar la prueba, sin embargo puede verificar si se ha valorado correctamente la prueba".

Que no existe la nulidad por nulidad, sino que estas deben estar descritas en forma expresa en la norma, así se establece del art. 166 y 169 del Código Procesal Penal, así también lo establece la Jurisprudencia vinculante del A.S. N° 287/12 de 25 de septiembre de 2012 que expresa: "Se debe demostrar objetivamente la vulneración de los derechos fundamentales para disponerse la nulidad de actos procesales".

Que en merito a todo lo señalado precedentemente en aplicación de la Constitución Política del Estado, la doctrina legal aplicable y vinculante, el debido proceso y en resguardo de los principios de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad; se tiene que, en el caso examinado no se han dado los elementos configurativos del tipo penal previsto en el art. 351 bis del Cód. Pen., por lo que se ha obrado correctamente al haber absuelto de pena y culpa a los acusados.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de justicia de Potosí, deliberando en el fondo del trámite de apelación restringida declara IMPROCEDENTES las cuestiones planteadas en el recurso de apelación restringida interpuesta por Juan Vergara Chirinos de fs. 252 a 256 vta., del cuaderno procesal, contra la Sentencia N° 14 /2016, que cursa de fs. 209 a 215 vta., del expediente de apelación, dictada por el Juez de Sentencia N° 1 de Potosí y en consecuencia CONFIRMA TOTALMENTE, la sentencia apelada referida.

Dentro del término y forma que prescriben los arts. 416 y 417 del Procesal Penal, contra éste auto de vista puede interponerse el recurso de casación.

Vocal relatora: Dra. María Cristina Montesinos Rodríguez.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Julio A. Miranda Martínez.- María Cristina Montesinos Rodríguez.

Ante mí: Abg. Jimmy D. Castro Gonzales.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 19 de octubre de 2016, cursante de fs. 326 a 331 vta., Juan Vergara Chirinos, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 37/16 de 1 de septiembre de 2016, de fs. 307 a 313 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales María Cristina Montesinos y Julio Miranda Martínez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el recurrente contra Julio Acchura Ali, Julia Ali Arroyo y Miguel Ángel Acchura Ali, por la presunta comisión del delito de avasallamiento, previsto y sancionado por el art. 351 bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 14/2016 de 4 de abril (fs. 209 a 215 vta.), el Juez 2° de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a Miguel Ángel y Julio ambos de apellidos Acchura Ali y Julia Ali Arroyo, absueltos de responsabilidad y pena, por el delito de avasallamiento, previsto y sancionado por el art. 351 bis del Cód. Pen., quedando sin efectos las medidas sustitutivas impuestas.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusador particular Juan Vergara Chirinos interpuso recurso de apelación restringida (fs. 252 a 256 vta.), resuelto por A.V. N° 37/16 de 1 de septiembre de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró improcedente el recurso y confirmó totalmente la sentencia, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 16/2017-RA de 17 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente señala que el A.S. N° 537/06 de 17 de noviembre 2006, es contradictorio al auto de vista ya que el tribunal de apelación ha revalorizado la prueba consistente en el Testimonio N° 672 y la prueba extraordinaria del proceso abreviado al referirse de manera extra petita, al indicar que ha sido sentenciado por proceso abreviado por los delitos de falsedad material, ideológica y uso de instrumento falsificado cuando ese extremo es falso, porque sólo fue condenado por el delito de uso de instrumento falsificado.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado, disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Potosí dicte nueva resolución ordenando otro juicio.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 016/2017-RA de 17 de enero, cursante de fs. 340 a 343, éste tribunal admitió el recurso de casación, formulado por Juan Vergara Chirinos, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Conforme se tiene en la fundamentación fáctica, Juan Vergara Chirinos (acusador particular), adquirió en calidad de transferencia un lote de terreno de 500 ms², ubicado en la zona de Villa Banzer registrado en Derechos Reales bajo Folio Real N° 5011010004241, de la asociación de ex trabajadores mineros rentistas; que el 7 de enero de 2014 a hrs. 08:30, cuando sus albañiles se predisponían a amurallar su lote de terreno, sorpresivamente aparecieron Miguel Acchura Ali, Julio Acchura Ali y Julia Ali Arroyo, afirmando ser propietarios de su lote y que su persona había despojado a su padre de esa propiedad, armados de palos y piedras ahuyentaron a sus albañiles, echándolos del lote, vertiendo amenazas en su contra y la vida de sus hijas, privándole de ejercer su derecho propietario, ingresando en el terreno para después y de forma violenta en horas de la noche del mismo día cavar con tractor los cimientos del terreno y construir un muro en su propiedad y asentarse de forma violenta, incluso la junta vecinal habría manifestado que paralizarían esta invasión, habiendo denunciado ante el Gobierno Municipal, cuyos funcionarios declararon obra clandestina, pero hicieron caso omiso.

Bajo dichos antecedentes, el Juez 1° de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, por Sentencia N°14/2016 de 4 de abril, declaró a Miguel Ángel y Julio, de apellidos Acchura Ali y Julia Ali Arroyo, absueltos de pena y culpa, de la comisión del delito de Avasallamiento, previsto y sancionado por el art. 351 bis del Cód. Pen., bajo los siguientes hechos probados: Si bien el querellante señaló que compró el lote en Villa Banzer de la asociación de rentistas mineros, del cual tendría los papeles de propiedad, en el presente juicio no demostró con medio probatorio alguno este extremo; toda vez, que el derecho propietario de un bien inmueble se demuestra con el documento de compra debidamente protocolizado ante notario de fe pública. Que el documento que el acusador particular presentó, consistente en un Testimonio N° 672 escritura pública de protocolización de escritura privada de entrega definitiva de lote de terreno número 9, Mzo. 58 ubicado en Villa Banzer, otorgada por los personeros legales de la asociación de ex trabajadores mineros rentistas de Potosí a favor de su afiliado Juan Vergara y señora el 10 de enero de 1977, como el correspondiente registro en DD.RR., fue excluido conforme al fundamento y prueba presentada por los acusados en el proceso penal de acción pública en contra del ahora acusador ante el Juzgado 5° Cautelar, donde se habría ventilado proceso penal por los delitos previstos por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., siendo la base de ese proceso penal precisamente este testimonio de transferencia del lote de terreno objeto de este juicio, proceso penal donde el imputado ahora acusador, a efectos de resolver su situación procesal mediante el fiscal solicitó la salida alternativa de procedimiento abreviado aceptando el imputado la comisión del delito de uso de instrumento falsificado por lo que el Juez 5° Cautelar, el 20 de noviembre de 2015, emitió sentencia condenatoria en contra del ahora acusador particular, siendo condenado a pena de tres años, sentencia que se fundamenta en que dicho documento de protocolización de entrega del terreno era falso, aspecto corroborado por la prueba literal de descargo introducida a juicio como prueba literal extraordinaria 1, consistente en una imputación formal ante el Juez cautelar en contra de Juan Vergara Chirinos, por los delitos previstos por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., adjuntándose en fotocopia el Testimonio N° 672 escritura pública de protocolización de la escritura privada de entrega definitiva del lote de terreno N° 9 Mzo. 58 ubicado en Villa Banzer, mandamiento de detención preventiva de Juan Vergara de 9 de septiembre de 2015 y el requerimiento conclusivo del fiscal asignado al caso de 21 de octubre de 2015, solicitando en el fondo salida alternativa de procedimiento abreviado en contra de Juan Vergara acusándole formalmente de uso de instrumento falsificado en relación al Testimonio N° 672. El documento privado de acuerdo regulatorio de 21 de octubre de 2015, por el cual Juan Vergara renuncia al juicio oral y acepta someterse al procedimiento abreviado por el delito de uso de instrumento falsificado solicitando la pena de tres años, se hace junto al mismo abogado que

le atiende en este proceso. Ante la solicitud de Juan Vergara al fiscal para la aplicación de procedimiento abreviado, la juez cautelar dictó sentencia condenatoria por el delito de uso de instrumento falsificado con pena de tres años y otorgándole el beneficio de suspensión condicional de la pena, la sentencia a la fecha se encuentra ejecutoriada por prueba consistente en certificación del secretario de ese Juzgado de 4 de febrero de 2016; consiguientemente, adquirió la calidad de cosa juzgada.

Por la literal de descargo consistente en el requerimiento fiscal de 23 de julio de 2014, donde Justino Manrique Castro presidente de la Asociación de Rentistas Mineros Jubilados de la Minería Privada, dice que Juan Vergara es afiliado a esa institución; empero, en el punto dos refiere que el lote 9 objeto del presente juicio pertenece a Julián Acchura Vergara y en el punto III, adjunta lista de beneficiarios de los lotes, donde del lote 9 aparece como dueño Julián Acchura Vergara y no así Juan Vergara Chirinos. Por la documental del SENASIR de 18 de septiembre de 2015, señala que Juan Vergara es rentista desde el 1 de noviembre de 1998; sin embargo, por memorial de respuesta al fiscal de 22 de septiembre de 2015, Luis Fernando Claire de la Empresa Minera Unificada señaló que Juan Vergara trabajó en esa empresa desde el 01 de septiembre de 1974 al 31 de diciembre de 1981, coligiéndose que a la fecha de la compra de ese lote de terreno no era rentista.

Finalmente, por el responde al fiscal de la Notaría Jenny Villarpando de 24 de abril de 2015, informa que en los libros de su notaría relativos a adjudicaciones de lotes de terreno Villa Banzer de 10 de enero de 1977, no se encuentra registrado a favor de Juan Vergara; en consecuencia, toda la demás prueba que presentó el fiscal como el acusador particular consistente en documentos de trámites ante la alcaldía, pagos de impuestos y otros resultan nulos al ser declarado en sentencia falso el documento principal, como las demás diligencias investigativas realizadas.

II.2.- Del recurso de apelación restringida del acusador particular.

Notificado con la sentencia el acusador particular Juan Vergara Chirinos, formuló recurso de apelación restringida, denunciando los siguientes agravios: 1) Error en la redacción de la sentencia e inobservancia de los arts. 124, 360-2) y 370-1), 5) y 10) del C.P.P., ya que la sentencia no efectuó una correcta redacción sobre la enunciación del hecho y las circunstancias que ha sido objeto del juicio; toda vez, que en su considerando II denominado prueba testifical del Ministerio Público, la redacción de la declaración de todos los testigos de cargo y descargo no se entendería, así por ejemplo de la declaración de Elizabeth Vergara Acchura cuando dice: "Su familia es de 8 hermanos y padre y madre. E años 1977 si padre era rentista minero, no, a que se dedicaba ese años, no puede aclarar, pero trabajaba en centro minero"; posteriormente, después del nombre refiere en la sentencia "particular", "Fiscal" y "Defensa", palabras claves que no comprende violando los arts. 124, 360 y 370-1), 5) y 10) del C.P.P., referente a la inobservancia de las reglas de la redacción de la sentencia; 2) Valoración defectuosa de la prueba, errónea aplicación de los arts. 171 y 370-6) del C.P.P., ya que no valoró la prueba testifical donde testigos manifestaron que el lote avasallado es de su propiedad; por otra parte, existiría prueba documental referente a la propiedad del inmueble como es el Testimonio N° 672, escritura pública de protocolización de la escritura privada de entrega definitiva del lote de terreno N° 9 Mzo. 58 ubicado en la Villa Banzer, otorgada por los personeros legales de la Asociación de ex Trabajadores Mineros Rentistas de Potosí, a favor de su afiliado Juan Vergara Chirinos y señora, documento que a su criterio tiene plena vigencia que no fue declarado nulo por ninguna autoridad judicial o administrativa, por lo que su persona es propietario del referido lote de terreno; no obstante, el juez de mérito hizo entender que no se demostró con ningún medio probatorio el derecho propietario, porque esa prueba consistente en testimonio de propiedad habría sido excluida del juicio por lo que faltaría un elemento del tipo penal de avasallamiento; aspecto que, considera falso, ya que la prueba excluida ingresó a juicio por otro medio probatorio que es la Sentencia N° 3/2014 de interdicto de recobrar la posesión sentencia que adquirió calidad de cosa juzgada y no fue anulada por ningún medio, ya que para ese proceso civil se presentó el Testimonio N° 672 y toda la sentencia hace referencia a ese documento que ingresó a juicio; que otro medio probatorio por el cual ingresó esa prueba, es el legajo consistente en el proceso penal a su persona ante el juez cautelar de 3 de mayo de 2015 donde contiene el Testimonio N° 672. Añade, que respecto a la valoración de la prueba extraordinaria consistente en una sentencia por procedimiento abreviado la condena no fue porque su persona hubiere falsificado los documentos de propiedad ni material ni ideológicamente sino solo por el uso que le hubiere dado a dicho documento donde los dirigentes de ese entonces lo habrían hecho figurar como afiliado, lo que no es su culpa sino de ellos; 3) "Inobservancia y errónea aplicación de arts. 351 bis del Cód. Pen., de la norma sustantiva.- art. 370-1) C.P.P. 8.- incorrecta apreciación de la subsunción de la conducta de los imputados a los tipos penales", ya que la sentencia no aplicó correctamente el art. 351 Bis del Cód. Pen., dejando de realizar el proceso de subsunción; puesto que, se ha probado que los acusados invadieron su propiedad inmueble mediante violencia, amenazas, perturbando el ejercicio de su posesión y el derecho propietario que tiene; toda vez, que hasta la fecha no existe ninguna resolución que anule el testimonio de su propiedad que fue introducido a juicio; y, 4) Contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva de la sentencia; puesto que, la declaración de los testigos de cargo, son suficientes para generar convicción por lo que le da eficacia jurídica, además la sentencia habría señalado que no existe prueba que pueda desvirtuar esas afirmaciones, haciendo entender que esa prueba es suficiente para generar una sentencia condenatoria; sin embargo, esa parte considerativa de la sentencia sería totalmente contradictoria con la resolutive, porque concluyó la sentencia que los acusados no cometieron delito alguno, ante la falta de probanza de que el inmueble haya sido de su propiedad.

II.3.- De la subsanación del recurso de apelación restringida.

Remitidos los antecedentes a la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia, por decreto de 22 de julio de 2016, observó el recurso planteado, ya que el recurrente no había señalado la norma supuestamente valorada, por lo que le concedió el plazo de tres días para que corrija la omisión observada; a cuyo efecto, el recurrente por memorial de fs. 297 a 298 vta., arguyó lo siguiente: 1. Error en la redacción de la sentencia e inobservancia de los arts. 124, 360-2) y 370-1), 5) y 10) del C.P.P., se vulneró los arts. 124 y 360-2) del C.P.P.; 2. Valoración defectuosa de la prueba, errónea aplicación de los arts. 171 y 370-6) del C.P.P., se vulneró el art. 171 del C.P.P., ya que se omitió la valoración de la literal consistente en el Testimonio N° 672; 3. Inobservancia y errónea aplicación del art. 351 del Cód. Pen., se vulneró el art. 351 del Cód. Pen.; y, 4. Contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva, arguyó que se vulneró el art. 370-8) del C.P.P.

II.4.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por el acusador particular; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada, bajo los siguientes argumentos, vinculados únicamente al motivo de casación: Respecto al agravio referente a la valoración defectuosa de la prueba, errónea aplicación de los arts. 171 y 370-6) del C.P.P.; señaló que del análisis de toda la sentencia y en la parte referida al Considerando II en la parte de Fundamentación probatoria intelectual, Valoración de la prueba testifical, Valoración de la prueba literal, Valoración de la prueba de inspección ocular, el Punto II.2 Fundamentación probatoria descriptiva en el punto tres y en el punto 3 Fundamentación probatoria Jurídica la sentencia contiene la debida fundamentación respecto a la prueba en concreto sobre el caso, porque se denota que se ha efectuado una labor otorgando la valoración correspondiente a cada uno de los elementos de prueba por parte del a quo, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales le otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida hace la fundamentación en forma coherente y congruente relacionada al hecho con el delito querellado, como dispone el art. 173 del C.P.P.. En relación a la prueba excluida, el Juez a quo tomó en cuenta la sentencia dictada en proceso abreviado por falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado, que condena al recurrente a tres años de privación de libertad en relación al Testimonio N° 672, cuya exclusión reclama en su apelación que fue presentada como prueba extraordinaria, aspectos tomados en cuenta por el juez a quo como advierte de fs. 221 vta., a "22" vta., habiendo aplicado los arts. 171 y 172 del C.P.P., en forma correcta en base al principio de legalidad de la prueba, estableciendo que el querellante no ha demostrado su derecho propietario y contrariamente fue demandado y condenado por falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado, por lo que ha obrado correctamente ofreciendo certidumbre en la valoración realizada.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado.

En el presente caso, el recurrente denuncia que el auto de vista recurrido incurrió en contradicción con el precedente invocado; por cuanto, hubiese revalorizado el Testimonio N° 672 y la prueba extraordinaria del proceso abreviado al referirse de manera extra petita, que fue sentenciado por proceso abreviado por los delitos de falsedad material, ideológica y uso de instrumento falsificado; aspecto que, sería falso ya que sólo fue condenado por el delito de uso de instrumento falsificado, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1.- Del precedente invocado.

El A.S. N° 537/2006 de 17 de noviembre, fue dictado por la Sala Penal Primera de la entonces Corte Suprema de Justicia, en la resolución de un recurso de casación dentro de un proceso seguido por el delito de despojo, donde constató que el tribunal de alzada al disponer la absolución del entonces imputado, porque consideró que en su conducta no concurrió ningún elemento constitutivo del delito acusado, incurrió en revalorización de la prueba, situación por la que fue dejado sin efecto el auto de vista entonces recurrido, con la siguiente doctrina legal aplicable: "que el tribunal de casación mediante líneas jurisprudenciales a uniformado la jurisprudencia, conformando la línea jurisprudencial referido a la valoración de la prueba que es de exclusiva competencia del juez o Tribunal de Sentencia, porque dichas autoridades son los que perciben cómo se produce la prueba entre la contradicción de las partes; mientras que el nuevo sistema procesal penal no contempla la doble instancia o segunda instancia, razón por el que el tribunal de apelación no puede revalorizar la prueba, caso contrario atenta contra el derecho a la defensa, el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

Que al respecto, el A.S. N° 438 Sucre 15 de octubre de 2005 establece: la línea jurisprudencial sobre la valoración de la prueba y los hechos es de exclusiva facultad de jueces y Tribunales de Sentencia, son ellos los que reciben en forma directa la producción de la prueba y determinan los hechos poniendo en práctica los principios que rigen el juicio oral y público; el análisis e interpretación del significado de las pruebas y de los hechos son plasmados en el fundamento de la sentencia, ahí es donde se expresa la comprensión del juzgador con claridad, concreción, experiencia, conocimiento, legalidad y lógica; esa comprensión surge de una interacción contradictoria de las partes, de esa pugna de validación de objetos, medios e instrumentos de prueba que se da dentro del contexto del juicio oral y público; la objetividad que trasciende de la producción de la prueba no puede ser reemplazada por la subjetividad del tribunal de apelación; éste se debe abocar a controlar que el fundamento sobre la valoración de la prueba y de los hechos tenga la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiesten certidumbre".

Que asimismo el A.S. N° 384 de 26 de septiembre de 2005 determina: que, es una premisa ya consolidada que la línea jurisprudencial ha establecido en el sistema procesal penal boliviano que no existe segunda instancia, y que el juez o el Tribunal de Sentencia son los únicos que tienen facultad para valorar la prueba, al encontrarse en contacto directo con la producción de la misma, percibiendo y comprendiendo como se genera con la participación contradictoria de las partes; razón por la que el tribunal de apelación se encuentra impedido de revalorizar la prueba, cuando su facultad es controlar que la valoración de la prueba hecha por el inferior se encuentre conforme a las reglas de la sana crítica, vale decir, que en el fundamento de la sentencia debe encontrarse la experiencia, conocimiento, entendimiento, lógica y la ciencia del juzgador en la apreciación de las pruebas. La inconcurrencia de uno de los elementos mencionados, la incoherencia, la contradicción o la imprecisión del fundamento de la apreciación de las pruebas, conlleva la reposición del juicio, consiguientemente, la formulación de una nueva resolución; en suma el tribunal de apelación tiene la facultad de que se aplique correctamente las reglas de la sana crítica. Por lo expuesto, el tribunal de alzada debe disponer la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia, quien dictará nueva resolución valorando la prueba con las reglas de la sana crítica".

III.2.- Análisis del caso en concreto.

El recurrente denuncia que el auto de vista recurrido incurrió en revalorización de la prueba consistente en el Testimonio N° 672 y la prueba extraordinaria del proceso abreviado al referirse de manera extra petita, que su persona fue sentenciado por proceso abreviado por los delitos de falsedad material, ideológica y uso de instrumento falsificado, aspecto que sería falso, ya que solo fue condenado por el delito de uso de instrumento falsificado.

Tomando en cuenta que el motivo del recurso de casación planteado, está referido a la denuncia de presunta revalorización de la prueba por parte del tribunal de alzada, lo que ciertamente está prohibido por la reiterada jurisprudencia emitida por este tribunal, como se fundamentó en el precedente invocado por el propio recurrente, corresponde acudir a los argumentos del auto de vista recurrido; es así, que

conforme se tiene de antecedentes ante la denuncia de valoración defectuosa de la prueba, errónea aplicación de los arts. 171 y 370-6) del C.P.P., el tribunal de alzada señaló, que del análisis de toda la sentencia, en la parte referida al Considerando II, en la parte de Fundamentación probatoria Intelectiva, Valoración de la prueba testifical, Valoración de la prueba literal, Valoración de la prueba de inspección ocular, el Punto II.2 Fundamentación probatoria descriptiva en el punto tres y en el punto 3 Fundamentación probatoria Jurídica, destacó que la sentencia contendría la debida fundamentación respecto a la prueba; además denotó, que se efectuó una labor otorgando la valoración correspondiente a cada uno de los elementos de prueba por parte del a quo, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorgó determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba producida como dispone el art. 173 del C.P.P. Añadió el tribunal de alzada, que en relación a la prueba excluida, el juez a quo tomó en cuenta la sentencia dictada en proceso abreviado por falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado que condenó al recurrente a tres años de privación de libertad en relación al Testimonio N° 672, cuya exclusión reclamaría en su apelación que fue presentada como prueba extraordinaria, aspectos que habían sido tomados en cuenta por el juez a quo, habiendo aplicado los arts. 171 y 172 del C.P.P., en forma correcta en base al principio de legalidad de la prueba, estableciendo que el querellante no demostró su derecho propietario y contrariamente fue demandado y condenado por falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado.

De los argumentos expuestos en el auto de vista recurrido, se tiene que la afirmación a la cual arribó el tribunal de alzada, no resulta emergente de una revalorización de la prueba, como afirma el recurrente; sino, resulta como consecuencia del análisis del defecto de sentencia denunciado; toda vez, que no le dio un nuevo valor a las pruebas consistentes en el Testimonio N° 672 ni a la prueba extraordinaria del proceso abreviado; sino, que de la revisión de la sentencia constató que el juez de mérito tomó en cuenta la sentencia dictada en proceso abreviado en relación al Testimonio N° 672, cuya exclusión había reclamado el recurrente, aspecto considerado por el juez a quo que habría establecido que el querellante no demostró su derecho propietario, argumento que resulta coherente conforme los fundamentos expuestos en la sentencia; toda vez, que el tribunal de alzada en ningún momento asumió que el recurrente habría sido sentenciado por procedimiento abreviado; sino, que expresó el entendimiento asumido por el juez de mérito. Ahora bien, evidentemente el tribunal de alzada concluyó que el acusado había sido condenado por los delitos de falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado, lo que ciertamente no fue señalado por el tribunal de mérito, quien sólo arguyó que el recurrente fue condenado por el delito de uso de instrumento falsificado; no obstante, dicha conclusión asumida por el tribunal de alzada, no resulta emergente de una revalorización del Testimonio N° 672 ni la prueba extraordinaria del proceso abreviado como asevera el recurrente; sino, que el tribunal de alzada incurrió en un lapsus involuntario, que si bien, resulta equívoco e impertinente al proceso; sin embargo, no constituye una labor de revalorización probatoria, ya que el tribunal de alzada no ingresó a conocer las cuestiones de hecho de la causa penal, ni ingresó a valorar total ni parcialmente ninguna de las pruebas que alega el recurrente; por el contrario, se advierte que su actuación pretendió cumplir con su función de control de la valoración probatoria; puesto que, si bien es indiscutible que la apelación restringida no es un medio legítimo para la revalorización de la prueba, porque en el sistema procesal vigente no existe la doble instancia y los hechos probados en juicio se hallan sujetos al principio de intangibilidad; empero, esa limitación no significa que el tribunal de alzada no pueda ejercer la función de examinar la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia y con ello evidenciar si el juez de primera instancia aplicó o no la sana crítica, y que además ofrezca certidumbre sobre la decisión de condena o absolución según el caso, función que en el caso de autos cumplió el tribunal de apelación, de donde se tiene que no incurrió en contradicción con el precedente invocado, resultando infundado el presente recurso.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación, interpuesto por Juan Vergara Chirinos.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



282

Ministerio Público y otros c/ Abel Núñez Rosas y otros
Incumplimiento de deberes y otro
Distrito: Potosí

AUTO VISTA

Potosí, 1 de septiembre de 2016.

Pronunciado el 22 de junio de 2016 dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura y la DAF en contra de Abel Núñez Rosas, Jorge Eduardo Nina Molina, Erlinda Susana Murillo por los delitos de Incumplimiento de contratos, Incumplimiento de deberes (arts. 222 del Cód. Pen., y 154 del Cód. Pen.).

VISTOS: Los recursos de apelación restringida interpuesto por el Consejo de la Magistratura, la Dirección Administrativa y Financiera del Órgano judicial(DAF) Abel Núñez Rosas y Jorge Eduardo Nina Molina, contra la Sentencia N° 37/2015 emitida por el Tribunal de Sentencia N° 1 de Potosí que resuelve declarar culpables del delito de incumplimiento de deberes a Abel Núñez, culpable del delito de incumplimiento de contrato a Eduardo Nina Molina y absuelta del delito de Incumplimiento de contrato a Erlinda Susana Murillo, demás antecedentes.

Siendo el estado del proceso resolver el recurso para hacerlo se considera:

La competencia del tribunal. De acuerdo al art 51-3 la Sala Penal Segunda es competente la substanciación y resolución del recurso de apelación restringida.

Los fundamentos del recurso.

Mario Chigua Miranda. (Apoderado de la DAF).

1) Mala valoración de la prueba de cargo y descargo y consiguiente falta de fundamentación incurriendo a la vez en el art. 370-5) y 6) del C.P.P., inexistencia de fundamentación de la sentencia y contradicción de la misma.

En referencia a los antecedentes del proceso de adjudicación de la obra a la Empresa SERVCON representada por Erlinda Susana Murillo, los hechos denunciados sobre el delito de incumplimiento del contrato; denuncia respecto a la conclusión arribada por el Tribunal de Sentencia que determinó como hechos no probados que: "... la prueba del MP. Consejo de la Magistratura y DAF., no han logrado demostrar que Erlinda Murillo hubiera incumplido el contrato de refacción y cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos ya que las pruebas ninguna refiere a que ella hubiera intervenido en la obra, afirmando los testigos de cargo que no conoce a la acusada ni el mismo supervisor que refiere haberla conocido en audiencia dentro del proceso penal. Para el cumplimiento del contrato la gerente propietaria Erlinda Susana Murillo otorga poder el 24 de abril de 2010...", que la sentencia adolece de "mala valoración de la prueba (art.370-6 del C.P.P.) y (art. 370-5 del C.P.P.) y fundamentación insuficiente y contradictoria de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. Mala valoración de la prueba art. 370-6).

Porque no se ha efectuado una adecuada valoración de la prueba documental como testifical introducida durante el debate de conformidad a los arts. 13, 124, 173, 194, 216, 217, 218, 355; como la MP-1, que contiene la denuncia de 7 de febrero de 2011 que incluye documental a fs. 300, acta de apertura de sobres y calificación de propuestas de proceso de contratación, en la que se observa que la Empresa SERVCON ocupa cuarto lugar en cuanto a la propuesta y segundo lugar en cuanto al precio, fs. 12, Informe final de calificación para elaboración de proyecto cambio de cubierta Casa Justicia Betanzos. Fs. 18 Resolución Administrativa RD-CJ-005/2010 de la Representación Distrital del Consejo de la Judicatura como responsable del proceso de contratación, fs. 24, R.A. N° DD-CJ-JAF-05 005/2010 la representación distrital responsable del proceso de contratación resuelve designar a la comisión calificadora, fs. 25, orden de compra y/o prestación de servicios para elaboración del proyecto cambio de cubierta de la casa de justicia, fs. 27 a 29, acta de recepción del proyecto refacción y cambio de cubierta Casa de Justicia de Betanzos, fs. 32., Contrato administrativo para contratación de servicios de obra de supervisión de obras, fs. 43 a 45, acta de recepción provisional proyecto de remodelación y cambio de cubierta, fs. 46. Acta notarial de entrega de libros de órdenes con referencia a la obra de refacción solicitada, fs. 48 a 52, informe de inspección física a la obra, fs. 11, requerimiento fiscal sobre el registro del lugar del hecho.

2. Asimismo no ha tomado en cuenta la prueba testifical. Víctor León Ontiveros Garnica, que no estaba concluida la cubierta, Virginia Rivadineira Tardío, la obra no concluyo, Celin Luis Salas Medrano, que la acusada incumplió el contrato, Juan José Rosales Valda, que refirió que la obra presentaba daños estaba inconclusa; el informe conclusivo MP-10, del investigador Celin Salas con referencia a Erlinda Susana Murillo, que en su condición de contratista no ejecuto la obra dentro del plazo establecido.

3. No se ha Tomado en cuenta los puntos de pericia, que fue ignorado en su valoración en la sentencia, prueba que resulta ser determinante para la responsabilidad penal: respecto a: 1) La calidad de la obra no se adecua a un pliego de especificación; 2) Los diferentes ítems no fueron ejecutados, 3) La colocación de canaletas no fue de acuerdo a las normas; 4) La obra no fue construida de acuerdo al plazo del contrato ni cronograma de trabajo.

4. No se ha tomado en cuenta el precedente contradictorio con relación a la sana crítica. AA.SS. Nos. 183/2014 de 27 de junio referente a la sana crítica.

2. Inexistencia de la debida fundamentación y la inserta es insuficiente y contradictoria art. 370-5) del C.P.P.

Se denuncia al respecto que el ilícito denunciado es el de Incumplimiento de contratos, la Empresa SERVCON es la empresa contratada y cuya responsable legal es Erlinda Susana Murillo mediante contrato DD-CJO5A/10 de 25 de abril de 2010 asumió la obligación de ejecutar 12 ítems que componían el proyecto en su integridad en un plazo 89 días por un monto de Bs 91.693.22.

En la sentencia existen suficientes pruebas que determinan que la empresa no ha cumplido con los términos del contrato y producto del mismo se generan las responsabilidades sin embargo se le absuelve pero no se ha fundamentado en que disposición legal se basa para absolverla o en su defecto por usos y costumbres, que se establece que ella es la primera responsable de los delitos, la representación legal de la empresa que en este caso no podría transferir, ceder o subrogar parcial o totalmente la ejecución de la obra, salvo autorización expresa de la entidad mediante comunicación escrita previa solicitud fundada de la representante legal; que la celebración de cualquier subcontrato como sucedió en el presente caso, el otorgar poder a un tercero no libera a la representante legal de la empresa que se adjudicó la obra de su responsabilidad por la ejecución total de su contrato, consiguientemente ha existido una errónea aplicación del art. 365 del C.P.P.

Petitorio.

Se revoque su sentencia condenado a Erlinda Murillo Rivera conforme dispone el art 413 del C.P.P.

Ernesto Jesús Vidaurre Machicado (Consejo de la Magistratura).

1) Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva.

Que se ha inobservado el art 222 del Cód. Pen., por inobservancia en la labor de subsunción.

Art. 222 del Cód. Pen.

a) El sujeto activo será quien celebre un contrato con el Estado.

En la sentencia no se observa el tipo penal de incumplimiento de contratos porque el tipo penal contempla como sujeto activo a quien celebra contratos con el Estado y otras entidades, en la sentencia en la pág. 25 está acreditado que Erlinda Susana Murillo es la que suscribe el contrato.

Respecto al incumplimiento de contrato la Sentencia es clara, la supervisión solicitó la resolución del contrato, sin embargo no se hizo, por lo que encuentran responsabilidad en Abel Núñez y Jorge Eduardo Nina, lo que implica que el incumplimiento también se probó para la acusada Erlinda Susana Murillo Rivera.

Con relación a la ausencia de causa de justificación en el incumplimiento de contrato, la acusada por decisión propia, libre y voluntaria decidió delegar el cumplimiento de lo contratado a su apoderado Franz Jhonny Flores Arcienega, siendo ella la que asumió una obligación contractual, estando obligada al menos a verificar que durante la vigencia del contrato su mandatario cumpla en forma debida y de verificar su incumplimiento injustificado al menos revocar el poder, exigencia razonable y prevista en el art 828-I del C.C.

Que Franz Jhonny Flores Arcienega, jamás podría ser sujeto activo del delito por no ser quien suscribió el contrato ni quien lo ejecuto por delegación posterior a la suscripción mediante un poder.

Se exige algo que no es una parte de la tipicidad objetiva pues el art 222 el Cód. Pen., en su redacción no exige que para la adecuación típica quien suscriba intervenga en la ejecución del contrato. Que cuando se fundamenta de que el Ing. Flores Arcienega es el que asumió la responsabilidad, no se razona que la responsabilidad no se la asume con el Estado sino con la representante de la Empresa SERVCON que el hecho de considerar que el otorgar poder refiera que la mandante encomienda con los efectos y responsabilidades penales y civiles del art. 573 del C.C., la ejecución de la obra no le libera de responsabilidad frente al Estado, al ser un contrato de carácter administrativo por esa razón el incumplimiento resulta punible.

Sobre la mala adecuación típica de los hechos o probados, transcribe el art 13 ter del Cód. Pen., y no explica de qué manera se aplica o no, tal norma no puede sustentar la absolución porque al regular la responsabilidad del órgano y del representante, describe dos condiciones para su aplicación: a) se aplica a quien está como administrador de hecho y derecho de una persona jurídica, como ocurre con la acusada y b) porque en esa condición es quien según la exigencia del tipo penal suscribe el contrato y se obliga personalmente con el Estado.

Petitorio.

Se pronuncie sentencia condenatoria.

Abel Núñez Rosas.

1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva art. 370-1) del C.P.P., Se argumenta que el tribunal subsume su conducta al delito de incumplimiento de deberes sin la concurrencia de los elementos constitutivos de dicho delito, que por la fundamentación fáctica, intelectual y descriptiva de la sentencia concluye que no existe acción ni tampoco omisión porque el nudo de la acusación manifiesta que "hubiera otorgado plazo a la empresa constructora, pero en juicio se acreditó testificalmente y con la prueba literal 41 del Consejo de la

Magistratura que el supervisor y los fiscales de obra del Departamento Nacional de Infraestructura del Consejo de la Judicatura otorgan la ampliación de plazo", extremo que demuestra que sobre la parte técnica dichas autoridades poseen tuición y no así el representante Abel Núñez Rosas lo que le exime de responsabilidad, por lo tanto se encuentra ausente la relación de causalidad dolosa o culposa, acción u omisión como elementos constitutivos del tipo penal.

Que si bien el tribunal establece que existieron actos y omisiones que van en contra del incumplimiento de sus funciones, la parte acusadora no presenta el manual de funciones de procedimiento que hubiera llegar a obviar el imputado.

Que sostiene el fallo en la fundamentación probatoria descriptiva que se llegó a obviar el plazo, que es el único argumento para sostener su sentencia pero no manifiesta porque se realizó esa acción, cuando ella se encuentra justificada por la propia prueba literal, testifical de cargo.

En la valoración de prueba de cargo el tribunal establece que existe falta de firma del contrato modificatorio, lo que resulta ser contrario a lo requerido en la acusación fiscal, por ello los argumentos de pretensión de subsunción son contrarios porque no se advierte la existencia previa del acto de dolo.

En la fundamentación descriptiva concluye que Abel Núñez por la calidad de funcionario era responsable sin establecer acto doloso previo para configurar el delito de incumplimiento de deberes.

Petitorio. Al existir una errónea calificación de los hechos por falta de tipicidad de la conducta y por ende una errónea aplicación de la ley sustantiva se anule la sentencia.

2) Que la sentencia se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación de las normas de este título art. 370-4).

Se establece responsabilidad penal por el delito de incumplimiento de deberes en base a una prueba incorporada ilegalmente, prueba extraordinaria (Informe de trabajos de obra) sin lectura en audiencia lo que constituye defecto absoluto.

La fuente de prueba es totalmente ilícita por no haber mediado un acto investigativo en la fase preparatoria, al margen de ponerse en duda la autenticidad u originalidad de esos medios.

Normas denunciadas como violadas, arts. 13, 167, 169, 171, 172, 173, del C.P.P., y 115, 117, 25 de la C.P.E.

Petitorio. Nulidad de la sentencia.

3). Que no exista fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria. Art. 370-5) del C.P.P.

Se alega al respecto, que no existe un iter lógico que sustente la conclusión a la que ha arribado el tribunal para que el hecho ilícito sea configurado como estafa, no explica como concurren los elementos del tipo penal endilgado, cuáles fueron los actos de acción y omisión endilgados que contravengan las delicadas funciones de Abel Núñez, porque no se acusó daño al patrimonio del estado.

Por tanto los razonamientos de hecho y derecho con relación a la prueba se encuentran ausentes en la estructura misma de la sentencia impugnada para sustentar una decisión condenatoria con motivación expresa, clara, legítima, completa, lógica, es más la sentencia se basa en una prueba ilegal por lo que resulta una sentencia ilegalmente motivada.

Por esa razón la sentencia no cumple con las reglas de la logicidad porque no se han compulsado las pruebas de modo integral y conforme la sana crítica al no considerar que los medios de audio y video jamás fueron peritados para determinar su autenticidad, no se exponen los razonamientos para establecer la responsabilidad en base a dicha prueba consecuentemente la falta fundamentación necesaria afecta al principio indubio pro reo ya que la convicción del tribunal respecto a la culpabilidad no ha sido superada. Por existir duda razonable.

Petitorio. Nulidad de la sentencia.

4). Sentencia basada en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba. Art. 370-6) del C.P.P.

Que al examinar el Tribunal de Sentencia las declaraciones de cargo como la prueba testifical se sustrae de los criterios de lógica y razonabilidad toda vez de que ninguna de las declaraciones afirma cuales fueron los artificios y engaños sufridos previos que indujeron al error de la víctima para disponer su patrimonio en favor del Estado, desnaturalizando la configuración del tipo penal por lo que existe defectuosa valoración por no haberse observado su licitud permitiendo al tribunal de alzada excluir la prueba.

Petitorio, nulidad de la sentencia.

Jorge Eduardo Nina Molina.

1) Actividad legal defectuosa art. 169-3).

Se denuncia violación a la seguridad jurídica, defensa, debido proceso presunción de inocencia.

En la sentencia en el punto 1.2., cuestiones incidentales, dice ninguna interpuesta cuando eso no es evidente, ya que se interpuso la excepción de prescripción de la acción penal que el tribunal declaró improbadada y se ignora ese extremo desconociendo el principio de tutela legal efectiva, sobre la que hizo reserva de apelar.

La resolución impugnada no realiza la fundamentación, es más ignora la presentación de la excepción de prescripción presentada por su persona lo que no le permite ingresar en el análisis de los antecedentes del proceso para ejercer la tutela de derechos y garantías en un proceso justo.

Que el tribunal no podía haber omitido la presentación de la excepción, no es una omisión simple sino en realidad se está negando que haya presentado una excepción, pues se dice en el punto 2,1, "ninguna interpuesta".

Que al omitir o negar la presentación de la excepción hace que la sentencia sea incompleta y al haber sido omitido no puede subsanarse y es evidente que se vulnera el debido proceso y derecho a la defensa.

Que emitiendo un fallo sin la debida motivación ha vulnerado el art 124 del C.P.P.

Que considera de mucha importancia que se consigne en la sentencia la presentación de la excepción y los fundamentos por los que se declaró improbadamente la excepción alegando al respecto que se trataba de un delito de corrupción cuando el art. 222 de su segunda parte no determina que se trate de un delito de corrupción.

Petitorio. Nulidad del auto de la sentencia y juicio de reenvío.

2) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. Art. 370-1) del C.P.P.

En la fundamentación jurídica de la sentencia al establecer que su conducta se adecuaría al tipo penal previsto en el art 222 del Cód. Pen., no se hace una descripción del hecho que se le sindicaba para comparando el tipo penal endilgado.

No se indica cuál sería la omisión o incumplimiento de contrato que realizó sin justa causa, señala el bien jurídico de forma genérica, señala el sujeto activo sin establecer el grado de participación según lo establecido por el art. 20 del Cód. Pen., se establece el sujeto pasivo sin especificar de manera concreta, se establece una errónea interpretación del art 13 Quarter del Cód. Pen., ya que se establece que su conducta es de carácter dolo genérico y contradictoriamente se subraya la segunda parte del art. 222 del Cód. Pen., en la que se advierte que la conducta es de carácter culposo y en la parte resolutive de la sentencia se le declara culpable del delito incurrido en el art. 222 del Cód. Pen., segundo párrafo.

Se señala sobre la culpabilidad de su persona y de Abel Núñez de manera global sin contemplar que Núñez fue acusado por el delito de incumplimiento de deberes que tiene características propias.

Se advierte que su conducta y la de Abel Núñez son reprochables sin ninguna fundamentación.

No se hace una diferenciación concreta entre dolo y culpa de acuerdo al contenido del tipo penal incurrido en el art. 222 del Cód. Pen., de lo que se debe inferir que el tipo penal tiene las siguientes características: sujeto activo cualquier persona que firma contratos con el Estado, sujeto pasivo el Estado a través de sus instituciones, verbo rector, el que incumple contratos sin justa causa, que el tipo penal admite una forma dolosa y culposa (art. 15 del Cód. Pen.), lo que implica un reproche al comportamiento del sujeto por su comportamiento psicológico.

Que se ha hecho una errónea interpretación del art. 13 quarter del Cód. Pen., refiriendo a la culpabilidad ya que su conducta es de manera dolosa de manera genérica, sin considerar que el tipo penal se comete de manera dolosa y culposa y la segunda parte del tipo no es un delito de corrupción extremo que vulnera el debido proceso en el supuesto de ser beneficiado con la suspensión condicional del proceso.

Que al no establecer de manera clara la forma de su supuesta participación se vulnera el principio de legalidad ya que no se describe los elementos constitutivos del tipo de incumplimiento de contratos vulnerando el art. 13, 13 quarter, 14, 15, del Cód. Pen., y arts. 115-2, 180-1 todos de la de la C.P.E., al señalar que su conducta es de dolo genérico y se le condena por la segunda parte del art. 222 del Cód. Pen.

Petitorio. Nulidad de la sentencia y juicio de reenvío.

3) Que no exista fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria. Art. 370-5) del C.P.P.

Que la sentencia en el punto 2.2.1. hechos probados, no fundamenta que hechos son probados y cuales las pruebas que lo sustentan, y es contradictoria pues en el punto de hechos probados cuando se refiere a los hechos probados en contra de Abel Núñez se refiere "...informes reiterados por el supervisor de la obra Nino Molina y de las demás de Jhonny Flores, Arcienega para solicitar un informe técnico dirimidor de infraestructura nacional y proceder a la resolución del contrato de acuerdo con la cláusula decima primera del contrato administrativo pero nuevamente rehúye el cumplimiento de sus funciones..." "que el contratista como el supervisor manifiestan su predisposición de dar salida a los problemas existentes y coadyuvar en su solución". A partir de la evaluación jurídica y técnica los responsables de infraestructura nacional del Consejo de la Magistratura recomiendan al Representante del Consejo de la magistratura "podrá dar una ampliación de plazo de 36 días a partir del 2 de agosto de 2010...".

Que se ha probado que en 30 de agosto de 2010 de forma expresa Nina Molina solicita "revisión del proyecto para incrementar nuevos ítems y realizar un contrato modificatorio, ítems recomendados por el técnico Juan José rosales", pero nuevamente incumple sus deberes y mediante nota de 2 de septiembre de 2010 CITE DD—CJ-JAF 329/10 cursante en la MP1 anexo I, Abel Núñez Rosas rechaza el incremento de nuevos ítems, obstaculizando la solución al desarrollo del proyecto que ya se encontraba identificado de con observaciones de diseño técnico, hechos evidenciados por los informes de supervisión de la MP1 Anexo B y el informe técnico de 28 de julio de 2010 MP8 inspección de visu, que reflejan que teniendo conocimiento de las observaciones técnicas y estando en el deber de dar vialidad a lo solicitado, en cumplimiento de sus funciones y la responsabilidad pública emergente, Abel Núñez Rosas, no suscribe contrato modificatorio ni orden de cambio, para ampliar el plazo de entrega o para ampliar ítems cuando su responsabilidad le exigía cumplir con los pasos, procedimientos y formalidades legales, es decir rehusa el cumplimiento de las formalidades requeridas; que se ha probado que sin mediar solicitud de Supervisión para una entrega provisional, Abel Nuñez Rosas, participó de una irregular entrega provisional instando a otros funcionarios judiciales a firmar el acta y contradictoriamente a los anteriores argumentos, establecidos en contra de Abel Nuñez para establecer los hechos probados en su contra se dice que no habría presentado los informes necesarios que no se hubiera opuesto a que se realice la supervisión.

Que para demostrar los hechos probados contra Abel Nuñez, establece sus acciones como el haber presentado informes, recomendaciones que Abel Nuñez habría dejado pasar y contrariamente para establecer los hechos probados en su contra refieren que no ha

presentado informes sustentables, que ha omitido informar aspectos necesarios, afirmaciones contradictorias ya que en la sentencia se deben declarar que hechos se han declarado probados sin entrar en contradicciones, ya que la sentencia debería señalar claramente qué hechos se han probado y no ingresar en contradicciones.

Petitorio. Nulidad de la sentencia y juicio de reenvío.

4). Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o e valoración defectuosa de la prueba. Art. 370-6) del C.P.P.

En referencia a lo establecido en la Sentencia en el punto 2.2. Fundamentos intelectivos del hecho al derecho, donde se advierte que se ha valorado la prueba y se tiene los siguientes hechos categóricamente veraces; consignado la construcción fáctica realizada de acuerdo a los hechos que determino como probados y añadiendo lo que se extrajo de la valoración descriptiva del informe del Investigador asignado al caso sobre la participación del recurrente, además de consignar en la secuencia la fundamentación descriptiva de las pruebas de descargo del acusado en el punto "2.1.6. Pruebas de descargo del acusado Jorge Eduardo Nina Molina, 2.1. 6. 2. Literales (notas dirigidas a)", alega que sobre su participación ha existido una errónea valoración de la prueba a efectos de establecer que su persona haya incumplido el contrato sin justa causa, porque si bien el tribunal tiene la libertad de apreciación de pruebas las mismas deben de estar dentro de lo que establece la sana crítica, ya que no se valoró de manera correcta en qué consiste el incumplimiento del contrato como supervisor de obra, se realiza afirmaciones falsas al señalar que no realizó una buena supervisión ya que no pidió la resolución del contrato, extremos contrarios a las notas 1 al 24 de descargo descritas por la propia sentencia, no ha valorado de forma correcta sus elementos que afirman que cumplió con su trabajo (nota de 28 de octubre solicitud de rescisión de contrato), cartas enviadas a Abel Nuñez para que proceda a la resolución del contrato que no fueron valoradas.

La sentencia no señala de forma clara y lógica cómo acomoda su conducta al delito de incumplimiento de contrato ya que no se señala qué cláusula del contrato hubiera omitido sin justa causa y la valoración de los elementos probatorios deben realizarse conforme el art. 173 del C.P.P., tomando en cuenta los elementos constitutivos del tipo al que ha de subsumirse la conducta.

Sentencia basada en hechos inexistentes.

En cita de lo consignado en la sentencia en el punto 2.2. fundamentos intelectivos del fallo acerca de las omisiones de reportar las irregularidades, adquirir el libro de órdenes y lo que se consignó en los hechos probados respecto al recurrente de que advirtiendo las deficiencias no cumple con su deber de denunciar esta segunda parte de la obra, ni solicita resolución de contrato, alegando que en más de una parte se tiene señalado que hubiera omitido ciertas tareas principalmente de denunciar o no consignar en el libro de órdenes esos hechos son inexistentes y ni siquiera acusados ya que de las pruebas de cargo y descargo se tiene que desde un primer momento denunció los hechos que se dice omitió y solicitó la rescisión del contrato, extremos corroborados por el investigador Salas, disgregando lo extractado en la sentencia del testimonio, cuando se dice en la sentencia que no reporte las irregularidades no valoró la prueba literal ni testifical.

Sobre el hecho de que su persona hubiera entrado de acuerdo con el contratista para colocar una hilera de ladrillos que este aspecto no está acreditado, sobre los acuerdos modificatorios que fueron consentidos por el supervisor y omite denunciar, extremo tampoco acreditado.

Sin valorar el proyecto refiere la sentencia, sobre las deficiencias de las especificaciones técnicas contempladas en el DBC. que al detectar la deficiencias no denuncia en los cinco informes técnicos elaborados al respecto alega que no se hace referencia al objeto del contrato y que su supervisión no era observar el proyecto y lo más importante es que el incumplimiento del contratista se da por tres ítems tal como dicen las acusaciones que no toma en cuenta, y de ninguna manera están siendo cuestionados otros aspectos como el omitir que mi persona hubiera denunciado las fallas del proyecto; que omite denunciar las fallas técnicas del proyecto en contraste con las declaraciones de Jhonny Flores y literal de descargo de Erlinda Murillo que refieren que las observaciones realizadas no tenían sustento ni criterio técnico alegando al respecto en qué medio de prueba se basa la sentencia para afirmar que pretendió ocultar las deficiencias del proyecto.

La misma sentencia refiere que todo se tiene acreditado en el libro de órdenes y contradictoriamente se refiere que habría paralizado la obra extremo que acredita que la prueba no fue valorada y que la sentencia se basa en hechos inexistentes.

La sentencia refiere "no se ha cumplido a cabalidad porque si bien solicita la rescisión del contrato no fundamenta técnicamente la verdadera razón no advierte el peligro de un diseño del proyecto técnicamente mal elaborado destinado al colapso como se dio posteriormente habiendo concluido la empresa con los ítems diseñados en el proyecto, alegando error al respecto pues nunca en el juicio se advirtió que la obra haya sido concluida.

Que no se hubieran fundamentado técnicamente las razones por las cuales se solicitó la rescisión haciendo notar que no observó la prueba literal de cargo y descargo porque de ser así se hubiese percatado del informe realizado por los técnicos del Consejo es una copia de su informe presentado en 29 de noviembre introducido al juicio.

Petitorio. Nulidad de la sentencia y juicio de reenvío.

5). Que exista contradicción en su parte dispositiva o entre esta y la parte considerativa art. 370-8) del C.P.P.

Denuncia contradicción entre la parte considerativa fundamento jurídico y la parte dispositiva señalando lo contenido en el "Considerando III 3.1. Fundamentos jurídicos, alegando al respecto que ha existido contradicción respecto a la errónea interpretación del art. 13 quarter del Cód. Pen., al señalar que "...El elemento dolo respecto al delito incurso en el art. 222 del Cód. Pen." por el cual fue condenado, de lo que infiere que su interpretación del delito de incumplimiento de contrato es solo de manera dolosa (incluso habla de dolo genérico) contrario con el fallo por que le declara culpable por el Segundo párrafo del art. 222 del Cód. Pen.

Petitorio. Nulidad de la sentencia y juicio de reenvío.

6) Inobservancia de reglas relativas a la congruencia entre la Sentencia y la acusación. Art. 370-11 del C.P.P.

Que se le acuso por el hecho tipificado como incumplimiento de contratos de forma culposa y las tres acusaciones, establecen que la obra no se concluyó por falta de ejecutar tres ítems y contradictoriamente a los hechos por los que se le acusa se le condena por hechos diferentes a los acusados.

En la sentencia se señala que "Se ha probado incumple denunciar las fallas técnicas del proyecto, que cumple con informar sobre las deficiencias técnicas del proyecto, que no cumple con su deber de denunciar en esta segunda parte de la obra ni solicita la resolución del contrato, que no cumple a cabalidad sus funciones..", que así mismo en la sentencia en el análisis del tipo penal se refiere "El elemento subjetivo contenido en el art. 13 quater del C.P.P., y la acusación es por el párrafo segundo del art. 222 del Cód. Pen.", al respecto alega que los hechos probados y referidos en la sentencia no son los hechos por los que se le acuso, en ninguna parte se le acusa por omitir denunciar las deficiencias técnicas del proyecto, por no haber solicitado la resolución del contrato, que otra incongruencia es que la sentencia refiere como hechos probados que se hubiera concluido en todos los ítems, cuando las acusaciones refieren que no se ha concluido el contrato de cambio de cubierta de la casa de Justicia de Betanzos y cuando en la sentencia se refiere a su persona lo hace en la segunda parte del art. 222 del Cód. Pen., y la sentencia refiere a un dolo genérico cuando las acusaciones refieren a una conducta culposa.

Petitorio. Nulidad y juicio de reenvío.

Los respondes.

Ernesto Jesús Vidaurre Machicado en representación del Consejo de la Magistratura.

En relación al recurso de apelación de Abel Núñez, responde argumentando que los motivos de impugnación no evidencian los agravios denunciados ya que existe la tipicidad extrañada, no se fundamenta el defecto absoluto porque además no ha sido observado en las actas de juicio y que en el presente proceso no se trató el delito de estafa concluyendo que el recurso de viene en infundado pidiendo con base en esos antecedentes conformar la sentencia.

Respecto a la apelación de Jorge Eduardo Nina Molina, en cuanto a los defectos de sentencia desmiente que concurren tales defectos advirtiendo que las afirmaciones respecto a la errónea aplicación de la ley no son evidentes, que la sentencia tiene correcta fundamentación y valoración de la prueba, que se hubieran vulnerado las reglas relativas a la congruencia por lo que pide se confirme en su integridad la sentencia.

Mario Chigua Miranda en representación de la DAF.

Respecto a la apelación restringida de Abel Núñez, niega que los argumentos sean ciertos y reprocha los mismos advirtiendo que la sentencia cumple con la debida fundamentación y valoración de la prueba.

Erlinda Susana Murillo.

En relación a las apelaciones del Consejo de la Magistratura y DAF., se argumenta que estas no cumplen los presupuestos para su admisibilidad y que la solicitud de condenarla está prohibida, contradiciendo además los argumentos vertidos en los recursos, en definitiva pide se declaren inadmisibles o improcedentes los recursos.

Consideraciones de la sala.

Nuestro sistema procesal penal no se contempla una doble instancia como tal, entendida como "un nuevo juicio de hecho" (S.C. N° 0421/2007-R), consecuentemente a efectos del tratamiento del recurso de apelación restringida el tribunal de alzada no está facultado para hacer un análisis de la integridad de la sentencia porque se interpone tal apelación por motivos tasados por ley y solamente puede efectuar un control de la legalidad de la sentencia limitándose a un análisis jurídico causal, es decir si el juez o tribunal aplico correcta o incorrectamente la ley al hecho descritos o determinados en la sentencia no pudiendo modificar los hechos, ni ponderar o considerar hechos, limitándose a realizar un control jurisdiccional de la legalidad o ilegalidad de la resolución previniendo el sometimiento a la ley del órgano jurisdiccional, en resumen realizar una revisión de derecho de la sentencia, en consecuencia, desde esa perspectiva y parámetros, en el presente caso en relación a los puntos apelados pertinentes a cada motivo denunciado, considerando también los principios pro actione y pro homine en el presente caso se tiene lo siguiente:

Mario Chigua Miranda. (Apoderado de la DAF).

De lo extractado del recurso en el punto anterior, se tiene que la apelación de la DAF., contiene dos motivos de impugnación en los cuales denuncia defectos de sentencia, por lo que de acuerdo al contenido de sus alegatos corresponde tratarlos de la siguiente manera.

Primer motivo. "1. Mala valoración de la prueba art. 370-6)".

De acuerdo a los alegatos que sustentan el defecto denunciado, la problemática a resolver, se circunscribe a determinar si ha existido una incorrecta valoración de la prueba al no considerar órganos y medios de prueba que advertirían contrariamente a la conclusión arribada por el tribunal que determina que "...la prueba del MP. Consejo de la Magistratura y DAF., no han logrado demostrar que Erlinda Murillo hubiera incumplido el contrato de refacción y cambio de cubierta de la casa de justicia de Betanzos ya que las pruebas ninguna refiere a que ella hubiera intervenido en la obra, afirmando los testigos de cargo que no conoce a la acusada ni el mismo supervisor que refiere haberla conocido en audiencia dentro del proceso penal. Para el cumplimiento del contrato la gerente propietaria Erlinda Susana Murillo otorga poder el 24 de abril de 2010...", vulnerando el art 124 del C.P.P., y la sana crítica.

Al respecto, se debe considerar que "...Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la

sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda,"(.).

En esa labor, de la revisión de la sentencia impugnada, ésta en el "Considerando II", contiene la descripción de la prueba judicializada en audiencia de juicio oral, en la que se encuentra descritos las pruebas señaladas por el recurrente y lo extraído de tales pruebas.

La "MP-1 Denuncia de Jorge Isaac von Borries M. Freddy Torrico Zambrana y Amalia Morales, de 7 de febrero de 2011 incluye documental acompañada junto a la denuncia fs. 300 (junto a un anillado tapa color azul); la cual es desglosada en cuanto a los documentos que contiene determinando lo que extrajo de los mismos y en concreto sobre la pruebas que denuncia como erróneamente valoradas y que no hubieran sido consideradas, la sentencia describe que contiene las mencionadas pruebas marcadas como MP1 en su contenido, mencionando que existe un memorial de denuncia y seguidamente lo que contiene el legajo desde 6 a 52, anexos, MP-10 (informe conclusivo) en lo relevante extracta que "...Erlinda Susana Murillo Rivera, en su condición de contratista para la ejecución de la obra incumplió el contrato toda vez que no ejecutó la obra dentro del plazo establecido, no ejecutó ítems comprometidos y si ejecutó parte de la obra muchos de ellos no cumplían los parámetros y especificaciones establecidas, en tal sentido y por los antecedentes detallados líneas arriba se establece que la indicada subsumió su conducta a los ilícitos investigados..", sucede lo mismo con las pruebas testificales es decir se aprecia las mencionadas pruebas documentales, se extracta lo que consideró relevante el tribunal de cada una de ellas, en lo relevante la declaración de Celin Salas refiere "...La obra debería de haber concluido en 89 días, según el supervisor y el libro de órdenes, de acuerdo a la fecha de iniciación el 26 de abril y entregar en junio del mismo año antes del paro cívico, según el supervisor ha habido abandono de la obra, observaciones que han motivado informe ante el contratante para resolver el contrato, pese a ello el representante de la Judicatura habría ampliado el plazo de ejecución por 36 días sin respaldo técnico suficiente, el retraso de la obra no se habría justificado y según la asesora de Abel Núñez tampoco correspondía la ampliación, correspondía una orden de cambio o un contrato modificadorio, esta modificación partía desde el 23 de agosto y los 36 días deberían de haber concluido a principios de octubre pero de antecedentes se tiene que tampoco concluyo en esa fecha se tiene un acta de recepción provisional que detalla que no se hubiera concluido con la conclusión de 3 ítems como el retiro de escombros, limpieza de la obra y la instalación de canaleta galvanizada.." lo que implica que el tribunal consideró tales pruebas en la fundamentación probatoria descriptiva de la sentencia.

Sin embargo en la secuencia en el punto "2.2. Fundamentación intelectual del hecho al derecho" donde se realiza la valoración en sentido estricto, se tiene un constructo factico en el que se tiene establecido que "...se suscribió un contrato entre la Empresa SERVICOM representada por la gerente propietaria con el Consejo de la Judicatura, que el contrato lo suscribió Erlinda S. Murillo R. el 26 de abril; que el 24 de abril nombro representante legal y apoderado mediante poder notarial con amplias facultades para la ejecución del contrato..", que el referido contrato "...pese a la ampliación del plazo no se cumplió por una serie de deficiencias de acuerdo a una serie de hechos que se disgregan..." y en la secuencia como hechos probados respecto a los co imputados sobre el vínculo y responsabilidades acerca del contrato incumplido determinan "...que se probó responsabilidad por incumplimiento de contrato del supervisor de la obra y por incumplimiento de deberes del Representante Distrital del Consejo..", con referencia a éste último, advirtiendo que "su responsabilidad empieza desde que asumió como MAE el 28 de abril, iniciando la ejecución del contrato "Remodelación y cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos...de acuerdo a la prueba Anexo G de la MP1 consistente en contrato de administración..".

En la parte titulada como "hechos no probados", Respecto a Erlinda Susana Murillo Rivera se concluye que no hubiera incumplido el contrato, "porque de acuerdo a la prueba presentada no se hubiera demostrado que ella ha incumplido el contrato ya que la integralidad de las pruebas... ninguna determina que hubiera intervenido en la obra...que para el cumplimiento del contrato emitió un poder a Franz Jhonny Flores Arcienega con amplias facultades....quien realizo una intervención física en toda la obra....", señalando sobre esa afirmación lo descrito por el art. 13 Ter., del Cód. Pen. (Responsabilidad del órgano y del representante).

Ese margen de análisis, respecto a lo alegado por el recurrente se devela que evidentemente no se ha considerado la prueba mencionada en concreto la MP-10 Informe conclusivo del investigador Celin Salas y su atestación que de acuerdo a la fundamentación descriptiva de la sentencia advierte que Erlinda S Murillo hubiera participado en el hecho, elemento de juicio que no es valorada vinculada a otros elementos y órganos de prueba como las Nota: 24 de junio de 2010: Desde Tarija SERVCON refiere no se hará responsable de observaciones por ineficiencia del Supervisor, solicita designar profesional para para que el 29 de junio constate trabajos instruidos por el supervisor y paralizados por él mismo, firma Susana Murillo Rivera; Nota:31 de mayo de 2010, Abel Núñez a Erlinda Murillo Rivera solicita su presencia para el 1 de junio 2010 a hrs. 14:30 en oficinas del Consejo Distrital de la Judicatura; Nota: Tj. 24 de junio de 2010 Susana Murillo refiere a Miguel Ángel Laguna denuncia indicaciones y contraindicaciones verbales de Nina Molina que retrasan la ejecución del proyecto, solicitan designar profesional para evidenciar paralización de trabajos por el mismo supervisor..." que fueron consideradas en la fundamentación descriptiva pero no fueron valoradas en la fundamentación probatoria intelectual, no se le otorga valor alguno sobre su incidencia o credibilidad lo que contradice la conclusión a la que arribo el tribunal al determinar "...que de la integralidad de las pruebas...ninguna determina que hubiera intervenido en la obra.."; porque no existe explicación alguna de por qué no se valoró tal prueba vinculada a las demás, porqué no es creíble, no obstante de que en la misma sentencia establece que Erlinda S. Murillo R. firmo el contrato, que otorgó un poder para su ejecución, que el contrato fue incumplido, que se tiene responsabilidad al respecto por parte de otros dos co-imputados por incumplimiento de deberes al no solicitar la rescisión del contrato y por incumplimiento de contrato al supervisor de la obra; la cita del art 13 Ter del Cód. Pen., norma sustantiva ajena al proceso de valoración de la prueba no tiene incidencia alguna que explique o aclare por qué no ha valorado la mencionada prueba, en consecuencia es evidente el agravio denunciado que se da al no valorar la mencionada ya que solo se la nombra en la fundamentación probatoria intelectual sin vincularlas a las demás, no existen juicios de valor respecto a las pruebas indicadas basadas en la sana crítica.

2. La debida fundamentación y la inserta es insuficiente y contradictoria art. 370-5) del C.P.P.

De acuerdo a lo alegado en este motivo, en lo medular se cuestiona ausencia de fundamentación jurídico legal respecto a la absolución de la acusada Erlinda Susana Murillo Rivera representante legal y propietaria de la Empresa SERVCON contratista de la obra "Refacción y cambio de cubierta de la casa de justicia de Betanzos".

Al respecto, la sentencia tiene establecido como hechos probados que Erlinda Susana Murillo Rivera es representante de la Empresa SERVCON que suscribió el contrato objeto de debate prueba "Anexo G de la MP1 Contrato Administrativo", que es disgregada en la sentencia en la fundamentación descriptiva se concreta que el contrato tiene normado "Clausula décima primera, resolución por incumplimiento en la calidad del servicio, por incumplimiento del contratante a alguna de las cláusulas del contrato, por subrogación..."

En la fundamentación intelectual, sustento del decisorio, se tiene respecto a la acusada como hechos no probados que "...no se ha logrado demostrar que la acusada hubiera incumplido el contrato, porque las prueba ninguna de ellas refiere a que hubiera intervenido en la obra y ninguno de los testigos le conoce y el mismo supervisor recién le conoce en audiencia de juicio..", "para el cumplimiento del contrato la gerente propietaria (Acusada), otorga poder el 24 de abril de 2010 a Franz Jhonny Flores A. detallando el mandato específico para que obre en representación de su persona, acciones y derechos y administre la Empresa Unipersonal SERVICON y realice los siguientes actos: facultades bancarias y actos de administración, con facultades ejecutivas y de administración para dirigir la totalidad de los negocios de la empresa, (Poder notarial descrito en la fundamentación probatoria descriptiva Anexo F Poder notariado, de Erlinda Susana Murillo Rivera propietaria de la Empresa SERVCON a Franz Flores Arcionera de 24 de abril de 2010, con amplias facultades ejecutivas, administrativas y de representación.) en esa condición Franz Jhonny Flores A. asume representación mediante poder desde la primera reunión a partir del 28 de abril de 2010 en dependencias del consejo cuando presenta poder ante la asesora jurídica del Consejo, razón por la cual, entre el supervisor Jorge Eduardo Nina Molina y Franz Jhonny Flores A., acuerdan visitar la obra y posteriormente suscribir el 12 de mayo de 2010 la orden de proceder en el folio 1, a partir de ese actuado y los siguientes Jhonny Flores asume la responsabilidad de ejecución de la obra "remodelación y cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos", que su mandante le encomendara con los efectos y responsabilidades civiles del art 573 del C.C., emergentes de un contrato, por eso es que a partir del libro de órdenes la empresa y el supervisor fluye a través de la firma de Jhonny Flores Arcienega en toda la obra inclusive en todas las reuniones de la obra, inspecciones físicas y representaciones ante el Consejo Distrital así como con la dirección de Infraestructura Nacional es Jhonny Flores quien asume personalmente con base en el poder otorgado a la representación legal de la empresa", sobre esos hechos, en el mencionado aparatado se transcribe el contenido del art. 13 ter., del Cód. Pen.

Sobre ese margen que pertenece a la fundamentación probatoria intelectual, en la fundamentación jurídica en el "Considerando III", se describe el tipo penal imputado, disgregando elementos teóricos respecto a sus elementos constitutivos, la autoría, etc., sin ninguna referencia respecto a la acusada que suscribió el contrato que se determinó como incumplido, disponiendo en el decisorio declarar absuelta a Erlinda Susana Murillo R., con base en el art. 363-3) del C.P.P., porque no participo en el hecho acusado.

Al respecto el art. 13 ter., del Cód. Pen., respecto a la responsabilidad del órgano y del representante prescribe "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente siempre que en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre concurren las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que el correspondiente tipo penal requiere para el agente", de lo preceptuado en su sentido normativo se tiene que tal norma no refiere ser una exculpante, una causa de justificación, sino amplía el espectro sancionatorio, norma que de acuerdo a la sentencia es la norma base de la absolución y consiguiente aplicación del art. 363-3) "por no haber participado en el hecho acusado".

Consecuentemente su sola mención correlativa a actos de incumplimiento realizados por su apoderado en el contexto del contrato denunciado como incumplido, sin analizar el alcance del contrato respecto a la imposibilidad de subrogar el mismo como denuncia el recurrente, sin dimensionar el alcance del mandato y un desarrollo explicativo sobre los supuestos aplicativos al caso del art. 13 ter., del Cód. Pen., sin explicar tampoco porque las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que el correspondiente tipo penal requiere para el agente y que el sujeto activo en este caso la contratista ya no las tenga, en este caso Erlinda S. Murillo R. dejó de ser sujeto activo del delito?, ya no tuvo el dominio del hecho en consecuencia la sola mención del art. 13 ter., del Cód. Pen., no fundamenta la absolución y cuestiona la aplicabilidad del art. 363-3 del C.P.P., en el supuesto referido a que no participo en el hecho, siendo en consecuencia evidente el agravio.

Ernesto Jesús Vidaurre Machicado (Consejo de la Magistratura).

Primer Motivo "1). Inobservancia y errónea aplicación de la Ley sustantiva. Art. 370-1) del C.P.P."

Se denuncia tal defecto porque no se ha observado el art. 222 del Cód. Pen., respecto a los hechos probados en la sentencia, alegando que su conducta se subsume al tipo penal en su dimensión objetiva y subjetiva y que como conclusión de la mala adecuación típica no se puede sustentar una absolución en el art 13 Ter., del Cód. Pen., porque la acusada reúne precisamente las condiciones que describe la mencionada norma y no se explica la aplicación de tal norma.

Sobre ese margen se debe tener presente que (...)"...que si bien es cierto que las personas jurídicas por sí mismas no podrían ser responsables penalmente por el delito....sin embargo, son las personas naturales las que actúan por las personas jurídicas, por lo mismo, ante la concurrencia de un ilícito debe sancionarse a aquéllas y no así a la persona jurídica; es decir, la sanción punitiva no recae precisamente en la empresa por cuanto eso no es posible; sin embargo, es previsible la sanción a los propietarios que se constituyen en responsables de la misma(Cfr. A.S. N° 647/2014-RRR).

Al respecto se tiene en la sentencia los hechos objeto del juicio oral acusados respecto al tipo penal imputado sobre la participación de la acusada determinando "... La empresa SERVCON (Contratista contratada) cuya responsable legal es Erlinda Susana Murillo Rivera, asumió mediante contrato DD-CJO5A/10 de 26 de abril de 2010 años la obligación de ejecutar 12 ítems que componían el proyecto en su integridad, en un plazo de 89 días, por un monto de Bs 91.693.22; otorgando a la empresa una boleta de garantía para el cumplimiento de Contrato N° D601-

5590, expedido por el Banco de Crédito. La comisión calificadora del Consejo de la Judicatura Potosí, adjudica en calidad de supervisor de la obra al profesional Jorge Eduardo Nina Molina, (imputado), quien resulta ser la misma persona que elaboro el proyecto.

Concluido el proceso de contratación de "Supervisión" como de la empresa que "ejecutaría" la obra "Refacción y cambio de cubierta del edificio de la Casa de Justicia Betanzos", conforme se advierte según el "Libro de Órdenes" el 12 de mayo de 2010, el supervisor Jorge Nina Molina y el superintendente de la obra Franz Flores Arcienega representante legal de la empresa, expresan la "Orden de proceder" dispuesta el 26 de abril de 2010, por consiguiente la obra con su entrega correspondiente debió concluir el 24 de julio de 2010 (antes que se produzca el conflicto social en Potosí de los 19 días de paro), pero — tanto los denunciante como los querellantes expresan — tanto el supervisor, como el Representante Distrital del Consejo de la Judicatura de Potosí y la empresa contratista, no cumplieron sus obligaciones, incumplieron los contratos suscritos, la obra a la fecha se encuentra prácticamente abandonada, advirtiendo daño no solo a la infraestructura sino a los intereses del Consejo de la Magistratura de Potosí, advirtiendo los siguientes hechos:...

En la fundamentación intelectual de la sentencia, parte en la que el tribunal concreta los hechos probados se tiene establecido en lo pertinente que "...Germán Méndez Olivera como representante Distrital del Consejo de la Judicatura cumpliendo con el POA institucional 2010, licita mediante el SICOES un proyecto de ejecución de "Remodelación y cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos", bajo la modalidad ANPE (Apoyo Nacional a la Producción y Empleo) luego del proceso de contratación Mediante R.A. N° DD-CJ005/2011 (14 de abril 2010) adjudica la obra "Remodelación — Refacción - y cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos", a la Empresa Constructora "SERVCON", representada por la gerente propietaria ahora acusada, Erlinda Susana Murillo Rivera con base en un DBC, refiriendo en el por tanto que, "La Representación Distrital del Consejo de la Judicatura como responsable del proceso de contratación de Apoyo Nacional a la Producción y empleo RPA en la cuantía de 20.000 a 200.000 en uso de sus atribuciones resuelve adjudicar la propuesta a la Empresa SERVCON". En este marco legal se suscriben dos contratos:

Un contrato administrativo de ejecución de la obra con Germán Méndez Olivera como Representante Distrital de la Judicatura de Potosí a.i., documento que es elaborado por la asesora jurídica Jimena Gonzales quien envía el contrato a Tarija para que sea firmado fuera de sus dependencias, el 12 de mayo, con 26 de abril de 2010, documento que fue devuelto el 13 de mayo para corrección de algunos datos erróneos y un segundo envío de 22 de mayo con nota de atención de Jimena Gonzales enviada a Tarija para la firma de Susana Erlinda Murillo, ahora acusada, quien en fecha anterior es decir el 24 de abril de 2010 ya había nombrado representante legal y apoderado mediante poder notarial con amplias facultades para la ejecución del contrato de refacción y cambio de cubierta de la casa de justicia de Betanzos, el contrato entre sus cláusulas contempla el monto de Bs 91. 963.22; con plazo de ejecución de 89 días y un DBC con especificaciones técnicas del proyecto.

Un segundo contrato de supervisión de la obra con Jorge Eduardo Nina Molina, ahora acusado, el 24 de abril de 2010, mediante el cual se compromete a realizar la supervisión de obras de la Casa de Justicia de Betanzos, elaborada conforme al DBC.

La Dirección de Infraestructura Nacional, en conocimiento de los problemas suscitados envía personal técnico para solucionar controversias, las conclusiones de Alfredo Velásquez Millán y Luis Laguna después de inspeccionar la obra son: "a partir de una evaluación jurídica y técnica del contrato la Representación Distrital del Consejo de la judicatura podrá dar una ampliación de plazo de 36 días a partir del 2 de agosto para la fecha definida de la entrega de obra, esta ampliación estará sujeta al contrato suscrito entre la representación Distrital y la Empresa SERVCON y podrá adoptar la forma de una orden de cambio o un contrato modificatorio". A partir de este momento Abel Nuñez recibe una recomendación, no una orden, con insuficiente respaldo jurídico, este informe debió ser sometido a una opinión jurídica de su equipo y emitir criterio jurídico para tomar acciones o con base en la recomendación de infraestructura nacional asumir contratos modificatorios u órdenes de cambio debidamente justificados y fundamentados con informes y criterios jurídicos, para dar solución al problema que no era solo de diferencia de opiniones y criterios entre supervisión residente de obra, sino de imposibilidad de cumplimiento de contratos por problemas técnicos en las especificaciones técnicas del DBC, pero Abel Nuñez Rosas no procedió con esta opción.

Se ha probado que sin mediar solicitud de Supervisión para una entrega provisional, Abel Nuñez Rosas, participó de una irregular entrega provisional instando a otros funcionarios judiciales a firmar el acta de recepción sin que estos tuvieran conocimiento ni la oportunidad de verter sus observaciones sobre la ejecución del proyecto, siendo beneficiarios directos, acción totalmente contraria a la normativa prescrita en la NB SABS art. 39. Así en contra de sus funciones específicas como RPA suscribe el acta de recepción provisional, hecho probado por la literal de cargo del MP1, acta notarial de entrega provisional de la obra de 17 de noviembre de 2010 y acta de recepción provisional de 17 de noviembre de 2010 e informe de supervisión de 29 de noviembre de 2010, Anexo M, que refiere que Abel Nuñez Rosas tomó conocimiento de la existencia de ítems faltantes, tales como la conclusión de las canaletas, retiro de escombros, limpieza general ilustrando este incumplimiento con un muestrario fotográfico, así sin guardar las formalidades de informar a los beneficiarios directos los sorprende y a "presión" conforma una comisión de recepción, para la recepción provisional, irregular y forzada de la obra, cuando ya había vencido superabundantemente el plazo. Este hecho tiene su fundamento en las atestaciones de los jueces Ontiveros y Rivadineira, ratificadas por el informe del Mayor Celin Salas MP10 el mismo que refiere que en entrevista a los testigos Virginia Rivadineira Tardío y Víctor Hugo Ontiveros manifestaron que no fueron designados como comisión de recepción para la entrega provisional... probado esta por las declaraciones de Rivadineira, Ontiveros, Rosales y Frías, contestes. Coincidente con la MP 9 informe pericial que otorga mayor convicción cuando concluye sobre los puntos de pericia solicitados afirmando: Punto de pericia 8 de cargo y descargo "No existe justificaciones válidas para el retraso peor de una obra que no se concluyó de la mejor forma, por el momento no hay ningún tipo de garantía en su estabilidad..."

Lo glosado, que expresa una correlación de los hechos acusados y probados concretando la base fáctica determinada en la sentencia impugnada la cual, confrontada en relación al art. 222 del Cód. Pen., que prescribe "El que habiendo celebrado contratos con el Estado o con entidades a que refiere el artículo anterior, no los cumpliere sin justa causa, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años. Si el incumplimiento derivare de culpa del obligado, este será sancionado con privación de libertad de uno a 4 años" en este caso la Empresa contratada es SERVCON persona jurídica representada por Erlinda Murillo quien firma el contrato lo que advierte que se trata de un delito

especial propio y permitiría advertir un encuadre de la conducta de la acusada al tipo objetivo incurso en el art. 222 del Cód. Pen., ya que la acusada Erlinda Susana Murillo R., ha suscrito un contrato administrativo con el Estado para la construcción de una obra que no ha sido concluida en cuanto a sus ítems y la calidad requerida y no se tiene establecida una causa de justificación del incumplimiento, pero soslayando determinar si el incumplimiento es culposo o no, en consecuencia se tendría un encuadre subjetivo, lo cual no es factible realizar e implicaría realizar un análisis y fundamentación para determinar la culpabilidad del absuelto, determinar que su conducta fue dolosa o culposa sobre la base fáctica que el tribunal estableció en la sentencia cuando determinó que no actuó en la obra físicamente sino por representante o administrador y cuando no se tiene determinado el verdadero alcance del poder otorgado ya que sobre tal documento se refiere escuetamente de la siguiente manera "...Anexo F Poder notariado, de Erlinda Susana Murillo Rivera propietaria de la Empresa SERVCON a Franz Flores Arcionera de 24 de abril de 2010, con amplias facultades ejecutivas, administrativas y de representación..." y cuando se tiene también consignado que la acusada ex post a otorgar el poder mantuvo relación y comunicación con el responsable de la entidad con la que contrato como el Representante del Consejo, elementos que solo se los enuncia, como "...Nota: 24 de junio de 2010: Desde Tarija SERVCON refiere no se hará responsable de observaciones por ineficiencia del supervisor, solicita designar profesional para que el 29 de junio constate trabajos instruidos por el supervisor y paralizados por él mismo, firma Susana Murillo Rivera..." la declaración testifical que sostiene que "...El proyecto no estaba redactado de acuerdo al modelo de las normas básicas que se publica en el SICOES. El contrato no contempla entrega provisional, pero la cláusula 11 describe las causas para activar la resolución de contrato. A Erlinda la reconoce en el salón, la conoció entre mayo y noviembre del 2013 en visita a la Directora de la DAF del órgano judicial con una abogada, intentaban una conciliación con el órgano judicial..."(Luis Benjamín Luis Rojas La Torre testigo), la "...Nota: 31, de mayo 2010, Abel Núñez a Erlinda Murillo Rivera solicita su presencia para el 1 de junio 2010 a hrs. 14:30 en oficinas del Consejo Distrital de la Judicatura..." y la "...Nota: Tj 24 de junio de 2010 Susana Murillo refiere a Miguel Ángel Laguna denuncia — indicaciones y contraindicaciones verbales de Nina Molina que retrasan la ejecución del proyecto, solicitan designar profesional para evidenciar paralización de trabajos por el mismo supervisor...", por lo que no es posible para este tribunal determinar en qué magnitud se tenía el dominio del hecho o no ya que no se está provisto de intermediación y no puede valorar o revalorizar la prueba, consecuentemente el error de subsunción denunciado no es posible repararlo directamente y no obstante se infiera de que se trate de un error de fundamentación subsanable tampoco es posible realizar esa complementación porque se tiene reglado que cuando "el error en la fundamentación es determinante para el cambio de la situación jurídica del imputado, observando lo prescrito por el art. 313 se debe anular la sentencia..."(Cfr. A.S. N° 277/2008) y en este caso implicaría condenar al absuelto, en consecuencia no obstante de haberse advertido el error in judicando denunciado y evidenciado el agravio no es posible repararlo directamente.

Abel Núñez Rosas.

Primer motivo "1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva art. 370-1) del C.P.P.

Se denuncia errónea aplicación de la ley sustantiva afirmando que no existe acción ni omisión, relación de causalidad dolosa y culposa como elementos del tipo de incumplimiento de deberes de acuerdo a la fundamentación fáctica, descriptiva y intelectual de la sentencia respecto al plazo otorgado a la empresa contratista porque en juicio se acreditó testificalmente y con la literal 41 que los que otorgan el plazo son los fiscales y supervisor del Departamento Nacional de Infraestructura.

Lo alegado, direcciona a este tribunal de apelación desprovisto de intermediación a realizar una retrospectiva a lo realizado en la audiencia de juicio oral y contradictorio, para determinar lo afirmado por el recurrente, actividad que no es factible realizar porque mediante este recurso de apelación restringida la facultad del tribunal de alzada se limita a revisar la Sentencia apelada y para verificar el defecto denunciado partir de la plataforma fáctica determinada como probada por el Tribunal de Sentencia y de la revisión de la fundamentación fáctica de la Sentencia no se advierte que se hubiera determinado que los que otorgan el plazo son los funcionarios nombrados, al margen de que el hecho en sentido estricto de que a quién le corresponde ampliar el plazo no fundamenta la sentencia en lo referente a los hechos establecidos como probados de carácter omisivo para el recurrente, sino conforme se tiene descrito en la misma fue "no tomar en cuenta ya los daños en la infraestructura, sin las acciones correspondientes y sin que exista "Orden de cambio" y/o menos contrato modificatorio, la representación Distrital de Potosí, a través de Abel Núñez Rosas, por oficio No. RD-CJ-239/2010 de 23 de agosto de 2020, repone a la empresa contratista un total de 36 días calendario computados desde el 23 de agosto de 2010 vulnerando lo dispuesto en el art. 6, 89-a) y d) de la NB-SABS (DS 0181) pese a que existía hasta esa fecha incumplimiento de contrato, daños al inmueble de la casa de Justicia de Betanzos" a partir del 26 de agosto de 2010, se ejecutan nuevamente algunos ítems, es así que la madera que corresponde a las cerchas fue objeto de observación por presentar: ojos, rajaduras...", "...Habiéndose realizado el abandono de la obra por parte de la empresa, el 7 de junio de 2010, pone en conocimiento el supervisor Jorge Eduardo Nina Molina de la MAE denunciando que la obra estaba abandonada, solicitando la respectiva autorización para proceder a rescindir (resolver) el contrato, pero la Máxima Autoridad Ejecutiva MAE no da ninguna respuesta (Consejo de la Judicatura Distrital Potosí), ello con la finalidad de realización acciones preventivas, administrativas e incluso legales correspondientes.." "Que Abel Núñez ha otorgado un plazo a la empresa cuando debió resolver el contrato y ejecutar la boleta de garantía en beneficio del órgano judicial. Que la obra ha sido ejecutada de manera defectuosa, sin cumplirse la ejecución de los ítems de manera", y otros en consecuencia la acción omisión extrañada se encuentran descritas en la sentencia, por lo que no es cierta la denuncia.

Tales hechos, se encuentra contextualizado por una serie de hechos referidos a informes sobre la deficiencia de la obra, el abandono y paralización de la misma, sobre informes y sugerencias de rescisión del contrato y no se advierte causas que justifiquen porque no se tomó acciones al respecto.

La presentación del manual de funciones y la contradicción respecto a lo requerido por el fiscal, no expresan una errónea aplicación o inobservancia de la ley sustantiva en este caso del art 154 del Cód. Pen., mucho menos cuando sobre tales hechos o circunstancias no se tiene una carga demostrativa jurídica fáctica de la que se infiera el agravio inherente al defecto denunciado.

Segundo motivo "2). Que la sentencia se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación de las normas de este título. Art. 370-4)".

Al respecto de la denuncia que advierte el defecto de sentencia en análisis, con relación a la prueba introducida ilegalmente (Informe de trabajos en obra), se advierte que no se tiene una prueba introducida al juicio bajo el denominativo advertido por el recurrente y las pruebas que hubiera introducido el MP., de acuerdo al acta se las introdujo por su lectura y a más de señalar que no medió un acto investigativo y que se le condeno basados en esa prueba, no se refiere la incidencia al respecto de su condena de tal prueba de forma, ni la ilicitud vinculada a los derechos fundamentales lesionados de forma concreta, ni lo normado por los arts. 13, 167, 169, 171, 172, 173, del C.P.P., y 115, 117, 25 de la C.P.E., siendo en ese margen genérica en exceso la carga argumentativa que en definitiva no devela agravio al respecto.

Tercer motivo "3). Que no exista fundamentación en la sentencia o que ésta sea insuficiente o contradictoria. Art. 370-5) del C.P.P."

La denuncia respecto del defecto de sentencia en análisis, conforme el resumen expuesto precedentemente de los argumentos en este motivo de impugnación, al margen del lapsus sobre el tipo penal mencionado como estafa, entendiendo favorablemente que se trata del delito de Incumplimiento de deberes, el defecto se daría porque la sentencia no explicaría cómo concurren los elementos constitutivos del tipo penal, acción u omisión por que no se acusó daño al patrimonio del Estado, consecuentemente los razonamientos de hecho y derecho con relación a la prueba se encontrarían ausentes, además de que concurre una defectuosa valoración de la prueba, por concurrir la valoración de una prueba ilegal, por esos faltaría logicidad en la sentencia la cual afectaría al principio in dubio pro reo.

Lo alegado, no expresa una ausencia, insuficiencia ni contradicción en la fundamentación realizada por el Tribunal de Sentencia respecto al motivo de impugnación en análisis, que aparentemente cuestionan insuficiencia en la fundamentación de la sentencia respecto al fundamento jurídico, probatorio en torno a un elemento como el daño al patrimonio que no mencionan cuál sería su incidencia respecto a los elementos acción u omisión y los razonamientos de hecho y derecho, por lo que esa denuncia no devela una fundamentación insuficiente, contradictoria, consecuentemente sobre ese margen los demás alegatos no llegan a tener incidencia lo que tampoco devela que se hubiera atentado al principio in dubio pro reo, consecuentemente no se evidencia el defecto de sentencia denunciado.

Cuarto Motivo "4) sentencia basada en hechos inexistentes, o no acreditados o en errónea valoración de la prueba".

Al respecto del defecto se denuncia que el Tribunal de Sentencia al valorar la prueba se sustrae de los criterios de la lógica y razonabilidad, todo eso relacionado al tipo penal de estafa y sus elementos constitutivos, tal alegato, al margen del error respecto al delito en cuestión el alegato se encuentra descontextualizado de los hechos objeto de juicio y norma sustantiva; respecto a la defectuosa valoración de la prueba, no expresa qué reglas de la sana crítica hubieran lesionadas o no consideradas o qué prueba no hubiera sido valorada, en consecuencia no se evidencia agravio alguno.

Jorge Eduardo Nina Molina.

1. Primer motivo "1). Actividad legal defectuosa art. 169-3)".

Denuncia defecto absoluto por vulneración a la seguridad jurídica, defensa, debido proceso presunción de inocencia, tutela judicial efectiva porque en la sentencia se hubiera negado que se interpuso una excepción de prescripción que el tribunal declaro improbadada y sobre la que se hizo reserva de apelar, siéndola por esa causa la sentencia incompleta en cuanto a su fundamentación, defecto que no puede subsanarse.

Lo alegado, no obstante de ser evidente que no se consignó en la sentencia que se hubiera presentado y resuelto una excepción de prescripción durante la tramitación del juicio, esa omisión que infiere oculta la realidad, hace incompleta la sentencia no devela que se le genere agravio y que le genere indefensión para disponer una nulidad, porque nada le impedía impugnar tal resolución si cumplió los requisitos que el mismo advierte que realizó como la reserva para apelar la resolución que resuelve la excepción en consecuencia no es evidente el defecto absoluto denunciado por lesión a sus derechos fundamentales.

2. Segundo motivo "2). Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. Art. 370-1) del C.P.P."

De acuerdo al resumen de los alegatos del recurso concretados sobre este motivo en el apartado denominado "fundamentos de los recursos" de este auto de vista, se denuncia que este defecto de sentencia se genera por falta de fundamentación jurídica en la sentencia al no concretar los hechos que se le sindicaron, no indicar qué conducta omisiva o de incumplimiento del contrato realizó, su grado de participación de acuerdo al art. 20 del Cód. Pen., al establecer el sujeto pasivo sin especificar de forma concreta, al referirse de manera genérica a los elementos culpabilidad, bien jurídico protegido, antijuricidad, porque se interpreta erróneamente el art. 13 quater del Cód. Pen., ya que se establece que su conducta sería de dolo genérico porque se subraya la segunda parte del art. 222 del Cód. Pen., y se declara culpable por la segunda parte del art. 222 del Cód. Pen.

Concluyendo sobre ese margen que no estando establecida de manera clara la forma de su supuesta participación se vulnera el principio de legalidad ya que no se describe los elementos constitutivos del tipo de incumplimiento de contratos vulnerando el art. 13, 13 quater, 14, 15, del Cód. Pen., y arts. 115-2, 180-1 todos de la de la C.P.E., al señalar que su conducta es de dolo genérico y se le condena por la segunda parte del art. 222 del Cód. Pen.

Este defecto de sentencia de acuerdo al alcance que tienen en el contexto del C.P.P., conforme la jurisprudencia constitucional en cuanto a la errónea aplicación de la ley sustantiva se da en el supuesto de que "...si bien se observa la norma, la autoridad judicial la aplica en forma errónea...", y establece que "...la norma sustantiva puede ser erróneamente aplicada por: 1) errónea calificación de los hechos (tipicidad), 2) errónea concreción del marco penal o, 3) errónea fijación judicial de la pena (S.C. N° 727/2003-R)."; en cuanto a la inobservancia de la ley, se da "cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o lo que es lo mismo ha creado causas paralelas a los establecidos por la ley" (S.C. N° 1056/2003-R).

En cuanto al marco competencial para su tratamiento, de acuerdo a la naturaleza del recurso, el TSJ tiene establecido que: "...la actuación y límites circunscritos a los tribunales de alzada en la resolución del recurso de apelación restringida, en primer plano se hallan dispuestos por la competencia otorgada por el art. 51-2 del C.P.P.; asumiendo un segundo plano en el marco sobre el cual aquel tipo de recurso debe ser resuelto; es así que, los arts. 407 y ss., del C.P.P., predisponen a partir de la propia naturaleza jurídica de este recurso dos aspectos, una incorrecta interpretación o aplicación de la ley (error in iudicando) o bien que la decisión de presunto agravio haya sido emitida a través de un procedimiento que no reúna requisitos o condiciones de validez (error in procedendo);..."A.S. N° 014/2013-RRC de 6 de febrero).

De los criterios normativos glosados, se puede extraer una hermenéutica para determinar la concurrencia del mencionado defecto de sentencia, que se da cuando se interpreta erróneamente una ley sustantiva, o cuando no se observa la norma sustantiva que debía aplicarse o no obstante de observarse la norma se la aplica erróneamente, pero no se da por errores de procedimiento es decir por inobservancia, interpretación o aplicación errada de la ley adjetiva, en consecuencia corresponde indagar sobre la base fáctica que es intangible para este tribunal revisor y considerando además que los defectos de sentencia son independientes unos de los otros, verificar si es evidente la denuncia en los parámetros pertinentes.

En el caso en examen, se denuncia como vulnerados el art. 13, 13 quarter, 14, 15, 20, 222 todos del Cód. Pen., sin aclarar si tal vulneración de esas normas para que se constituya en un defecto de sentencia se genera por inobservancia o errónea aplicación de las mismas y de forma general se argumenta inexistencia de fundamentación, una fundamentación genérica y contradictoria, respecto a los hechos, su conducta, forma de participación, culpabilidad en el tipo penal de Incumplimiento de contratos, en consecuencia corresponde verificar si la sentencia impugnada no contiene determinados los hechos que puedan subsumirse en el tipo penal denunciado y las categorías jurídicas que extraña y si el art. 13 quarter del Cód. Pen., ha sido erróneamente interpretado a los efectos que infiere le generarían gravamen en la dimensión de lo alegado lo que implica simplemente realizar un acto de constatación y en su caso determinar la concurrencia del defecto de sentencia denunciado por ausencia de los elementos extrañados ya que no se exponen la solución respecto a cómo se deberían aplicar o interpretar las mencionadas normas sustantivas sobre las que se infiere error y sobre qué hechos en concreto.

Al respecto la sentencia sobre la conducta del recurrente, tiene establecido como hechos probados en la "fundamentación intelectual del hecho al derecho" que se "ha probado que Jorge Eduardo Nina Molina suscribe contrato de supervisión para la construcción de la obra "Remodelación y cambio de cubierta de la casa de Justicia de Betanzos" por la prueba de cargo MP1 fs. 23, MP2 y MP8 y de descargo 1 del acusado, refería el servicio de supervisor para la Supervisión de la Casa de Justicia de Betanzos así lo demuestran el contrato y de su propia declaración se ha demostrado que conocía que su obligación contractual era cuidar el inmueble concordante con la MP2 documentos de contratación, el Diseño del proyecto "Cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos" identificando a su autor Jorge Eduardo Nina Molina.

Se ha probado por la propia declaración de Jorge Eduardo Nina Molina que refiere que al diseño del proyecto "cambio de cubierta de la casa de justicia de Betanzos" en enero de 2010 no tenía ninguna observación, LO del LDCMP prueba lo contrario cuando refiere que el 8 de junio de 2010 acuerdan entre contratista y supervisión ítems no contemplados en el proyecto disponiéndose arbitrariamente, sin orden de cambio o contrato modificatorio, se incorpore la ejecución de ítems, como levantar muros, cambios de elementos en las cerchas, más muros en las laterales, rellenar lados de las cerchas, etc., prueba cursante en la MP1 LO Folios 3, 4 y 5 estos cambios son firmados por contratista y supervisión, este incumplimiento de contrato se da antes del 28 de julio de 2010, en la que recién interviene Infraestructura Nacional, contrariamente en la inspección de visu dentro de juicio refiere, señalando físicamente que, "esa fila de ladrillos la incorporo el Ing. Jhonny sin autorización".

Se ha probado que las innumerables denuncias que realiza mediante notas e informes técnicos considerados en la generalidad de pruebas aportadas de cargo del MP, acusación particular y descargo de Jorge Eduardo Nina, que en tanto denuncia reiteradamente en el LO y en sus notas sobre el uso de la madera antigua, irregularidades en la obra, abandono de la obra, etc., en su declaración admite que después de la demolición habían tijerales que los han reutilizado, pero no aclara que es para hacer la sujeción de todo el plafón, es decir del cielo falso recientemente refaccionado en otro proyecto, aspecto que era imperativo mantener intacto toda vez que el proyecto no había considerado ítems de retiro de plafón o cielo falso para evitar su deterioro, omite, incumple denunciar las fallas técnicas en el proyecto, cuando en contraste con la declaración de Jhonny Flores, testifical y literal de descargo de Erlinda Susana Murillo, refieren que estas observaciones realizadas no tenían sustento ni criterio técnico, (por ejemplo sujetar por la cintura a un obrero colgado de una viga del techo para sacar la tierra del tumbado, poniendo en riesgo la vida del obrero) instrucciones desatinadas que por el contrario, fueron obstáculos que supervisor interponía en la finalidad de subsanar o disimular las falencias del diseño, sin registrar el origen de las fallas técnicas del diseño, sin registrarse en el LO como era su deber o de reponer de inmediato el LO haciendo notar en el mismo la sustracción del LO registrando luego en el sus observaciones. Así también está probado por la nota de 07 de julio de 2010 dirigida a Abel Nuñez Rosas en la que Jorge E. Nina refiere tíbiamente la existencia de un problema y la falta de solución a la cubierta T.1 y T2 por falta de acercamiento con la empresa".

Se ha probado que Jorge Eduardo Nina Molina omite, no cumple el deber de informar sobre las deficiencias técnicas identificadas en el proyecto en esta primera parte, como era su contrato de supervisión, hecho probado cuando admite que él conocía la existencia de un problema en el proyecto, pero de forma por demás pueril justifica que el problema surge o empieza por el cambio de nombre del proyecto "lo que el presentó es cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos, pero se sube al SICOES remodelación de la Casa de Justicia de Betanzos. De este hecho responsabiliza a la Lic. Sandra y por haber cambiado ese término ya no es el mismo proyecto. Contradiéndose reconoce que sí, existen diferencias en el proyecto, porque en las edificaciones antiguas ningún suelo es perpendicular con el muro, se tenía que hacer un replanteo y ajustar esas diferencias en las cerchas. Acusa a Flores que armo las cerchas de la planta baja dejando huecos que relleno con ladrillos, pero en el LO se encuentra plasmado a fs. 3 el acuerdo al que arribaron firmando al pie de la hoja. En el proceso hicieron los rediseños a las cerchas en el LO y aun teniendo los rediseños se hizo mal, sin respetar medidas y otros detalles, estas fallas técnicas identificadas en el proceso de construcción, están demostradas por el dictamen pericial prueba de cargo MP9 "los resultados de las deficiencias

constructivas a falta de un diseño adecuado están en obra y van contra el DBC". "Los diferentes Items no fueron ejecutados con la calidad que debiera tener y no están de acuerdo a las especificaciones técnicas que también tiene limitaciones del DBC, al ser cambio de cubierta carece de un diseño adecuado". "la altura de las cerchas N4 en proyecto es de 2.16 ms., en obra esta con 1.85 ms."; "Los ítems fueron ejecutados, pero no con la calidad que debiera tener, y están de acuerdo a las especificaciones técnicas del DBC", "Los daños ocasionados por falta de una viga de hormigón armado, tiene resultados que conllevan al humedecimiento por filtración, ingreso de agua que dio como resultado el deterioro prematuro de vigas, muros y cielo raso; teniendo riesgos a un colapso de cubierta y muros"; "faltó criterio técnico, mejor diseño al no prever viga de apoyo para la cubierta"; "Hubo carencia de visión para realizar un proyecto completo, acorde a la realidad de una remodelación, faltaron ítems que están mencionados en evaluación". Es decir para la primera semana de intervención de la obra ya se habían identificado estas deficiencias y era obligación del contratista supervisor velar por la correcta ejecución y conclusión de la obra, pero al advertir que estas deficiencias no lograrían esta ejecución y conclusión correcta, no cumple su deber de denunciar en esta segunda parte de la obra, ni solicita resolución de contrato porque el diseño tiene defectos que han de imposibilitar su correcta conclusión y que al final después de haber transcurrido 7 meses con infinidad de informes técnicos y recomendaciones, no se iba a lograr la funcionalidad del inmueble aun cuando se habían ejecutado la totalidad de los ítems. Pero tampoco si se hubiera incorporado contratos u órdenes de cambio porque las deficiencias del proyecto original requerían incluso la incorporación de una viga, que superaba el marco legal permitido en las ordenes de cambio o contratos modificatorios, aspecto recomendado por los informes técnicos de 29 de julio de 2010 y de 11 de marzo de 2011 de la MP6 y la MP9 dictamen Pericial, informe que cualquier otro supervisor no hubiera omitido porque no tenía que proteger su diseño de proyecto y/o la responsabilidad sobre un diseño deficiente, esta omisión también se encuentra demostrada el informe técnico de supervisión de 23 de diciembre de 2010 que refiere "Informe de las actividades del servicio de supervisión "se realiza el seguimiento a la obra para su buena ejecución haciendo cumplir las especificaciones técnicas, como también los procesos constructivos" aspecto contrastado con el dictamen pericial que refiere la conclusión de los ítems, MP9, prueba extraordinaria incorporada y de descargo del MP y la DAF a la prueba extraordinaria, en su integridad que prueban que no existía un buen diseño técnico, que se concluyeron los ítems al 100% y que el inmueble al finalizar el contrato no tenía funcionalidad. Probado también por su propia nota en el LO de 26 de agosto, en el que admite conocer las deficiencias que ya ameritaban un informe técnico de su parte sobre el mal diseño del proyecto: refiriendo textualmente "de Supervisión: en la fecha se constata que las soluciones planteadas en Sucre no se acomodan en la obra por lo que se debe realizar el rediseño de la cercha, nuevos ítems: revoque de cemento en aleros, muro de ladrillo gambote, implementar un elemento horizontal entre vigas para evitar deformaciones, implementar cielo raso en el ingreso principal. En la cubierta T12 se observa carencia de canaleta, colocar correa en los mojinetes asentar las correas, asegurarlas y no sufran desplazamientos. Este hecho esta también demostrado por la literal de cargo CM 21 y la MP1 fs. 18 del LO.; pero también está demostrado por los informes técnicos de 29 de julio de 2010 y 11 de marzo de 2011.

Pero todavía hay más incumplimiento de contrato probado cuando en conocimiento de las recomendaciones de contratos modificatorios y ordenes de cambio, sin haberse plasmado ni firmado estos, discrecionalmente se aparta de la normativa prevista en el D.S. N° 0181 y vuelve a instruir en el LO acuerdos modificatorios en 28 de agosto de 2010 sobre las dimensiones de las cerchas y calaminas de mayor dimensión de 50 cm a 60 cm así se prueba en fs. 3 y 4 del segundo LO que textualmente dice "se aprueba la canaleta de calamina galvanizada con una longitud de 11,00 ms con desarrollo de 0,60 ms".

Se ha probado que conoce que entre las funciones de un supervisor estaba, realizar observaciones, sugerir rescisiones de contrato, ampliaciones de plazo, modificaciones al proyecto, ordenes de trabajo, de cambio o contratos modificatorios, la función de rescindir contrato aspectos que no se ha cumplido a cabalidad porque si bien solicita rescisión (resolución de contrato) no fundamenta técnicamente la verdadera razón de la resolución del contrato, es decir no advirtió al MAE del peligro de un diseño de proyecto técnicamente mal encaminado y destinado al colapso, como se dio posteriormente incluso habiendo concluido la empresa contratista con todos los ítems diseñados en el proyecto, tal cual demuestra la prueba extraordinaria de descargo aportada.

La integridad de pruebas de cargo y descargo refieren que el acta de entrega provisional no debió haberse realizado, porque no fue solicitada por el supervisor, el propio supervisor Nina Molina refiere este extremo, pero incumple su deber porque mediante nota dirigida a Abel Núñez Rosas el 8 de octubre de 2010 reconoce y admite que la obra ha concluido y solicita la cancelación de sus honorarios estando a la espera de la recepción provisional, esta nota demuestra que Nina Molina una vez más dentro de la informalidad que han sido las constantes notas en el proceso de construcción, informa la conclusión de la obra e induce a la recepción provisional refiriendo "a la espera de la entrega provisional", pero en la misma 28 de octubre de 2010 solicita "tomar medidas para la culminación de la obra", advirtiendo para cubrir su responsabilidad que "Supervisión no se responsabiliza por conflictos posteriores", estos aspectos debió haberlos plasmado en el LO, pero incumple su deber de observar y plasmar sus solicitudes por la vía, el LO, por el contrario en su declaración niega haber solicitado el acta de recepción, niega la conclusión de la obra, por lo que también se ha probado que ha permitido la entrega provisional de la obra".

Sobre esa base fáctica, en la fundamentación jurídica de la sentencia, se describe el tipo penal de Incumplimiento de contratos, la forma comisiva del mismo, momento consumativo, la condición de inexistencia de una justa causa, que se trata de un contrato con el Estado, y en la secuencia refiere a la autoría en el mencionado tipo penal, a la tipicidad determinado que se da por incumplimiento, a la antijuricidad, culpabilidad, al sujeto activo, pasivo, al bien jurídico tutelado, se realiza un juicio de irreprochabilidad determinado que no se demostró justa causa, en referencia a quienes son autores de acuerdo a criterios dogmáticos que apoyan su fundamento determina que el recurrente es Autor de delito acusado y finalmente se le impone una condena con base con base en la segunda parte del art. 222 del Cód. Pen., lo que determina que se le condene por el delito de Incumplimiento de contrato por ser su conducta culposo lo que también devela que la sentencia no es incongruente en ese margen y de serlo no obstante que no lo es no le generaría agravio la determinación de aplicar la parte final del art. 222 del Cód. Pen.

Esa base fáctica de acuerdo a la dimensión alegada de la que se infiere que no se hubieran concretado hechos o no existirían fundamentos fácticos que se adecuen a lo prescrito por las normas legales sustantivas o que no permitan aplicar la misma devela que no es

evidente el agravio respecto a una ausencia de fundamentos fácticos y la errónea interpretación del art. 222 del Cód. Pen., porque como se tiene establecido existen determinada una relación contractual que se ha demostrado que conocía que su obligación contractual era cuidar el inmueble, que era obligación del contratista supervisor velar por la correcta ejecución y conclusión de la obra, la cual se ha establecido que ha sido incumplida y se tienen detallados actos y omisiones al respecto conforme se tienen resaltadas líneas supra, ese margen permite apreciar que existe un encuadre de la conducta del acusado al tipo penal descrito en el art. 222 del Cód. Pen., en la dimensión que se cuestiona consecuentemente no es evidente el agravio.

Tercer motivo "3). Que no exista fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria. Art. 370-5) del C.P.P."

En esencia se denuncia ausencia de fundamentación respecto a los hechos probados porque no se los fundamenta ni señala qué pruebas los sustentan, fundamentación contradictoria porque sobre los hechos probados respecto a la conducta del recurrente y el co-imputado Abel Núñez porque los hechos determinados como probados como los informes emitidos por el recurrente que no los consideró u omitió Abel Núñez generando esa omisión su responsabilidad y a la vez tales hechos son determinados como hechos omitidos para el recurrente fundando su responsabilidad al determinar que no presentó los informes necesarios, recomendaciones y otros alegando sobre ese margen que la Sentencia estaría sustentada en afirmaciones contradictorias cuando ésta debe declarar los hechos probados sin entran en contradicciones.

Al respecto en la sentencia, sobre las contradicciones denunciadas que fundan la responsabilidad de los acusados, con relación a Abel Núñez, se tiene establecido que "omite cumplir sus funciones al no tomar las medidas ni acciones necesarias sobre los hechos que le informaron el supervisor de obra y el contratista sobre las irregularidades de la ejecución del contrato, como el rescindir el mismo, autorizar un orden de cambio mediante una ampliación de contrato posibilitando soluciones, que sin mediar solicitud del supervisor posibilito la entrega provisional de la obra"; respecto al recurrente Jorge Eduardo Nina Molina, que éste "no informo de las deficiencias técnicas del proyecto, que no solicitó la entrega provisional, la resolución del contrato, que omitió denunciarlas irregularidades del proyecto".

Esos hechos que fundamentan la responsabilidad penal de los acusados en la Sentencia permiten evidenciar objetivamente las contradicciones denunciadas porque los hechos probados respecto a la responsabilidad de Abel Núñez, se los concreta advirtiendo que esas omisiones se dan cuando se establece que "Se ha probado que el 30 de agosto de 2010 de forma expresa Nina Molina solicita "revisión del proyecto para incrementar nuevos ítems y realizar un contrato modificadorio, ítems recomendados por el técnico Juan José Rosales", pero nuevamente incumple sus deberes y mediante nota de 2 de septiembre de 2010 CITE DD — CJ- JAF 329/10 cursante en la MP1 anexo I, Abel Núñez Rosas rechaza el incremento de nuevos ítems, obstaculizando la solución al desarrollo del proyecto que ya se encontraba identificado de con observaciones de diseño técnico, hechos evidenciados por los informes de supervisión de la MP1 Anexo B y el informe técnico de 28 de julio de 2010 MP8.." que "...se le informo reiteradamente por parte del supervisor sobre los problemas, abandono de la obra y las falencias técnicas del proyecto.." que "...se ha probado el incumplimiento de deberes de Abel Núñez Rosas en una primera instancia cuando teniendo conocimiento de las denuncias y contradenuncias de Jorge Eduardo Nina Molina y Jhonny Flores no toma acciones legales omite en su calidad de RPA y MAE tomar acciones inmediatas sobre el problema suscitado, este hecho se ha probado por la mp1 anexo b, notas de supervisión y de su propia declaración cuando reconoce que existían controversias técnicas entre ...supervisor de la obra y representante legal de la empresa, solicitando mutuamente rescisión de contrato por varias notas cursantes en la mp2 e informe técnico de supervisión de 29 de junio de 2010.." que "...Jorge Eduardo Nina Molina informa a Abel Núñez Rosas la paralización, abandono y deterioro de la obra, así también solicita autorización para proceder a rescindir contrato, tomar medidas junto a la representante legal para solucionar la situación de la obra...", "...así se evidencia en el deber de tomar acciones legales responsables, emergentes primero de las notas e informes de supervisión de mayo y 8 de junio mp1 fs. 220 a la 230; de 29 de junio de 2010, mp8 apartado 4 informe de supervisión a la cuarta quincena de avance, informes reiterados realizadas por el supervisor de la obra Nina Molina..." que "...se ha probado que sin mediar solicitud de supervisión para una entrega provisional, Abel Nuñez Rosas, participó de una irregular entrega provisional...".

Respecto al recurrente Nina Molina, se tiene establecido como hechos probados que fundan su responsabilidad en lo pertinente a lo alegado que "...no advirtió al MAE del peligro de un diseño de proyecto técnicamente mal encaminado y destinado al colapso, como se dio posteriormente incluso habiendo concluido la empresa contratista con todos los ítems diseñados en el proyecto..." que "...el acta de entrega provisional no debió haberse realizado, porque rio fue solicitada por el supervisor, el propio supervisor Nina Molina refiere este extremo, pero incumple su deber porque mediante nota dirigida a Abel Núñez Rosas el 8 de octubre de 2010 reconoce y admite que la obra ha concluido y solicita la cancelación de sus honorarios estando a la espera de la recepción provisional, esta nota demuestra que Nina Molina una vez más dentro de la informalidad que han sido las constantes notas en el proceso de construcción, informa la conclusión de la obra e induce a la recepción provisional refiriendo "a la espera de la entrega provisional..", que "...el 8 de junio de 2010 acuerdan entre contratista y supervisión ítems no contemplados en el proyecto disponiéndose arbitrariamente, sin orden de cambio o contrato modificadorio, se incorpore la ejecución de ítems, no cumple su deber de denunciar en esta segunda parte de la obra, ni solicita resolución de contrato...".

En conclusión como se puede advertir contrastando esos hechos determinados como probados en la sentencia de manera objetiva no es posible sostener objetivamente que la Sentencia no contenga una fundamentación contradictoria y que la fundamentación que la sustenta sea suficiente porque no se puede afirmar o sostener si evidentemente el recurrente omitió informar las deficiencias advertidas, no solicito resolver el contrato, no informó los defectos del proyecto para solicitar la resolución del contrato, que no hubiera solicitado la entrega provisional y en consecuencia que no se hubiera vulnerado el principio de no contradicción en la fundamentación de la sentencia y que esas concreciones fácticas que advierten contradicciones sin ningún justificativo al respecto emerjan de una fundamentación suficiente sobre el valor de otorgado a las pruebas que las sustentan y en definitiva afirmar con certeza cuáles son esas pruebas que sustentan unos y otros supuestos, por consiguiente lo establecido evidencia el defecto denunciado.

Cuarto motivo "4). Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba. Art. 370-6) del C.P.P."

Defectuosa valoración de la prueba.

De acuerdo a lo alegado en el presente motivo de impugnación, el recurrente configura un orden de hechos partiendo de algunos que se hubiera determinado como probados en la fundamentación intelectual de la sentencia añadiendo lo que se extractó de una prueba documental en la fundamentación descriptiva y las pruebas documentales de descargo del recurrente (notas) consignadas en la fundamentación descriptiva de la sentencia, denunciando sobre ese margen error en la valoración de la prueba para establecer que ha incumplido el contrato sin justa causa, alegando al respecto que no se valoró en qué consiste el incumplimiento del contrato como supervisor de obra, que se realizan afirmaciones falsas al señalar que no realizó una buena supervisión al no solicitar resolución del contrato contrariamente a las pruebas de descargo descritas en la sentencia, ya que solicitó la rescisión de acuerdo a nota de 28 de octubre y las cartas dirigidas a Abel Nuñez que alega que no se valoraron y que la sentencia no señala de forma clara y lógica cómo acomoda su conducta al delito de incumplimiento de contrato porque no se señala qué cláusula del contrato hubiera omitido sin justa causa y porque la valoración de los elementos probatorios deben realizarse conforme el art. 173 del C.P.P., aplicando la sana crítica.

Al respecto del alegato en lo pertinente a la valoración mediante la sana crítica de acuerdo al art. 173 del Cód. Pen., se denuncia errónea valoración de la prueba porque se afirmaría una falsedad como el hecho de que no se realizó una buena supervisión al no solicitar la resolución del contrato contradictoriamente a la nota de 28 de octubre y las cartas dirigidas a Abel Nuñez en las que solicitó en reiteradas oportunidades la rescisión del contrato por incumplimiento.

Sobre ese margen, se debe considerar que "...para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda.."(.), en el presente caso la sentencia establece respecto a las omisiones del recurrente que "...para la primera semana de intervención de la obra ya se habían identificado estas deficiencias y era obligación del contratista supervisor velar por la correcta ejecución y conclusión de la obra, pero al advertir que estas deficiencias no lograrían esta ejecución y conclusión correcta, "no cumple su deber de denunciar en esta segunda parte de la obra, ni solicita resolución de contrato porque el diseño tiene defectos.." más adelante se afirma que "...si bien solicita rescisión (resolución de contrato) no fundamenta técnicamente la verdadera razón de la resolución del contrato, es decir no advirtió al MAE del peligro de un diseño de proyecto técnicamente mal encaminado.." lo que implica que se reconoce en la sentencia que no se solicitó la resolución del contrato advirtiendo que el diseño de un proyecto mal encaminado pero que si se solicitó la resolución del contrato por otros motivos que no se los valora como los contenidos en las "...notas de 17 de mayo, 26 de mayo, 7 de junio de 2010 paralización de la obra, supervisor solicita autorización para rescindir contrato con la Empresa Constructora SERVCON y tomar acciones legales por deterioro de instalaciones; hace conocer que el libro de órdenes no se encuentra en la obra sino en poder de Jhonny Flores Arcienega, "...nota: 29 de julio 2010, Nina Molina comunica a Jhonny Flores comunica reinicio de obras bajo preaviso de recesión de contrato..." "...nota: 29 de julio 2010 supervisión comunica a empresa plazo vencido y procedencia de multa por días de retraso, acuse de recibo..." "...Nota: 29 de julio de 2010: Supervisión con Vo Bo de Abel Nuñez dan preaviso de "recesión" de contrato..", que son las pruebas que advierte el recurrente que no fueron valoradas, lo que es evidente porque en las mismas se solicita la resolución del contrato extrañado y no solamente se le responsabiliza por el un acto omisivo de no denunciar las deficiencias técnicas del diseño sino también por no denunciar "...al detectar que el proyecto tenía deficiencias no informa en los cinco informes técnicos elaborados por supervisión, ni una sola vez hace referencia las deficiencias del proyecto, faltando al cumplimiento de su contrato, porque el proyectista era la misma persona que el supervisor de la obra..", sin embargo, en la sentencia sobre las denuncias que contienen las notas se sostiene que "...Las denuncias de supervisión y de Jhonny Flores fueron ante el MAE Abel Nuñez Rosas, también ante la Dirección Nacional de Infraestructura denuncias que no repercutieron en Abel Nuñez Rosas, quien omite tomar acciones legales inmediatas como: paralizar la ejecución del proyecto por mal diseño en el DBC y/o rescindir contratos con la empresa y con el supervisor en la finalidad de evitar consecuencias mayores.." lo que implica que las mencionadas notas no se valoraron vinculadas a otras respecto a los actos omisivos de recurrente como el informe "...De 8 de junio de 2010: 86 días de ejecución observaciones proyecto retrasado con 9 ítems ejecutados, 70,67 %, obra paralizada por falta de trabajadores, cuatro semanas, sin actividad, daños del plafón placas de yeso, por inclemencias del tiempo, inexistencia del libro de órdenes. Recomienda rescindir contrato por abandono de obra, daños a las instalaciones..." también consignado en la sentencia, lo que implica también que la valoración que realiza el tribunal sobre la no denuncia de falencias del diseño a la MAE es contradictorio ya que se establece en la sentencia "...que esas denuncias no repercutieron en Abel Nuñez porque omite tomar acciones como paralizar el proyecto por mal diseño o rescindir el contrato..", lo que cuestiona la verosimilitud de lo afirmado en la sentencia, siendo evidente el agravio denunciado, porque o se tiene una razón suficiente, pues, no se puede evidenciar la valoración de las pruebas documentales y testimoniales respecto a la responsabilidad del recurrente y las razones por las que no fueron tomadas en cuenta y porqué las mismas pruebas son consideradas para fundar la responsabilidad de otro acusado, lo que hace que la sentencia no contenga argumentos expuestos y lógicos siendo incompleta en sus justificaciones, develando que evidentemente concurre el defecto de sentencia denunciado.

Sentencia basada en hechos inexistentes.

Se denuncia que la omisiones de reportar las irregularidades, adquirir el libro de órdenes, no cumple con su deber de denunciar esta segunda parte de la obra, ni solicitar resolución de contrato, no denunciar o no consignar en el libro de órdenes serían hechos son inexistentes ya que esos extremos están corroborados por el investigador Salas, advirtiendo que no valoró la prueba literal ni testifical.

De acuerdo al margen argumental se pretende que se determine que los hechos que refiere como inexistentes sean acreditados como existentes por este tribunal de alzada ponderando la prueba o determinando que se realizó una defectuosa valoración de la prueba lo que no es factible realizar en consecuencia evidenciar el defecto denunciado, consecuentemente en ese margen no se devela el agravio denunciado.

Respecto a los demás argumentos sobre defecto de sentencia en el supuesto de estar basada la sentencia en hechos inexistentes es decir que no ocurrieron en la realidad la dinámica propuesta es similar a la mencionada líneas supra consecuencia lo argumentado no devela el agravio denunciado.

Quinto motivo "5. Que existe contradicción en su parte dispositiva o entre esta y la parte considerativa art. 370-8) del C.P.P."

Al respecto conforme el resumen del alegato expuesto en el presente auto respecto a la incongruencia denuncia sobre la determinación que infiere se realizó en la fundamentación jurídica concretando su conducta como dolosa y sancionándola como culposa, esa afirmación no es evidente ya que la sentencia tiene correlación con la parte dispositiva que determina expresamente una condena por el segundo párrafo del tipo penal incurso en el art. 222 del Cód. Pen., que refiere a una comisión culposa, en consecuencia no es evidente el agravio.

6) Inobservancia de reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación. Art. 370-11 del C.P.P.

Lo alegado al margen de ser reiterativo con lo expuesto en otros motivos que no tiene pertinencia a la incongruencia entre la acusación y sentencia en lo pertinente los hechos que infiere que no son los hechos por lo que se le acuso y condena, primero el recurso no tiene motivos de encontraste determinados por el recurrente para evidenciar los mismos y segundo que los pliegos acusatorio refieren a un incumplimiento de contrato como supervisor con amplio aspecto respecto a las conductas por incumplimiento y es más el pliego acusatorio de la DAF refiere no es evidente el agravio.

DECISORIO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, en aplicación del art. 413 declara:

PROCEDENTES los recursos planteados por. Mario Chiqua Miranda (apoderado de la DAF); Ernesto Jesús Vidaurre Machicado (Consejo de la Magistratura); Jorge Nina Molina e improcedente el recurso planteado por Abel Núñez en consecuencia se dispone:

1. Anular totalmente la Sentencia N° 38/15 de 14 de octubre de 2015 emitida por el Tribunal de Sentencia N° 1 de Potosí.

3. No siendo posible reparar directamente los defectos de sentencia establecidos que a la vez constituyen defectos absolutos conforme los argumentos expuestos.

Se dispone la inmediata remisión de obrados al tribunal llamado por ley para el correspondiente juicio de reenvío.

Este auto de vista puede ser recurrido de casación dentro del término y forma que prescriben los arts. 416, 417 del C.P.P.

Sea con conocimiento del Consejo conforme el art. 17 de la L.O.J.

Vocal relator: Dr. Julio A. Miranda Martínez.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Julio A. Miranda Martínez.- María Cristina Montesinos R.

Ante mí: Abg. Jimmy D. Castro Gonzales.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 20 de octubre de 2016, cursante de fs. 1677 a 1688, Erlinda Susana Murillo, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 22/16 de 22 de junio de 2016, de fs. 1591 a 1607, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales María Cristina Montesinos y Julio Miranda Martínez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, Mario Chiqua Miranda en representación de la Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial (DAF) y Ernesto Jesús Vidaurre Machicado en representación del Consejo de la Magistratura, contra Abel Núñez Rosas, Jorge Eduardo Nina Molina y la recurrente, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes e incumplimiento de contratos, previstos y sancionados por los arts. 154 y 222 del Cód. Pen., respectivamente.

Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 38/2015 de 14 de octubre (fs. 1052 a 1080), el Tribunal de Sentencia N° 1 del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a los imputados Abel Núñez Rosas, autor de la comisión del delito de incumplimiento de deberes, previsto y sancionado por el art. 154 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 3 años de reclusión, más el pago de costas; Jorge Nina Molina, autor del delito de incumplimiento de contratos, tipificado en el art. 222 segundo párrafo del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, más costas y Erlinda Susana Murillo Rivera, absuelta de responsabilidad y pena del delito de Incumplimiento de Contratos, previsto y sancionado por el art. 222 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada sentencia, los querellantes Mario Chiqua Miranda (fs. 1182 a 1188), Ernesto Jesús Vidaurre Machicado (fs. 1190 a 1192 vta.) y los imputados Abel Núñez Rosas (fs. 1195 a 1202) y Jorge Eduardo Nina Molina (fs. 1328 a 1337), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 22/16 de 22 de junio de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, que declaró procedentes los recursos planteados por Mario Chiqua Miranda, Ernesto Jesús Vidaurre Machicado y Jorge Nina Molina, disponiendo anular la sentencia apelada y la remisión al tribunal llamado por ley para el reenvío del juicio; y finalmente, improcedente el recurso de apelación de Abel Núñez Rosas, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 52/17-RA de 20 de enero de 2017, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdo. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) La recurrente en referencia al recurso de apelación de Mario Chigua Miranda, apoderado de la DAF, señala que dicho representante, reclamó en forma genérica mala valoración de prueba con relación a quince elementos probatorios, que solo relacionó dos, como ser la MP10 y la declaración del testigo Celín Salas; ante lo cual, el tribunal de alzada excediendo su facultad revisora incluyó de oficio tres pruebas no reclamadas consistentes en las Notas de 24, 31 y 24 de junio de 2010, con el argumento de que no hubieren sido valoradas en la fundamentación probatoria intelectual de la sentencia, pruebas que a criterio del tribunal de apelación, acreditan la supuesta participación de la recurrente en los hechos y determinan que la conclusión asumida por el Tribunal de Sentencia es errada. Esta actuación de oficio, denota revalorización y revisión de pruebas de forma extra petita, constituyendo violación del derecho a la defensa prevista en el art. 115 de la C.P.E., porque no tuvo la oportunidad de rebatir con argumentos sobre las mencionadas notas a tiempo de responder el recurso de apelación restringida, siendo que la indefensión tiene repercusión en el resultado de la resolución. Por otro lado, acusa que el tribunal de alzada a tiempo de resolver el motivo expresado en el recurso de apelación sobre inexistencia de debida fundamentación y contradictoria, analizó de oficio la norma establecida en el art. 13 ter del Cód. Pen., cuando en el recurso de apelación no se solicitó que esta norma sea analizada o revisada; incongruencia que provoca indefensión, pues no pudo alegar este aspecto para responder a la apelación, violándose el art. 398 del C.P.P., al haberse extendido el fallo a cuestiones no apeladas.

2) Asimismo, en referencia al recurso de apelación restringida del apoderado de la DAF, que denunció defectuosa valoración de la prueba, señala que la labor del tribunal de alzada, solo debía comprender la verificación del iter lógico seguido por el Tribunal de Sentencia a tiempo de valorar la prueba, no así realizar su propia valoración, cuando el recurso de apelación no refirió un solo elemento de la sana crítica que haya sido inobservado, pero el tribunal de apelación a tiempo de valorar la prueba tampoco explica qué elemento de la sana crítica, lógica o experiencia hubiere sido incumplida, lesionando además de los arts. 124 y 173 del C.P.P., el derecho a la defensa y debido proceso, porque no pudo haber sido previsto por su persona ni su defensa que el tribunal de alzada, iba limitarse a resolver lo impugnado.

3) Refiriendo al motivo del recurso de apelación de Ernesto Jesús Vidaurre, que reclamó inobservancia y errónea aplicación de ley sustantiva, señaló que el tribunal de alzada bajo pretexto de verificar la errónea aplicación del art. 222 y 13 ter del Cód. Pen., revalorizó de oficio pruebas consistentes en las Notas para asumir una conclusión; igualmente, tomó en cuenta la declaración del testigo Luis Benjamín Rojas para sacar sus propias conclusiones, cuando esa labor corresponde al Tribunal de Sentencia, modificando los hechos y cambiando el sentido de las pruebas, lesionando sus derechos al debido proceso y defensa, porque no pudo defenderse de los argumentos expresados por los vocales que nacieron del auto de vista además de los arts. 398 y 407 del C.P.P.

I.1.2.- Petitorio.

La recurrente solicita dejar sin efecto el auto de vista impugnado y se disponga la emisión de uno nuevo en la que el tribunal de alzada se limite a realizar el trabajo de control del proceso de valoración lógica, sin revisar cuestiones no consideradas en apelación por las partes.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 52/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 1697 a 1699 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Erlinda Susana Murillo Rivera, ante la presencia de concurrencia de presupuestos de flexibilización, para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 38/2015 de 14 de octubre, el Tribunal de Sentencia N° 1 del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a Erlinda Susana Murillo Rivera, absuelta de responsabilidad y pena de la comisión del delito de incumplimiento de contratos, previsto y sancionado por el art. 222 del Cód. Pen., alegando en lo pertinente, que las pruebas literales y testificales de cargo y descargo, han sido ofrecidas e introducidas en el momento procesal oportuno, así como la prueba extraordinaria incorporada al juicio conforme la práctica forense, sin vulnerar derechos ni el debido proceso, valorándose de conformidad al art. 180 de la C.P.E., bajo el principio de verdad material, en forma conjunta y armónica mediante el método de la libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia; respecto de los hechos; argumentó que el Consejo de la Judicatura, licitó mediante el SICOES, un proyecto de ejecución para la "Remodelación y cambio de cubierta de la casa de justicia de Betanzos", bajo la modalidad de contratación mediante R.A. N° DD-CJ 005/2011, adjudicando la obra a la Empresa Constructora "SERVCON", representada por su gerente propietaria Erlinda Susana Murillo Rivera, procediéndose a la suscripción de dos contratos, el primero administrativo de ejecución de la obra entre la Representación Distrital de la Judicatura de Potosí y la Empresa SEVCON, que fue enviado a Tarija para la firma de la imputada -quien en fecha anterior había nombrado como representante legal y apoderado mediante poder notarial para la ejecución de la obra-, por el monto de Bs 91.963.22; en el plazo de ejecución de 89 días, con las especificaciones técnicas del proyecto, el segundo contrato de supervisión de la obra con Jorge Eduardo Nina Molina, mediante el cual se compromete a realizar el trabajo de supervisión de la obra de la casa de justicia de Betanzos. Que durante la realización de la obra, se presentan una serie de conflictos y observaciones técnicas al proyecto, que generarían ítems faltantes no contemplados que fueron incorporados y que modifican las especificaciones técnicas del DBC, consentidas por el supervisor que omite denunciar estas modificaciones, presentándose además, fallas en la ejecución física de la obra ocasionando su paralización sin dejar constancia en el libro de órdenes, así innumerables notas de denuncia del supervisor de la obra y otros informes técnicos hacia la MAE y la Dirección Nacional de Infraestructura omite, con el fin de subsanar las deficiencias técnicas del proyecto, que con la intención de solucionar las controversias se presenta ampliación de plazo sin justificativo de retraso de la obra, pero que los problemas continúan de acuerdo al libro de órdenes hasta la entrega provisional de

la obra, sin presentar condiciones de funcionalidad y sin haber sido concluidas las deficiencias técnicas del proyecto, además de ítems no contemplados considerados necesarios sin funcionalidad.

La sentencia en la parte de hechos probados, relaciona lo correspondiente a la situación jurídica de los co-imputados Abel Núñez Rosas y Jorge Eduardo Nina Mollina, pero que en cuanto a la imputada recurrente, la incluye en la parte de hechos no probados, aduciendo que la prueba del Ministerio Público, del Consejo de la Magistratura y de la DAF del Órgano Judicial, no han logrado demostrar que la acusada hubiera incumplido el contrato, ya que de la integridad de las pruebas de cargo y descargo, ninguna refiere que ella hubiere intervenido en la obra, habiendo otorgado poder a Franz Jhonny Flores Arcienega, para que obre en representación de su persona en su condición de Gerente propietaria de la Empresa SERCON y administre esta empresa unipersonal con facultades bancarias, administrativas, de ejecución y atención de todos los negocios de la empresa, habiéndose presentado el apoderado en esta condición ante la representación del Consejo Distrital, aspecto reconocido por la propia asesora del Consejo de la Judicatura en su declaración testifical, siendo que en posteriores actuados es quien asume la responsabilidad en la ejecución de la obra encomendada por la imputada con los efectos y responsabilidades penales y civiles de acuerdo al art. 573 del Cód. Civ., que emergen del contrato, interviniendo físicamente en la obra tanto en reuniones, inspecciones y representación ante el Consejo Distrital y Dirección de Infraestructura Nacional en representación legal de la empresa, fundamento determinante para que el Tribunal de Sentencia disponga la absolución de la imputada, considerando que la misma no participó en el hecho acusado.

II.2.- De los recursos de apelación restringida.

Mario Chigua Miranda apoderado de la DAF Órgano Judicial, denuncia que la sentencia adolece de muchos yerros como: i) Mala valoración de la prueba de cargo y descargo y consiguiente falta de fundamentación de acuerdo a los arts. 370-5) y 79 del C.P.P.; alega, que durante el proceso se ha logrado la producción de la prueba de cargo y descargo y extraordinaria, que la prueba referida como MP-1, que incluye documental que acompaña a la denuncia en fs. 300 anillado de color azul las señaladas como fs. 12, 18, 24, 25, 27 a 29, 32, 43 a 45, 48 a 52, no han sido tomados en cuenta, así como el acta de registro del lugar del hecho que describe detalles del estado del inmueble; ii) Igualmente, no se hubiere tomado en cuenta la prueba testifical de la declaración de Víctor León Ontiveros Garnica, que el 2010 desempeñaba las funciones de Juez de Partido Mixto Liquidador de la Localidad de Betanzos, que refirió al estado de la obra inconclusa, así como de Celín Luis Salas Medrano, que declaró en su calidad de investigador de la Fiscalía especializada de Corrupción y de Juan José Rosales Valda, en su condición de funcionario del Consejo de la Judicatura, que tuvo conocimiento del proyecto en la emisión de informes técnicos. Refiere igualmente al informe conclusivo PM-10 del investigar Celín Salas, respecto a la imputada Erlinda Susana Murillo Rivera; iii) Asimismo, indica que no se tomó en cuenta la prueba pericial que fue ignorada en los puntos contenidos; iv) Del mismo modo, no se tomó en cuenta el precedente contradictorio con relación a la sana crítica y valoración defectuosa de la prueba; y, v) La sentencia carece de debida fundamentación siendo insuficiente y contradictoria, no respeta los principios fundamentales del proceso cuyo resultado no es coherente ni genera certeza y seguridad jurídica tomando en cuenta que donde nacen los delitos es en el incumplimiento de contrato, siendo parte contratante la Empresa SERVCON, cuya responsable es Erlinda Susana Murillo Rivera, quien asumió la obligación de ejecutar el contrato DD-CJ05A/2010 de 26 de abril en el plazo de ochenta y nueve días y por el monto de Bs 91.693,22; existiendo suficientes pruebas que determinan que la empresa no cumplió con los términos del contrato generando responsabilidades, pero que contradictoriamente absuelve a la indicada imputada sin ningún fundamento, misma que no pudo haber transferido, cedido o subcontratar total o parcialmente la ejecución de la obra, salvo autorización escrita de la entidad. Que la otorgación de un poder no la libera de su responsabilidad por la ejecución de la obra adjudicada, no debiendo eludir su responsabilidad por los trabajos defectuosos y con vicios, ni negarse a concluirlos, repararlos o reconstruirlos, de lo contrario se estaría generando una inseguridad y caos jurídico, en desmedro de los contratantes, aspectos que establecen la existencia de errónea aplicación de la ley del art. 365 del C.P.P. Finalmente, señala que el tribunal no ha valorado las pruebas en función a la sana crítica, ni tomado en cuenta el daño al Estado, que por la contundencia de las pruebas no se ha desvirtuado la acusación pública y particular, siendo la imputada responsable por haber contratado con una institución pública e incumplido los términos del contrato.

Y Ernesto Jesús Vidaurre Machicado, denuncia inobservancia o errónea aplicación de ley sustantiva, inc. 1) del art. 370 del C.P.P., con relación al art. 222 del Cód. Pen., respecto a Erlinda Susana Murillo Rivera, señalando que es legal la calificación de la conducta, pero existe inobservancia en el momento de la adecuación típica o subsunción realizada por el Tribunal de Sentencia. Es incorrecto el fundamento porque el tipo de incumplimiento de contratos contempla como sujeto activo a quien celebra contratos con el Estado y otras entidades, siendo clara la sentencia al establecer que el contrato fue incumplido porque la obra no fue ejecutada en el plazo convenido y fue abandonada por la empresa contratista, que no obstante haberse encontrado responsabilidad en los acusados Abel Núñez y Jorge Eduardo Nina Molina, el incumplimiento también se probó para la acusada Erlinda Susana Murillo Rivera como parte contratante, que dicho incumplimiento de la obra no se encuentra justificado, significando un actuar doloso al haber delegado a su apoderado; empero, fue ella la que asumió la obligación contractual y estaba obligada a verificar que su mandatario cumpla debidamente la forma y plazo contractual convenidos para la ejecución de la obra, lo contrario significaría dejar impunes conductas que causan daño económico al Estado, la Sentencia al fundamentar que el representante asumió la responsabilidad de la ejecución de la obra, no razona que esta responsabilidad no la asume con el Estado, sino con la representante de la Empresa SERVCON y contratante Erlinda Susana Murillo Rivera, el hecho de haber otorgado poder no la libera de responsabilidad frente al Estado, porque para el Estado quien se obliga al cumplimiento de lo pactado es el suscribiente del contrato y no otro. Los contratos suscritos con el Estado, son de naturaleza administrativa y por esa razón, el incumplimiento resulta punible como delito para quien suscribe el contrato, que como corolario de la mala adecuación típica se transcribe el art. 13 ter del Cód. Pen., sin explicar de qué manera se aplica o no se aplica al caso concreto, siendo que esta norma no puede sustentar la absolución; agrega que, en definitiva quien celebra un contrato con el Estado es la imputada no liberándola de responsabilidad frente al Estado en el incumplimiento de lo contratado, por lo que aplicando correctamente la norma sustantiva, se declare autora y responsable del delito acusado a la gerente propietaria de la empresa que suscribió el contrato con el Estado, pues cualquier delegación por cuenta y decisión propia, no la libera de su responsabilidad incluso a título de culpa, al ser quien conocía los

términos del contrato y a ella le era exigible al haber delegado la ejecución de la obra a una persona de su confianza, el control y verificación durante la vigencia del contrato del cumplimiento de la obligación contractual que asumió frente al Estado, que al no hacerlo actuó al menos negligentemente, solicita emitir directamente sentencia condenatoria en contra de la acusada de acuerdo al última parte del art. 413 del C.P.P.

II.4.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, a través del auto de vista impugnado, dispuso la nulidad de la sentencia y respondiendo al recurso de apelación restringida de Mario Chigua Miranda apoderado de la DAF, arguyó: i) Respecto a la mala valoración de la prueba de acuerdo al inc. 1) del art. 370 del C.P.P.; argumentó que, de la revisión de la sentencia en el Considerando II, que contiene la descripción de la prueba judicializada en audiencia de juicio oral, las descritas por el recurrente como la MP-1 que incluye documental junto a la denuncia en fs. 300, la cual es desglosada y la señalada como erróneamente valorada y no consideradas en sentencia, la MP1 que contiene a su vez el legajo desde 6 a 52 anexos, MP-10 (informe conclusivo), que en lo relevante extracta que la conclusión asumida en relación a Erlinda Susana Murillo Rivera, haciendo referencia que en su condición de contratista de la obra incumplió el contrato; toda vez, que no ejecutó la obra dentro del plazo establecido, como tampoco los ítems comprometidos y si ejecutó parte de la obra muchos de ellos no cumplían los parámetros y especificaciones establecidas, que por tales aspectos la imputada ha subsumido su conducta a los ilícitos investigados destaca; asimismo, la declaración del testigo Celín Salas, que hubiere referido al plazo de ejecución de la obra, abandono de parte del supervisor, informes y observaciones para resolver el contrato, ampliación del contrato sin respaldo técnico suficiente, retraso injustificado y observaciones a la entrega provisional; aspectos que, el tribunal de apelación consideró que el tribunal juzgador tomó en cuenta tales pruebas en la fundamentación probatoria descriptiva de la sentencia. Con relación al punto 2.2 Fundamentación intelectual del hecho al derecho, en la parte hechos no probados en referencia a Erlinda Susana Murillo Rivera, señala que se devela que no se ha considerado la prueba mencionada en concreto la MP-10, informe conclusivo del investigador Celin Salas y su atestación que de acuerdo a la fundamentación descriptiva de la sentencia advierte que la mencionada imputada hubiere participado en el hecho, elemento que no es valorado vinculado a otros elementos de prueba como la Nota 24 de junio de 2010, que desde Tarija SERVCON refiere no se hará responsable de observaciones por ineficiencia del supervisor, Nota 31 de mayo 2010 Abel Núñez a Susana Murillo, que solicita su presencia en oficinas del Consejo Distrital de la Judicatura, Nota Tj. de 24 de junio de 2010, por la que la imputada refiere a Miguel Ángel Laguna, denuncia indicaciones y contraindicaciones verbales de Nina Molina que retrasan la ejecución del proyecto y solicitan designar profesional para evidenciar paralización de trabajos por el mismo supervisor; elementos que si bien fueron considerados en la fundamentación descriptiva, pero no fueron valoradas en la fundamentación probatoria intelectual que contradice la conclusión a la que arribó el tribunal al determinar: "que de la integralidad de las pruebas", ninguna determina que hubiera intervenido en la obra, sin que exista explicación del porqué no se hubiera valorado estas pruebas vinculadas a las demás; que la cita del art. 13 ter del Cód. Pen., ajena al proceso de valoración de la prueba, no tiene incidencia alguna que aclare porque no se ha valorado la mencionada prueba, siendo en consecuencia evidente el agravio denunciado por haber sido solamente mencionada, sin que existan juicios de valor respecto de las pruebas indicadas basadas en la sana crítica. ii) Respecto al motivo de fundamentación insuficiente y contradictoria, art. 370-5) del C.P.P., respondió que la Sentencia tiene como hechos probados que Erlinda Susana Murillo es representante de la Empresa SERVCON, que suscribió el contrato administrativo y se tiene normado en la cláusula décima primera, el aspecto referido a la resolución en caso de incumplimiento en la calidad de servicio por incumplimiento del contratante a alguna de las cláusulas del contrato y en referencia a la fundamentación intelectual de la sentencia, sostuvo que como hechos no probados, con relación a la imputada, se mencionó que no se ha logrado demostrar que la acusada hubiere incumplido el contrato, destacando que la gerente propietaria Erlinda Susana Murillo, otorgó poder a Franz Jhonny Flores, para que obre en su representación y administre la Empresa Unipersonal SERVCON con facultades ejecutivas, administrativas y de representación, presentando desde el primer momento el poder a Asesoría Jurídica del Consejo, asumiendo el representante en adelante la responsabilidad de ejecución de la obra: "Remodelación y cambio de cubierta de la Casa de Justicia de Betanzos" encomendados con los efectos y responsabilidades civiles del art. 573 del Cód. Civ. En la fundamentación jurídica Considerando III, en la que se disgrega elementos constitutivos del tipo penal, sin ninguna referencia a la imputada suscribiente del contrato considerado como incumplido. En cuanto al art. 13 Ter del Cód. Pen., sostuvo que dicha norma no refiere ser una exculpante o una causa de justificación, pero que de acuerdo a la sentencia es la norma base de la absolución y consiguiente aplicación del art. 363-3) del C.P.P.; concluye indicando, que los actos de incumplimiento por parte del apoderado sin analizar al alcance del contrato y sin dimensionar el alcance del mandato y la falta de un desarrollo explicativo sobre los supuestos de aplicación del art. art. 13 Ter del Cód. Pen., como también la falta de explicación de porqué las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que el tipo requiere, no se concentren en la acusada y porqué dejó de ser sujeto activo del delito o no tuvo el dominio del hecho, sumada a la sola mención del art. 13 ter del Cód. Pen., no fundamenta la absolución y cuestiona la aplicación del art. 363-3) del C.P.P., referido al supuesto de que no participó en el hecho, por lo que tomando en cuenta estas observaciones concluye que es evidente el agravio.

En cuanto al recurso de apelación restringida de Ernesto Jesús Vidaurre Machicado y en respuesta al motivo alegado de inobservancia y errónea aplicación de ley sustantiva art. 370-1) del C.P.P., con relación al art. 222 del Cód. Pen., arguyó que las personas jurídicas por si mismas no pueden ser responsables penalmente por el delito, son las personas naturales las que actúan por las personas jurídicas y ante la concurrencia de algún delito debe sancionarse a aquellas; es decir, que la sanción punitiva no recae en la empresa; sin embargo, es previsible la sanción a los propietarios que se constituyen en responsables de la misma.

La sentencia en cuanto a los hechos describió el proceso de adjudicación de la empresa para la ejecución de 12 ítems de acuerdo a al plazo y monto establecido, siendo que la comisión calificadora del Consejo de la Judicatura de Potosí, adjudica como supervisor de la obra a Jorge Eduardo Nina Molina que resulta ser la misma persona que elaboró el proyecto. Que concluido el proceso de contratación y dada la orden de proceder a la ejecución de la obra, que tanto el supervisor, representante distrital del Consejo de la Judicatura y la empresa contratista, no cumplieron sus obligaciones, incumpliendo los contratos suscritos, la obra se encuentra abandonada, advirtiendo daño no solo a la infraestructura sino a los intereses del Consejo.

En la fundamentación intelectual de la sentencia, refiriendo al proceso de licitación de la obra a la Empresa SERVCON, en la que se suscriben dos contratos uno administrativo de ejecución de la obra con la Empresa SERVCON representada por la gerente Erlinda Susana Murillo y el segundo de supervisión de la obra. Que durante la ejecución de la obra y ante los problemas suscitados, se envía personal técnico y se emiten recomendaciones técnicas, se menciona la participación de una entrega irregular de Abel Núñez Rosas, instando a otros funcionarios a firmar el acta de recepción sin que estos tuvieran conocimiento ni la oportunidad de verter sus observaciones y la conformación de una comisión de recepción forzada de la obra. Que existe una correlación de los hechos probados y acusados concretando la base fáctica determinada en la sentencia, la cual confrontada en relación al art. 222 del Cód. Pen., siendo que la empresa contratada es una persona jurídica representada por Erlinda Susana Murillo Rivera que firma el contrato, se advierte que se trata de un delito especial propio y permite advertir un encuadre de la conducta de la acusada al tipo mencionado, por haber suscrito un contrato administrativo con el Estado para la construcción de una obra que no ha sido concluida; en cuanto, a sus ítems y calidad requerida, sin que se tenga establecida una causa de justificación del incumplimiento y soslayando determinar si el incumplimiento es culposo o no; en consecuencia, se tendría que realizar un encuadre subjetivo, lo cual no es factible realizar e implicaría realizar un análisis y fundamentación para determinar la culpabilidad del absuelto, determinar que su conducta fue dolosa o culposa sobre la base fáctica que el tribunal estableció en la sentencia, cuando determinó que no actuó en la obra físicamente sino por representante y cuando se tiene determinado el alcance del poder otorgado y cuando se tiene también consignado que la acusada ex post a otorgar el poder mantuvo relación y comunicación con el responsable de la entidad con la que contrató como el representante del Consejo, elementos que solo fueron enunciados como la nota de 24 de junio de 2010, la declaración de Luis Benjamín Rojas La Torre que reconoció a la acusada, la Nota de 31 de mayo de 2010 y la nota Tj. 24 de junio de 2010; aspectos que, el tribunal considera que no es posible determinar la magnitud de que si tenía dominio del hecho o no porque no puede revalorizarla prueba, por lo que no es posible reparar directamente el error de subsunción denunciado, aunque se infiera que se trata de un error de fundamentación subsanable; tampoco, es posible realizar una complementación, porque cuando el error en la fundamentación es determinante para el cambio de situación jurídica del imputado de acuerdo al art. 413 del C.P.P., se debe anular la sentencia, lo contrario que en este caso implicaría condenar al absuelto.

III. Verificación de la vulneración de derechos y garantías constitucionales.

Esta Sala Penal en vía de flexibilización admitió el presente recurso de casación de acuerdo al A.S. N° 52/2017-RA de 20 de enero, ante la denuncia de la actuación de oficio de parte del tribunal de alzada, que denota revalorización de pruebas modificando los hechos y el sentido de las pruebas realizadas en sentencia, por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1.- El derecho al debido proceso.

Dentro de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia respecto al debido proceso ha señalado a través del A.S. N° 199/2013 de 11 de julio, lo siguiente: "El debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; la C.P.E., en sus arts. 115 y 117, reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) el derecho a la defensa, b) el derecho al juez natural, c) la garantía de presunción de inocencia, d) el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, e) el derecho a un proceso público, f) el derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, g) el derecho a recurrir, h) el derecho a la legalidad de la prueba, i) el derecho a la igualdad procesal de las partes, j) el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, k) el derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones, l) la garantía del non bis in idem, m) el derecho a la valoración razonable de la prueba, n) el derecho a la comunicación previa de la acusación; o) el derecho a la concesión al inculpaado del tiempo y los medios para su defensa; p) el derecho a la comunicación privada con su defensor; q) el derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

III.2.- Análisis del caso concreto.

En el primer motivo, el recurrente en referencia al recurso de apelación restringida de Mario Chigua Miranda, reclamó la mala valoración de prueba de 15 elementos probatorios, habiendo relacionado solo dos, pero el tribunal de alzada incluyó de oficio tres pruebas no reclamadas consistentes en las Notas de 24, 31 y 24 de junio de 2010, con el argumento de que no hubieren sido valoradas en la fundamentación probatoria intelectual de la Sentencia, actuación de oficio que denota revalorización y revisión de pruebas de forma extra petita. Por otro lado, acusa que el tribunal de alzada a tiempo de resolver el motivo expresado en el recurso de apelación sobre inexistencia de debida fundamentación y contradictoria, analizó de oficio la norma establecida en el art. 13 ter del Cód. Pen., cuando en el recurso de apelación no solicitó que esta norma sea analizada o revisada extendiendo el fallo a cuestiones no apeladas.

El reclamo del recurrente referido al exceso en que hubiere incurrido el tribunal de alzada, en su facultad revisora al incluir de oficio tres pruebas no reclamadas en el recurso de apelación restringida del apoderado de la DAF, que a su vez hubieren sido revalorizadas porque a criterio del tribunal de apelación determinan la participación de la imputada en los hechos, remite al análisis del auto de vista en la parte pertinente, en esa comprensión en el acápite consideraciones de la sala "Primer motivo.- Mala valoración de la prueba art. 370-6", en respuesta al recurso de apelación de Mario Chigua Miranda (apoderado de la DAF), fundamentó que a tiempo de hacer mención al contenido de la documentación que comprende la prueba MP-1, destacando que no hubieren sido objeto de consideración en la sentencia el informe conclusivo del investigador asignado al caso Celín Salas y su declaración testifical, ni haber sido vinculados a otros elementos de prueba como las Notas de 24 de junio de 2010, 31 de mayo de 2010 y la Nota Tj. 24 de junio de 2010, que si bien fueron consideradas en la fundamentación descriptiva de la sentencia, pero no fueron valoradas en la fundamentación probatoria intelectual, constituye una omisión que a criterio del

tribunal de alzada tiene incidencia porque contradice y resta credibilidad a la conclusión asumida por el Tribunal de Sentencia, al haber afirmado que de la integridad de las pruebas ninguna determina la intervención de la imputada-en la obra, no existiendo ninguna explicación para esta omisión.

De la revisión del recurso de apelación restringida del mencionado apoderado de la Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial; efectivamente, en ninguna parte se advierte en concreto que el apelante haya establecido reclamo sobre la no consideración de las tres pruebas consistentes en notas de 24 de junio de 2010, 31 de mayo de 2010 y la Tj. de 24 de junio de 2010, cuando en el motivo: "1.- mala valoración de la prueba de cargo y de descargo y consiguiente falta de fundamentación incurriendo a la vez en el art. 370-5) y 6) defectuosa valoración de la prueba del C.P.P., inexistencia de fundamentación de la sentencia y contradicción en la misma" (sic), ha puntualizado algunos elementos de prueba, reclamando que los mismos no habrían sido tomados en cuenta por el Tribunal de Sentencia, como ser: el contenido de la prueba documental MP-1, la declaración de los testigos Víctor León Ontiveros Garnica, Virginia Rivadeneira Tardío, Celín Salas Medrano y de Juan José Rosales Valda, tampoco se hubiera tomado en cuenta la prueba pericial en los puntos de pericia que contempla; siendo así, en principio el tribunal de alzada, debiera haber ceñido su pronunciamiento a los puntos objeto de impugnación conforme el art. 398 del C.P.P., a efectos de no incurrir en vicio de incongruencia por exceso (ultra petita o extra petitium) y abocarse a resolver las cuestiones que fueron objeto de expresión de agravios; sin embargo, no es menos cierto que siguiendo el entendimiento y lógica expresada en el motivo de parte del recurrente de apelación restringida, que ha denunciado actos omisivos en la valoración de la prueba documental y testifical producida en el juicio en que hubiera incurrido el Tribunal de Sentencia, la no consideración de las notas mencionadas implica igualmente un acto omisivo, conforme ha advertido el tribunal de alzada, por ello que no podría ser considerado como "un actuar de oficio" haber relacionado las documentales consistentes en notas, por el contrario, supone el ejercicio de la facultad del control jurídico de la sentencia y la vigencia del principio de legalidad, previendo que emergente de un posible acto omisivo –valoración de prueba-, que como se fundamentó se encuentra consignada en la fundamentación descriptiva mas no en la fundamentación intelectual, pueda resultar infracción o defectuosa aplicación de la ley, impidiendo el descubrimiento de la verdad en desconocimiento del principio que emana del art. 180 de la C.P.E., de verdad material, considerado como un imperativo constitucional y una obligación que tiene todo juzgador para que anteponiendo cualquier formalidad, aplique este principio base de la realización de justicia, por lo que es razonable que el tribunal de alzada al resolver un recurso de apelación restringida y en correspondencia al motivo que analiza, detecte a su vez inobservancia de prueba producida y judicializada de acuerdo a las formas legales, cuando la misma posee la entidad de aportar elementos para el descubrimiento de la verdad, siendo menester que dicha inobservancia sea descubierta con el advertido de no incurrir en revalorización de la prueba y de los hechos en respeto a los principios de inmediación, contradicción e intangibilidad, en ese marco debe merecer el análisis respectivo pues, no resultaría saludable al proceso, mantener una posición carente de equilibrio el propender ocultar circunstancias que contribuyen al esclarecimiento del hecho e impidan aflore la verdad histórica de los acontecimientos para ilustrar una resolución en consecuencia, que marque la prevalencia del debido proceso, como se tiene establecido en el siguiente entendimiento jurisprudencial doctrinario del A.S. N° 336 de 13 de junio de 2011: "El Tribunal de Sentencia es el único que está facultado para valorar las pruebas y el único que establece los hechos como probados, sobre la base de la observación directa e inmediata de la prueba durante el Juicio oral, público, continuo y contradictorio, para dictar sentencia en la que 'construye los hechos' y determina o define el Derecho aplicable al caso con razonamientos fundados que le permiten arribar a ese fallo. El tribunal de alzada no se encuentra facultado para valorar total o parcialmente la prueba. En ese orden, el tribunal de alzada, debe pronunciarse con relación a la fundamentación de la valoración de la prueba que efectuó el Tribunal de Sentencia, controlando si ha seguido los pasos lógicos que normalmente se aceptan como propios de un pensamiento correcto. Si esa fundamentación, siguió esos pasos lógicos y correctos, debe darlos por bien hechos, confirmando la Sentencia; y no puede el tribunal de alzada fundamentar su decisión en hechos ajenos a los establecidos, probados y considerados por el Tribunal de Sentencia; cuando sea evidente la existencia de errónea aplicación de la ley, anulará la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal".

Ahora bien, habiendo quedado establecido que el acto omisivo valorativo de pruebas deviene de la labor del Tribunal de Sentencia, el tribunal de alzada fundamentó que además el juzgador a quo, no consideró la prueba signada como MP-10 consistente en el Informe Conclusivo del investigador Celín Salas y su declaración testifical que no fue cuestionada en casación, esa posición responde al agravio expresado en el recurso de apelación, motivo que fue estimado entre otros para la procedencia del recurso de apelación, conjuntamente los recursos y motivos de Ernesto Jesús Vidaurre Machicado y Jorge Nina Molina, en esa circunstancia es atinada la determinación del tribunal de apelación de observar la aplicación del art. 413 del C.P.P., y disponer la nulidad de la sentencia y reenvío del juicio oral por otro Tribunal de Sentencia.

Por otro lado, el recurrente adujo revalorización de la prueba consistente en la Notas mencionadas, porque a criterio del tribunal de alzada determinan la participación de la recurrente en los hechos; aspectos que, considera constituyen revalorización de la prueba; al respecto, la posición es absolutamente contradictoria y carente de fundamento, pues si bien se acusó haberse incluido de oficio en el auto de vista las indicadas notas, ello supone que ciertamente no estaban contemplados en la valoración del Tribunal de Sentencia y es justamente el razonamiento alegado en sentido de que se extraña la falta de valoración de esas pruebas; por consiguiente, no podría considerarse revalorización cuando las mismas no han sido valoradas en Sentencia, motivo por el cual dicha acusación igualmente carece de mérito y no entrevé violación de derecho alguno menos el que aduce a la defensa.

Respecto al análisis de oficio de la norma establecida en el art. 13 ter del Cód. Pen., cabe destacar que esta observación queda en simple mención, pues no se explica los fundamentos que precisen los antecedentes generadores del hecho, no detalla los alcances de la restricción o disminución del derecho o garantías, solo reclama el análisis de oficio de dicha norma sin establecer alguna situación de agravio que pudiera resultar; en ese ámbito, el auto de vista impugnado, describió: "...la cita del art. 13 ter del Cód. Pen., norma sustantiva ajena al proceso de valoración de la prueba no tiene incidencia alguna que explique o aclare por qué no se ha valorado la mencionada prueba" (sic), elemento que resaltó de la Sentencia que marca la extrañeza por haber sido vanamente consignado sin que responda a ninguna situación; por

consiguiente, fue catalogado como carente de incidencia alguna, por lo que debe ser considerado en esa dimensión; por lo tanto, ineficaz para provocar consecuencia o agravio, menos vulneración alguna de derechos o garantías constitucionales.

En cuanto al segundo motivo, siempre en alusión al recurso de apelación restringida del apoderado de la DAF, denunció valoración defectuosa de la prueba, cuando la labor del tribunal de alzada solo debía comprender la verificación del iter lógico seguido por el Tribunal de Sentencia en la valoración de la prueba, no así realizar su propia valoración cuando el recurso de apelación no refirió un solo elemento de la sana crítica que haya sido inobservado, pero el tribunal de apelación a tiempo de valorar la prueba tampoco explicó qué elemento de la sana crítica, lógica o experiencia hubiere sido incumplida.

Al respecto, nuevamente remitiendo el análisis al recurso de apelación, Mario Chigua Miranda en el primer motivo de su recurso, acusó: "mala valoración de la prueba de cargo y descargo...", haciendo referencia a la prueba documental, testifical y pericial, observa que no hubieren sido tomados en cuenta en la sentencia, se entiende fueron omitidos en la valoración realizada de la prueba por el Tribunal de Sentencia o en su caso no considerados en la forma y alcances pretendidos por el recurrente y es a esa observación que responde el auto de vista impugnado, centrando sus fundamentos en la consideración de la prueba consistente en el informe conclusivo y atestación de Celín Salas, incluyendo las Notas de 24 de junio, 31 de mayo y Tj. de 24 de junio, que ya fueron objeto de fundamentación en el análisis del motivo anterior, resaltando la contradicción de la posición del Tribunal de Sentencia en sentido de la afirmación de que todo el elenco probatorio hubiere sido considerado en su "integridad", cuando a su criterio existen pruebas que no hubieren sido valoradas no obstante estar descritas, pero que en esta postura el auto de vista impugnado, no consideró los otros elementos probatorios observados por el recurrente de apelación como ser la prueba testifical de Víctor León Ontiveros Garnica, Virginia Rivadeneira Tardío y la prueba pericial, más sobre esa también omisión, no existe de la parte interesada (apoderado de la DAF), ninguna observación, pues de su parte no interpuso recurso de casación reclamando este aspecto denotando su conformidad, por lo que sobre el asunto no amerita mayor argumentación y en definitiva resalta que no existe una posición que refiera al reclamo de la existencia de una defectuosa valoración de la prueba propiamente dicha, que difiere de la omisión de su consideración o en los términos del apelante prueba que no ha sido tomada en cuenta en Sentencia, motivo por el que no le era exigible al tribunal de alzada observar el aspecto formal del recurso de apelación -porque no le corresponde-, en sentido de que su reclamo cumpla los requisitos que comprende cuestionar la defectuosa valoración probatoria en base a las reglas de la sana crítica -lógica, ciencia y experiencia-, del mismo modo, si la prueba indicada fue omitida en su valoración por el Tribunal de Sentencia, menos hubiere el tribunal de alzada incurrido en revalorización.

Para ahondar esta posición relativo a la posible revalorización, la recurrente realiza una argumentación general sin especificar o individualizar que elementos de prueba hubieren sido valorados o revalorizados, cual el entendimiento otorgado y cuales las consecuencias que de ello derivaron, pero fundamentalmente omite precisar cuáles son las pruebas valoradas o revalorizadas y de qué forma, limitándose a consignar: "...que el tribunal de alzada de oficio realiza el trabajo de valoración de prueba (...) que no es posible, y aun haciendo aquello no fundamentó sobre la base de las reglas de la sana crítica...", esa falta de descripción precisa, no puede dar por entendida que abarca todo el argumento que responde al motivo de manera general, por lo que es necesario que en base a argumentos de hecho y jurídicos sólidos, pormenorizar la o las pruebas que fueron valoradas o revalorizadas, para a su vez merecer la respuesta concreta y motivada, dejando establecido que en el sistema procesal penal boliviano, no existe la doble instancia, los jueces y Tribunales de Sentencia son los únicos que tienen facultad para valorar la prueba, de modo que no es posible visualizar la posibilidad de que en esta labor y por parte del tribunal de apelación, se encuentre comprendida aplicar las previsiones establecidas en los arts. 124 y 173 del C.P.P., por lo mismo no se evidencia ninguna situación vulneratoria.

Respecto al motivo tercero del recurso de casación, la recurrente refirió al recurso de apelación restringida de Ernesto Jesús Vidaurre Machicado y acusó que el tribunal de alzada, revalorizó de oficio las pruebas consistentes en las notas y en cuanto a la testifical de Luis Benjamín Rojas, extrajo sus propias conclusiones modificando los hechos y cambiando el sentido de las pruebas cuando esa labor corresponde al Tribunal de Sentencia, por lo que sin necesidad de ser reiterativos, es adoptable los fundamentos expresados líneas arriba en ocasión del análisis del primer y segundo motivo, en razón a la coincidente relación referida a la revalorización de las notas. El segundo elemento referido a la revalorización de la declaración testifical de Luis Benjamín Rojas, de la revisión de la sentencia en la parte: "2.1.1.2. Prueba testifical de cargo del Ministerio Público", en lo relativo a la declaración de Luis Benjamín Rojas La Torre, describe: "A Erlinda la reconoce en el salón, la conoció entre mayo y noviembre de 2013, en visita a la Directora de la DAF del Órgano Judicial con una abogada, intentaban una conciliación con el Órgano Judicial" (sic), fragmento que fue extractado por el auto de vista impugnado seguido de la reiteración "...Nota: Tj. 24 de junio de 2010 Susana Murillo refiere a Miguel Ángel Laguna denuncia indicaciones y contraindicaciones verbales de Nina Molina que retrasan la ejecución del proyecto, solicitan designar profesional para evidenciar paralización de trabajos por el mismo supervisor" (sic), a continuación el auto de vista impugnado argumenta la imposibilidad de determinar la magnitud del dominio del hecho, en razón a que no está provista de intermediación, no pudiendo valorar o revalorizar la prueba y concluyendo que no es posible reparar el error de subsunción en forma directa, aunque se infiera de que se trate de un error de fundamentación subsanable tampoco es posible realizar una complementación, cuando ha asumido que el error en la fundamentación es determinante para el cambio de la situación jurídica del imputado, por lo que en observación del art. 413 del C.P.P., decidió que debe proceder a la anulación de la sentencia.

De esta forma el tribunal de alzada determinó la existencia de error de fundamentación en la sentencia que implica una situación defectuosa insubsanable, mas este razonamiento no advierte ninguna situación de revalorización, porque no se indica cual el sentido que se hubiere otorgado a esta declaración cuando se hizo hincapié de supuestas conclusiones que derivan no de la prueba testifical, sino presumiblemente de la prueba documental consistente en las notas; pero, lo llamativo es que de manera contrapuesta a la observación que realiza, la misma recurrente afirmó que aun haber sido vista en el Consejo de la Magistratura el 2013, ello no acredita su participación en la obra, o al sostener que el que el defecto de la obra se debe a un defecto del proyecto de la que no es responsable la Empresa SERVCON por los daños, menos su persona por haber delegado a un apoderado la ejecución de la obra; por consiguiente, la misma recurrente desmerece sus

propias alegaciones, por lo que igualmente en este motivo no se distingue ninguna situación de vulneración a derechos o garantías constitucionales como en los casos anteriores; en consecuencia, el recurso de casación deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesta por Erlinda Susana Murillo Rivera.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



283

Aurelio Tomás Beltrán Salamanca c/ Simón Rivera Aguilar
Perturbación de posesión y abuso de confianza
Distrito: Potosí

AUTO VISTA

Potosí, 6 de septiembre de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida de fs. 27 a 102, interpuesto por Simón Rivera Aguilar contra la Sentencia N° 7/16 de 14 de marzo de 2016, que cursa a fs. 89 a 91, pronunciada por el Juez 2° de Sentencia de esta capital, auto de apertura de juicio oral de fs. 15 vta., acta de juicio oral de fs. 56 a 61; 80 a 88 demás actuados que cursan en el cuaderno procesal, y;

CONSIDERANDO: Que el Juez 2° de Sentencia de esta capital, en base a la acusación particular de fs. 1 a 2, interpuesta por Aurelio Tomás Beltrán Salamanca, dicta auto de apertura de juicio en contra de Simón Rivera Aguilar, por la presunta comisión del delito de perturbación de posesión y abuso de confianza previstos en los arts. 353 y 346 del Cód. Pen., celebrando juicio oral hasta culminar con el pronunciamiento de la Sentencia N° 007/16 de 14 de marzo de 2016, en cuya parte resolutive, falla absolviendo al encausado por el delito de abuso de confianza por falta de prueba para generar la convicción en el juzgado sobre la responsabilidad penal del encausado. Asimismo falla declarando autor a Simón Rivera Aguilar del delito de perturbación de posesión previsto en el art. 353 del Cód. Pen., condenándosele a 2 años y dos meses de privación de libertad a cumplirse en el centro de Readaptación Santo domingo de la Localidad de Cantumarca de este Departamento.

CONSIDERANDO: Que contra esta resolución el querellado Simón Rivera Aguilar, interpone recurso de apelación restringida, mediante memorial de fs. 97 a 102, expresando sus agravios bajo los siguientes fundamentos:

Primer agravio.- Inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia art. 370-10 del C.P.P.

1.- Falta de fundamentación y los requisitos de la sentencia. Art. 124 y 360 del C.P.P., Señalando en lo principal que la redacción de la sentencia no cumple con la fundamentación que debe cumplir toda sentencia en un lenguaje claro sencillo y preciso, no cumple los requisitos establecidos en el art. 360. Además de estar incorporada datos falsos, porque la acusación particular de la comisión del delitos de perturbación de posesión, se basa solo porque ha sido soldado la puerta el 15 de junio de 2014 sin embargo la autoridad judicial incorpora hechos que han sucedido antes a la gestión 2012 como el cortar agua y electricidad que no han sido motivo de la acusación.

2.- Falta de valoración de la prueba.- Señalando que la sentencia solo hace una transcripción de lo manifestado por los testigos y la inspección judicial no hace una valoración de cada una de las pruebas no indica porque creen que los testigo dicen la verdad, no son creíbles dichas declaraciones.

3.- Falta de fundamentación jurídica.- Señala en lo principal que la sentencia impugnada se limita a transcribir el art. 353 del Cód. Pen. Sin señalar cual es la forma de participación de su persona como habría ejercido violencia o como habría amenazado indicando en que forma, no lo hace porque sencillamente no ha ejercido violencia ni amenaza alguna.

4.- Falta de determinación de la pena.- Que la sentencia no tiene la determinación de la pena se salta directamente al por tanto, no refiere nada acerca de condiciones personales, los móviles que impulsaron a delinquir, tampoco se refiere a atenuantes y agravantes. No indica por qué motivo le codena a dos años y seis mes de privación de libertad.

Que el juez debió redactar correctamente la sentencia indicando las pruebas de cargo y de descargo literales dándoles el valor correspondiente a cada uno de ellos. La sentencia no tiene fundamentación jurídica, probatoria analítica, intelectual la determinación de la pena por lo que la misma debe anularse.

Segundo agravio.- Individualización del Imputado previsto en el art. 370-2), 5 inobservancia de la ley sustantiva art. 38 del Cód. Pen. Señalando en lo substancial que no basta solamente indicar los datos para identificar al imputado sino que debe tornar pleno conocimiento de su personalidad, de su situación familiar, económica, grado de instrucción debe aplicar el art. 38, 39 y 40 del Cód. Pen., de manera obligatoria y al no haber observado dichas normas debe anularse la sentencia.

Tercer agravio.- Errónea aplicación del art. 365 del C.P.P., e incorrecta apreciación de la subsunción con relación al tipo penal previsto en el art 353 del C.P.P., señalando en lo principal que la sentencia debe señalar cuales son las razones por las cuales el imputado es culpable, en el caso de autos se puede establecer que su persona no ha cometido ningún delito que su conducta no se subsume al delito de perturbación a la posesión tipificado en el art. 353 del Cód. Pen. Que no existen acciones violentas o amenazas con el fin de que pueda quedarse con el inmueble. Se debe tomar en cuenta que este delito es de peligro y no de resultado porque si ya se ha logrado despojar o arrebatar ya no se considera perturbación sino despojo. En el presente caso el sujeto activo se ha limitado a realizar a media noche cuando no había ninguna persona a soldar la puerta como una forma de reclamo por el pago del alquiler devengado pro más de tres años. Haciendo se refacciones sin autorización del propietario, como si fueran dueños. Debieron acudir a la vía civil o constitucional. Por lo que en razón de no haberse subsumido su conducta a los tipos penales de perturbación de posesión, por no existir los elementos del tipo penal pide se declare nula la sentencia.

4.- Cuarto agravio.- Valoración defectuosa de la prueba.- La sentencia impugnada omite valorar correctamente las pruebas testificales tenida cuenta que solo les ha nombrado y redactado lo manifestado sin valorarles dichas declaraciones son creíbles o no , porque cree a los testigos cuando dichos testigos son familiares del acusador , por otro lado en cuanto a la prueba documental consistente en licencia de funcionamiento y el NIT solo se limita a citarlos no indica si dichas pruebas están a nombre del acusado no las valora para nada, no indica si está en vigencia o que gestiones corresponde. Por lo que corresponde la nulidad de dicha sentencia disponiendo la reposición del juicio por otro juez.

Quinto agravio.- Errónea aplicación del art. 172 del C.P.P., manifestando en lo substancial que de la prueba literal ofrecida por la parte acusadora ha solicitado la exclusión probatoria de la una sentencia presentada en un proceso civil y también la licencia de funcionamiento y el NIT solo el juez ha dado lugar a la exclusión de la sentencia no así de las otras dos pruebas, cuando dichas pruebas no han señalado de que propietario se trata, si se encuentra vigente que pretenden probar con ellas, vulnerando el principio de contradicción, el tribunal debió admitir la exclusión de la prueba y con sana crítica absolverle de pena y culpa en razón de que la prueba no es suficiente para generar convicción para una condena.

Sexto agravio.- Inobservancia del art. 366 del C.P.P., suspensión condicional de la pena. Señalando en lo principal que la norma prevista en el art. 366 del C.P.P., referente a la suspensión condicional de la pena es imperativa para todo juzgador de manera que primeramente debe obtener todos los informes necesarios acerca de la persona del imputado si ha recaído o no sentencia constitucional sobre el mismo sin embargo estos aspectos de vital importancia no están en la sentencia, cuando al ley ordena que expresamente a los juzgadores que deben ser insertados bajo responsabilidad de incumplimiento de deberes. Que el juez deliberadamente ha omitido otorgarle la suspensión condicional de la pena siendo que es la primera vez que está siendo sometido a un proceso penal. Pues no se puede presumir que tenga antecedentes penales para no otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

Con estos agravios en definitiva pide se anule la sentencia impugnada o en su defecto se disponga la absolución por los delitos acusados.

Que notificada legalmente con la apelación formulada la parte querellante mediante memorial de fs. 116 a 118 contesta a la misma. Negando y contradiciendo los fundamentos del recurso solicita se confirme la sentencia impugnada. Considerando: Que del análisis jurídico de la sentencia, de los puntos impugnados en el memorial de alzada y demás elementos procesales adjuntos al cuaderno de antecedentes, este tribunal llega a las siguientes conclusiones de orden legal:

Primera conclusión.- Con relación al quinto agravio, en el que se alega errónea aplicación del art. 172 del C.P.P., O sea una errónea incorporación de la prueba. Tratándose de una apelación incidental reservada para esta instancia, este tribunal se pronunciará con carácter previo sobre el mismo. Se observa en lo substancial que de la prueba literal ofrecida por la parte acusadora ha solicitado la exclusión probatoria de la sentencia presentada en un proceso civil y también la licencia de funcionamiento y el NIT solo el juez ha dado lugar a la exclusión de la sentencia no así de los otras dos pruebas, cuando dichas pruebas no han señalado de que propietario se trata, si se encuentra vigente que pretenden probar con ellas, vulnerando el principio de contradicción, el tribunal debió admitir la exclusión de la prueba y con sana crítica absolverle de pena y culpa en razón de que la prueba no es suficiente para generar convicción para una condena. sobre el punto de la revisión del acta de audiencia de juicio , más exactamente del auto de 9 de marzo de 2016 se evidencia que el juez del proceso ha rechazado la exclusión probatoria de Prueba N° 1.- Licencia de funcionamiento a nombre de Aurelio tomas Beltrán Salamanca y 2.- NIT N° 1328844019 a nombre de Aurelio Beltrán Salamanca, manifestando que no se habría presentado ningún elemento más que simplemente observar la falta de formalidades para comprobar lo alegado por la defensa no existe ningún elemento que pueda desvirtuar las pruebas observadas. Que a la explicación del art. 172 del C.P.P., se establece que son tres las posibilidades en las que una prueba puede ser excluida, cuando se vulneren derechos y garantías constitucionales; cuando la prueba fuere obtenida ilícitamente; y cuando fueran incorporados sin observación de las formalidades previstas por ley. Ahora bien de la revisión del acta de juicio de fs. 85-86 se establece que la prueba no se encuentra dentro de estas de las posibilidades señaladas, que tratándose de documentos pertenecientes a la querellante los mismos incluyen toda la información necesaria para su admisión sin embargo es cierto que se debió señalar ya en el ofrecimiento la pertinencia de la prueba empero ha sido suplida en la audiencia y tomando en cuenta la naturaleza de esos documentos considera este tribunal que ello no es suficiente para desestimar la

admisión de esta prueba. En consecuencia considera este tribunal que el juez ha actuado dentro el campo de la sana crítica, máxime si se considera que dicha observación no podía de ninguna manera derivar en una eventual nulidad de la sentencia como pretende la recurrente porque la nulidad por nulidad no existe sino en cuanto exista violación de derechos y garantías constitucionales que causen indefensión, lo que no ocurre en el caso de autos.

Segunda conclusión.- Con relación al primer agravio en el que se alega Inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia previsto en el art. 370-10 del C.P.P., en el que se observan:

1. Falta de fundamentación y los requisitos de la sentencia.- Art. 124 y 360 del C.P.P., señalando en lo principal. Que la sentencia incorpora datos falsos, porque la acusación, particular de la comisión del delito de perturbación de posesión, se basa solo por haber sido soldada la puerta el 15 de junio de 2014, sin embargo la autoridad judicial incorpora hechos que han sucedido antes a la gestión 2012 como el cortar agua y electricidad que no han sido motivo de la acusación.

Sobre el punto de una revisión de las sentencias impugnadas se establece que la misma cumple con los requisitos establecidos en el art. 360 del C.P.P., en lo pertinente y adecuado a un juez unipersonal es decir que:

La sentencia se pronunciará en nombre de la República y contendrá:

- 1.- La mención del juez, lugar y fecha en que se dicte, de las partes y los datos personales del imputado;
- 2.- La enunciación del hecho y circunstancias que hayan sido objeto del juicio;
- 3.- No es aplicable a un juez unipersonal;
- 4.- La parte dispositiva, con mención de las normas aplicables; y,
- 5.- La firma del juez.

En el presente caso se han cumplido con todos estos requisitos esenciales; respecto a que hubiese incorporados algunos hechos fuera de la acusación no es evidente el corte de luz y electricidad figuran en la acusación solo como antecedentes, tenida cuenta que la sentencia se basó fundamentalmente en el hecho de que el acusado hoy recurrente habría soldado la puerta de entrada.

En cuanto a la redacción de la sentencia, se la revisión de la misma se establece que cumple en lo esencial con lo exigido por el art. 361 del C.P.P., Pues se dio lectura a la parte resolutive de la sentencia el 9 de marzo de 2016 y se dio lectura integra de la sentencia en audiencia pública el 14 de marzo de 2016 o sea dentro del tercero día hábil, previsto en el mencionado artículo. En cuanto al lenguaje utilizado por el tribunal es comprensible y sencillo.

2. Falta de valoración de la prueba.- Este punto no encaja dentro del agravio aludido corresponde a otro defecto de sentencia previsto en el num 6 del art. 370 del C.P.P., Sin embargo es necesario señalar que la sentencia hace descripción de lo esencial de la declaraciones de la prueba testifical y por la forma de redacción implica en cierta forma una valorización individual. En el segundo considerando y que en el punto 2 ha realizado una valoración integral de la misma señalando que con dichas atestaciones se han llegado a probar que la puerta de ingreso a la tienda que poseía en alquiler el querellante ha sido soldada por el acusado.

3. Falta de fundamentación jurídica.- Este agravio tampoco encaja en el agravio aludido pro el recúrrete pues este defecto de sentencia está previsto en la falta de fundamentación de la sentencia prevista en el num. 5 del art. 370 del CPP, sin embargo, debemos señalar que de una revisión de la sentencia evidentemente _en la estructura de la sentencia no encontramos una fundamentación para la determinación de la pena; no refiere para nada a los art. 37-38-39-40 a la personalidad circunstancia motivos, agravantes atenuantes del encausado, su grado de instrucción en la redacción de la sentencia existe una fundamentación jurídica basada fundamentalmente en que el acusado habría soldado la puerta de ingreso a la tienda que alquiló al querellante, si_ bien la adecuación de la conducta del encausado al tipo penal previsto en el art. 353 del Cód. Pen., a criterio de este tribunal conlleva algunos cuestionamientos que será motivo de análisis en el tercer agravio en el que se alega una apreciación incorrecta de la subsunción del hecho al derecho. Empero como parte del requisito de sentencia considera este tribunal que no es evidente el agravio aludido.

4. Falta de determinación de la pena.- Al igual que en los anteriores puntos, este agravio tampoco encaja específicamente en el agravio aludido por el recurrente pues este defecto de sentencia está previsto en la falta de fundamentación de la sentencia prevista en el num. 5 del art. 370 del C.P.P., sin embargo, debemos señalar que de la revisión de la estructura de la sentencia impugnada esta no tiene una fundamentación de la determinación de la pena o aplica los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen., no indica por qué motivo le condena a 2 años y 6 mes de privación de libertad. Es decir que es evidente el agravio aludido por el recurrente sin embargo esto no es un motivo para anular la sentencia ya que esta fundamentación puede ser suplida por el tribunal de apelación y aun la cuantía de la misma, conforme señala el art. 414 el C.P.P.

Tercera conclusión.- Con referencia al segundo agravio en el que se alega individualización imputado previsto en el art. 370-2), 5) Inobservancia de la ley sustantiva art. 38 del Cód. Pen. Al respecto de una revisión de la sentencia se establece que establece que en el caso presente no existe duda alguna no existe ningún cuestionamiento concreto respecto de la identidad de que el imputado es precisamente la persona a quien ha sido sometido a juicio y contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria .por lo que a criterio de este tribunal el encausado es decir está debidamente individualizado, sin embargo como se tiene dicho en la anterior conclusión no existe una fundamentación en cuanto el por qué se le ha condenado a dos año y seis meses de privación de libertad no refiere sobre la personalidad, atenuantes y agravantes que existen en este caso.; empero ello corresponde a una falta de fundamentación en la pena no precisamente en la identidad del encausado. Por lo que resulta infundado el agravio alegado.

Cuarta conclusión.- Con referencia al tercer agravio en la que se alega errónea aplicación del art. 365 del C.P.P., e incorrecta apreciación de la subsunción con relación al tipo penal previsto el art 353 del C.P.P.

Sobre el punto de una revisión de la sentencia impugnada se establece que en el punto dos de la sentencia referente, a la aplicación de la sana crítica, por la valoración de todos los elementos de prueba declaraciones testificales prueba de inspección literales, ha establecido que el 15 de junio de 2014 el encausado habría soldado la puerta de entrada a la tienda que habría alquilado al querellante y que el mismo acusado refiere que evidentemente él lo hizo, es más el propio encausado hoy en su recurso de apelación manifiesta este extremo cuando señala:

"En el presente caso el sujeto activo se ha limitado a realizar a media noche cuando no había ninguna persona a soldar la puerta como una forma de reclamo por el pago del alquiler devengado pro más de tres años" con todo ello llega la conclusión de que el encausado es autor del delito de perturbación de posesión previsto en el art. 353 del Cód. Pen., cuando expresamente señala:

"En todo caso del análisis de la prueba integral de cargo se ha establecido que el hecho de perturbación de posesión ha ocurrido el 15 de junio de 2014 años que la misma ha sido comprobado, más aun cuando así lo refiere el propio acusado que él lo hizo es más la misma que fue ratificado en la fundamentación de alegatos en conclusiones, corroborado con la inspección al inmueble en la que se pudo observar que la puerta de cortina de la tienda esta soldada".

Ahora bien del análisis del art. 353 del Cód. Pen., que expresamente indica:

Art. 353. (Perturbación de posesión). El que con violencias o amenazas en las personas perturbare la quieta y pacífica posesión de un inmueble, incurrirá en la pena de reclusión de 3 meses a 3 años.se desprenden dos elementos fundamentales de este delito de perturbación de posesión:

- 1.- Que el sujeto activo, o sea el encausado en este caso Simón Rivera Aguilar realice acto de violencia o amenazas en la persona de la que posee el bien.
- 2.- El sujeto pasivo la persona que tiene posesión del bien y que recibió los actos de violencia o amenazas en este caso el acusador Aurelio Beltrán Salamanca.
- 3.- El bien jurídico protegido, que es la posesión que tiene en este caso Aurelio Beltrán Salamanca sobre la tienda otorgada en alquiler por acusado.

En el caso de autos el hecho comprobado por el juez y que no es cuestionado por el acusado es que:

El acusado Simón Rivera Aguilar el 15 de junio de 2014 ha procedido al soldar la puerta de la tienda que habría otorgado en alquiler al acusador Aurelio Beltrán Salamanca. No se registra ningún acto de violencia o amenaza contra la persona del querellante o sujeto pasivo del delito, el acusado al soldar la puerta de entrada e impedir la entrada del querellante, en realidad le ha arrebatado la posesión del bien lo ha despojado; en consecuencia su actuar no se acomoda al art. 353 del Cód. Pen., sino al art. 351 del Cód. Pen., que expresamente dice:

Art. 351 (Despojo). El que en beneficio propio o de tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio, despojare a otro de la posesión o tenencia de un inmueble, o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes, incurrirá en privación de libertad de 6 meses a 4 años. Del análisis de este artículo se desprenden como elementos fundamentales de este delito de despojo en el caso de autos:

- 1.- Que el sujeto activo, o sea el encausado en este caso Simón Rivera Aguilar al soldar la puerta de entrada de la tienda que alquiló al querellante, le ha despojado de la posesión o tenencia de la misma.
- 2.- El sujeto pasivo la persona que tiene posesión o tenencia del bien; en este caso Aurelio Beltrán Salamanca, que fue despojado de la posesión o tenencia del bien.
- 3.- El bien jurídico protegido, que es la posesión o tenencia que tiene en este caso Aurelio Beltrán Salamanca sobre la tienda otorgada en alquiler por acusado.

De donde queda claro que la conducta del encausado en verdad material se acomoda al tipo penal de despojo y no así al tipo de penal de perturbación de posesión. Conforme incluso el propio recurrente señala en su memorial de apelación cuando señala:

"Se debe tomar en cuenta que este delito es de peligro y no de resultado porque si ya se ha logrado despojar o arrebatar ya no se considera perturbación sino despojo. De donde resulta evidente el agravio aludido por el recurrente"

Ahora bien conforme a la doctrina legal aplicable establecida por la Sala Penal Primera del Tribunal Supremo mediante A.S. N° 94 de 2 de abril de 2013 que expresamente señala: "sobre el último aspecto descrito precedentemente, el tribunal de alzada aplicando debidamente el principio de economía procesal y sobre todo el de legalidad debe observar lo prescrito en el art. 413 parte in-fine del Cód. Pdto. Pen., que textualmente dice: "...cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no sea necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente", el supuesto que posibilita la disposición legal citada está facilitando subsanar errores de derecho existentes en el proceso, sin que se modifiquen los hechos probados en juicio que se hallan sujetos al principio de intangibilidad, una interpretación contraria importaría que por una indebida aplicación de norma sustantiva o indebida interpretación de la ley tenga que efectuarse un nuevo juicio oral, aspecto que llevaría a que los juicios orales tengan duraciones demasiado largas y dificultosas, restringiendo el derecho que tienen los sujetos procesales a un juicio pronto, oportuno y sin dilaciones, en observancia de la garantía jurisdiccional consagrada en el art. 115-II de la C.P.E.; sin perjuicio de destacar que esa posibilidad no puede ser entendida como una facultad que le permita al tribunal de alzada cambiar diametralmente la parte dispositiva de la sentencia, esto es cambiando la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa.

Finalmente, si bien ninguna persona puede ser condenada por un hecho distinto al atribuido en la acusación conforme al principio de congruencia, empero se debe tomar en cuenta el principio "iura novit curia", por el cual la congruencia debe existir entre el hecho y la sentencia y no respecto a la calificación jurídica que provisionalmente establece el Ministerio Público o la acusación particular de manera indistinta; por ello, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio oral y ordinario, el juez o tribunal que pronuncia sentencia tiene que realizar la subsunción del hecho al tipo penal que corresponda pudiendo ser diferente al de la calificación jurídica provisional realizada por la acusación, en aplicación precisamente del principio procesal indicado -siempre que se trate de la misma familia de delitos.

Por lo expuesto en aplicación del principio *iura novit curia*, adecuando los hechos probados pro el juez a quo, encuentra que la conducta del encausado se subsume al tipo penal de despojo y no al de perturbación de posesión y siendo de la misma familia corresponde modificar la parte resolutive de la sentencia.

Quinta conclusión.- Con relación al cuarto agravio en el que se alega valoración defectuosa de la prueba previsto en el num. 6 del art. 370 del C.P.P., con referencia a las declaraciones testificales a la prueba documental consistente en Licencia de funcionamiento y el NIT. Con relación a las declaraciones testificales como se señalado en primera conclusión que la sentencia contiene la descripción de lo esencial de la declaraciones de la prueba testifical y por la forma de redacción implica en cierta forma una valoración individual y que en el segundo considerando, punto 2 realiza una valoración integral de la misma señalando que con dichas atestaciones se han llegado aprobar que la puerta de ingreso a la tienda que poseía en alquiler el querellante ha sido soldada por el acusado, en consecuencia no es evidente el agravio con relación a las pruebas testificales.

Con relación a la documental consistente en Licencia de funcionamiento y el NIT. En el Considerando II al referirse a la producción de la prueba producida en vista pública, se limita a señalar que como prueba literal se produjo licencia de funcionamiento y NIT. Empero en el num. 2 referente a la aplicación de la sana crítica hace una valoración de la prueba literal calificándole de relevante porque se refiere a la licencia de funcionamiento y NIT de un restaurant en la Av. Universitaria N° 347 cuya puerta exterior fue soldada y que esa teoría del presente proceso. Por lo expuesto si bien existe alguna deficiencia en la fundamentación descriptiva de la prueba empero dichas prueba en realidad pian sido debidamente valoradas; en consecuencia no es evidente el agravio aludido por la parte recurrente con relación al hechos facticos probado, tenida cuenta que con relación a la relación subsunción de la conducta del imputado como se tiene dicho pro este tribunal correspondería en realidad a otro tipo penal como es el despojo. Sin embargo para mejorar la estructura de la sentencia el juez de debe en el formato de su sentencias realizar una valoración individual de la prueba.

Sexta conclusión.- Con relación al sexto agravio el que se alega inobservancia del art. 366 del C.P.P., referente a la suspensión condicional de la pena. Sobre el punto de conformidad al art. 366 del C.P.P., La concesión de este beneficio están sujetos a ciertos requisitos que debe cumplir el imputado, conforme expresamente señala el mencionado artículo.

Art. 366. (Suspensión condicional de la pena). La jueza o el juez o tribunal, previo los informes necesarios y tomando en cuenta los móviles o causas que hayan inducido al delito, la naturaleza y modalidad del hecho, podrá suspender de modo condicional el cumplimiento de la pena cuando concurran los siguientes requisitos: 1) Que la persona haya sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de 3 años de duración; 2) Que el condenado no haya sido objeto de condena anterior por delito doloso, en los últimos 5 años.

La suspensión condicional de la pena no procede en delitos de corrupción. (Modificado por el art. 37 de la L. N° 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas «Marcelo Quiroga Santa Cruz»).

En consecuencia si bien es obligación de los órganos jurisdiccional pronunciarse sobre los subrogados penales; empero corresponde al imputado demostrar con la prueba correspondiente que es acreedor a estos beneficios. Por lo que el juez debió pronunciarse en sentido de que por la cuantía de la pena le correspondería la suspensión condicional de la pena para lo cual deberá acreditar los requisitos correspondientes.

Por lo expuesto habiendo encontrado este tribunal en aplicación del principio *iura novit curia* que la conducta del encausado se encuadra al tipo penal de despojo y no al sí al de perturbación de la posesión, y para la pena a imponerse se toma en cuenta que el encausado es una persona de 65 años de edad, de profesión tornero mecánico, tiene una familia constituida con tres hijos, con un grado de instrucción hasta 4° de secundaria que es la primera vez que se le procesa por un delito conforme a su declaración y tomando en cuenta que el móvil para la comisión del delito presuntamente la falta de pago del canon de alquiler dela tienda en cuestión, considerando que el delito de despojo tipificado en el art 351 se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad de 6 meses a 4 años. Considera este tribunal debe ser acreedor a una pena de dos años y seis meses de reclusión.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, encontrándose admitido el recurso de apelación interpuesto por el imputado mediante auto de 30 de abril de 2013 deliberando en el fondo declara PROCEDENTE en parte; el recurso interpuesto por la parte imputada; en consecuencia, revoca la Sentencia N° 007/2016 de 14 de marzo, que cursa a fs. 89 a 91, pronunciada por el Juez 2° de Sentencia de esta capital, absolviendo al encausado de pena y culpa por el delito de perturbación de posesión y condenándolo por el delito de despojo tipificado en el art. 351 del Cód. Pen., a sufrir una pena de dos años y seis meses de privación de libertad en aplicación al Principio *iura Novit Curia*.

La presente resolución admite el recurso de casación en el plazo de cinco días computables a partir de su legal notificación, conforme prevé el art. 417 del C.P.P.

Vocal relator: Dr. Jorge Oscar Balderrama Berrios.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Jorge Oscar Balderrama Berrios.- Jorge Andrés Pérez Maita.

Ante mí: Abg. Ángela M. Cuiza Aparicio.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 7 de octubre de 2016, cursante de fs. 157 a 163, Simón Rivera Aguilar, interpuso recurso de casación, impugnando el A.V. N° 30/2016 de 6 de septiembre de fs. 137 a 141, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, integrada por los vocales Jorge Oscar Balderrama Berrios y Jorge Andrés Pérez Maita, dentro del proceso penal seguido por Aurelio Tomás Beltrán Salamanca contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de perturbación de posesión y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 353 y 346 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.**I.1.- Antecedentes.**

a) Por Sentencia N° 007/2016 de 14 de marzo (fs. 89 a 91 vta.), el Juez 2° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a Simón Rivera Aguilar autor de la comisión del delito de perturbación de posesión, previsto y sancionado por el art. 353 del Cód. Pen., imponiendo la pena de reclusión de dos años y dos meses, con costas y responsabilidad civil a favor de la víctima; asimismo, lo absolvió de pena y culpa del delito de abuso de confianza.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Simón Rivera Aguilar (fs. 97 a 102 vta.) interpuso recurso de apelación restringida, que previo memorial de subsanación (fs. 131 a 134), fue resuelto por A.V. N° 30/2016 de 6 de septiembre, que declaró procedente en parte el recurso interpuesto y revocó la sentencia impugnada, absolviendo al encausado del delito de perturbación de posesión y lo condenó por el delito de despojo, tipificado por el art. 351 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años y seis meses de privación de libertad, en aplicación del principio *iura novit curia*; por otra parte, mediante Resolución de Complementación y Enmienda de 30 de septiembre de 2016 (fs. 144), fue rechazada la solicitud, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 54/2017-RA de 24 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) El recurrente refiere que en la tercera conclusión del auto de vista impugnado, el tribunal de apelación había concluido señalando que no existe duda alguna ni cuestionamiento respecto a la identidad del imputado, aspecto que no había sido motivo de apelación, sino que la Sentencia no analizó la personalidad del acusado, referente a las circunstancias señaladas en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., omisión que vulneró lo prescrito en el art. 370-2) y 5) del C.P.P., al no haber sido resuelto. Invoca como precedente el A.S. N° 152 de 2 de febrero de 2007.

2) Alega contradicción e incongruencia entre la parte considerativa y la resolutive del auto de vista impugnado, ya que no obstante haberle dado la razón en los agravios denunciados; sin embargo, contradictoriamente el tribunal de alzada emite una resolución, declarando procedente en parte la apelación restringida y revoca la sentencia impugnada en su totalidad absolviéndolo por el delito de perturbación de posesión y pese a la revocatoria del fallo de mérito, en franca violación de su derecho a la defensa, se lo sanciona por un delito que nunca le acusaron y por un hecho del que nunca se defendió, como es el de despojo invocando el A.S. N° 307 de 11 de junio de 2003.

3) Añade que del análisis de lo preceptuado por el art. 413 del C.P.P., se entiende que cuando se trata de anulaciones parciales o totales, debe necesariamente ordenarse la reposición del juicio; por tanto, en el caso de análisis el tribunal de apelación, al revocar en su totalidad la sentencia no podría condenar y menos por un hecho distinto al juzgado, dado que los elementos de los tipos penales de perturbación de posesión y de despojo son diferentes. Tampoco, se fundamentó sobre la comisión de este delito; es decir, si el despojo se cometió en beneficio propio o de un tercero, si fue mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza u otro medio, invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes. Consecuentemente, alega el recurrente que fue condenado sin haberle dado la oportunidad de defenderse, sin que exista Sentencia ni juicio por el delito de despojo. En este motivo invoca como precedentes los AA.SS. Nos. 13 de 26 de enero de 2016 y 254 de 22 de julio de 2005.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto la resolución impugnada, disponiendo que el tribunal de apelación emita nuevo auto de vista conforme la doctrina legal aplicable establecida en el auto supremo a ser emitido.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 54/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 173 a 177, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Simón Rivera Aguilar, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 007/2016 de 14 de marzo, el Juez 2° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, declaró a Simón Rivera Aguilar autor de la comisión del delito de perturbación de posesión, previsto y sancionado por el art. 353 del Cód. Pen., imponiendo la pena de reclusión de dos años y dos meses, con costas y responsabilidad civil a favor de la víctima; asimismo, lo absolvió de pena y culpa del delito de abuso de confianza.

En el punto 2 del considerando III de la sentencia, el a quo a tiempo de valorar la prueba testifical, refirió que la parte acusadora probó con las testificales de Aurelio Tomás Beltrán, Luís Alberto Cuevas Isnado, Irma Ramírez Ibarra y Carol Irma Beltrán Ramírez de Mamani, que el acusado el 15 de junio de 2014, había soldado la puerta de ingreso a la tienda alquilada al querellante, del inmueble ubicado en la Av. Universitaria N° 347, hecho que había sido corroborado con la inspección realizada a la mencionada tienda.

II.2.- De la apelación restringida del imputado.

El apelante alegó entre otros motivos los siguientes:

1) En el primer motivo de apelación restringida, el recurrente denunció que la Sentencia incurrió en el defecto previsto por el inc. 10) del art. 370 del C.P.P., fundando en cuatro aspectos, de los cuales en el último, refirió que no existe fundamentación que justifique la razón de la pena impuesta, pues no se había tomado en cuenta el art. 38 del Cód. Pen., para determinar los móviles que lo impulsaron a delinquir, no se había referido la sentencia a las atenuantes o agravantes, por lo que a decir del imputado el a quo había violado el art. 360-3) del C.P.P.

2) Como segundo motivo de apelación denunció que el a quo incurrió en el defecto de sentencia previsto por los incs. 2) y 5) del C.P.P., por insuficiente individualización del imputado e inobservancia del art. 38 del Cód. Pen., alegando que para identificar al imputado no es suficiente describir sus datos, sino debe tomarse conocimiento de su persona, situación familiar económica, grado de instrucción, a que se dedicaba antes de cometer el delito, sus antecedentes penales y circunstancias especiales, por lo que refiere el recurrente que en el caso de autos el a quo había inobservado los arts. 37 y 38 del "C.P.P." (sic), cuando el juzgador debe aplicar obligatoriamente para condenar a una persona los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen.

3) Como tercer motivo de apelación, el recurrente denuncia que el juez de mérito incurrió en errónea aplicación del tipo penal previsto por el art. 353 del Cód. Pen., pues no existe delito a decir del recurrente, porque su conducta no se subsumiría al tipo penal previsto por el art. 353 del Cód. Pen., porque no había existido las acciones de violencia o amenazas de despojo, habiéndose limitado su acción a soldar la puerta por la falta de pago de alquileres de más de tres años, por lo que sostiene que el soldar la puerta no constituye sinónimo de violencia o amenazas en las personas.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Potosí, a través del auto de vista impugnado, declaró procedente en parte el recurso interpuesto por el imputado y revocó la sentencia apelada, absolviendo al encausado de pena y culpa por el delito de perturbación de posesión y lo condenó por el delito de despojo, tipificado por el art. 351 del Cód. Pen., condenándole a sufrir la pena de dos años y seis meses de privación de libertad, bajo los siguientes argumentos entre otros:

a) En cuanto al punto cuarto del primer motivo de apelación restringida, el tribunal de apelación argumentó que es evidente que la sentencia no contiene una fundamentación del quantum de la pena, no se había aplicado los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; sin embargo, pese a ser evidente el agravio denunciado, el ad quem señaló que no es motivo para anular la sentencia en virtud a que la fundamentación puede ser suplida por el tribunal de alzada.

b) Resolviendo la denuncia de defecto de sentencia previsto por los incs. 2) y 5) del art. 370 del C.P.P., el tribunal de apelación argumentó que en el caso de autos no existe duda sobre "la identidad de que el imputado es precisamente la persona a quien ha sido sometido a juicio y contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria (...)" (sic), razón por la que en criterio del tribunal de apelación, el acusado estaría debidamente individualizado; sin embargo, no existiría fundamento del porqué se le condenó a 2 años y 6 meses de privación de libertad, no se habría referido a las atenuantes y agravantes, lo cual correspondería a una falta de fundamentación, por lo que declaró infundado el agravio denunciado.

c) Sobre la denuncia de errónea aplicación del art. 365 e incorrecta subsunción de los hechos al tipo penal, previsto por el art. 353 del C.P.P., el tribunal de apelación refirió que el a quo, estableció que el acusado había soldado la puerta de entrada a la tienda que alquiló al querellante, lo cual había sido referido incluso por el acusado en su recurso de apelación restringida; en el referido hecho, a decir del tribunal de apelación no se registra ningún acto de violencia o amenazas contra el querellante que es el sujeto pasivo del delito; empero, al soldar la puerta de entrada e impedir la entrada del querellante en realidad habría arrebatao la posesión del bien, por lo que actuar se acomodaría al tipo penal previsto por el art. 351 del Cód. Pen., de despojo, pues el querellante había sido despojado de la posesión otorgada de una tienda en calidad de alquiler, por lo que en aplicación del art. 413 parte in fine del C.P.P., señaló que correspondía modificar la parte resolutive de la sentencia.

En el último párrafo de la sexta conclusión del auto de vista impugnado, el tribunal de apelación argumentó que la pena a imponerse al acusado se toma en cuenta su edad de sesenta y cinco años, profesión tornero mecánico, su familia con tres hijos, su grado de instrucción hasta 4° de secundaria, su primer delito conforme a su declaración prestada y tomando en cuenta el móvil para la comisión del delito el cual sería supuestamente la falta de pago de canon de alquiler de la tienda, debiendo ser condenado a la pena de dos años y seis meses de reclusión.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con los precedentes invocados por el recurrente.

En el caso presente, el imputado denuncia que el tribunal de alzada se refirió a un extremo que nunca fue objeto de impugnación, que incurrió en incongruencia entre la parte considerativa con la resolutive del fallo impugnado y fue condenado en apelación por un hecho y un delito distinto al juzgado, correspondiendo resolver las problemáticas planteadas.

III.1.- La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3) de la L.O.J., y 419 del C.P.P., las Salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo.

El art. 416 del C.P.P., preceptúa: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar".

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios; será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del C.P.P.

III.2.- Análisis del caso concreto.

En cuanto al primer motivo de casación.

En el primer motivo de casación, el recurrente denunció falta de fundamentación en el auto de vista, porque el tribunal de apelación había argumentado que no existe duda sobre la identidad del imputado, hecho que no había sido objeto de apelación restringida; sino, la falta de análisis de la personalidad del imputado, conforme lo previsto por los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; a cuyo fin, invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 152 de 2 de febrero de 2007, dictado dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra JMM, por la presunta comisión del delito de transporte de sustancias controladas, en el cual se constató, que el tribunal de apelación incurrió en falta de fundamentación, por no resolver todos los motivos de apelación; lo que motivó la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable: "Que el tribunal de alzada tiene limitada su competencia, porque debe circunscribir su actividad jurisdiccional a los puntos cuestionados; por otro lado, los puntos impugnados deben clasificarse y jerarquizarse, resumiendo y describiendo cada uno de ellos; actividad que servirá para expresar los fundamentos de la resolución.

El auto de vista que resuelva los puntos cuestionados debe fundamentar cada uno de ellos, esta actividad de puro derecho debe expresar la interpretación y aplicación de la norma o normas aplicadas a cada aspecto impugnado, con lo que el actuar del juzgador se ciñe al principio de legalidad".

Existiendo una situación procesal análoga entre el precedente invocado y el motivo de apelación referido a la falta de fundamentación del auto de vista impugnado, corresponde a este tribunal establecer la existencia o no de la contradicción alegada en casación.

De la revisión de antecedentes, se establece que el tribunal de apelación en el punto 4 de la segunda y tercera conclusión del considerando tercero de la resolución impugnada, argumentó que: i) Es evidente que la sentencia no contiene fundamentación del quantum de la pena, al no haberse aplicado los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; sin embargo, dicha falta de fundamentación podría ser suplida por el en apelación; ii) En cuanto, al supuesto defecto de sentencia previsto por los incs. 2) y 5) del art. 370 del C.P.P., el tribunal de apelación, refirió que no existe duda sobre la identidad del imputado pues sería la persona sometida a juicio y contra quien se dictó sentencia condenatoria, lo cual a decir del tribunal de alzada constituye una suficiente individualización; empero, no existiría fundamento para sustentar el quantum de la pena, pues en sentencia el juez de origen no se había referido a las agravantes y atenuantes, por lo que declaró infundado el agravio.

Estos argumentos que se hallan directamente relacionados, denotan que el tribunal de apelación advirtió que el juez de mérito, no justificó las razones del por qué corresponde el quantum de la pena impuesta, siendo expuestos a tiempo de resolver los siguientes motivos de apelación: 1) El primer argumento del ad quem, que establece que el de mérito no había aplicado los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen., fue expuesto a tiempo de resolver la denuncia de que la Sentencia había incurrido en el defecto previsto por el inc. 10) del art. 370 de la norma adjetiva penal, porque entre otras razones, el juez de sentencia no había fundamentado porqué razón merece la pena impuesta, pues no se había referido al art. 38 del Cód. Pen.; tampoco, había tomado en cuenta las circunstancias que lo llevaron a delinquir, las agravantes y atenuantes, por lo que el apelante denunció la violación del art. 360-3) del C.P.P.; y, 2) El segundo argumento expuesto por el tribunal de apelación en su tercera conclusión, corresponde a la respuesta dada a la denuncia de que la sentencia habría incurrido en el defecto de sentencia previsto por los incs. 2) y 5) del C.P.P., por insuficiente individualización del imputado e inobservancia del art. 38 del Cód. Pen., pues la identificación del sujeto activo no sería suficiente, pues debió tomarse en cuenta las circunstancias personales y especiales del imputado, pues en el caso de autos el de mérito había inobservado los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.

De los argumentos expuestos por el apelante y el propio tribunal de apelación, se establece una clara confusión entre lo que se entiende por identificación e individualización del imputado y la fundamentación jurídica.

Sobre el particular, previamente resulta necesario precisar que William Herrera Añez, en su obra "Derecho Procesal Penal Boliviano" haciendo referencia a la estructura de la Sentencia, señala: "a) El encabezamiento. La sentencia contendrá la identificación de los jueces que integran el tribunal o juzgado y de los jueces que la hubieran pronunciado, así como de las partes, los datos personales del imputado y el lugar y fecha en que se dicta. Es importante que las partes que intervienen en el proceso estén lo suficientemente identificadas, con todas sus generales de ley: nombre, apellidos, estado civil, profesión, etc.; incluso, en el caso del imputado, se debe incluir: apodo, edad ocupación, así

como cualquier otra circunstancia personal que hubiera sido averiguada y verificada y que permita identificarlo, a efecto del registro de antecedentes y evitar homónimos”.

Por otro lado, Ricardo Ramiro Tola Fernández, en su obra “Derecho Procesal Penal” refiriéndose a la individualización de la persona perseguida, expresa: “...esta individualización puede hacerse, primeramente, mediante el nombre; pero éste, así como los demás datos personales del sujeto comúnmente llamados sus generales o generalidades, pueden no ser suficientes. La homonimia, generadora de error, o la inexactitud de las referencias de que se disponga (...) el error que sobre ellos pueda recaer o la imposibilidad de procurarlos, no paralizara ni afectará el desarrollo de la causa...”.

En tanto que la S.C. N° 01425/2005-R de 17 de febrero, en aplicación del art. 83 del C.P.P., dispuso que los errores sobre los datos obtenidos del procesado podrán ser corregidos en cualquier oportunidad, aún durante la ejecución penal; y, Fernando de la Rúa refiere que: “Lo esencial en el juicio es la realidad de la relación entre el imputado y el hecho delictuoso que se le atribuye, no entre el hecho y su nombre: el nombre no es más que un modo, uno de los modos, el más común y conocido civilmente, para la identificación de la persona, pero no el único y exclusivo”.

De todo lo expuesto, se concluye que el art. 360-1) del C.P.P., se refiere a la identificación del imputado, a partir de la obtención de datos personales de quien ya es imputado, con el objeto de evitar a lo largo del proceso, cualquier error o equivocación respecto de la persona contra quien se dirigen las actuaciones, sin que la falta de estos datos que corresponden al imputado, genere la nulidad del acto, más propiamente de la sentencia, en virtud a que esa omisión no se encuentra expresamente sancionada como defecto invalorable de acuerdo al art. 169 de la norma adjetiva penal, pues cualquier error puede ser corregido aún durante la ejecución penal; en cambio, el defecto de sentencia previsto por el art. 370-2) del C.P.P., está referido a la falta de “individualización del autor”, norma vinculada a las disposiciones contenidas en el Capítulo III (Participación Criminal) del Código Penal; es decir, en sentido contrario al defecto, la exigencia de suficiente individualización del imputado, implicará que a través del contradictorio característico del acto de juicio, se deba definir y establecer su grado de autoría o participación.

Finalmente, cuando se alega falta de consideración de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., el defecto de sentencia denunciado es la falta de fundamentación jurídica defecto previsto por el inc. 5) del art. 370 del C.P.P., relacionado con el art. 124 de la misma norma adjetiva penal, por incumplimiento del requisito de sentencia previsto por el inc. 4) del art. 360 de la norma adjetiva referida, pues para cumplir con el referido requisito de sentencia, el a quo en la parte dispositiva del fallo de mérito debe justificar no sólo las razones del porqué una determinada conducta se encuadra en una norma específica, sino también debe justificar porque razón dicha conducta presuntamente ilícita, merece una determinada pena y no otra.

En el caso de autos, el tribunal de apelación a tiempo de resolver la denuncia de existencia del defecto de Sentencia previsto por el inc. 10) del art. 370 del C.P.P., por incumplimiento de los requisitos de sentencia previsto por el inc. 3) del art. 360 de la norma adjetiva penal, concluyó señalando que en la sentencia recurrida no existe fundamentación del quantum de la pena, al no haberse aplicado los arts. 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; empero, que dicho defecto no ameritaría la nulidad de la Sentencia al ser un defecto subsanable por el tribunal de apelación.

Esta conclusión a la que llegó el tribunal de apelación, si bien es escueta es correcta, pues no todo defecto de falta de fundamentación amerita la nulidad de una resolución, sino solo aquellos vinculados con el principio de inmediación –fundamentación probatoria y fáctica– empero, la fundamentación jurídica, al ser un acto jurídico emitido con base a los hechos fácticos establecidos como probados por el juez o tribunal de mérito, puede ser objeto de corrección o complementación en grado de apelación, en ejercicio de la facultad conferida por el art. 314 del C.P.P., por lo que hasta esta altura del análisis se establece que no existe incongruencia entre lo apelado y la resolución de alzada.

Por otro lado, se establece que el tribunal de apelación a tiempo de resolver la denuncia de insuficiente individualización del imputado, defecto de sentencia previsto por los incs. 2) y 5) del art. 370 del C.P.P., alegó que no existe duda sobre la identidad del imputado, por lo que estaría suficientemente individualizado, agregando a este argumento que en Sentencia el Juez de origen no se refirió a las atenuantes y agravantes.

En el argumento del tribunal de apelación expuesto precedentemente, se advierte una clara confusión entre lo que es la identificación del imputado con su individualización, como se expresó en el presente acápite, la individualización del imputado tiene que ver con la determinación del nexo causal entre el individuo y el hecho, la misma confusión se revela en el planteamiento realizado por el imputado en su recurso de apelación restringida, quien en su denuncia vinculada a los defectos de sentencia previstos por los incs. 2) y 5) del C.P.P. –falta de fundamentación en la individualización del imputado–, alegó que para “identificar” al imputado no es suficiente describir sus datos, sino debe tomarse conocimiento de la personalidad del acusado. Esta falta de técnica recursiva, impide establecer las razones por las que el apelante considera que no fue suficientemente individualizado en sentencia, entendiéndose por este supuesto defecto que no existiría las suficientes razones para establecer una relación entre él y el hecho juzgado; aspecto que, no fue debidamente fundamentado en apelación, por lo que no se puede sustentar una incongruencia entre lo apelado y lo resuelto, si su propio recurso es confuso; sin embargo, esta falta de fundamentación o erróneo planteamiento del motivo apelado, debe ser expresamente declarado en la resolución de alzada.

En el caso de autos, a pesar de la confusión existente tanto en el segundo motivo de apelación y en su resolución en el auto de vista impugnado, la denuncia realizada en casación, referida a que el imputado en apelación denunció la falta de consideración de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., y que el tribunal de apelación había argumentado refiriendo que en Sentencia el imputado fue suficientemente identificado; resulta no ser cierta, pues el motivo referido por el apelante fue expuesto en el punto 4 del primer motivo de apelación referido a la existencia del defecto de sentencia, previsto por el inc. 10) del art. 370 del C.P.P., que fue resuelto por el tribunal de apelación de forma correcta, evidenciando el error y argumentando que dicho defecto podía ser corregido por el tribunal de apelación que obró en consecuencia en el último párrafo de la resolución impugnada.

Asimismo, se declara que el argumento del ad quem, en sentido de que el imputado estaría suficientemente identificado, fue expuesto a tiempo de resolver la denuncia de insuficiente individualización del imputado, defecto que no tiene que ver con el defecto de insuficiente fundamentación jurídica a tiempo de determinar el quantum de la pena impuesta. Estableciéndose que el defecto denunciado no es evidente, pues el planteamiento realizado por el imputado en el punto cuarto del primer motivo de apelación, referido a la falta de fundamentación jurídica a tiempo de imponer el quantum de la pena, fue correctamente resuelto por el tribunal de apelación.

En cuanto al segundo motivo de casación.

En el segundo motivo de casación, el imputado denunció la existencia de incongruencia entre la parte considerativa y la resolutive del auto de vista impugnado, pues el tribunal de apelación pese a darle la razón en los agravios expuestos en apelación, absolviéndolo del delito de Perturbación de la Posesión, lo habría condenado por el delito de Despojo, tipo penal del que nunca se había defendido, motivo de casación en el que invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 307 de 11 de junio de 2003, dictado dentro del proceso penal seguido por RTR contra ILLA por la presunta comisión de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, el cual tuvo como antecedentes fácticos, que el tribunal de apelación sin que esté abierta su competencia, había resuelto un aspecto que no fue motivo de apelación y que tampoco constituía defecto absoluto.

De lo expuesto precedentemente, se establece que no existe situación fáctica análoga entre el hecho denunciado –incongruencia entre la parte considerativa y resolutive del auto de vista- y el hecho generador de la doctrina establecida por el precedente invocado –pronunciamiento ultra petita-, lo cual impide a este tribunal ejercer su función unificadora de jurisprudencia, siendo menester destacar que en casos semejantes al presente, este tribunal dejó sentado el siguiente criterio contenido en el A.S. N° 396/14-RRC de 18 de agosto de 2014, respecto a los requisitos que deben cumplir los precedentes contradictorios: “Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del C.P.P.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del C.P.P. y 42-3) de la L.Ó.J., y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del C.P.P.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo”; por lo referido, el presente motivo deviene en infundado.

En cuanto al tercer motivo de casación.

En el tercer motivo de casación sujeto a análisis de fondo, el recurrente denuncia que al haberse anulado la sentencia, correspondía al tribunal de apelación de conformidad a lo dispuesto por el art. 413 del C.P.P., disponer el reenvío de la causa y no condenarlo por un delito distinto al juzgado sin fundamentar las circunstancias y forma de comisión y sin darle la oportunidad de defenderse; a cuyo efecto, el recurrente invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 13 de 26 de enero de 2006, que no figura en la base de datos de la entonces Corte Suprema de Justicia hoy Tribunal Supremo de Justicia, pues en las Salas Penales de la extinta Corte Suprema, si bien se registra el A.S. N° 13 fueron emitidas el 9 y 11 de enero de 2016, habiendo el primero declarado el recurso de casación infundado y la segunda resolución declaró inadmisibile el recurso de casación, por lo que al no existir la jurisprudencia invocada como precedente, este tribunal se halla impedido de ejercer su función unificadora de jurisprudencia.

También el recurrente invocó el A.S. N° 254 de 22 de julio de 2005, emitido dentro del proceso penal seguido por MTT contra LRV y otra, por la presunta comisión del delito de Despojo y otro, ante la constatación por parte del tribunal de casación, que el tribunal de apelación, dispuso la reposición del juicio en base a una interpretación errónea del art. 351 del Cód. Pen., y 407 del C.P.P., al determinar que el querellante no acreditó su derecho propietario para alegar que fue despojado, al no ser imprescindible ostentar ese derecho propietario para reclamar como perturbado, siendo suficiente tener la posesión o tenencia del mismo, resultando indebida la resolución de reposición de juicio.

De lo expuesto, se establece que no existe situación fáctica análoga entre el hecho generador de la doctrina legal aplicable emitida por el precedente invocado –errónea interpretación del tipo penal de despojo- y el defecto procesal denunciado en casación referido a que una vez anulada la sentencia, correspondía ordenar el reenvío de la causa y no dictar sentencia condenándolo por otro delito, sin la debida fundamentación y sin darle la oportunidad de defenderse. Por lo que, al no existir una situación fáctica análoga, este tribunal se halla impedido de ejercer su función nomofiláctica, resultando también aplicable a este motivo el entendimiento asumido en el A.S. N° 396/2014-RRC de 18 de agosto, glosando precedentemente.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Simón Rivera Aguilar.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



284

Ministerio Público y otra c/ Víctor Hugo Aguilar Antelo
Violación de Infante, Niña, Niño o Adolescente
Distrito: Santa Cruz

AUTO VISTA

Santa Cruz, 8 de julio de 2016.

VISTOS: El Juez de Partido y Sentencia de Portachuelo pronunció sentencia a fs. 80 a 87 declarando al imputado Víctor Hugo Aguilar Antelo, culpable del delito de violación agravada, previsto en el art. 308 bis del Cód. Pen., condenándolo a cumplir la pena de 23 años de presidio a cumplirse en la Cárcel Pública de Montero, aplicando el art. 365 de la L. N° 1970, indicando que la prueba aportada por el Ministerio Público es suficiente para generar en el juez la convicción sobre la responsabilidad penal del nombrado imputado; resolución que fue objeto del recurso de apelación restringida por parte del imputado Víctor Hugo Aguilar Antelo, tal como consta por memorial de fs. 88 a 92 de obrados, y que luego del análisis inicial de dicha apelación, se establece que la misma se encuentra interpuesta dentro de los alcances del art. 407 del Cód. Pdto. Pen., y conforme a lo previsto por el art. 408 del mismo cuerpo de leyes, siendo viable ingresar a considerar los aspectos de fondo que argumenta el nombrado recurrente.

CONSIDERANDO: Que en el caso de autos nos encontramos ante una violación por ejercicio del poder, ya que para obtener supremacía y control sobre su indefensa víctima de 11 años de edad, no obstante la desproporción de fuerza física, el imputado Víctor Hugo Aguilar Antelo, empleó su fuerza, violencia física y el engaño para reducir la resistencia opuesta por su frágil víctima, lo cual finalmente consiguió, obligándola a consentir sobre el degradante y humillante abuso sexual al que fue sometida por el imputado. De lo examinado se colige que el imputado cometió el hecho delictivo de violación con agravantes, motivado por su superioridad física, la fragilidad de la víctima y la oportunidad que se le presentó para tenerla al alcance indefensa, con escasa resistencia y totalmente desprevenida, debido a las circunstancias precedentemente anotadas. Por ello, el hecho es tanto más merecedor de pena cuanto más directa y gravemente afecte a la libertad sexual de las personas.

CONSIDERANDO: Que del estudio minucioso de los datos del proceso elevados en originales y todo cuanto convino ver, se llega a determinar que, el Juez de Partido y Sentencia de Portachuelo, al dictar el fallo judicial apelado de fs. 80 a 87, ha procedido en forma correcta y conforme a derecho, ya que ha tomado en cuenta e interpretado correctamente lo determinado por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., en cuanto a que la prueba aportada es suficiente para generar en el tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado apelante en la comisión del delito de violación agravada, previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., así como también en cuanto a la pena impuesta al imputado, ésta se ajusta a lo previsto por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., en atención a las agravantes y atenuantes porque la menor Marina Vásquez Chino de 11 años de edad fue sometida a actos degradantes por el imputado, ya que es cierto y evidente que se demostró la comisión del delito acusado en circunstancias cuando en 21 de diciembre de 2014 la menor retornaba de realizar algunas compras, pero fue interceptada por el imputado, éste la arrastra por un canal de agua y la lleva hasta una casa abandonada, la hace ingresar a la fuerza a un cuarto de piso de tierra y procede a abusar sexualmente de la menor, posteriormente el imputado es aprehendido por funcionarios policiales, así se tiene demostrado por el certificado médico, y el informe psicológico; esos hechos delictivos y antijurídicos se encuentran corroborados por la declaración de la propia menor en la entrevista psicológica, y el certificado médico forense; cuando ella le manifestó a la 2 psicóloga que el imputado es la persona que la abusó sexualmente; es así que para el tribunal de la causa lo que realmente tiene valor para dictar su sentencia condenatoria es el hecho de que las pruebas fueron obtenidas lícitamente e incorporadas al juicio oral conforme lo disponen los arts. 194, 200, 333-3, 350, 351 y 352 del C.P.P., por lo que no se incurre en ninguno de los defectos previstos por el art. 370 del C.P.P.; el art. 333 del C.P.P., establece claramente que al juicio será oral podrán incorporarse por su lectura: 1) Las pruebas que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible; 2) Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por ley, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia del testigo o perito cuando sea posible; 3) La denuncia, la prueba

documental, los informes y las actas de reconocimiento, registro o inspección practicadas conforme a lo previsto en este Código. Como se podrá apreciar, el informe pericial del médico forense y el informe psicológico son plenamente válidos para el Derecho.

CONSIDERANDO: Que el acusado en su recurso de apelación restringida argumenta como agravio que el juez habría incurrido en el defecto previsto por el art. 370-1) del C.P.P., por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, falta de conocimiento de hechos fácticos para adecuar el tipo penal; al respecto diremos que no es evidente tal aseveración, ya que el juez inferior basándose en las pruebas insertadas al juicio oral por su lectura, ha podido verificar que el hecho es real y existe, que la conducta del imputado se adecua claramente a lo previsto por el art. 308 Bis del Cód. Pen., al haberse demostrado que abusó sexualmente de la menor Marina Vásquez Chino de escasos 11 años de edad, es decir en este caso la niña no ha llegado a la edad de 14 años como máximo que exige dicha norma legal. El imputado también alega falta de elementos de prueba para demostrar el tipo penal; sin embargo las pruebas de cargo, principalmente las periciales demuestran la comisión del delito y la adecuación al tipo penal previsto en el art. 308 Bis del Cód. Pen., pues así lo establece el informe médico legal al indicar que la niña presenta himen con 3 desgarró parcial, el informe psicológico establece un alto grado de credibilidad a la declaración de la menor; además que de acuerdo al informe de acción directa se la encontró a la menor debajo de la cama y completamente desnuda, e inclusive el imputado al ver presencia policial cerró la puerta de la habitación e intentó darse a la fuga por el techo de la casa; finalmente el imputado alega falta de fundamentación de la sentencia; al respecto diremos que no es evidente ya que este tribunal superior considera que la sentencia condenatoria impugnada cumple con lo normado por el art. 124 y 360-1, 2 y 3 del C.P.P., puesto que contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico, es decir se ha fijado clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se ha emitido el juicio, que es lo que se conoce como fundamentación fáctica. Además del análisis de la sentencia impugnada, se puede extraer que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia del juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5) de la citada Ley como alega el recurrente, toda vez que el juez al valorar las pruebas de cargo y de descargo ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena é incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia.

Que en ese entendido, se evidencia que el recurso de apelación restringida interpuesto por el acusado, simplemente hace una relación de los hechos sometidos a juzgamiento sin embargo no ha cumplido con las condiciones exigidas por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., ya que no hace una expresión de agravios, no cita concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas ni cuál es la aplicación que se pretende; es decir, no indica separadamente cada violación con sus fundamentos respectivos, tal como lo exige el procedimiento de la materia en sus arts. 370, 396-3) y 408, no invoca de manera precisa ninguno de los defectos de sentencia ni defectos absolutos ni los relaciona con el procedimiento del juicio oral, no especifica cuáles son las pruebas que habrían sido valoradas defectuosamente y de qué manera le afecta a sus intereses; sin embargo debemos tener en cuenta que el principio de verdad material previsto en el art. 180 de la C.P.E., es plenamente aplicable al caso de autos; el principio de verdad material y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal se contraponen sobre cualquier otra argumentación técnica de la parte acusada. Entre los principios de la jurisdicción ordinaria consagrados en la C.P.E., en el art. 180-I, se encuentra el de verdad material, cuyo contenido constitucional implica la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que corresponde a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos a la persona encargada de juzgar a otro ser humano, o de definir sus derechos y obligaciones, dando lugar a una decisión injusta que no responda a los principios, valores y valores éticos consagrados en la Norma Suprema de nuestro país, a los que todas las autoridades del Órgano Judicial y de otras instancias, se encuentran impelidos a dar aplicación, entre ellas, al principio de verdad material, por sobre la limitada verdad formal. Acorde con dicho criterio, la S.C.P. N° 0144/2012 de 14 de mayo, estableció: "...la estructura del sistema de administración de justicia boliviano, no puede concebirse como un fin en sí mismo, sino como un medio para obtener el logro y realización de los valores constitucionales, por otra parte, impele a reconocer la prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo o sobre las formas procesales, que a su vez y en el marco del caso analizado obliga a los administradores de justicia entre otros a procurar la resolución del fondo de las problemáticas sometidas a su jurisdicción y competencia dejando de lado toda nulidad deducida de formalismos o ritualismos procesales que impidan alcanzar un orden social justo en un tiempo razonable. Sobre la justicia material frente a la formal, en la S.C. N° 2769/2010-R de 10 de diciembre, se sostuvo lo siguiente: El principio de prevalencia de las normas sustanciales implica un verdadero cambio de paradigma con el derecho constitucional y ordinario anterior, antes se consideraba el procedimiento como un fin en sí mismo, desvinculado de su nexos con las normas sustanciales, en cambio, en el nuevo derecho constitucional, las garantías del derecho procesal se vinculan imprescindiblemente a la efectividad del derecho sustancial, puesto que no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera. Lo que persigue el principio de prevalencia del derecho sustancial es el reconocimiento de que las finalidades superiores de la justicia no puedan resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma, que no son estrictamente indispensables para resolver el fondo de los casos que se somete a la competencia del juez. Por lo que en el presente caso existen dos pruebas fehacientes: el certificado médico forense y el informe psicológico, lo que nos lleva al convencimiento de que el delito se ha consumado.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta a fs. 88 a 92 por el acusado Víctor Hugo Aguilar Antelo contra la sentencia condenatoria de fs. 80 a 87 dictada por el Juez de Partido y Sentencia de Portachuelo.

Se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial como lo establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Williams Torrez Tordoya.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dres.: Williams Torrez Tordoya.- Hugo Juan Iquise S.

Ante mí: Abg. Ana María Paz Irusta.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 30 de agosto de 2016, cursante de fs. 113-114 vta., Víctor Hugo Aguilar Antelo interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 40 de 8 de julio 2016, de fs. 106 a 108 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, conformado por los vocales William Torrez Tordoya y Hugo Juan Iquise Saca dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y Lucía Chino contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 bis del Cód. Pen., con la modificación establecida en la L. N° 348 de 9 de marzo de 2013.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 4/2015 de 27 de agosto (fs. 80 a 87), el Juez de Partido y de Sentencia de Portachuelo del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Víctor Hugo Aguilar Antelo, autor de la comisión del delito de violación de infante, niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 bis del Cód. Pen., con la modificación establecida en la L. N° 348, imponiendo la pena de veintitrés años de reclusión, más el pago de costas a favor del Estado.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado interpuso recurso de apelación restringida (fs. 88 a 92), que fue resuelto por A.V. N° 40 de 8 de julio de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso planteado, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 890/2016-RA de 14 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

Acusa el recurrente, que el tribunal de apelación incurrió en incongruencia omisiva, violando los arts. 398 y 124 del C.P.P., derecho a la defensa, al debido proceso en su elemento fundamentación adecuada, al no otorgar una respuesta clara y específica sobre los puntos denunciados en apelación restringida y fundados en los defectos de sentencia previstos por los incs. 1) y 5) del art. 370 del C.P.P., falta de circunscripción a los puntos apelados, que constituye a su criterio, defecto absoluto conforme lo previsto por el art. 169-3) del C.P.P.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 890/2016-RA de 14 de noviembre, de fs. 124 a 126, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Víctor Hugo Aguilar Antelo, por vía de flexibilización para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Conforme se tiene en la enunciación de los hechos, el 22 de diciembre de 2014 a hrs. 03:00 am, Lucía Chino se apersonó a dependencias de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen de Portachuelo y formalizó denuncia contra Víctor Hugo Aguilar Antelo (imputado), por la presunta comisión del delito de violación, alegando que el 21 de diciembre de 2014 a hrs. 22:30 pm, mandó a su hija menor MVC de 11 años de edad a una tienda para que haga compras, como no regresaba fueron a buscarla, y a las orillas del canal de la carretera a Montero encontraron unas chinelas de la menor y al ingresar a una casa abandonada encontraron sus prendas de vestir, por lo que, inmediatamente pusieron el hecho a conocimiento de la policía, que movilizada realizó un rastillaje en la zona del Barrio Alba por, al ingreso de una casa abandonada se encontró dos chinelas de la menor, al interior de una habitación se encontró un short calza de color café con calzón pertenecientes a la menor, seguidamente se ingresó a varios domicilios con el consentimiento de sus propietarios, finalmente ante la flagrancia del hecho ingresaron al domicilio del imputado, quien al percatarse de la presencia policial aseguró la puerta por dentro y trató de huir por el techo ante ello se forzó la puerta y se ingresó, procediendo a la aprehensión del mismo encontrándose a la menor escondida debajo de un catre completamente desnuda.

Bajo dichos antecedentes, el Juez de Partido y de Sentencia de Portachuelo de la Provincia Sara del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, por Sentencia N° 4/2015 de 27 de agosto, declaró a Víctor Hugo Aguilar Antelo, autor del delito de violación de infante, niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 bis del Cód. Pen., con la modificación establecida en la L. N° 348, imponiendo la

pena de 23 años de privación de libertad, más el pago de costas a favor del Estado, bajo los siguientes hechos probados: i) Conforme al certificado médico forense luego de evaluar a la víctima menor observó himen de forma anular con membrana himeneal con desgarramiento reciente incompleto a hrs. 7 según las manecillas del reloj; es decir, que la víctima fue abusada sexualmente horas antes, pues no se trata de un desgarramiento antiguo; ii) Que el imputado fue la persona que abusó sexualmente de la menor; y, iii) Que la conducta del imputado es dolosa, ya que, en su condición de persona capaz, física y psicológicamente, actuó de forma voluntaria para involucrarse en los hechos delictivos.

II.2.- Del recurso de apelación restringida del imputado.

Notificado con la sentencia, el imputado Víctor Hugo Aguilar Antelo formuló recurso de apelación restringida, denunciando los siguientes agravios:

1) Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva [art. 370-1) del C.P.P.], con relación al art. 308 bis del Cód. Pen.; puesto que, la sentencia carece de: a. Falta de conocimiento de hechos fácticos para adecuar el tipo penal; toda vez, que carece de una información mínima con relación a los hechos concretos ya que si no se tienen demostrados los hechos sería imposible adecuar su conducta al tipo penal acusado, no obstante el juez de sentencia se limitó a insertar como antecedente de la sentencia referente a los hechos indicados en la acusación emitiéndose una sentencia condenatoria sin tener la mínima información precisa de los hechos, por lo que, su conducta no puede adecuarse a lo previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen.; b. Falta de elementos de prueba necesarios para demostrar el tipo penal; afirma, que fue acusado por el delito previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., el cual establece como elemento constitutivo la penetración anal o vaginal así no haya uso de la fuerza o se alegue consentimiento; no obstante, en su caso existe una falta de elementos probatorios producidos tendientes a demostrar que su persona sea el autor del hecho acusado, ya que la sentencia se limitó a interpretar pruebas periciales que se constituyen en testimonios indirectos de la supuesta víctima realizados en la etapa preparatoria, como las pruebas signadas como PD1.1 (denuncia), PD1.6 (informe preliminar psicológico) y DP1.5 (certificado médico forense), pruebas que no demuestran si la víctima fue evidentemente penetrada vía anal o vaginal o fueron otras circunstancias las que ella entiende como abuso sexual, evidenciándose que la sentencia no fundamenta los hechos tenidos como antijurídicos, los elementos de prueba que demuestran el tipo penal de violación, existiendo únicamente dudas que debieron ser aplicadas a su favor, ya que no existe el elemento principal del tipo penal que era la declaración testifical de la supuesta víctima menor, además que en el informe psicológico es completamente contradictorio y no fue ratificado por la supuesta víctima; por lo que, no existe elemento indispensable previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., el cual condice que la persona víctima sea menor de 14 años.

2) No exista fundamentación en la sentencia o que sea insuficiente o contradictoria [art. 370-5) con relación al art. 124 del C.P.P.]; toda vez, que no hace mención al valor otorgado a cada una de las pruebas aportadas, no cumple con lo previsto por el art. 360 del C.P.P., ya que se extraña la falta de antecedentes, la valoración de los elementos de pruebas así como el valor otorgado a cada uno de ellos, extrañándose la parte considerativa de la Sentencia que sirve de base de la resolución que en este caso es una Sentencia condenatoria, ya que la acusación no demostró mínimamente la existencia de los hechos, no contando la sentencia con los fundamentos jurídicos, intelectivos fácticos y valorativos, existiendo una falta de cumplimiento de los requisitos de la estructura de la sentencia efectuando simplemente una escasa relación del objeto del juicio sin mencionar los acontecimientos probatorios realizados.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz a través del auto de vista impugnado, declaró admisible e improcedente el recurso de apelación interpuesto por el imputado; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada, bajo los siguientes argumentos:

1. El juez de mérito al dictar el fallo procedió en forma correcta y conforme a derecho, ya que tomó en cuenta lo determinado por el art. 365 del C.P.P., en cuanto a que la prueba aportada es suficiente para generar en el tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado en la comisión del delito previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., así como también en la pena impuesta ajustándose a lo previsto por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., porque la menor víctima fue sometida a actos degradantes por el imputado, resultando cierto y evidente que se demostró la comisión del delito acusado en circunstancias cuando el 21 de diciembre de 2014, la menor retornaba de realizar algunas compras fue interceptada por el imputado, éste la arrastró por un canal de agua y la llevó hasta una casa abandonada, la hizo ingresar a la fuerza a un cuarto de piso de tierra y procedió a abusar sexualmente de la menor; posteriormente, el imputado fue aprehendido por funcionarios policiales, así se tiene demostrado por el certificado médico y el informe psicológico, hechos delictivos que se encuentran corroborados por la declaración de la menor en la entrevista psicológica y el certificado médico forense cuando la menor le manifestó a la psicóloga que el imputado fue la persona que la abusó sexualmente; es así, que para el tribunal de la causa lo que realmente tiene valor para dictar su sentencia condenatoria es el hecho de que las pruebas fueron obtenidas lícitamente e incorporadas a juicio conforme prevén los arts. 194, 200, 33-3), 350, 351 y 352 del C.P.P., por lo que, el informe pericial del médico forense y el informe psicológico son plenamente válidos.

2. Respecto al defecto previsto por el art. 370-1) del C.P.P., por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, falta de conocimiento de hechos fácticos para adecuar al tipo penal; no es evidente tal aseveración, porque el juez inferior se basó en las pruebas insertadas al juicio oral por su lectura, pudo verificar que el hecho fue real y existió, adecuando la conducta del imputado claramente a lo previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., al haberse demostrado que abusó sexualmente de la menor de escasos 11 años de edad, es decir, en este caso la niña no llegó a la edad de 14 años como máximo que exige dicha norma legal. En cuanto a la falta de elementos de prueba para demostrar el tipo penal, de las pruebas de cargo principalmente las periciales, se demuestra la comisión del delito y la adecuación al tipo penal previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., así lo establece el informe médico legal al indicar que la niña presenta himen con desgarramiento parcial, el informe psicológico establece un alto grado de credibilidad a la declaración de la menor; además, que de acuerdo al informe de acción directa se la encontró a la menor debajo de la cama y completamente desnuda e inclusive el imputado al ver presencia policial cerró la puerta de la habitación e intentó darse a la fuga por el techo de la casa.

3. En cuanto, a la falta de fundamentación de la sentencia; no es evidente, ya que la sentencia cumple con lo normado por los arts. 124 y 360-1), 2) y 3) del C.P.P., puesto que, contiene los motivos de hecho y derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico, es decir, se ha fijado clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se ha emitido el juicio, que es lo que se conoce como fundamentación fáctica; además se puede extraer que la sentencia se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5) del C.P.P.; toda vez, que el juez al valorar las pruebas de cargo y descargo desarrolló una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de la libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo elementos como la ciencia, conciencia y experiencia.

4. Se debe tener presente el principio de verdad material previsto por el art. 180 de la C.P.E., que es plenamente aplicable al caso de autos ya que dicho principio y el de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal se contraponen sobre cualquier otra argumentación técnica de la parte acusada, por lo que, en el presente caso existen dos pruebas fehacientes: el certificado médico forense y el informe psicológico, lo que le lleva al convencimiento de que el delito se ha consumado.

III. Verificación de la existencia de vulneración a los derechos a la defensa y debido proceso.

En el presente caso, el imputado denuncia que el auto de vista recurrido incurrió en incongruencia omisiva, al no otorgar una respuesta clara ni específica sobre los puntos denunciados en su recurso de apelación restringida fundados en los defectos de sentencia previstos por el art. 370-1) y 5) del C.P.P.; por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1.- La incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) como defecto absoluto.

De conformidad con el desarrollo jurisprudencial de este tribunal, se incurre en el defecto de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) al no pronunciarse una autoridad jurisdiccional sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del C.P.P.; temática que fue ampliamente desarrollada por este tribunal en varios Autos Supremos entre ellos el 297/2012-RRC de 20 de noviembre, refiriendo que: "(...) En ese entendido, la parte que se sienta perjudicada por una resolución judicial, puede hacer uso de los recursos que la ley le franquea, denunciando los presuntos agravios ante el superior en grado, siendo deber de este último, responder a cada una de esas denuncias de manera fundamentada, aspecto que se halla ligado al derecho de acceso a la justicia; lo contrario significaría que estamos ante la existencia de una incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio), es decir cuando en el auto de vista no se resuelven todos y cada uno de los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, los cuales deben ser absueltos uno a uno con la debida motivación y con base de argumentos jurídicos sólidos e individualizados, a fin de que se pueda inferir respuesta con criterios jurídicos al caso en concreto; respetando el principio tantum devolutum quantum appellatum, y al deber de fundamentación establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen."

De ello, se establece que los tribunales de alzada a momento de emitir sus fallos deben tener presente, que su función, de controlador debe abocarse a responder a todos los puntos denunciados por los recurrentes, no siendo necesaria una respuesta extensa, lo contrario sería incurrir en incongruencia omisiva, vulnerando el debido proceso, incumpliendo las exigencias de los arts. 124 y 398 del C.P.P.

III.2.- Análisis del caso en concreto.

Sintetizada la denuncia formulada por el imputado al inicio del acápite III del presente fallo e ingresando al análisis del presente recurso, conforme se tiene de los antecedentes, se evidencia que el recurrente ante la emisión de la sentencia condenatoria en su contra, formuló recurso de apelación restringida planteando dos motivos de acuerdo al siguiente detalle: 1. Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva [art. 370-1) del C.P.P.], con relación al art. 308 bis del Cód. Pen.; ya que, existiría: a) Falta de conocimiento de hechos fácticos para adecuar el tipo penal; toda vez, que la sentencia carecería de una información mínima con relación a los hechos fácticos limitándose a insertar como antecedentes los hechos indicados en la acusación, por lo que, su conducta no puede adecuarse a lo previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen.; b) Falta de elementos de prueba necesarios para demostrar el tipo penal; donde arguyó, que fue acusado por el delito previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., que establecería como elemento constitutivo la penetración anal o vaginal; no obstante, en su caso existiría una falta de elementos probatorios producidos tendientes a demostrar que su persona sea el autor del hecho acusado, ya que la sentencia se limitó a interpretar pruebas periciales que se constituyen en testimonios indirectos de la supuesta víctima realizados en la etapa preparatoria, como las pruebas signadas como PD1.1 (denuncia), PD1.6 (informe preliminar psicológico) y DP1.5 (certificado médico forense), pruebas que no demostrarían si la víctima fue evidentemente penetrada vía anal o vaginal o fueron otras las circunstancias que ella entiende como abuso sexual, existiendo únicamente dudas que debieron ser aplicadas en su favor, ya que no existe el elemento principal del tipo penal que era la declaración testifical de la supuesta víctima menor, además que el informe psicológico sería contradictorio y no fue ratificado por la supuesta víctima; por lo que, no existiría elemento indispensable previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., el cual es que la persona víctima sea menor de 14 años; y, 2. Que no exista fundamentación en la sentencia o que sea insuficiente o contradictoria [art. 370-5) del C.P.P.] con relación al art. 124 de la citada ley; toda vez, que la sentencia no haría mención al valor otorgado a cada una de las pruebas aportadas, incumpliendo con lo previsto por el art. 360 del C.P.P., ya que, extraña la falta de antecedentes, la valoración de los elementos de prueba así como el valor otorgado a cada uno de ellos, no contando la sentencia con los fundamentos jurídicos, intelectivos fácticos y valorativos.

Ahora bien, de la revisión del auto de vista recurrido, se advierte que el tribunal de alzada abrió su competencia y desestimó los reclamos efectuados por el recurrente; arguyendo, respecto a la denuncia del defecto previsto por el art. 370-1) del C.P.P., por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, respecto a la falta de conocimiento de hechos fácticos para adecuar al tipo penal; que el reclamo no era evidente, ya que el juez inferior se basó en las pruebas insertadas al juicio oral por su lectura, verificando que el hecho fue real y existió, por lo

que, se adecuó la conducta del imputado a lo previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., al constatar que se demostró que el imputado abusó sexualmente de la menor de 11 años de edad, aclarando el tribunal de alzada, que en este caso la niña no llegó a la edad de 14 años como máximo que exige dicha norma legal. También señaló, que en cuanto a la falta de elementos de prueba para demostrar el tipo penal; evidenció que de las pruebas de cargo principalmente las periciales evidenciarían la comisión del delito y la adecuación al tipo penal previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen., que así lo establecería el informe médico legal al indicar que la niña presentó himen con desgarramiento parcial, que el informe psicológico establece un alto grado de credibilidad a la declaración de la menor; agregando además, que de acuerdo al informe de acción directa se encontró a la menor debajo de la cama y completamente desnuda e inclusive el imputado al ver la presencia policial cerró la puerta de la habitación e intentó darse a la fuga por el techo de la casa.

Continuando con los fundamentos del auto de vista recurrido, el tribunal de alzada respecto a este punto en su segundo considerando además agregó, que el juez de mérito al dictar el fallo procedió en forma correcta y conforme a derecho, ya que tomó en cuenta lo determinado por el art. 365 del C.P.P., en cuanto a que la prueba aportada era suficiente para generar en el tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado en la comisión del delito previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen.; toda vez, que constató que la menor víctima fue sometida a actos degradantes por el imputado, resultando cierto y evidente que se demostró la comisión del delito acusado en circunstancias cuando el 21 de diciembre de 2014, la menor retornaba de realizar algunas compras fue interceptada por el imputado, éste la arrastró por un canal de agua y la llevó hasta una casa abandonada, hizo que ingresara a la fuerza a un cuarto de piso de tierra y procedió a abusarla sexualmente, que posteriormente el imputado fue aprehendido por funcionarios policiales, así se tendría demostrado por el certificado médico y el informe psicológico, hechos delictivos corroborados por la declaración de la menor en la entrevista psicológica y el certificado médico forense cuando la menor manifestó a la psicóloga que el imputado era la persona que la abusó sexualmente, por lo que, concluyó el tribunal de alzada, que para el juez de la causa lo que realmente tenía valor para dictar su sentencia condenatoria fue el hecho de que las pruebas fueron obtenidas lícitamente e incorporadas a juicio.

Respecto al reclamo concerniente a la falta de fundamentación de la sentencia, el tribunal de alzada, evidenció que la denuncia no era evidente, que la sentencia había cumplido con lo normado por los arts. 124 y 360-1, 2) y 3) del C.P.P., ya que contenía los motivos de hecho y derecho en que basó sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, que contenía una relación del hecho histórico, es decir, que había fijado de manera clara, precisa y circunstanciada la especie que se estimó acreditada y sobre el cual se emitió el juicio, que era lo que se conocía como fundamentación fáctica; explicando además, que evidenció que la sentencia se sustentó en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5) del C.P.P.; toda vez, que el juez al valorar las pruebas de cargo y descargo desarrolló una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de la libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo elementos como la ciencia, conciencia y experiencia.

De los argumentos expuestos por el tribunal de alzada, se evidencia que el auto de vista recurrido no incurrió en incongruencia omisiva como alega el recurrente; por cuanto, se observa que respondió de forma clara y específica a los puntos reclamados en la formulación de su recurso de apelación restringida, concerniente a los defectos de sentencia previstos por el art. 370-1) y 5) del C.P.P.; toda vez, que respecto al defecto del art. 370-1) del C.P.P. explicó que la sentencia no incurrió en falta de conocimiento de hechos fácticos para adecuar el tipo penal, por cuanto, verificó que para el tribunal de mérito el hecho fue real y existente, situación por el que adecuó la conducta del imputado a lo previsto por el art. 308 bis del Cód. Pen.; además constató, que la sentencia tampoco incidió en falta de elementos de prueba para demostrarse el tipo penal, ya que advirtió que la conducta del imputado se adecuó al delito acusado porque así se habría establecido de los informes médico legal al indicar que la menor presentó himen con desgarramiento parcial, psicológico que habría establecido un alto grado de credibilidad a la declaración de la menor, añadiendo además que de acuerdo al informe de acción directa se había encontrado a la menor debajo de la cama y completamente desnuda, aclarando que la menor no llegó a la edad de los 14 años como máximo que exige el art. 308 bis del Cód. Pen., aspectos que habrían sido observados por el Juez de mérito para emitir sentencia condenatoria, por lo que, desestimó la denuncia referente a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; ocurriendo lo propio con la denuncia referente al defecto del art. 370-5) del C.P.P.; toda vez, que constató y señaló que la sentencia cumplió con lo previsto por los arts. 124 y 360-1, 2) y 3) del C.P.P., aclarando que contiene los motivos de hecho y derecho además del valor otorgado a los medios de prueba; argumentos que resultan claros y específicos, constatándose que auto de vista recurrido se pronunció sobre los reclamos efectuados por el recurrente, sin que se advierta vulneración de los derechos a la defensa y debido proceso, como asevera el recurrente en el recurso sujeto a análisis.

Por los argumentos expuestos, se concluye, que el tribunal de alzada al momento de emitir el auto de vista recurrido, dio respuesta con argumentos claros y específicos ante las denuncias efectuadas por el recurrente, no incurriendo en incongruencia omisiva, advirtiéndose por el contrario que ajustó su actividad jurisdiccional a lo previsto por los arts. 124 y 398 del C.P.P., situación por el que el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Víctor Hugo Aguilar Antelo de fs. 113 a 114 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



285

**Ministerio Público y otro c/ Andrés Corsino Rodríguez Gutiérrez y otra
Amenazas y otros
Distrito: Santa Cruz**

AUTO VISTA

Santa Cruz, 24 de junio de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesta por el imputado Andrés Corsino Rodríguez Gutiérrez, corriente de fs. 442 a 446, contra la Sentencia N° 07/2016, corriente de fs. 386 a 403, de 16 de febrero de 2016 que fuera dictado por el Tribunal de Sentencia N° 1 en lo Penal de la capital, resolución en la que se declara al imputado Andrés Corsino Rodríguez Gutiérrez autor y culpable de los delitos de amenazas, allanamiento de domicilio y robo agravado, existiendo concurso real de delitos le impone una pena de presidio de 8 años a ser cumplida en el Centro de Rehabilitación Santa Cruz - Palmasola.

CONSIDERANDO: I.- Que el recurso de apelación restringida interpuesto por la parte imputada se encuentra previsto y justificado en la forma exigida por el art. 407 y ss., del C.P.P., por lo que se admite para su consideración y sustanciación conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: II.- Que el recurrente plantea recurso de apelación restringida señalando como primer agravio la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva y adjetiva (art. 370-1 del C.P.P.), ya que el Tribunal de Sentencia ha aplicado erróneamente los arts. 293, 298 y 332 del Cód. Pen., que se refieren a los delitos de amenazas, allanamiento de domicilio y robo agravado, toda vez que su conducta no se encuadra a esos tipos penales y el Tribunal de Sentencia ha valorado mal las pruebas testificales y documentales aportadas por las partes en el juicio. Como segundo agravio denuncia que hubo un segundo defecto: medios o elementos probatorios incorporados por su lectura en franca violación a las normas (art. 370-4 del C.P.P.), argumentando que presentó incidente de exclusiones probatorias y el mismo fue declarado improbadamente con el argumento de que las mismas debieron plantarse ante el juez contralor de garantías, por lo que consideran como actos consentidos y voluntarios y que su derecho habría precluido en esa etapa; aquello violenta el debido proceso y el derecho a la defensa, tomando en cuenta que dichas pruebas han sido obtenidas ilegalmente sin que su persona hubiese sido notificada y con ellas se le condenó indebidamente. Como tercer defecto de la sentencia, denuncia una insuficiente y contradictoria fundamentación (art. 370-5 del C.P.P.). Como cuarto defecto señala que la sentencia se basa en una valoración defectuosa de la prueba (art. 370-6 del C.P.P.), ya que algunas pruebas que deberían ser ratificadas en el juicio no se hicieron, como ser el acta de acción directa y el muestrario fotográfico, los cuales el Tribunal de Sentencia ha tomado en cuenta para la sentencia impuesta. Solicita que se declare su absolución o en su caso se disponga la nulidad del juicio oral y se ordene la reposición del juicio con el reenvío del expediente.

Que corrido en traslado a la parte querellante, en respuesta al recurso de apelación restringida planteado por la parte imputada, argumenta que la sentencia fue dictada de acuerdo a procedimiento y conforme a las pruebas aportadas en el juicio, se ha hecho justicia y no ha habido ningún error de aplicación de la ley como señala la parte recurrente. Realiza una relación de los hechos y adecuándolos a los tipos penales de amenazas, allanamiento de domicilio y robo agravado. En cuanto a la supuesta violación del art. 370-4 del C.P.P., señala que el argumento planteado es una burla al derecho, ya que las pruebas producidas durante la etapa preparatoria no habrían sido notificadas al imputado cuando el imputado estaba en pleno derecho de pedir la nulidad de todo acto ante el juez de garantías, por lo que al no haber hecho uso de ese derecho, ha precluido sus derechos por haber consentido la realización de dichas pruebas. Señala la parte querellante que la sentencia está debidamente fundamentada, que los documentos públicos como los informes realizados por la Policía Boliviana no pueden ser impugnados porque son realizados por funcionarios públicos idóneos y si no estuvieron de acuerdo con dichas diligencias, se las debió impugnar durante la etapa preparatoria y no en el juicio oral. Argumenta que las pruebas aportadas en el juicio fueron suficientes para crear convicción en los juzgadores para condenar al imputado Andrés Corsino Rodríguez por los tres delitos tipificados a su conducta. Solicita que se declare infundado el recurso de apelación restringida impetrado y/o se rechace la misma.

CONSIDERANDO: III.- Que en cuanto a la naturaleza jurídica del recurso de apelación restringida prevista en el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., esta norma señala: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley. Esto significa que el tribunal de alzada está en el deber jurisdiccional de revisar la sentencia en los aspectos de la aplicación de derecho en el cual el tribunal o juez a quo hubiese incurrido en defectos para su aplicación, ya sea en el derecho material o procesal. En consecuencia el ámbito de protección y resguardo de los derechos se abre de manera amplia en todas las normas legales, constitucionales, principios del debido proceso, tratados internacionales y todo lo que implica la correcta aplicación del derecho en general. Es así que de acuerdo a los motivos de los recursos

de apelación restringida formulado por el acusado, es pertinente en el presente caso, sintetizar y buscar de manera objetiva los agravios que implican violación de Derechos Fundamentales y que impliquen la dictación de una sentencia, debido a los defectos en la aplicación de la norma procesal, ya que primeramente el tribunal de alzada debe cuidar que el proceso se tramite sin vulnerar derechos fundamentales, sin embargo la norma procedimental no permite a este tribunal revalorizar las pruebas que ya fueron analizadas por el inferior, ya sea documentales, periciales o testificales, todo ello en respeto a los principios de inmediación, contradicción y defensa (A.S. N° 74 de 19 de marzo de 2013).

Que el A.S. N° 192 de 11 de julio de 2013, bajo el rótulo de "Doctrina legal aplicable" establece que: "Siendo el recurso de apelación restringida el único medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que el tribunal de mérito hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la emisión de sentencia, el tribunal de apelación se constituye en contralor y garante del debido proceso, por lo que, si dicho tribunal advierte que la sentencia se basó en defectuosa o errónea valoración probatoria, debe dar cumplimiento a lo dispuesto por la primera parte del artículo 413 del Cód. Pcto. Pen., pues no se encuentra dentro de sus competencias, cambiar los hechos tenidos o como probados por la mayoría del tribunal de mérito..." (Sic).

CONSIDERANDO: IV.- Que en cuanto a la apelación restringida contra la sentencia condenatoria de 16 de febrero de 2016, se ha realizado una revisión minuciosa e imparcial de los actuados cursantes en el cuaderno procesal remitido a este tribunal de alzada y, de conformidad con aquello, tenemos lo siguiente:

Que primero, este tribunal de alzada se va a pronunciar en cuanto a la reserva de apelación que realizó la parte recurrente en cuanto al rechazo del incidente de exclusión probatoria que dispuso el Tribunal de Sentencia N° 1 de la capital. En este aspecto el Tribunal de Sentencia actuó de manera correcta al rechazar el incidente de exclusión probatoria, porque pese a que la defensa es amplia e irrestricta y los derechos presuntamente vulnerados se pueden reclamar en cualquier estado del proceso, no es menos cierto que el derecho a la defensa debe ser ejercida de manera oportuna y amplia en el estadio procesal en el que supuestamente se le vulneró el derecho, no siendo posible reclamar en otra etapa procesal cuando ya la supuesta vulneración de sus derechos ha sido "consumada" y convalidada por la inoperancia de la defensa del acusado y en virtud al principio de preclusión procesal; más aún cuando la parte acusada-imputada ha tenido conocimiento de dichos actos al haber presentado memoriales y realizado actos en ejercicio de su derecho a la defensa. Por otro lado no se puede tratar de retrotraer el proceso solicitando la nulidad de algunos actuados realizados en su oportunidad, con incidentes fuera de tiempo y lugar, pues nuestro Estado Plurinacional de Bolivia ha previsto normas como la L. N° 586 para la agilidad de los procesos penales, sancionando incluso a aquellos sujetos procesales que plantean incidentes y/o excepciones manifiestamente dilatorios, maliciosos y sin fundamento ni prueba respaldatoria. Por otro lado el recurrente plantea la exclusión probatoria de informes policiales realizados por funcionarios públicos, certificados alodiales, informe de acción directa, acta de requisita personal, extracto de llamadas y otros actuados que han sido obtenidos mediante requerimiento fiscal, que son actos propios de su competencia y obligación por delegación del art. 69 del C.P.P., por otro lado la parte imputada tenía la obligación y el derecho de observar los peritajes, proponer peritos y, como ya se mencionó anteriormente, solicitar la nulidad de dichos actuados en su oportunidad. Por lo tanto la supuesta vulneración del derecho a la defensa del acusado Andrés Corsino Rodríguez no es evidente por los extremos ya referidos con anterioridad, asimismo se concluye que la resolución del Tribunal de Sentencia N° 1 de 13 de agosto de 2015 ha sido acertada y apegada a procedimiento.

Que en cuanto a la supuesta inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva y adjetiva, previsto como un defecto de la sentencia en el art. 370-1 del C.P.P., se tiene que los tipos penales de amenazas, asociación delictuosa y robo agravado han sido debidamente tipificados en la conducta del sentenciado Andrés Corsino Rodríguez, ello -con la limitación prevista en el art. 407 del C.P.P.- se denota por una correcta apreciación de las pruebas documentales y testificales que desfilaron en el juicio oral. El Tribunal de Sentencia, en su primer hecho probado, señaló que por declaraciones de testigos como Rosa Abrego Landívar, Ermito Abrego, Carmen Rojas de Vargas, Basilio Yará Molina y otros que vieron al imputado Andrés Corsino Rodríguez ingresar a la propiedad del señor Eusebio Salvatierra Payares junto a más de 60 personas, habiendo realizado destrozos y apoderándose de bienes muebles como palas, cavadores, bañadores de aluminio, sillas, mesas etc. Por otro lado el Tribunal de Sentencia también valoró las pruebas testificales de descargo, señalando que dichos testimonios trataron de justificar el ingreso de dichas personas a la propiedad del querellante, quienes solo entrarían a limpiar los lotes baldíos. Esta valoración objetiva de las pruebas testificales está relacionada con las pruebas documentales de cargo y descargo presentadas por las partes, los cuales han sido debidamente expuestas y motivadas de manera conjunta y armónica de conformidad con el art. 173 del C.P.P., y que han dado convicción a los juzgadores de que los implicados en el presente caso son autores y/o partícipes de los delitos de amenazas, asociación delictuosa y allanamiento de domicilio.

Que en cuanto al segundo defecto de la sentencia que reclama la parte recurrente, por haberse incorporado elementos probatorios en franca violación a las normas (art. 370-4 del C.P.P.); en este aspecto se refiere al incidente de exclusión probatoria de las pruebas Nos. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 33, 34, 35, 56 y 43 del expediente, misma que fuera declarado improcedente por, el Tribunal de Sentencia. Este aspecto ya fue resuelto por este tribunal de alzada con anterioridad, por lo mismo ya no corresponde su consideración.

Que relativo al tercer supuesto defecto de la sentencia: fundamentación insuficiente y contradictoria (art. 370-5 del C.P.P.) señalado por la..... En este aspecto el recurrente no fundamenta de manera debida en qué parte de la resolución el tribunal no realizó una debida fundamentación, se limita a señalar que se paralizó con la otra parte señalando que "nadie tiene pues documentos de las herramientas o sillas que uno compra..." refiriéndose a la falta de documentación que pruebe que dichos bienes muebles son de propiedad del querellante. Al respecto no debemos olvidar que el art. 100 del Cód. Civ., determina que "la posesión vale por título"; es decir que quien posee una cosa mueble es el propietario de dicho bien. Por otro lado la competencia de este tribunal de alzada, tal como lo determina el art. 398 del C.P.P., está limitada a los aspectos cuestionados de la resolución por parte del recurrente, pero si el recurrente solo la cuestiona de manera lírica y genérica, su competencia no se apertura por mandato de dicha norma procesal. Por último, cabe señalar que la sentencia recurrida está munida de una fundamentación fáctica del hecho delictivo, se realizó una fundamentación probatoria (testificales y periciales, tanto de cargo

como de descargo), se ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena é incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual, aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia; es decir el tribunal inferior ha dado razones jurídicas y de hecho del porqué está condenando al acusado por los delitos de amenazas, asociación delictuosa y allanamiento de domicilio; en este caso se aplica el principio de verdad material previsto en el art. 180-1 de la C.P.E. Al respecto diremos que entre los principios de la jurisdicción ordinaria consagrados en la Constitución Política del Estado, en el art. 180-1, se encuentra el de verdad material, cuyo contenido constitucional implica la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que corresponde a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos a la persona encargada de juzgar a otro ser humano, o de definir sus derechos y obligaciones, dando lugar a una decisión injusta que no responda a los principios, valores y valores éticos consagrados en la norma suprema de nuestro país, a los que todas las autoridades del Órgano Judicial y de otras instancias, se encuentran impelidos a dar aplicación, entre ellas, al principio de verdad material, por sobre la limitada verdad formal. Acorde con dicho criterio, la S.C.P. N° 0144/2012 de 14 de mayo, estableció: ...la estructura del sistema de administración de justicia boliviano, no puede concebirse como un fin en sí mismo, sino como un medio para obtener el logro y realización de los valores constitucionales, por otra parte, impele a reconocer la prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo o sobre las formas procesales, que a su vez y en el marco del caso analizado obliga a los administradores de justicia entre otros a procurar la resolución del fondo de las problemáticas sometidas a su jurisdicción y competencia dejando de lado toda nulidad deducida de formalismos o ritualismos procesales que impidan alcanzar un orden social justo en un tiempo razonable. Sobre la justicia material frente a la formal, en la S.C. N° 2769/2010-R de 10 de diciembre, se sostuvo lo siguiente: El principio de prevalencia de las normas sustanciales implica un verdadero cambio de paradigma con el derecho constitucional y ordinario anterior, antes se consideraba el procedimiento como un fin en sí mismo, desvinculado de su nexo con las normas sustanciales, en cambio, en el nuevo derecho constitucional, las garantías del derecho procesal se vinculan imprescindiblemente a la efectividad del derecho sustancial puesto que no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera. Por ello se concluye que el Tribunal de Sentencia realizó una explicación de los hechos probados durante el juicio oral, se realizó una descripción de la personalidad del autor y se determinó la aplicación judicial de la pena en concurso real de delitos, dictándose correctamente una sentencia condenatoria en contra del imputado Andrés Corsino Rodríguez de 8 años de presidio, por haber adecuado su conducta a los tipos penales de amenazas, asociación delictuosa y allanamiento de domicilio.

Que en cuanto al cuarto defecto de la sentencia que reclama el recurrente: valoración defectuosa de la prueba (art. 370-6 del C.P.P.). En este aspecto el apelante reitera la fundamentación realizada en el punto de su memorial, el cual ya fue resuelto por este tribunal de alzada con anterioridad. Al margen de ello el recurrente no citó el precedente contradictorio que le exige el art. 416 del C.P.P., segundo párrafo cuando dice "...El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente a tiempo de interponer la apelación restringida...". Por estos motivos corresponde declarar la improcedencia del recurso de apelación restringida interpuesta por el sentenciado Andrés Corsino Rodríguez.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta por el sentenciado Andrés Corsino Rodríguez Gutiérrez, corriente de fs. 442 a 446, contra la Sentencia Condenatoria N° 07/2016, corriente de fs. 386 a 403, de 16 de febrero de 2016 que fuera dictado por el Tribunal de Sentencia N° 1 en lo Penal de la capital.

Se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial como lo establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Williams Torrez Tordoya.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Williams Torrez Tordoya.- Hugo Juan Iquise S.

Ante mí: Abg. Ana María Paz Irusta.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 31 de agosto de 2016, cursante de fs. 486 a 489, Andrés Corsino Rodríguez Gutiérrez, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 42 de 24 de junio de 2016, de fs. 474 a 478, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los Vocales William Torrez Tordoya y Hugo Juan Iquise, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Eusebio Salvatierra Payares contra el recurrente y Marina Jaldin Vallejos (declarada rebelde), por la presunta comisión de los delitos de amenazas, allanamiento del domicilio o sus dependencias y robo agravado, previstos y sancionados por los arts. 293, 298 y 332 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 7/2016 de 16 de febrero (fs. 386 a 403), el Tribunal de Sentencia N° 1 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Andrés Corsino Rodríguez Gutiérrez, autor de la comisión de los delitos de amenazas, allanamiento del domicilio o sus

dependencias y robo agravado, previstos y sancionados por los arts. 293, 298 y 332 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 8 años de reclusión, más el pago de cien días multa.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Andrés Corcino Rodríguez Gutiérrez interpuso recurso de apelación restringida (fs. 442 a 446), resuelto por A.V. N° 42 de 24 de junio de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el citado recurso, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 893/2016-RA de 14 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente señala que en su recurso de apelación restringida en los num. 1 y 2, reclamó que existió aplicación indebida del art. 332-2) del Cód. Pen., y que la fundamentación de la sentencia fue insuficiente, existiendo contradicción en la misma; en el presente caso, no existe descripción expresa de los supuestos hechos contenidos en la norma jurídica aplicable al caso en concreto, siendo que no se estableció el nexo causal entre la denuncia o querrela y el supuesto hecho, para el delito de robo, cuyo verbo rector es apoderarse de una cosa. Asimismo, refiere que el tribunal al haber encontrado concurso ideal de delitos debió haber motivado cada uno de los delitos atribuidos y las pruebas que lo sustentan, hecho que no existe, razón por la cual la sentencia infringió su derecho al debido proceso referido a la fundamentación de las resoluciones, por lo que el auto de vista al igual que la sentencia inobservaron la aplicación del art. 37-2) del Cód. Pen.; en cuanto, a la fijación de la pena y la aplicación de la pena.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita que se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se emita uno nuevo en base a la doctrina legal, que se establezca en sentido de dictar una nueva Sentencia en la que valore correctamente los elementos de prueba, conforme a lo establecido en el art. 173 del C.P.P.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 893/2016-RA de 14 de noviembre, cursante de fs. 498 a 500 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Andrés Corcino Rodríguez Gutiérrez, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 7/2016 de 16 de febrero, el Tribunal de Sentencia N° 1 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Andrés Corcino Rodríguez Gutiérrez, autor de la comisión de los delitos de amenazas, allanamiento del domicilio o sus dependencias y robo agravado, previstos y sancionados por los arts. 293, 298 y 332 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 8 años de reclusión, más el pago de cien días multa, en base a los siguientes argumentos:

i) En base a los hechos probados, la sentencia determinó que el imputado Andrés Corcino Rodríguez Gutiérrez actuó conjuntamente otras personas, con plena conciencia de lo que hacía (dolo), incurrió en los hechos delictivos acusados en calidad de autor, siendo que el tribunal resolvió adjudicar credibilidad a las pruebas de cargo ofrecidas por el Ministerio Público.

ii) El imputado incurrió en la comisión de los delitos acusados, porque existió prueba del allanamiento; además, de evidenciarse que la asamblea de dicho Barrio "Loma Alta", determinó dos semanas antes del hecho ingresar a los lotes baldíos e indicaron que en la propiedad en cuestión no vivía nadie y que estaba monte, lo que contradice al muestrario fotográfico que se evidencia que la propiedad no era monte, si tenía hierba un poco crecida pero nada más. También, se estableció que el imputado no tenía ninguna autorización para allanar y sustraer, tanto, postes, cortar alambres y otros enseres de la quinta "Loma Alta". Así también, se estableció la gravedad del hecho tomando en cuenta que la naturaleza de la acción eminentemente dolosa. Además, se estableció que el imputado, antes advirtió a sus víctimas que si no le vendían los lotes iban a ingresar, accionar que lo determinó en una Asamblea de la junta vecinal de la cual era presidente.

II.2.- De la apelación restringida del imputado.

Notificada la parte imputada, interpone recurso de apelación restringida contra la sentencia pronunciada, con los siguientes argumentos:

1) Existió inobservancia y errónea aplicación de la Ley sustantiva y adjetiva debido a que se aplicó erróneamente los arts. 293, 298 y 332-2) del Cód. Pen., que corresponden a los delitos de amenazas, allanamiento de domicilio o sus dependencias y robo agravado.

2) Se incurrió en el defecto de la sentencia comprendido en el art. 370-4) del C.P.P., al existir defectos en la etapa de incidente y exclusiones probatorias.

3) En la sentencia se pudo advertir una fundamentación insuficiente y contradictoria, situación prevista en el art. 370-5) del C.P.P., porque en su sustanciación se advierte que los Jueces técnicos incurrieron en insuficiente fundamentación incumpliendo el art. 124 del C.P.P.

4) La sentencia se basó en valoración defectuosa de la prueba, aspecto previsto en el art. 370-6) del C.P.P., porque no se valoró correctamente las pruebas aportadas en juicio las que pese de haber sido motivos de exclusión probatoria, fueron incorporadas y valoradas.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, resolvió el recurso de apelación restringida a través del auto de vista impugnado, que declaró admisible e improcedente, en base a los siguientes aspectos:

a) Haciendo referencia al segundo motivo del recurso de apelación restringida interpuesto, señala que el Tribunal de Sentencia N° 1 de manera correcta rechazó el incidente de exclusión probatoria; además, estableció que no es posible reclamar en otra etapa procesal cuando ya la supuesta vulneración de sus derechos fue consumada por la inoperancia de la defensa del imputado, en aplicación del principio de preclusión procesal; más aún, cuando la parte imputada tuvo conocimiento de los actuados al haber presentado memoriales y realizado actos ejerciendo su derecho a la defensa. Por otro lado, afirmó que no se puede tratar de retrotraer el proceso solicitando la nulidad de algunos actuados realizados en su oportunidad, con incidentes fuera de tiempo y lugar; más aún, teniendo en cuenta la emisión de la L. N° 586 para la agilidad de los procesos penales. Por otro lado, señala que el imputado planteó exclusión probatoria de informes policiales realizados por funcionarios públicos, certificados alodiales, informes de acción directa, acta de requisita personal, extracto de llamadas y otros actuados que fueron obtenidos mediante requerimiento Fiscal, que son actos propios de sus competencia y obligación por delegación del art. 69 del C.P.P.; asimismo, expresa que la parte imputada tenía la obligación y el derecho de observar peritajes, proponer peritos, pudiendo solicitar la nulidad de actuados en su oportunidad; en consecuencia, concluye que no son evidentes los extremos planteados.

b) Con relación a la denuncia sobre el defecto previsto en el art. 370-1) del C.P.P., se tiene que los tipos acusados fueron tipificados en la conducta del sentenciado Andrés Corcino Rodríguez, teniendo en cuenta que en el primer hecho probado se estableció que las declaraciones de los testigos Rosa Abrego Landivar, Ermito Abrego, Carmen Rojas de Vargas, Bacilio Molina y otro, que vieron al imputado ingresar a la propiedad de Eusebio Salvatierra Payares junto a más de sesenta personas, habiendo realizado destrozos y apoderándose de los bienes muebles como palas, cavadores, bañadores, sillas, mesas, etc.. Por otro lado, el Tribunal de Sentencia también valoró las pruebas testificales de descargo, señalando que dichos testimonios trataron de justificar el ingreso de dichas personas a la propiedad del querellante, quienes solo entrarían a limpiar los lotes baldíos. Esta valoración objetiva de las pruebas testificales está relacionada con las pruebas documentales de cargo y descargo presentadas por las partes, las cuales han sido debidamente expuestas y motivadas de manera conjunta y armónica de conformidad con el art. 173 del C.P.P., y que han dado convicción a los juzgadores de que los implicados en el presente caso, son autores y/o partícipes de los delitos de amenazas, asociación delictuosa y allanamiento de domicilio o sus dependencias.

c) Aclara que en cuanto al segundo defecto de la sentencia que reclama el apelante, por haberse incorporado elementos probatorios en franca violación a las normas [art. 370-4) del C.P.P.]; en este aspecto, se refiere al incidente de exclusión probatoria de las pruebas 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 33, 34, 35, 56 y 43 del expediente, misma que fuera declarado improcedente por el Tribunal de Sentencia. Este aspecto, señala que ya fue resuelto por el tribunal de alzada anteriormente, por lo que no corresponde su pronunciamiento.

d) Con relación al tercer supuesto defecto de la Sentencia; es decir, la fundamentación insuficiente y contradictoria previsto en el art. 370-5) del C.P.P., en este motivo el auto de vista señala que no fundamenta de manera debida en qué parte de la resolución el tribunal no realizó una debida fundamentación, se limita a señalar que se paralizó con la otra parte señalando que: "nadie tiene pues documentos de las herramientas o sillas que uno compra...", refiriéndose a la falta de documentación que prueba que dichos bienes muebles son de propiedad del querellante. Al respecto, refiere que el art. 100 del Cód. Civ., determina que: "...la posesión vale por título"; es decir, que quien posee una cosa mueble es el propietario de dicho bien. Asimismo, señala que en aplicación de la competencia prevista en el art. 398 del C.P.P., el tribunal de apelación está limitado a los aspectos cuestionados de la resolución por parte del recurrente, pero si el recurrente solo cuestiona de manera lítica y genérica su competencia, no puede aperturar la misma por mandato de dicha norma procesal. Por último, cabe señalar que la sentencia recurrida está munida de una fundamentación fáctica del hecho delictivo, se realizó una fundamentación probatoria (testificales y periciales, tanto de cargo como de descargo) se ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la cualidad suficiente y requería para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de la libre valoración racional y científica, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual, aspecto y elemento como la ciencia, conciencia y experiencia; es decir, el tribunal inferior dio razones jurídicas y de hecho del porque se está condenado al imputado, por los delitos referidos, por lo que concluyó señalando que el Tribunal de Sentencia realizó una explicación de todos los hechos probados durante el juicio, realizando una descripción de la personalidad del autor y se determinó la aplicación judicial de la pena en concurso real de delitos acusados, dictándose correctamente una sentencia condenatoria contra el imputado por haber adecuado su conducta a los tipos penales acusados.

e) Con relación al defecto de la sentencia previsto por el art. 370-6) del C.P.P., a esta denuncia el apelante reitera la fundamentación realizada en el punto dos de la apelación restringida interpuesta, el cual ya fue resuelto por el tribunal de alzada con anterioridad.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías.

En el presente recurso de casación, se denunció que el auto de vista inobservó la aplicación del art. 37-2) del Cód. Pen.; aspecto que, generó la vulneración de su derecho al debido proceso, por lo que corresponde verificar dichos extremos.

III.1. - Del principio de preclusión.

Desde el punto de vista doctrinal, la preclusión es un instituto jurídico; en virtud del cual, la parte dentro del proceso se encuentra imposibilitada de ejercer un derecho fuera del momento oportuno en que pudo haberlo hecho; en consecuencia, una vez concluidos los términos para hacer uso de alguna actuación procesal que estaba puesta a su alcance, no resulta posible acudir a los mismos por haberse perdido dicho derecho.

Edgardo Pallares, sostiene que la preclusión: "Es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercido oportunamente y en la forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido, alguna obligación de la misma naturaleza". También, explica este autor que: "... el término judicial es el tiempo en que un acto procesal debe llevarse a cabo para tener eficacia y valor legal".

Con relación al mismo tópico, la extinta Corte Suprema de Justicia, en el A.S. N° 46 de 7 de mayo de 2006, señaló lo siguiente: "Para evitar las impugnaciones en casación sobre hechos pasados y derechos precluidos; las partes en las etapas preparatorias, intermedia del juicio oral o de los recursos y en ejecución de sentencia deben ejercer las acciones que en cada acto procesal que se encuentran previstos y los recursos que en cada etapa procesal se prevén, la omisión de uno de ellos tiene el efecto jurídico de no retroceder al acto consumado por la preclusión del derecho de la parte que no ha ejercido las acciones o recursos legales oportunamente.

(...) en la etapa preparatoria las partes directamente controlan las actividades de la investigación, cuando consideran que se ha vulnerado un precepto legal o norma constitucional tienen previsto interponer las excepciones o incidentes y los recursos ante el fiscal y ante el juez de instrucción que tiene la facultad de controlar la legalidad y constitucionalidad de las funciones del Fiscal e investigador durante la investigación. En el juicio oral, como en el caso de autos, las partes pueden interponer las excepciones, incidentes, o recursos, o hacer reserva de recurrir contra las resoluciones dictadas durante el juicio oral. En la etapa de los recursos: el de apelación restringida sirve para el control de puro derecho sobre los actos procesales y la actividad jurisdiccional, excepto en el recurso incidental donde se puede acompañar pruebas para que el tribunal de alzada pueda valorar las mismas y dictar la resolución respectiva; mientras que el recurso de casación se encuentra diseñado para uniformar la jurisprudencia penal y evitar la interpretación y aplicación contradictoria de normas adjetivas y sustantivas".

De lo referido, se puede concluir que el principio de preclusión se encuentra vinculado a la oportunidad y el momento en que los sujetos procesales deban hacer uso de los recursos que la ley les franquea; por tanto, para evitar las impugnaciones en casación sobre hechos pasados y derechos precluidos, las partes procesales tienen a su alcance, en cada etapa del proceso penal, los recursos impugnatorios que deben ser ejercidos en cada una de ellas; puesto que, la omisión de uno de ellos tiene el efecto jurídico de no retroceder al acto consumado por la preclusión del derecho de la parte que no ha ejercido las acciones o recursos legales oportunamente.

En el juicio oral las partes pueden interponer las excepciones, incidentes, o recursos o hacer reserva de recurrir contra las resoluciones dictadas durante el juicio oral; habida cuenta, que en la etapa de los recursos, el de apelación restringida sirve para el control de puro derecho sobre los actos procesales y la actividad jurisdiccional, excepto en el recurso incidental donde se pueden acompañar pruebas para que el tribunal de alzada pueda valorar las mismas y dictar la resolución respectiva, mientras que el recurso de casación se encuentra diseñado para uniformar la jurisprudencia penal y evitar la interpretación y aplicación contradictoria de normas adjetivas y sustantivas.

III.2.- Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de resolver la temática planteada y a los fines de verificar si el tribunal de alzada, al momento de pronunciarse respecto de la apelación restringida interpuesta por Andrés Corcino Rodríguez Gutiérrez, incurrió en el defecto que se invoca, corresponde ingresar al análisis del argumento planteado por el recurrente.

En el tercer motivo (único motivo admitido), señala que el tribunal de mérito adolecía de la descripción expresa de los supuestos hechos contenidos en la norma jurídica aplicable al caso en concreto, siendo que no se estableció el nexo causal entre la denuncia o querrela y el supuesto hecho, para el delito de robo, cuyo verbo rector es apoderarse de una cosa; y, al haber encontrado concurso ideal de delitos debió haber motivado cada uno de ellos y las pruebas que lo sustentan, hecho que no existe, razón por la cual la sentencia infringió su derecho al debido proceso referido a la fundamentación de las resoluciones, por lo que el auto de vista al igual que la sentencia inobservaron la aplicación del art. 37-2) del Cód. Pen., en cuanto se refiere a la fijación y la aplicación de la pena, por lo que corresponde inicialmente verificar si evidentemente en su recurso de apelación restringida denunció dicho extremo.

De ahí, que el impugnante basó su pretensión en cuatro puntos que se resumen en: a) Existencia de inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva y adjetiva debido a que se aplicó erróneamente los arts. 293, 298 y 332-2) del Cód. Pen., que corresponden a los delitos de amenazas, allanamiento de domicilio o sus dependencias y robo agravado; b) Se incurrió en el defecto de la sentencia, comprendido en el art. 370-4) del C.P.P., al existir defectos en la etapa de incidentes y exclusiones probatorias; c) En la sentencia se pudo advertir una fundamentación insuficiente y contradictoria, situación prevista en el art. 370-5) del C.P.P., porque se advirtió que los Jueces técnicos incurrieron en incumplimiento del art. 124 del C.P.P.; y c) La sentencia se basó en valoración defectuosa de la prueba, aspecto previsto en el art. 370-6) del C.P.P., porque no se valoró correctamente las pruebas aportadas en juicio. En ese sentido, se advierte que el impetrante en su recurso de apelación restringida no denunció la supuesta inobservancia de la aplicación del art. 37-2) del Cód. Pen.

Asimismo, del referido recurso se verifica que la aplicación que pretendió el recurrente fue que se apliquen correctamente las normas sustantivas previstas en los arts. 293, 298, 332-2) del Cód. Pen., en concordancia con el art. 363-2) del C.P.P., con la finalidad de revocar la resolución impugnada y se obre conforme lo establecido por el art. 413 último párrafo del C.P.P., y se declare su absolución. En consecuencia, de la verificación de estos antecedentes, se observa que en ninguno de sus motivos y la solicitud de la aplicación que se pretende en su recurso de apelación restringida, se denunció la inobservancia de la aplicación del art. 37-2) del Cód. Pen., por lo que debe quedar claro que el tribunal de alzada, a tiempo de resolver los agravios impugnados expresó punto por punto, conforme con la facultad conferida por el art. 398 del C.P.P., circunscribiendo su resolución a los motivos que fueron objeto de apelación restringida; no obstante, el recurrente en casación denunció inobservancia de la aplicación del art. 37-2) del Cód. Pen., pretendiendo que este tribunal pueda revisar el auto de vista impugnado cuando estos defectos como se tiene señalado no fueron motivo del recurso de apelación restringida, lo que implica que el tribunal de alzada; al respecto, no emitió pronunciamiento alguno, de ahí porqué este Tribunal Supremo no puede ingresar a la resolución del motivo, al no ser aplicable en el sistema procesal penal vigente el principio del "per saltum", el cual está referido al derecho de recurrir de casación aunque no se hubiere apelado de la sentencia.

Finalmente, es necesario precisar que si las partes consienten los extremos de la sentencia y no los objetan [aplicación del art. 37-2 del C.P.P.], dentro del principio de disposición de los derechos, no compete a este tribunal reeditar un acto procesal de autoridad consentido como ocurre en el sub lite, porque no interesa al orden público sino a la esfera privada de los justiciables. No siendo posible ello, además por preclusión, retomar a fases consumadas cuando no se han comprometido ni vulnerado en ellas, normas adjetivas que causen indefensión a los contendientes. En ese entendido, el recurrente pretende que este tribunal resuelva directamente una denuncia, sin que haya sido impugnada previamente ante el tribunal competente, a través del recurso de apelación restringida, no encontrándose facultado para tal efecto, debido a que la facultad del Tribunal de Justicia, está constreñida a efectuar un control de derecho sobre las cuestiones conocidas y resueltas por el tribunal de apelación, ante quien correspondía que el imputado cuestionara los extremos que impugna directamente en casación, al no haberlo hecho su derecho de conseguir pronunciamiento y resolución de su denuncia precluyó, por su propia negligencia, razón por la cual no corresponde a este tribunal efectuar pronunciamiento de fondo alguno, resultando el motivo infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Andrés Corcino Rodríguez Gutiérrez, de fs. 486 a 489.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



286

Ministerio Público y otro c/ Adolfo Baubaza Cuñaripi

Estupro

Distrito: Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 24 de junio de 2016, cursante de fs. 64 a 68, Adolfo Baubaza Cuñaripi, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 6 de 18 de febrero de 2016, de fs. 57 a 60, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, conformado por los vocales William Torrez Tordoya y Hugo Juan Iquise Saca, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Adhemar Quinteros Sánchez contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de Estupro, previsto y sancionado por el art. 309 del Cód. Pen.

Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia de 15 de diciembre de 2015 (fs. 27 vta. a 29 vta.), la Juez 5° de Instrucción en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, mediante procedimiento abreviado, declaró a Adolfo Baubaza Cuñaripi, autor del delito de Estupro, previsto y sancionado por el art. 309 del Cód. Pen., imponiendo la pena de 3 años de reclusión.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusador particular Adhemar Quinteros Sánchez, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 33 y vta.), que fue resuelto por A.V. N° 6 de 18 de febrero de 2016, dictado por Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible y procedente el recurso planteado y deliberando en el fondo, anuló la Sentencia de procedimiento abreviado, para continuar con las investigaciones conforme a procedimiento, motivando la interposición del presente recurso de casación en análisis.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 920/2016-RA de 23 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

El recurrente previa relación de antecedentes del proceso, alega que el auto de vista recurrido incurrió en las siguientes contradicciones: i) El tribunal de alzada no consideró que la apelación restringida interpuesta por el padre de la víctima, sería confusa al no señalar ni fundamentar cuáles son los agravios vulnerados y pese a ello fue resuelta de manera ultra petita, sólo en base a la referencia de que la pena debiera agravarse por ser el imputado docente y que existirían otras víctimas, conclusión que a decir del recurrente sería subjetiva, incumpliendo lo establecido en los arts. 407, 408 y 409 del C.P.P., además de haberse violado el principio de legalidad, que obligaban al tribunal de alzada conminar al recurrente, para que subsane los defectos u omisiones del recurso de apelación restringida bajo apercibimiento

de rechazo. Que con el planteamiento incorrecto del recurso de apelación, se vulneró el art. 169-3) del C.P.P., implicando un defecto absoluto por vulneración al debido proceso. ii) Alega, que su persona a tiempo de responder la apelación interpuesta por la parte contraria, señaló que la misma era carente de argumentos jurídicos porque incumplía las previsiones del art. 408 del C.P.P., ya que no se hacía referencia en lo mínimo a las disposiciones legales que se hubieren violado o aplicado erróneamente, menos la aplicación pretendida; sin embargo, el Tribunal incumpliendo su deber establecido por el art. 17 de la L.O.J., omite pronunciarse sobre estos hechos, lo cual constituye un defecto absoluto por violación del art. 115 de la C.P.E. y art. 169-3) del C.P.P.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita que el Tribunal Supremo de Justicia a tiempo de resolver el recurso de casación, deje sin efecto el auto de vista recurrido y en correcta aplicación de la ley, se emita nuevo fallo por el que se subsane la violación del derecho a la defensa y al debido proceso.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 920/2016-RA de 23 de noviembre, de fs. 76 a 78 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el imputado Adolfo Baubaza Cuñaripi, en vía de flexibilización ante la presunta violación de derechos y garantías constitucionales del debido proceso y principio de legalidad, para el análisis de fondo de los motivos expuestos precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

La Juez de Instrucción 5° en lo Penal de Santa Cruz, en aplicación de procedimiento abreviado, declaró al imputado Rodolfo Baubaza Cuñaripi, autor de la comisión del delito de estupro, previsto en la sanción del art. 309 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, alegando que el Ministerio Público emitió requerimiento conclusivo solicitando la aplicación del citado mecanismo procesal en favor del imputado; que de acuerdo a la valoración de la prueba, consideró que Adolfo Baubaza Cuñaripi, es autor y partícipe del delito de estupro, en circunstancias en que logró tener acceso carnal con la víctima en su condición de educador mediante la seducción con promesas de quererla y casarse, manteniendo comunicación con la víctima mediante celular incluso fuera de horario de clases; que la entrevista psicológica, da cuenta que la víctima, mantuvo relación sentimental con el imputado logrando mantener relaciones sexuales el 6 de diciembre de 2015, hechos que fueron corroborados con el certificado médico forense. Que la adolescente habría sido enamorada por el imputado, quien con la promesa de casarse, le hacía regalos de cadenas, anillos y perfumes, existiendo la convicción de la existencia del hecho y la participación del imputado, resultante de la valoración de las pruebas en base a la sana crítica y la adecuación de la conducta del imputado al tipo penal previsto en el art. 309 del Cód. Pen., que por la previsibilidad de la pena en posible juicio oral, hace viable la salida alternativa solicitada. Señala asimismo, que la defensa de la víctima, no ha hecho oposición fundada y sustentada de que en juicio oral pueda existir mayores elementos o que se pueda aplicar mayor sanción a la pena asumida, observando de forma escueta haberse presentado querrela por el delito de acoso sexual, pero el Ministerio Público al tener el monopolio de la acusación concluyó por la aplicación de esta salida alternativa. Que ante la declaración voluntaria de culpabilidad por el hecho, existencia escrita de renuncia al juicio oral, manifestación expresa del abogado defensor, hacen viable la aplicación del procedimiento abreviado.

II.2.- De la apelación restringida del representante de la víctima.

El recurso de apelación restringida interpuesto por Adhemar Quinteros Sánchez, refiere que en su condición de padre de la víctima, presenta apelación en contra de la sentencia, mencionando la existencia de otras víctimas dentro del establecimiento que debían ser investigadas por tratarse de menores de edad, agrega que se reconsidere la sentencia que impuso la pena de tres años que permite la posibilidad de contar con un beneficio.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, por A.V. N° 6 de 18 de febrero de 2016, declaró admisible y procedente el recurso de apelación restringida interpuesta por el denunciante y deliberando en el fondo anuló la Sentencia de procedimiento abreviado, disponiendo la continuación de las investigaciones conforme a procedimiento en base a los siguientes argumentos: La Juez 5° de Instrucción en lo Penal, al haber aceptado el procedimiento abreviado en favor del acusado e imponer la pena de tres años de reclusión por el delito de estupro, no tomó en cuenta la oposición fundada de la víctima, procediendo en forma incorrecta sin interpretarlo establecido en los arts. 373 y 374 del C.P.P., al haber existido en audiencia una oposición fundada del padre de la víctima y de su abogado, con la finalidad de que se niegue el procedimiento abreviado, oposición que debió ser considerada y por ende rechazarse la aplicación de esta salida alternativa; toda vez, que el acusado es docente y educador de la víctima y se debió agravar la pena atendiendo la diferencia considerable de edad entre el acusado y la víctima para ser estimado como Estupro al imponer la pena mínima del delito acusado.

Agregó, que la oposición del denunciante es razonable cierta y verdadera, pues con el procedimiento común se permitiría un mejor conocimiento de los hechos, no siendo claras las circunstancias en las que hubiera actuado el imputado en la comisión del hecho, además de la versión de la existencia de otras víctimas del mismo establecimiento educativo, que debiera ser esclarecido en aplicación del principio de igualdad y resguardando al derecho a la defensa y presunción de inocencia en un procedimiento común.

III. Verificación de la existencia de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

Esta Sala Penal, acudiendo a los presupuestos de flexibilización, admitió el presente recurso, ante la denuncia de que el recurso de apelación restringida formulada por el representante de la presunta víctima, no cumplió con las previsiones de los arts. 407, 408 y 409 del C.P.P., de donde resulta una resolución extra petita y vulneratoria del debido proceso y principio de legalidad, más cuando omitió considerar la

respuesta a la apelación donde hizo constar esos extremos; en cuyo mérito y previo al análisis del caso concreto es pertinente efectuar las siguientes consideraciones de orden normativo y doctrinal.

III.1.- Sobre el recurso de apelación restringida.

En el sistema procesal penal, en los arts. 394 y ss., del C.P.P., se establecen las normas generales y los requisitos de tiempo y forma que se deben observar a tiempo de interponer los diferentes recursos, siendo facultad privativa de los tribunales de apelación o alzada, velar por el cumplimiento de las normas que regulan el trámite y resolución de dichos recursos, y por ende, pronunciarse sobre la admisibilidad de los mismos.

De manera particular, por previsión expresa del art. 407 C.P.P., el recurso de apelación restringida se interpondrá por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o adjetiva, cuando el vicio versa sobre la incorrección del juicio contenido en la sentencia o violación de ley sustantiva, o sobre la irregularidad en la actividad procesal, en el segundo caso, el recurso será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente, su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir durante la sustanciación del juicio, salvo en los casos de nulidad absoluta o vicios de sentencia previstos en los arts. 169 y 370 C.P.P.

Conforme señalan los arts. 408 y 410 C.P.P., a tiempo de interponer el recurso de apelación restringida, deberá citarse inexcusablemente, de manera concreta y precisa, las disposiciones legales que se consideran violadas o erróneamente aplicadas, además de expresar cuál es la aplicación que se pretende, indicando separadamente cada violación con sus fundamentos, con el advertido de que posteriormente no podrá invocarse otra violación; esta exigencia se explica, porque el tribunal tiene que saber cuál es la norma procesal o sustantiva que la parte procesal considera inobservada o erróneamente aplicada y fundamentalmente, cuál es la aplicación de la norma que pretende aquel que impugna de una sentencia; es decir, el recurrente tiene el deber, a partir de los motivos que alega en su recurso, indicar en su planteamiento cuál la solución que el tribunal de alzada debiera dar a su caso; exigencia que además resulta razonable a los fines de que cualquiera de las otras partes procesales puedan adherirse fundadamente al recurso y a quien corresponda proceda a su contestación conforme los arts. 395 y 409 del C.P.P. Es menester tener en cuenta que de acuerdo a la S.C. N° 1075/2003-R de 24 de julio: "Estas exigencias, tienen la finalidad de que el tribunal que conozca el recurso no tenga que indagar qué ha querido decir el recurrente, cuál ha podido ser la norma procesal o sustantiva que el procesado entiende inobservada o violada. Pues, una tarea así para el tribunal que debe conocer el recurso, dada la recargada e intensa actividad judicial, podría determinar el colapso (la mora judicial), imposibilitando el cumplimiento de las exigencias constitucionales de celeridad procesal".

De las previsiones legales referidas, se puede establecer que en la legislación penal boliviana el derecho al recurso no es absoluto, pues su existencia primero y su ejercicio después va a depender de la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos, requisitos o condiciones de admisibilidad del recurso; además, no puede ser ejercitado por cualquier persona, ni de cualquier forma, pues su ejercicio exige el cumplimiento de una serie de condiciones legalmente establecidas. Por lo tanto, el derecho a recurrir está supeditado y condicionado legalmente o dicho de otro modo, el recurso de apelación restringida debe ser formulado tal y como prevé la norma procesal, requiriendo la diligencia del recurrente.

En ese ámbito, la jurisprudencia ha determinado criterios en cuanto a los requisitos de forma en la interposición de la apelación restringida, en los términos contenidos en el A.S. N° 10 de 26 de enero de 2007 que expresó: "El sistema de recursos contenido en el nuevo Código de Procedimiento Penal, ha sido trazado para efectivizar la revisión de los fallos dictados como emergencia del juicio penal, conforme disponen los arts. 8-2-h) de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica), y art. 14-5) de la L. N° 2119 de 11 de septiembre de 2000 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), asegurando el control del decisorio por un Juez o Tribunal Superior al que pronunció la resolución condenatoria"; para luego señalar lo siguiente: "...si el tribunal de alzada observa el recurso de apelación restringida y otorga un plazo para subsanar el recurso conforme a la previsión del art. 399 del Código Adjetivo Penal, debe precisar de manera clara y expresa en el decreto respectivo, la observación que realiza y los requisitos que extraña, toda vez que las resoluciones judiciales deben ser expresas y no tácitas.

En cuyo caso, si transcurridos los tres días, el recurrente no subsana el recurso conforme a las observaciones realizadas, precluye el derecho del recurrente por el transcurso del tiempo, debiendo el tribunal ad quem dar estricta aplicación al art. 399 del Cód. Pdto. Pen., y rechazar el recurso, sin ingresar a realizar consideraciones de fondo; de lo contrario tramitará el recurso conforme a procedimiento y dictará resolución declarando procedente o improcedente el recurso".

III.2.- La previsión legal sobre el análisis de admisibilidad.

La razón del establecimiento de requisitos de acceso al recurso de apelación restringida se encuentra en que el derecho al mismo, se configura como garantía de las partes en el proceso, por lo que, debe acomodarse a lo establecido por las disposiciones que lo regulan, puesto que, si la admisión fuera indiscriminada, podría generar una práctica fraudulenta en sentido de que su utilización sería aprovechada por el litigante de mala fe con fines dilatorios, haciendo interminable la tramitación de los procesos en perjuicio de los derechos de las demás partes y el propio interés público, teniendo en cuenta que los requisitos condicionantes previstos por la ley, relativos a tiempo, forma y lugar, tienden a evitar excesos que pudieran impedir la posibilidad de conseguir un fallo dentro de un tiempo razonable.

Sin embargo, la admisibilidad del recurso no puede depender de requisitos contrarios a la Constitución, teniendo en cuenta que el acceso al mismo constituye un derecho fundamental; esto significa, que si bien el legislador ha determinado los requisitos de su admisibilidad, en el marco del respeto de los derechos y garantías de las partes, no pueden constituir una limitación al derecho fundamental, sino responden a la naturaleza del proceso y la finalidad que justifica su existencia, contribuyendo al ordenamiento del proceso.

III.3.- Control de admisibilidad de la apelación restringida.

Compete a los Tribunales Departamentales de Justicia en el marco previsto por los arts. 51-2) y 407 y ss., del C.P.P., examinar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y resolver la admisión del recurso de apelación restringida; al llevar a cabo esta misión, no pueden aplicar las normas de modo automático ni literal, sino que su actividad debe estar regida por una serie de principios que tiene su base en el derecho a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso con todas las garantías, considerando que el principio pro actione es el principio informador de las normas procesales penales; en ese sentido, cuando el tribunal de apelación interpreta y aplica de forma excesivamente rigurosa y formalista los criterios de admisibilidad, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, que buscan efectivizar la posibilidad de que todos puedan utilizar los recursos procesales previstos por ley, sin obstáculos innecesarios, desproporcionados o carentes de justificación, de ahí que la norma procesal no permite un rechazo in limine sino que a efectos de garantizar el derecho al recurso, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en caso de existir un defecto u omisión de forma, el juez o tribunal de apelación debe hacerlo conocer al recurrente a través de observaciones claras y precisas, otorgándole un plazo de tres días para que amplíe o corrija, bajo apercibimiento de rechazo.

Incluso después de la corrección efectuada por la parte recurrente, el tribunal de apelación no debe aplicar las normas en su estricta literalidad, ni actuar arbitrariamente en el ejercicio del poder valorativo para determinar si un recurrente ha cumplido o no con los requisitos de admisibilidad, esta labor tiene su freno en la Constitución; esto no supone que tenga la obligación de admitir todo recurso que se formule, por el contrario en ejercicio de la facultad que la propia ley le reconoce, puede perfectamente inadmitirlo cuando la falta de fundamentos sea evidente, cierta y patente; pero la determinación debe estar fundamentada en la aplicación e interpretación de la norma en el ámbito del acceso al recurso, la tutela judicial efectiva y el principio pro actione.

En ese ámbito, a los efectos de la valoración del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, deben aplicarse los criterios rectores de la actividad jurisdiccional como los principios de interpretación más favorable, de proporcionalidad y de subsanación.

El principio de interpretación más favorable a la admisión del recurso.- Partiendo del derecho del acceso al recurso, se entiende que la Constitución contiene un mandato positivo que obliga a interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, de forma que, aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel importante para la ordenación del proceso, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insubsanable para su prosecución, este criterio tiene límites, atendiendo el carácter bilateral de un proceso, al efecto el juzgador deberá considerar si la norma aplicada permite otra interpretación alternativa y segundo si la interpretación adoptada es arbitraria o inmotivada.

Principio de proporcionalidad.- Los defectos determinantes de inadmisión deben interpretarse con criterios de proporcionalidad que tengan en cuenta los efectos de la inobservancia de la regla en relación con la finalidad de los requisitos y presupuestos procesales o dicho de otro modo, la interpretación debe realizarse teniendo en cuenta la efectividad del derecho constitucional; en ese sentido, la mayor o menor severidad en la exigencia de los requisitos de admisión guardara proporción con el fin.

Principio de subsanación.- En la legislación boliviana está recogido por el art. 399 del C.P.P., en cuya virtud el rechazo de un recurso de apelación restringida defectuosamente preparado o interpuesto, no podrá ser rechazado sin antes darse oportunidad a su subsanación cuando esta sea susceptible de reparación.

III.4.- Análisis del caso concreto.

El recurrente denuncia que el auto de vista impugnado, incurrió en contradicción porque no consideró que la apelación restringida interpuesta por el padre de la víctima es confusa, no fundamenta los agravios y vulneraciones y pese a ello resolvió de manera ultra petita, sólo en base a la referencia de que la pena debiera agravarse por ser el imputado docente y que existirían otras víctimas, conclusión que no cumple lo establecido en los arts. 407, 408 y 409 del C.P.P., en vulneración al principio de legalidad y el debido proceso, por lo que debió haberse conminado al apelante, para que subsane los defectos u omisiones del recurso de apelación restringida bajo apercibimiento de rechazo. Asimismo, denuncia que a tiempo de responder al recurso de apelación, observó la carencia de argumentos jurídicos por incumplimiento del art. 408 del C.P.P., porque no se hacía mención a las disposiciones legales violadas o aplicadas erróneamente, menos a la aplicación que se pretendía, observaciones que el tribunal de alzada omitió pronunciarse, constituyendo defecto absoluto de acuerdo al art. 169-3) del C.P.P.

En el caso de autos, se verifica que el tribunal de alzada una vez radicada la causa y realizado el sorteo respectivo, procedió a la emisión directa del A.V. N° 6 de 18 de febrero de 2016 y en la parte inicial del análisis de forma del recurso, asumió que el recurso de apelación restringida interpuesto por el padre del víctima y denunciante Adhemar Quinteros Sánchez, cumplía con los requisitos establecidos en el art. 407 del C.P.P. y haber sido interpuesto dentro del término legal establecido en el art. 408 del mismo C.P.P., determinando su admisibilidad para el análisis de los argumentos de fondo de las cuestiones planteadas; lo que significa, no haber advertido ningún óbice de naturaleza formal que pudiera resaltar el recurso de apelación restringida consignado en el escrito de fs. 33 y vta.

Sin embargo, de la lectura de los términos que refleja el recurso de apelación restringida, es evidente el incumplimiento de las previsiones establecidas en los arts. 407 y 408 del C.P.P.; por ello, es menester destacar que el sistema de regulación del recurso de apelación restringida se encuentra respaldada en la disposición del art. 180 de la C.P.E., que garantiza el derecho de impugnación en consonancia al art. 394 del C.P.P., que establece que las resoluciones judiciales serán recurribles en los casos expresamente establecidos por el C.P.P., cuyo ejercicio importa la observación de requisitos como los descritos en el art. 408 del C.P.P.:

“El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia. Se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende.

Deberá indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos. Posteriormente no podrá invocarse otra violación.

El recurrente deberá manifestar si fundamentará oralmente su recurso”.

Exigencia legal que encuentra su justificación en la necesidad de constituir criterios de admisibilidad del recurso, conforme fue desarrollado en los acápites anteriores de este fallo, de manera que incumbe al tribunal de alzada, la tarea previa de verificación del cumplimiento de los aspectos formales incluido el requisito temporal, que en el recurso se encuentren contemplados en forma explicativa y en base a fundamentos que denoten claridad y precisión, los agravios sufridos debidamente puntualizados, las disposiciones legales infringidas y solución pretendida, con el respaldo jurídico normativo a efectos de proporcionar al tribunal los insumos sobre los cuales tiene que centrar el discernimiento y resolución del motivo, que en caso de ser advertidos, el tribunal de alzada en primer término y con la finalidad de no vulnerar la garantía del derecho de impugnación por falta de requisitos formales, observar la alternativa prevista en el art. 399 del C.P.P., respecto a la posibilidad de subsanación del recurso defectuoso, al prescribir: "Si existe defecto u omisión de forma, el tribunal de alzada lo hará saber al recurrente, dándole un término de tres días para que lo amplíe o corrija, bajo apercibimiento de rechazo"; en ese sentido, el ejercicio del control de admisibilidad del recurso de apelación por parte del tribunal de alzada, permitirá el conocimiento cierto y objetivo del entendimiento que pretendió traslucir el recurrente en los reclamos realizados, que igualmente permitirá un desenlace satisfactorio y congruente de la autoridad jurisdiccional encargada de solucionar la controversia.

Esta obligación primaria atingente a la labor del tribunal de alzada, no fue debidamente cumplida, incurriendo en error en la consideración de la admisibilidad del recurso de apelación, respecto a la posible verificación de la existencia de defectos u omisiones en la formulación del recurso de apelación del denunciante, -objetivamente visibles-, cuya repercusión se manifiesta en la apertura de la competencia para el ejercicio del control de legalidad de la sentencia con el consiguiente análisis de fondo del recurso, sin que dicho incumplimiento importe el rechazo del recurso defectuosamente formulado, sino que en previsión del derecho de impugnación, hubiere dado lugar a que dichas observaciones sean subsanados por la parte apelante en el término de ley bajo apercibimiento de rechazo en caso de incumplimiento conforme prescribe el art. 409 del C.P.P., en aplicación del principio de subsanación para contar con un recurso de contenido claro y preciso.

No obstante la eventualidad enmendable del defecto formal no advertido oportunamente por el tribunal de alzada, conllevó más adelante a situaciones igualmente defectuosas absolutas insubsanables con entidad vulneratoria de derechos y garantías constitucionales; en efecto, el tribunal de apelación en la Resolución de fondo del recurso, argumentó aspectos referidos a que la juzgadora, no hubiese tomado en cuenta la oposición fundada del padre de la víctima que debió ser considerada para el rechazo del procedimiento abreviado, de igual manera alegó que debió haberse tomado en cuenta la condición personal del imputado de ser docente de un establecimiento educativo a efectos de la agravación de la pena mínima impuesta del tipo establecido en el art. 309 del Cód. Pen., y que al no estar claras las circunstancias en las que hubiere actuado el imputado, un procedimiento común hubiere permitido un mejor conocimiento de los hechos; aspectos que aunque resultan atendibles, ciertamente no se encuentran contemplados en el recurso de apelación del denunciante, cuyo contenido está desprovisto de argumentación y fundamento, al únicamente referirse a la -posible- existencia de otras víctimas dentro del mismo establecimiento y la reconsideración de la pena impuesta; por ello que el auto de vista impugnado, al haber abarcado su análisis a otros aspectos fuera del contexto argumentativo inserto en el recurso de apelación restringida, ha obrado extra petita; es decir, no ha ceñido el pronunciamiento de su resolución a los puntos que fueron objeto de impugnación a los que debió estar circunscrito conforme establece el art. 398 del C.P.P., incurriendo en vicio de incongruencia por exceso (ultra o extra petitum), al resolver sobre cuestiones que no fueron objeto de expresión de agravios que marcaron significancia en el resultado de la resolución en este caso, al disponer la nulidad de la sentencia, por lo que es atendible y legítima la reclamación expresada por el recurrente, en sentido de haberse resuelto la apelación sin contar con bases argumentativas de hechos jurídicos, soslayando la observación de normas de orden público, que en su momento y a tiempo de responder al recurso de apelación, habría establecido sus reparos al contenido del recurso e incumplimiento de la previsión estipulada en el art. 408 del C.P.P., constituyendo circunstancias que vulneran el debido proceso, tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el derecho a las resoluciones debidamente fundamentadas, por consiguiente situación defectuosa de acuerdo al art. 169-3) del C.P.P., que amerita ser enmendada mediante la emisión de nuevo auto de vista que observe la doctrina legal de la presente resolución y los entendimientos normativos y jurisprudenciales glosados.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-1-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Adolfo Baubaza Cuñaripi, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del C.P.P., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 6 de 18 de febrero de 2016, disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida, previa observancia del art. 399 del C.P.P.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del C.P.P., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia, para que por intermedio de sus Presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de Sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



287

Ministerio Público y otro c/ María Luisa Ferrufino Aguilera y otros
Estafa y otros
Distrito: Santa Cruz

AUTO VISTA

Santa Cruz, 26 de abril de 2016.

VISTOS: El Tribunal de Sentencia N° 4 en lo Penal de la capital, dictó la sentencia mixta de fs. 1075 a 1089 vta., en los siguientes términos: declara a la acusada María Luisa Ferrufino Aguilera, autora y culpable de la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes culposos, contratos lesivos al Estado culposo y conducta antieconómica, previstos y sancionados por los arts. 154, 221 y 224 del Cód. Pen., y la condena a cumplir la pena privativa de libertad de 2 años de reclusión en la Cárcel Pública de Palmasola, pero se la absuelve de los delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado y uso indebido de influencias; por su parte declara culpable a Jade María Coral Racca Barba de la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes, uso indebido de influencias y conducta antieconómica, condenándola a cumplir la pena de 3 años de reclusión, pero se la absuelve de los delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado y contratos lesivos al Estado; finalmente declara a la acusada Aida Marioly Tomelic Paniagua absuelta de culpa y pena de los delitos de: estafa, contratos lesivos al Estado, incumplimiento de deberes, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, conforme a art. 363-2) y 3) del C.P.P.

Que contra el fallo judicial condenatorio precedentemente referido, la acusada Jade María Coral Racca Barba, interpone recurso de apelación restringida a fs. 1105 a 1109 de obrados.

Que verificada la deliberación respectiva, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el Recurso conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del C.P.P. como sigue:

CONSIDERANDO: Que de acuerdo a la naturaleza jurídica del recurso de apelación restringida prevista en el art. 407 del C.P.P., dice: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley". Esto significa que el tribunal de alzada está en el deber jurisdiccional de revisar la sentencia en los aspectos de la aplicación de Derecho en el cual el tribunal o juez hubiese incurrido en defectos para su aplicación, ya sea en el derecho material o procesal. En consecuencia el ámbito de protección y resguardo de los derechos se abre de manera amplia en todas las normas legales, constitucionales, principio del debido proceso, tratados internacionales y todo lo que implica la correcta aplicación del derecho en general; es así que de acuerdo a los motivos del recurso de apelación restringida formulado por la acusada Jade María Coral Racca Barba, es pertinente en el presente caso, sintetizar y buscar de manera objetiva los agravios que implican violación de derechos fundamentales y que impliquen la dictación de una sentencia, debido a los defectos en la aplicación de la norma procesal, ya que primeramente el tribunal de alzada debe cuidar que el proceso se tramite sin vulnerar derechos fundamentales, sin embargo la norma procedimental no permite a este tribunal revalorizar las pruebas que ya fueron analizadas por el inferior, ya sea documentales, periciales o testificales.

CONSIDERANDO: Que el A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003, señala que "De acuerdo a la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe doble instancia, y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos, declarar procedente o improcedente el recurso, anular total o parcialmente la sentencia".

Que el uso indebido de influencias es un muy interesante delito que está tipificado en el art. 146 del Cód. Pen. Boliviano. El artículo señala que "el funcionario público o autoridad que, directamente o por interpuesta persona y aprovechando de las funciones que ejerce o usando indebidamente de las influencias derivadas de las mismas, obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero, será sancionado con presidio de dos a 8 años y multa de cien a quinientos días". Con una simple lectura es fácil colegir que el uso indebido de influencias es un delito que sólo puede ser cometido por un tipo de persona: el servidor público, sea' este un simple funcionario o una autoridad. Y, aunque el artículo sea claro, lo difícil es probar que el funcionario público o la autoridad hayan incurrido en uso indebido de influencias cuando, por ejemplo, se adjudica un contrato a uno de sus parientes.

En primer lugar, un delito no es una acción (la acción es un elemento -solo formalmente existente- del delito). Un delito es el producto de una sentencia (judicial) en la que a una acción se le confiere una tipicidad (adecuación a un tipo de delito), pero, más importante, una determinada culpabilidad. Segundo, el momento en el que el art. 146 establece claramente la condición "aprovechando (...) o usando indebidamente influencias", enfatiza que la consumación del (probable) delito de "tráfico de influencias" requerirá la constatación probada de un elemento subjetivo (de una intención, de una premeditación, etc.). Tercero, el artículo no establece la prohibición de relaciones interpersonales

o familiares entre la autoridad y el otro sujeto del delito, al que, valga aclarar, solo se refiere como "tercero". Por ello, el "elemento objetivo" de la acción carece, virtualmente, de cualquier importancia. Dejando ya de lado el lenguaje jurídico, podemos concluir que: El delito de uso indebido de influencias se basa esencialmente en el hecho de que una autoridad actúe intencional y culpablemente, vulnerando x o z reglamentos, en busca de favorecer a un tercero. Tal culpabilidad solo puede ser producto de una sentencia y es del todo inexistente antes de esta. No existe condición "objetiva" que baste para ratificar, predecir o avizorar la comisión del delito, toda vez que el artículo no establece como condición el hecho de que "no se pueda tener cerca o trabajando en instituciones relacionadas con el Estado (o el funcionario) a parientes, conyugues, parientes, hijos, etc.". Así, un acusado es inocente de este delito mientras aún no exista una sentencia judicial ejecutoriada que pruebe su intención y su vulneración al reglamento.

Que en cuanto al delito de incumplimiento de deberes, diremos que el art. 154 del Cód. Pen. (Incumplimiento, de deberes) dice que: el funcionario público que legalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función incurrirá en reclusión de un mes a un año.

Que en lo referente al delito de conducta antieconómica, diremos que el art. 224 del Cód. Pen. (Conducta antieconómica) dice que: el funcionario público o el que hallándose en el ejercicio de cargos directivos u otros de responsabilidad, en instituciones o empresas estatales, causare por mala administración o dirección técnica, o por cualquier otra causa, daños al patrimonio de los intereses del Estado, será sancionado con privación de libertad de uno a seis años. Si actuare culposamente, la pena será de reclusión de 3 meses a dos años.

CONSIDERANDO: Que luego de estudiar minuciosamente los datos del proceso elevados en originales y lo expuesto por las partes, se llega a establecer que la acusada Jade María Coral Racca Barba en su recurso de apelación restringida, invoca como único agravio el defecto previsto en el art. 370-6) del C.P.P.;, indicando que al dictar la sentencia condenatoria se habría incurrido en valoración defectuosa de la prueba; al respecto diremos que el principio de inmediación se vincula con la percepción que el juez o tribunal tiene con los elementos de conocimiento y los sujetos que intervienen en el acto procesal; de esa manera el juez o tribunal que tiene que dictar sentencia debe ser aquél que directamente practicó las pruebas que hayan sido producidos, judicializados e incorporados en el juicio oral y público, con garantía de contradicción é inmediación frente , al juez o tribunal; ya que por la misma naturaleza del motivo de impugnación, debemos tener en cuenta que la intermediación sitúa al juez o tribunal de juicio en una posición privilegiada para valorar la prueba practicada en su presencia, lo que significa que el tribunal de alzada no puede ingresar a revalorizar dicha prueba que ya fue considerada por el inferior, siempre y cuando no se haya incurrido en defectos de sentencia o defectos absolutos, es decir a este tribunal de alzada solo le está permitido realizar el control de la valoración efectuada por el juez o tribunal inferior, verificar si se ha seguido el procedimiento legal para adecuar la conducta antijurídica, la correcta o incorrecta valoración de la prueba, y los demás defectos que establece el art. 370 del C.P.P., en ese entendido, debemos indicar que la sentencia de fs. 1075 a 1089 vta., dictada por el Tribunal de Sentencia N° 4 en lo Penal de la capital es correcta y se ajusta a lo que establece el art. 360-2), 3) y 4) del C.P.P., ya que ha realizado una correcta valoración de la prueba, se ha identificado plenamente a la acusada y su accionar antijurídico de Jade María Coral Racca Barba, se ha establecido claramente el momento en que se procedió al proceso de adjudicación de los 12 procesos de compras menores, se ha identificado y detallado el lugar, la forma, cuándo se procedió a elegir a la Empresa ZEUS TECHNOLOGIES, y sin respetar la normativa é instructiva administrativa para esos procesos, además de ello se ha acreditado el daño causado a través de una empresa que documentalente aparenta ser de real existencia, es decir la acusada Jade María Coral Racca Barba, en su condición de funcionaria pública municipal, en el momento de la comisión del hecho por el 2007 cuando se desempeñaba como profesional apoyo en el proceso de adjudicación o compra, menores de la secretaría de Gestión del Gobierno Municipal, y ella en forma voluntaria omitió un proceder legal al momento de elaborar, levantar el procedimiento de cotizaciones para la adjudicación de la compra de bienes que requerían las Sub Alcaldías Municipales de Santa Cruz Sierra, ya que ella era quien de forma discrecional podía determinar qué empresa podía o debía ser elegida, y en este caso eligió a la empresa de su preferencia personal aprovechando la función que ejercía como funcionaria municipal de apoyo y favoreció a la Empresa ZEUS TECHNOLOGIES.

CONSIDERANDO: Que de la simple lectura del recurso de apelación restringida de fs. a 1109, se evidencia que la acusada no hace una expresión de agravios, no cita concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas ni cuál es la aplicación que se pretende; es decir, no indica separadamente cada violación con sus fundamentos respectivos para oponerse al fallo judicial de fs. 1075 a 1089 vta., tal como lo exige el procedimiento de la materia en sus arts. 396-3) y 404, si bien dice que se ha incurrido en valoración defectuosa de la prueba, sin embargo no detallan de manera precisa cuáles son esas pruebas a las que se refiere, y de qué forma se ha incurrido en valoración incorrecta, pese a que este tribunal de alzada le ha otorgado la oportunidad de ampliar y fundamentar su recurso en la audiencia de 1 de abril de 2016, sin embargo la defensa de la acusada no se hizo presente; por lo que finalmente corresponde declarar admisible é improcedente el recurso planteado.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, y aplicando lo determinado por el art. 413 del C.P.P., declara ADMISIBLE é IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida planteado por Jade María Coral Racca Barba a fs. 1105 a 1109 contra la sentencia condenatoria de fs. 1075 a 1089 vta., dictada por el Tribunal de Sentencia N° 4 en lo Penal de la capital.

Se advierte a las partes que tienen el plazo de 5 días para interponer el recurso de casación, conforme a lo previsto en el art. 123 y 417 de la L. N° 1970.

Vocal relator: Dr. Victoriano Morón Cuéllar.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Victoriano Morón Cuéllar.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Abg. Wilder Vaca Serrano.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de septiembre de 2016, cursante de fs. 1177 a 1179, Jade María Coral Racca Barba, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 21 de 26 de abril de 2016, de fs. 1159 a 1161 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Mirael Salguero Palma y Victoriano Morón Cuellar, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz contra María Luisa Ferrufino Aguilera, Aida Marioly Tomelic Paniagua, Juan Pedro Calderón Vargas (declarado rebelde) y la recurrente, por la presunta comisión de los delitos de estafa, contratos lesivos al estado, falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado, incumplimiento de deberes, uso indebido de influencias y conducta antieconómica, previstos y sancionados por los arts. 335, 221, 199, 203, 154, 146 y 224 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.**I.1.- Antecedentes.**

a) Por Sentencia N° 70/2015 de 18 de julio (fs. 1075 a 1089 vta.), el Tribunal de Sentencia N° 4 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró autoras y culpables: a María Luisa Ferrufino Aguilera, de la comisión del delito de incumplimiento de deberes culposos, contratos lesivos al estado culposo y conducta antieconómica culposa, sancionados por los arts. 154, 221 y 224 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, concediéndole el beneficio del perdón judicial, y absuelta de los delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado y uso indebido de influencias; a Jade María Coral Racca Barba, de los delitos de incumplimiento de deberes, uso indebido de influencias y conducta antieconómica, sancionados por los arts. 154, 146, y 224 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión y absuelta de los delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado y contratos lesivos al estado; asimismo, les impuso multa de Bs 2500.- correspondientes a quinientos días multa a razón de Bs 5.- por día, más al pago de costas y gastos ocasionados al Estado calificables a Bs 5000.-, por último, a Aida Marioly Tomelic Paniagua, la absolvió de los delitos endilgados en su contra.

b) Contra la referida sentencia, la imputada Jade María Coral Racca Barba, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 1105 a 1109), que fue resuelto por A.V. N° 21 de 26 de abril de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso planteado; siendo rechazada la solicitud de complementación, explicación y enmienda de la imputada, mediante Resolución N° 240 de 29 de julio del mismo año (fs. 1167 y vta.), motivando la interposición del presente recurso de casación en análisis.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 943/2016-RA de 25 de noviembre, se extrae el siguiente motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente denuncia que el auto de vista recurrido, no habría hecho el control sobre la denuncia de defectuosa valoración de la prueba, afirmando que en el recurso de apelación restringida, no habría señalado el agravio, las leyes violadas o erróneamente aplicadas, o cuál el agravio y la prueba que supuestamente fue valorada defectuosamente, lo que tilda de falso; por cuanto, a decir de la recurrente, sí cumplió con todos los aspectos extrañados, indicando que señaló que la prueba erróneamente valorada fue su propia declaración, que las leyes que considera violadas serían los arts. 169-3) 173, 359 y 370-6) del C.P.P., y que la aplicación que pretendía, era la aplicación del art. 413 del C.P.P., habiendo citado el precedente contradictorio en el momento procesal oportuno, que fue adjuntado a su memorial e indicando la forma precisa de contradicción. Al efecto, cita como precedente contradictorio el A.S. N° 171/2012-RRC de 24 de julio.

I.1.2.- Petitorio.

La recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado, disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, emita nuevo fallo conforme a la doctrina legal aplicable establecida.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 943/2016-RA de 25 de noviembre, de fs. 1191 a 1192 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación de Jade María Coral Racca Barba, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 70/2015 de 18 de julio, el Tribunal de Sentencia N° 4 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró autoras y culpables: a María Luisa Ferrufino Aguilera, de la comisión del delito de incumplimiento de deberes culposos, contratos lesivos al estado culposo y conducta antieconómica culposa, sancionados por los arts. 154, 221 y 224 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, concediéndole el beneficio del perdón judicial, y absuelta de los delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado y uso indebido de influencias; a Jade María Coral Racca Barba, de los delitos de incumplimiento de deberes, uso indebido de influencias y conducta antieconómica, sancionados por los arts. 154, 146, y 224 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión y absuelta de los delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado y contratos lesivos al estado; asimismo, les impuso multa de Bs 2500.-, correspondientes a quinientos días multa a razón de Bs 5.-, por día, más al pago de costas y gastos ocasionados al Estado calificables a Bs 5000.-, por otra parte, a Aida Marioly Tomelic Paniagua, la absolvió de los delitos de estafa, contratos lesivos al estado, incumplimiento de deberes, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 335, 221, 154, 199 y 203 del Cód. Pen.

II.2.- Apelación restringida de la imputada.

Haciendo referencia a los hechos acusados a su persona, denuncia la existencia de defectuosa violación probatoria, defecto previsto en el inc. 6) del art. 370 del C.P.P., alegando que respecto de su propia declaración se hubiese señalado que reconoció ante el Tribunal de Sentencia que, para la adjudicación de las empresas, primaban dos factores, siendo éstos el nombre y la cercanía de la empresa y que en este caso reconociendo el nombre mitológico del dios griego Zeus fue uno de los motivos para permitir que la Empresa ZEUS TECHNOLOGIES gane los 12 procesos de compras ante la desconcentrada secretaría de Gestión del Gobierno Municipal y no como se declaró hasta el cansancio por los testigos de cargo y descargo, que debía ser elegida la empresa que otorgue al municipio el mejor producto y al mejor precio, conclusión arribada por el Tribunal de Sentencia que cae en un yerro inadmisibles ya que su persona jamás señaló aquello, pues lo expresado fue el trámite que se debía efectuar en cuanto en la selección y elección de las tres empresas que serían invitadas para presentar propuestas, claro que también en la invitación pública en el SICOES podrían hacerlo muchos otros proveedores, siempre y cuando estén previamente inscritos en el SIGMA, momento en el que su persona procedía a elaborar un cuadro comparativo para que sea su superior quien proceda a elegir a la empresa adjudicataria, aclarando que siempre se realizaba la elección en base a la mejor propuesta.

Alega que el Tribunal de Sentencia hubiese vulnerado múltiples facultades procesales de rango constitucional, como el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica, por incumplimiento a las reglas de la sana crítica, lo que aperturaría al tribunal de alzada su competencia para cumplir con su labor de control de la valoración de la prueba conforme estableció este Tribunal Supremo de Justicia a través de múltiples fallos uniformes que se constituyen en jurisprudencia, correspondiendo la emisión del auto de vista cumpliendo lo establecido por los arts. 124 con relación al 173, 359 y 370-6) del C.P.P., siendo aplicable lo previsto en el art. 413 de la misma normativa Procesal Penal, aclarando la recurrente que en su solicitud no pretende la revalorización probatoria, lo que se solicita es la verificación si el fallo fue emitido y sustentado en la experiencia, conocimiento, entendimiento, lógica y la ciencia de los juzgadores en la apreciación de las pruebas.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

En atención a los fundamentos del recurso de apelación restringida descrito en el anterior acápite de la presente resolución, el tribunal de alzada efectuando el desarrollo normativo y jurisprudencial de dicho recurso, destacando que no es una instancia en la que se pueda revalorizar prueba, declara admisible e improcedente el planteamiento efectuado de acuerdo a los siguientes fundamentos:

En el considerando tercero de la resolución impugnada refiriéndose a la denuncia de defectuosa valoración probatoria señala que, el juez o tribunal tiene que dictar la sentencia en base a las pruebas producidas, judicializadas e incorporadas en el juicio oral y público, con la garantía de contradicción e inmediación, lo que significa que el tribunal de alzada no puede ingresar a revalorizar la prueba que ya fue considerada por el inferior, siempre y cuando no se haya incurrido en defectos de sentencia o defectos absolutos, es decir, que al tribunal de alzada sólo se le está permitido realizar el control de la valoración efectuada por el juez o tribunal inferior, para verificar si se siguió el procedimiento legal para adecuar la conducta antijurídica, la correcta o incorrecta valoración de la prueba y los demás defectos establecidos en el art. 370 del C.P.P. Bajo esos parámetros, se concluyó que la sentencia de fs. 1075 a 1089 vta., dictada por el Tribunal de Sentencia N° 4 en lo Penal, fue emitida de manera correcta ajustándose a lo que establecen los incs. 2), 3) y 4) del art. 360 del C.P.P., efectuándose una correcta valoración de la prueba, pues se identificó plenamente a la acusada y su accionar antijurídico, estableciéndose claramente el momento en que se efectuó la adjudicación de los doce procesos de compras menores, se identificó y detalló el lugar, la forma cuando se procedió a elegir a la Empresa ZEUS TECHNOLOGIES, esto sin respetar la normativa e instructiva administrativa para esos procesos, además se acreditó el daño causado a través de una empresa que documentalmente aparentaba ser de real existencia, es decir, la acusada Jade María Coral Racca Barba, en su condición de funcionaria pública municipal, en el momento de la comisión del hecho (año 2007), se desempeñaba como profesional de apoyo en el proceso de adjudicación o compras menores de la secretaria de Gestión del Gobierno Municipal y ella en forma voluntaria omitió un proceder legal al momento de elaborar y levantar el procedimiento de cotizaciones para la adjudicación de la compra de bienes que requerían las Sub Alcaldías Municipales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, ya que ella era quien de forma discrecional podía determinar qué empresa podía o debía ser elegida, y en este caso hubiera elegido a la empresa de su preferencia personal aprovechando la función que ejercía como funcionaria municipal de apoyo.

De igual manera en el considerando cuarto de la resolución impugnada se observó que en la impugnación presentada no se efectuó una expresión de agravios, pues no se hubiera citado concretamente las leyes que se consideran violadas o erróneamente aplicadas, ni cual la aplicación pretendida, pues si bien se denuncia que el tribunal de juicio incurrió en valoración defectuosa de la prueba, no detalla de manera precisa cuáles son esas pruebas a las que se refiere y de qué forma se incurrió en valoración incorrecta, pese a que el tribunal de alzada le hubiese otorgado la oportunidad de ampliar y fundamentar su recurso en la audiencia de 1 de abril de 2016, a la que la defensa de la acusada no se hizo presente.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado.

En el presente recurso la recurrente alega que el auto de vista recurrido, no hubiera efectuado el control sobre la denuncia de defectuosa valoración de la prueba, bajo el argumento de que en su recurso de apelación restringida, no habría señalado el agravio, las leyes violadas o erróneamente aplicadas, o cuál el agravio y la prueba que supuestamente fue erróneamente valorada, argumento que sería falso, por cuanto, a decir de la recurrente, su recurso hubiese cumplido con todos los aspectos extrañados, indicando que señaló que la prueba erróneamente valorada fue su propia declaración, que las leyes consideró violadas serían los arts. 169-3) 173, 359 y 370-6) del C.P.P. y que la aplicación que pretendía, era el cumplimiento del art. 413 del C.P.P., invocando como precedente contradictorio el A.S. N° 171/2012-RRC de 24 de julio.

III.1.- Del precedente invocado.

Respecto al reclamo la recurrente invoca como precedente el A.S. N° 171/2012-RRC de 24 de julio, emitido dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y WZM contra JOF y otras, por la presunta comisión del delito de Homicidio, teniendo como antecedente generador de doctrina la denuncia de que el tribunal de alzada, no se hubiese pronunciado fundadamente respecto a varios motivos contenidos

en el recurso de apelación restringida, ni ejerció como le correspondía el control respecto a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de Sentencia, siendo este antecedente que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

“El tribunal de apelación al circunscribir su competencia a los puntos objeto de impugnación o a los defectos absolutos advertidos, debe resolverlos con la fundamentación respectiva, al ser esta una obligación de inexcusable cumplimiento, constituyendo la falta de motivación en alguno de ellos, vulneración a los principios de tutela judicial efectiva, derecho de defensa y debido proceso, consiguientemente defecto absoluto no susceptible de convalidación, conforme prevé el art. 169-3) del C.P.P.

Por otra parte, si bien los tribunales de justicia penal competentes para conocer del acto de juicio, son los únicos que tienen facultad para valorar la prueba, al encontrarse en contacto directo con la producción de la misma, percibiendo y comprendiendo como se genera con la participación contradictoria de las partes y que por ende, el tribunal de apelación se encuentra impedido de revalorizar la prueba; no es menos cierto que al resolver el recurso de apelación restringida y en mérito a la denuncia de una defectuosa valoración de prueba, tiene el deber de ejercer el control de que la valoración efectuada por el inferior se encuentre conforme a las reglas de la sana crítica de modo que la sentencia esté debidamente fundamentada en la experiencia, lógica y ciencia en la apreciación de las pruebas; caso contrario, deberá disponer lo que corresponda en derecho”.

Al respecto se tiene que el precedente invocado tiene plena relación con lo denunciado por la recurrente, es decir la falta de control respecto de la defectuosa valoración probatoria, correspondiendo en consecuencia verificar si efectivamente el tribunal de alzada a tiempo de la emisión del auto de vista recurrido, contradujo la doctrina legal aplicable del precedente invocado.

III.2.- Análisis del caso concreto.

Ingresando a la consideración de la problemática planteada, resulta necesario tener presente que si bien es evidente que los jueces o Tribunales de Sentencia son soberanos en la valoración de las pruebas, tanto para considerarlas como para desestimarlas, siempre deben indicar las razones para admitirlas o no, pues para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo de que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, ya que de acuerdo a la norma procesal penal es el Tribunal de Sentencia el que establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado pero son los tribunales de alzada los que tienen como objetivo el de verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación de la referida resolución se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano, analizando si la motivación es expresa, clara, completa y es emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, como la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a estas reglas.

Debe considerarse que ante la denuncia de una defectuosa valoración de la prueba el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad, que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, para establecer si al valorarse las pruebas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Ahora bien, con este prelude se ingresa a verificar si el tribunal de alzada evidentemente omitió su deber de efectuar el control sobre la valoración probatoria efectuada por el tribunal de mérito, para ello se tiene que si bien en el auto de vista recurrido en su considerando cuarto se observó la forma en el planteamiento de la apelación restringida señalando que no se efectuó una adecuada expresión de agravios, al no citarse concretamente las leyes que se consideraban violadas o erróneamente aplicadas, ni cuál la aplicación pretendida, aclarando que si bien denunció que el tribunal de juicio incurrió en valoración defectuosa de la prueba, no se detallaba de manera precisa cuáles son esas pruebas a las que se refería la recurrente y de qué forma se incurrió en valoración incorrecta, pese a habersele dado la oportunidad de ampliar y fundamentar su recurso en la audiencia de 1 de abril de 2016 a la que la defensa de la acusada no se hizo presente; de la verificación de la resolución de manera completa se tiene que dicho argumento no significó la negación a considerar y verificar la correcta o incorrecta valoración de la prueba, pues debe tenerse presente lo señalado en el considerando tercero de la resolución impugnada cuando el tribunal de alzada efectuando una precisión en cuanto al ámbito de su competencia estableció que sólo se les está permitido realizar el control de la valoración efectuada por el Juez o tribunal inferior, para verificar si se ha seguido el procedimiento legal para adecuar la conducta antijurídica, la correcta o incorrecta valoración de la prueba y los demás defectos establecidos en el art. 370 del C.P.P., concluyendo que la sentencia de fs. 1075 a 1089 vta., dictada por el Tribunal de Sentencia N° 4 en lo Penal, fue emitida de manera correcta ajustándose a lo que establecen los incs. 2), 3) y 4) del art. 360 del C.P.P., existiendo una correcta valoración de la prueba, identificándose plenamente a la acusada y su accionar antijurídico, estableciéndose claramente el momento en que se procedió a la adjudicación de los 12 procesos de compras menores, identificándose también el lugar y la forma en la que se procedió a elegir a la Empresa ZEUZ TECHNOLOGIES, sin respetar la normativa e instructiva administrativa para esos procesos; además, se acreditó el daño causado a través de una empresa que documentalmente aparentaba ser de real existencia. Es decir, la acusada Jade María Coral Racca Barba, en su condición de funcionaria pública municipal, en el momento de la comisión del hecho (año 2007), se desempeñaba como profesional de apoyo en el proceso de adjudicación o compras menores de la secretaria de Gestión del Gobierno Municipal y ella en forma voluntaria hubiese omitido un proceder legal al momento de elaborar y levantar el procedimiento de cotizaciones para la adjudicación de la compra de bienes que requerían las Sub Alcaldías Municipales de Santa Cruz de la Sierra, ya que ella sería quien de forma discrecional determinaba qué empresa podía o debía ser elegida, y en este caso hubiera elegido a la empresa de su preferencia personal aprovechado la función que ejercía como funcionaria municipal de apoyo.

Con lo anotado precedentemente de manera inequívoca se puede concluir que el tribunal de alzada efectuó la labor de verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación de la resolución impugnada se encontraba acorde con las reglas del recto entendimiento humano, no advirtiendo ninguna contratación o incumplimiento a la reglas de la sana crítica que deslegitimicen su validez, identificando de manera precisa los hechos motivo del proceso penal, subsumidos a los ilícitos condenados a la imputada que fueron reflejo de la materia probatoria generada en juicio y controlada en alzada, resultado infundada la denuncia de presunta contradicción con el precedente invocado, pues al contrario se

advierte que el tribunal de alzada efectuó una correcta delimitación del ámbito de su competencia para resolver el agravio de denuncia en apelación restringida.

Finalmente si bien resulta evidente que la recurrente en su recurso de apelación restringida señaló que hubiese sido su declaración (única prueba) la presuntamente mal valorada; se debe tomar en cuenta lo expresado por Vélez Mariconde, cuando señala que: "El error de hecho no abre jamás la vía de la casación. La Corte no puede corregir un pretendido error sobre el examen y la evaluación de los medios de una prueba o sea sobre la comprobación positiva o negativa de los hechos materiales y psíquicos; que el hecho delictuoso existe o no, que ha tenido el acusado tal o cual intención y que al perpetrarlo se encontraba en tal o cual estado psíquico; todo ello es materia que resuelve definitivamente el tribunal cognitivo o de sentencia y que a la Corte le está vedada. Su misión es de valoración íntegra jurídica" pues, otro sería el caso cuando se denota objetivamente, de la totalidad de la prueba que pese a ser clara y contundente la inocencia o culpabilidad del imputado, el juez o Tribunal de Sentencia dicte un fallo notoriamente injusto caso que no acontece en el presente ya que aun así fuere como señala la recurrente, la valoración de una sola prueba no desvirtúa todos los hechos probados en juicio como adecuadamente describió el tribunal de alzada a tiempo de verificar la valoración probatoria del Tribunal de Sentencia; consiguientemente, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Jade María Coral Racca Barba, de fs. 1177 a 1179.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



288

Ministerio Público y otro c/ María Eugenia Rivero Melgar

Asesinato

Distrito: Santa Cruz

AUTO VISTA

Santa Cruz, 30 de junio de 2016.

VISTOS: el Tribunal de Sentencia N° 5 Penal de la Capital, pronunció sentencia a fs. 7536-7612 vta., declarando a la acusada María Eugenia Rivero Melgar, autora y culpable del delito de asesinato, previsto y sancionado en el art. 252-2) y 3), con relación al art. 20 del Cód. Pen., condenándola a cumplir una pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto, con costas y daños causados a regular en ejecución de sentencia; Vladimir Nicolás Sinovic Gonzales y Manolo Fernández Toledo, absueltos del delito de asesinato en grado de autores, previsto y sancionado en el art. 252-2) y 3) del Cód. Pen., sin costas para el Ministerio Público y acusador particular por motivos excusables; Silfredo Maneira Pérez y Osmar Sergio Tagliaferro, absueltos del delito de asesinato en grado de cómplices, previsto y sancionado en el art. 252-2) y 3) del Cód. Pen., sin costas para el Ministerio Público y acusador particular por motivos excusables; dicha sentencia fue objeto del recurso de apelación restringida tanto por parte de la defensa de María Eugenia Rivero Melgar (mediante memoriales cursantes a fs. 7666-7693 vta., 7694-7700 vta., 7720-7723 vta.), como por parte de la víctima (7726-7727 vta.) y del Ministerio Público 7659-7665, por lo que revisado inicialmente dichos recursos se evidencia que se encuentran interpuestos con las formalidades establecidas por los arts. 407 y ss., del Cód. Pdto. Pen., por lo que se admiten para su consideración.

CONSIDERANDO: Que dentro de la presente acción penal seguida a instancias del Ministerio Público y, luego de que el Tribunal Sentencia N° 5 Penal de la Capital, dictara la sentencia condenatoria de fs. 7536-7612, la acusada María Eugenia Rivero Melgar mediante memoriales de fs. 7666-7693 vta., 7694-7700 vta., y 7720-7723 vta., amparado en lo establecido por los arts. 407 y 408, con relación a los arts. 5, 84, 394, 123, 124, 401, 402, 172, 370 del Cód. Pdto. Pen., interpone recurso de apelación restringida contra la mencionada sentencia condenatoria, manifestando que el tribunal inferior, al desarrollar el juicio oral y al dictar la sentencia: I. Vulneró el principio de seguridad jurídica y conculcó las reglas formales de resolución al: a) Incurrir en defecto absoluto al resolver recursos de reposición, excepción de extinción de la acción penal y otros incidentes mediante meras providencias; b) Incurrir en defecto absoluto al resolver incidentes de exclusión probatoria mediante meras providencias; c) Incurrir en defecto absoluto al no observar ni corregir que el Ministerio Público había retirado la acusación fiscal presentada el 13 de diciembre de 2010, situación que impedía que éste continúe investigando y procesando a terceras personas, incluida

la recurrente; d) Incumplir con las formalidades y reglas relativas a la declaración del imputado, a tiempo de recibir la declaración de la acusada y recurrente, el 2 de febrero de 2015; II. Lesionó el principio de continuidad del juicio oral; III. Incurrió en defectos de sentencia (art. 370-5) del C.P.P.) por existir: a) Ausencia de motivación en el Auto de Complementación de 19 de octubre de 2015; b) Ausencia de motivación respecto a la pena y a la aplicación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; c) Ausencia de fundamentación de la sentencia en lo referido a la valoración de la prueba; d) Ausencia de fundamentación sobre las consideraciones y conclusiones del tribunal a quo en sentencia; IV. Incurrió en defecto de la sentencia al no estar consignadas las firmas de todos los jueces técnicos, en los autos complementarios y actas de registro de juicio; V. La sentencia se basó en valoración defectuosa de la prueba por existir: a) Errónea valoración del acta de inspección ocular; b) Errónea valoración de la declaración del testigo Ronny Parada Leyton; c) Medios de pruebas incorporados ilegalmente al juicio; VI. Asimismo, formuló apelación contra el rechazo de la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso arguyendo que: a) La misma fue resuelta mediante una providencia y no un auto; b) Se aplicó erróneamente la jurisprudencia al exigir la presentación de una auditoría jurídica; c) Existió falta de valoración de la prueba y fundamentación; VI. La recurrente alega que el tribunal rechazó ilegalmente su incidente de nulidad por defectos absolutos por falta de control jurisdiccional; incidente de nulidad por defectos absolutos por falta de fundamentación de las acusaciones e incidente de nulidad de la notificación al declarar precluido su derecho de interponerlos, arguyendo la recurrente que no es aplicable al caso de autos la previsión establecida en los arts. 314 y 315 del C.P.P., con la modificación introducida por la L. N° 586, al ser ésta posterior a la denuncia que dio lugar a la apertura de la causa y que además, la providencia que rechazó tales incidentes, no resolvieron la adhesión a ellos, formulada por Vladimir Sinovcic; VII. Finalmente, la recurrente complementa su apelación restringida indicando que la sentencia se basa en hechos no acreditados y errónea valoración de la prueba, pues el tribunal: a) La condenó como autora intelectual sin haber identificado a los autores materiales del hecho; b) Valoró erróneamente la prueba del registro de llamadas telefónicas; c) Valoró erróneamente la declaración de la testigo Denisse Ariana Banchieri y, d) No se dio lectura al acta de registro de juicio, documento que además, no lleva la firma ni de la secretaria titular ni del secretario suplente del tribunal y su respectiva nota de habilitación; finalmente, con esos argumentos, la recurrente pide se declare la nulidad del juicio y de la Sentencia N° 83/2015.

CONSIDERANDO: Que por su parte, el Ministerio Público, en su memorial de apelación restringida se ampara en lo establecido en los arts. 180, 370 y 408 del Cód. Pdto. Pen., indicando que el tribunal a quo a tiempo de absolver al acusado Manolo Fernández Toledo, basó su sentencia en argumentos no generados en el al efectuar una defectuosa valoración de los elementos de prueba (testificales, documentales, periciales) producidas en el juicio, tanto por el Ministerio Público como por el acusador particular, y consecuentemente aplicó erróneamente la ley sustantiva, toda vez que aplicó el art. 363-3 C.P.P., cuando por los elementos de prueba debió aplicar el art. 365 del C.P.P., y pide en definitiva se revoque la Sentencia N° 083/15, de 15 de octubre de 2015 y se dicte auto de vista declarando al acusado Manolo Fernández Toledo autor y culpable y se imponga la pena que corresponda.

Que por su parte el acusador particular Diego Hurtado Banchieri, apela parcialmente a la sentencia dictada en su memorial de fs. 7726-7727 vta., sin invocar norma sustantiva ni adjetiva alguna al respecto, indicando que el tribunal a quo ha realizado una mala apreciación de las pruebas al señalar que no cabría pena alguna ni participación en los ilícitos por parte de Manolo Fernández Toledo y Silfredo Maneira Pérez y pide en definitiva se revoque parcialmente la sentencia impugnada y se condene como autores mediatos del delito de asesinato tanto a Manolo Fernández Toledo como a Silfredo Maneira Pérez y se les imponga la pena máxima.

CONSIDERANDO: Que la acción penal como poder jurídico que persigue la averiguación del hecho que se presume delictivo, así como su juzgamiento y la imposición de una pena, supone la intervención y la decisión del juzgador acerca de la acusación de un delito y de todas las demás situaciones que se determinan en el proceso y se puede definir como el acto mediante el cual se demanda la punición del culpable o el derecho subjetivo de pedir a la instancia juzgadora la aplicación de la ley penal para la activación de su poder, deber de castigar que tiene el Estado.

CONSIDERANDO: Que en el proceso penal rige el principio de la libertad probatoria, la prueba lícitamente obtenida deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven o atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado, por lo que todo elemento probatorio deberá relacionarse con los extremos: objetivo, o sea la existencia del hecho y subjetivo, que se dirija a relacionar al acusado en la participación delictiva o en cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello (pertinencia de la prueba).

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente los puntos cuestionados en las apelaciones restringidas, debemos necesariamente hacer algunas consideraciones en cuanto al tipo penal acusado por el Ministerio Público y acusador particular; es así que el delito de asesinato previsto en el art. 252 del Cód. Pen., es uno de los delitos más graves en el cual la vida es el bien jurídico protegido; es el primer derecho fundamental del que goza toda persona humana y así lo consagra la nueva Constitución Política del Estado, concordado con los arts. 4-1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al primero motivo de apelación restringida invocado por la recurrente María Eugenia Rivero Melgar, se tiene que, respecto a la vulneración del principio de seguridad jurídica y a las reglas formales de resolución en que supuestamente habría incurrido el tribunal al resolver la excepción de extinción de la acción penal y otros incidentes mediante meras providencias, resulta ser falso lo manifestado por la parte recurrente, por cuanto del acta de juicio oral cursante específicamente de fs. 7366 vta., a 7369 vta., se evidencia que el tribunal a quo mediante voto individualmente fundamentado de sus tres miembros, se pronunció mediante resolución expresa dictada de manera oral y no así mediante una mera providencia, respecto a la excepción de extinción de la acción por duración máxima del proceso, incidente de nulidad por actividad procesal defectuosa e incidente de nulidad de la acusación fiscal y particular por falta de fundamentación, decantándose por el rechazo de todas ellas; ahora bien, respecto al hecho de que los recursos de reposición presentados en el juicio oral por la parte recurrente, hayan sido rechazados mediante meras providencias, es menester señalar que con relación al recurso de reposición

planteado por el abogado del acusador particular el 29 de mayo de 2015 (cursante a fs. 7452 vta.), se tiene que por un lado, la parte recurrente carece de legitimación activa para formular reclamo alguno respecto a la forma de tramitación y resolución de un recurso que no fue planteado por ella y, por otro lado, que el supuesto defecto alegado no vulnera ningún derecho fundamental, por su falta de trascendencia. En ese sentido debemos referirnos al principio de trascendencia (*pas nullite sans grief*), que significa que "no hay nulidad sin perjuicio"; es decir, que únicamente es posible declarar la nulidad, cuando los defectos procedimentales denunciados provoquen un daño de tal magnitud que dejen en indefensión material a las partes y sea determinante para la decisión adoptada en el proceso judicial, debiendo quedar claro que de no haberse producido dicho defecto, el resultado sería otro, o que el vicio le impida al acto cumplir con las formalidades para el cual fue establecido (A.S. N° 550/2014-RRC de 15 de octubre entre otros), situación que no concurre en el caso de autos. En el mismo punto de apelación, la parte recurrente manifiesta que el tribunal a quo habría incurrido en defecto absoluto al rechazar mediante una mera providencia un Incidente sobre la incorporación de la prueba planteado por la defensa el 26 de agosto de 2015, es decir, en pleno desarrollo del juicio; al respecto, corresponde señalar que conforme se evidencia en el acta de registro de juicio oral cursante a fs. 7359-7366 vta., el 29 de enero de 2015 y de conformidad a lo establecido en el art. 345 del CPP, tanto la defensa, como el Ministerio Público y la parte civil, tuvieron la oportunidad de plantear incidentes y excepciones, resultando éste y no otro el momento procesal oportuno conforme dispone la norma, para presentar el referido incidente de exclusión probatoria, de modo que, el Tribunal a quo no ha incurrido en ningún defecto ni violado derecho fundamental alguno al rechazar in limine dicho planteamiento mediante una providencia, puesto que la etapa de planteamiento de excepciones e incidentes ya había precluido, máxime si se toma en cuenta que frente a tal negativa, la defensa de María Eugenia Rivero Hurtado no hizo reserva de recurrir en grado de apelación restringida. Con relación a lo manifestado por la apelante, en el sentido de que en audiencia de juicio oral de 2 de septiembre de 2015, la defensa en su conjunto planteó un incidente de exclusión probatoria, y que el tribunal a quo lo haya resuelto mediante una mera providencia, cabe señalar que conforme se extrae del acta de registro de juicio oral a fs. 7475 vta., a 7481 vta., se evidencia que el tribunal a quo mediante voto individualmente fundamentado de sus tres miembros, se pronunció mediante resolución expresa dictada de manera oral y no así mediante una mera providencia, respecto a los incidentes de exclusión probatoria interpuestos por la defensa, de modo que no se evidencia ningún agravio para la parte recurrente, máxime si se toma en cuenta que dichos incidentes fueron declarados probados por el tribunal a quo y que, como era lógico, la defensa no formuló reserva de apelación restringida; finalmente, dentro del mismo punto de apelación y con relación a lo manifestado por la parte recurrente respecto a que el tribunal a quo haya resuelto un recurso de reposición frente a la decisión judicial que dispuso el rechazo de un incidente de exclusión probatoria planteado en pleno desarrollo de juicio oral (concretamente el 30 de septiembre de 2015) a través de una mera providencia, corresponde señalar que conforme se extrae del acta de juicio oral cursante a fs. 7359-7366 vta., el 29 de enero de 2015 y de conformidad a lo establecido en el art. 345 del C.P.P., tanto la defensa, como el Ministerio Público y la parte civil, tuvieron la oportunidad de plantear incidentes y excepciones, resultando éste y no otro el momento procesal oportuno conforme dispone la norma, para presentar el referido incidente de exclusión probatoria, de modo que, el tribunal a quo no ha incurrido en ningún defecto ni violado derecho fundamental alguno al rechazar in limine dicho planteamiento mediante una providencia, puesto que la etapa de planteamiento de excepciones e incidentes ya había precluido, (fs. 7501 vta. 7507). En otro punto de apelación, la parte recurrente manifiesta que el tribunal a quo ha incurrido en un defecto absoluto al no observar ni corregir que el Ministerio Público había retirado la acusación fiscal presentada el 13 de diciembre de 2010, situación que impedía que éste continúe investigando y procesando a terceras personas, incluida la recurrente. Al respecto, corresponde analizar los motivos por los cuales el tribunal a quo dictaminó el rechazo de tal incidente: A fs. 7367-7369 vta., del acta de registro de juicio oral, se evidencia que el tribunal a quo, con voto unánime de sus tres miembros, resolvió rechazar todos los incidentes presentados por la defensa incluido el invocado por la recurrente María Eugenia Rivero Melgar, amparando su decisión en lo establecido en los arts. 314-3 del C.P.P., modificados por la L. N° 586 y que a criterio de ellos, impediría la interposición de incidentes de esa naturaleza, habida cuenta de que habría precluido el derecho de los incidentistas para plantearlos. Con relación a ello, corresponde al tribunal de alzada verificar si tal argumento es evidente y si el tribunal inferior actuó conforme a las normas procesales aplicables al caso en cuestión, por lo que compulsada que han sido éstas y revisados los antecedentes del proceso, se llega a determinar que el Tribunal de Sentencia N°5 de la Capital al rechazar los incidentes los incidentes planteados ha procedido en forma incorrecta, toda vez que apoyó su decisión en el art. 314-3) de la L. N° 586, sin tomar en cuenta lo establecido en la disposición final segunda de la referida ley, que de manera expresa señala que "La modificación al art. 314 del Cód. Pdto. Pen., establecida en el art. 8 de la presente ley, sólo será aplicable a los procesos que se inicien con posterioridad a la publicación de la presente ley" y sin considerar que tanto los hechos que han sido objeto del proceso así como también la fecha de la enuncia entendida ésta como primero acto del proceso son anteriores al 30 de octubre de 2014 (2 de marzo de 2010 y 3 de marzo de 2010, respectivamente), situación que impedía que se aplique al presente proceso la referida norma y con ello se deje de ingresar a analizar el fondo de los incidentes presentados, como en efecto ocurrió, por lo que al asumir el tribunal esa posición jurídica con relación a la errónea aplicación de dicha norma, ha incurrido en defectos absolutos previstos en el art. 169-3 del C.P.P., concerniente a defectos del procedimiento y sobre el cual el recurrente hizo reserva de recurrir. Asimismo el tribunal ad quo tomando en cuenta que, mediante Decreto de 21 de noviembre del 2014 cursante a fs. 6.083, el Juez 11° Cautelar de Instrucción en lo Penal, remite la acusación fiscal después de la promulgación de la L. N° 586, es decir, en cumplimiento de la Circular N° 242/2014, (si no tenía señalamiento de audiencia conclusiva, corresponde remitir directamente al Tribunal); esto que decimos tiene directa relación con la vulneración alegada por la recurrente María Eugenia Rivero Melgar, porque al no haber existido audiencia conclusiva, tal como hemos visto, el tribunal ad quo de Sentencia previo al juicio oral, conforme al art. 345 del Cód. Pdto. Pen., debió sustanciar y resolver todos los incidentes planteados, lo contrario significa una vulneración al derecho a la defensa, al debido proceso, y a la tutela judicial por no haber atendido y no haber dado respuesta conforme se tiene señalado.

CONSIDERANDO: Que con relación al incumplimiento de las formalidades y reglas relativas a la declaración del imputado, de un análisis exhaustivo del acta de registro de juicio oral saliente a fs. 7370-7379 vta., se evidencia que la defensa a tiempo de recurrir sobre ésta aspecto, no expresa con claridad los motivos por los cuales considera que el tribunal a quo ha incumplido con las reglas y formalidades inherentes a la declaración del acusado, así como tampoco expresa los agravios supuestamente sufridos, situación que impide que el tribunal de alzada se pronuncie sobre tal aspecto, máxime si se considera que la defensa de María Eugenia Rivero Melgar, no efectuó reclamo alguno con relación a este aspecto durante la declaración de la recurrente en la audiencia de juicio oral. Ahora bien, con relación al siguiente punto de

impugnación referido a la supuesta lesión al principio de continuidad del juicio oral, corresponde traer a colación lo referido en el A.S. N° 093 de 24 de marzo de 2011, pronunciado por la Sala Penal Segunda de Tribunal Supremo de Justicia, que en cuanto a este principio ha señalado que es excusable el señalamiento y la reanudación del juicio oral en la práctica diaria fuera de los plazos establecidos por ley, dadas enormes dificultades y la excesiva carga procesal en los Tribunales de Justicia y el propio sistema de gestión adoptado por cada Corte Superior de Distrito que impide la reanudación de los juicios inmediatamente después de establecido un receso y sumado a ello la complejidad de determinados procesos como el caso de autos y la propia actividad procesal de las partes que traban la realización continua de audiencias. Con relación a éste aspecto, la recurrente se limita a señalar las fechas de suspensión y realización de las sucesivas audiencias de juicio oral, sin expresar los agravios que tales actuaciones habrían generado en el ejercicio de sus derechos, por lo que carece de relevancia lo manifestado en dicho punto de impugnación, máxime si se toma en cuenta que revisadas las actas de juicio oral, se evidencia que la defensa no efectuó reclamo alguno al respecto, ni efectuó en consecuencia, reserva de recurrir. En lo referente a la supuesta existencia de defectos en la sentencia (art. 370-5) del C.P.P., por existir ausencia de motivación en el Auto de Complementación de 19 de octubre de 2015, cabe señalar la parte recurrente rió ha fundamentado debidamente tal aspecto de su recurso y que el mismo no se enmarca en ninguno de los supuestos habilitantes del recurso de apelación restringida, sea por defectos de la sentencia (art. 370 del C.P.P.), o por defectos del procedimiento. Con relación a una supuesta ausencia de motivación respecto a la pena y a la aplicación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., en que supuestamente habría incurrido el tribunal a quo, corresponde al tribunal de alzada analizar el tipo penal en virtud del cual se condenó a la recurrente y la pena prevista para él. Del análisis de obrados, se evidencia que el tipo penal por el que el tribunal a quo condenó a María Eugenia Rivero Melgar, es el de asesinato, cuya pena, según lo establecido en el art. 252 del Cód. Pen., es de 30 años, sin derecho a indulto. Ahora bien, a los efectos de resolver lo cuestionado, es menester remitirnos a lo establecido en el art. 37 (fijación de la pena) del Cód. Pen., que en su numeral segundo le asigna al juez la facultad de determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales. Según el Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por límite el fin o el término de algo. Trasladado este concepto al campo penal, se entiende que el límite de una pena lo establece la ley, misma que puede definir el máximo y el mínimo legal de una sanción (llámese multa, tiempo de privación de libertad) para cada delito en particular. Ahora bien, en el caso del tipo penal de asesinato, resulta inaplicable la facultad consignada en el art. 37-2) del Cód. Pen., por cuanto la pena a imponerse frente a la comisión de dicho delito, es de 30 años. Es decir, que por voluntad del legislador, la ley establece un máximo pero no un mínimo, no teniendo posibilidad alguna el juzgador de efectuar un eventual cálculo, por lo que no se evidencia la existencia de ningún agravio sufrido por la parte recurrente respecto a esta cuestión, salvando lo fundamentado con relación a la existencia del defecto absoluto precedentemente anotado y que supone por cuenta propia anular la validez de la sentencia dictada. En lo concerniente a una supuesta ausencia de fundamentación de la sentencia por falta valoración de la prueba, la recurrente manifiesta en este punto de impugnación que el tribunal a quo no valoró integralmente los elementos de prueba de cargo presentados por el Ministerio Público y Acusador Particular. Al respecto, cabe manifestar que la recurrente incurre en un contrasentido, puesto que por un lado, reclama la falta de valoración de prueba no ofrecida ni producida por ella y a la que califica -además- como ilícita y tampoco explica de qué manera la falta de valoración de las pruebas mencionadas le produjeron agravios (principio de trascendencia). Respecto a la exigencia de pronunciamiento individualizado sobre todas y cada una de las pruebas incorporadas al juicio, es menester manifestar que ni el art. 360 ni el 370 del C.P.P. obligan al juez o Tribunal de Sentencia a pronunciarse en el sentido legal pretendido por la defensa o acusador y valorar a detalle todas y cada una de las pruebas presentadas, pues por principio de razonabilidad, no es necesario que el juez realice una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las pretensiones planteadas por las partes, pudiendo bastar con una respuesta global o genérica que genere certidumbre y certeza, siempre que el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo "iura novit curia" les autoriza para En cuanto al siguiente punto de impugnación, que versa sobre la ausencia de fundamentación sobre las consideraciones y conclusiones del tribunal a quo en sentencia así como también a la falta de firmas de todos los jueces técnicos en los autos complementarios y actas de registro de juicio, nos remitimos a los argumentos precedentemente anotados. En el siguiente punto de impugnación, la recurrente señala que la sentencia se basó en valoración defectuosa de la prueba por existir: a) Errónea valoración del acta de inspección ocular; con relación a este punto verificada el acta de registro de juicio oral cursante a fs. 7483 vta., se evidencia que con relación a la Prueba Documental N° 40, consistente en el acta de inspección ocular, no se dio lectura a la referida prueba al haber sido observada por el propio tribunal dado la ilegibilidad del documento. Sin embargo esta prueba es utilizada posteriormente por el tribunal a quo como elemento de sustento de la sentencia condenatoria dictada en contra de la recurrente, en el primer hecho probado relativos a la "muerte de Jorge Haroldo Hurtado Vargas Bozo" y en el tercer hecho probado relativo a la "relación de María Eugenia Rivero Melgar con los hechos acusados", situación que denota que el tribunal a quo, al haber conferido valor a una prueba no judicializada en el juicio ha incurrido evidentemente en valoración defectuosa de la prueba en sentencia. En otro punto de impugnación, la recurrente manifiesta que el tribunal a quo incurrió en errónea valoración de la declaración del testigo Ronny Parada Leyton; al respecto corresponde manifestar que conforme lo ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia -entre otros- a través del A.S. N° 196, de 3 de junio de 2005, dictado por la Sala Penal Segunda, en su Doctrina Legal Aplicable, la facultad de valorar la prueba corresponde con exclusividad al juez o Tribunal de Sentencia, quien al dirigir el juicio oral y recibir la prueba, adquiere convicción a través de la apreciación de los elementos y medios de prueba: convicción que se traduce en el fundamento de la sentencia que lleva el sello de la coherencia y las reglas de la lógica; consiguientemente, el tribunal de alzada en caso de revalorizar la prueba, dicho acto se convierte en defecto absoluto contemplado en el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen.; motivo por el cual a este tribunal de alzada le resulta imposible ingresar a valorar el elemento de prueba invocado por la recurrente. En el siguiente punto de impugnación, la recurrente manifiesta que la sentencia dictada por el Tribunal a quo se ha basado en medios de prueba incorporados ilegalmente al juicio; en este punto corresponde señalar que verificada el acta de juicio oral cursante a fs. 7360-7366 de 29 de enero de 2015, se evidencia que la defensa de la hoy recurrente María Eugenia Rivero Melgar, no planteó ningún incidente de exclusión probatoria en la fase procesal que correspondía, esto es, en la fase inicial del juicio oral, por lo que el reclamo que se pretende efectuar vía apelación restringida ante el tribunal de alzada, resulta ser extemporáneo. Con relación al siguiente punto de impugnación, referente al rechazo de la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, la recurrente habiendo hecho reserva de apelación restringida (fs. 7370) fundamenta su apelación en tres motivos: a) Alega que la excepción planteada fue resuelta mediante una mera providencia y no así mediante auto; al respecto se tiene que,

resulta ser falso lo manifestado por la parte recurrente, por cuanto del acta de juicio oral cursante específicamente de fs. 7366 vta., a 7369 vta., se evidencia que el tribunal a quo mediante voto individualmente fundamentado de sus tres miembros, se pronunció a través de resolución expresa dictada de manera oral y no así mediante una mera providencia, respecto a la excepción de extinción de la acción por duración máxima del proceso y otros incidentes, decantándose finalmente por su rechazo; b) Alega que el tribunal a quo ha obrado incorrectamente al exigir la presentación de una auditoría jurídica procesal y fundamentar por ausencia de ésta el rechazo de la excepción; con relación a ello y resultando evidente lo manifestado por la parte recurrente, cabe traer a colación lo manifestado por el tribunal Constitucional Plurinacional respecto a la exigencia de una auditoría jurídica a tiempo de interponer la ya mencionada excepción. Así tenemos, la S.C. Plurinacional N° 1271/15-S2, de 12 de noviembre de 2015, que señala que independientemente de lo propuesto por las partes e incluso por el juez a quo (en los supuestos de apelación incidental), la autoridad deberá realizar la auditoría extrañada, situación que no ocurrió en el caso de autos, puesto que revisados los antecedentes del proceso, se evidencia que el tribunal a quo no obró de esa manera, vulnerando el derecho al debido proceso de la parte recurrente en su elemento a una adecuada fundamentación de la resoluciones. En el siguiente punto de apelación, la recurrente manifiesta que el tribunal a quo rechazó ilegalmente su Incidente de nulidad por defectos absolutos por falta de control jurisdiccional; incidente de nulidad por defectos absolutos por falta de fundamentación de las acusaciones e Incidente de Nulidad de la notificación al declarar precluido su derecho de interponerlos, arguyendo la recurrente que no es aplicable al caso de autos la previsión establecida en los arts. 314 y 315 del C.P.P., con la modificación introducida por la L. N° 586, al ser ésta posterior a la denuncia que dio lugar a la apertura de la causa; con relación a éste punto de impugnación, nos remitimos a lo ya manifestado por éste tribunal de alzada líneas arriba, respecto al ámbito temporal de aplicación de la L. N° 586 de 30 de octubre de 2014, y por ende, a los efectos procesales allí precisados. Ahora bien, con relación a lo manifestado por la recurrente, en el sentido de que el tribunal a quo no resolvió la adhesión formulada por Vladimir Sinovcic a los incidentes y excepciones, resulta inviable el reclamo efectuado por falta de legitimación activa de la recurrente, al tratarse de una adhesión no formulada por ella sino por un tercero. Con relación a que la sentencia se basa en hechos no acreditados y errónea valoración de la prueba, al haberla el tribunal condenado como autora intelectual sin haber identificado a los autores materiales del hechos, valorado erróneamente la prueba del registro de llamadas telefónicas y la declaración de la testigo Denisse Ariana Banchieri, nos remitimos a los fundamentos expuestos precedentemente, que le impiden al tribunal de alzada ingresar a revalorizar la prueba. Finalmente, con relación a una supuesta falta de lectura del acta de registro de juicio, y la firma de la secretaria titular o del secretario suplente del tribunal y su respectiva nota de habilitación, se tiene que la recurrente no ha realizado expresión de agravios y que tales actos no vulnerarían derecho fundamental alguno y por ende no podrían acarrear la nulidad de obrados, en virtud al principio de trascendencia (pas nullite sans grief), que significa que "no hay nulidad sin perjuicio.

CONSIDERANDO: Que con relación a la impugnación formulada por el Ministerio Público indicando que el tribunal a quo a tiempo de absolver al acusado Manolo Fernández Toledo, basó su sentencia en argumentos no generados en el juicio oral, al efectuar una defectuosa valoración de los elementos de prueba (testificales, documentales, periciales) producidas en el juicio, tanto por el Ministerio Público como por el acusador particular, y consecuentemente aplicó erróneamente la ley sustantiva, toda vez que aplicó el art. 363-3 del C.P.P., cuando por los elementos de prueba debió aplicar el art. 365 del C.P.P., corresponde ratificar la posición de este tribunal de alzada, en el sentido de que la facultad de valorar la prueba corresponde con exclusividad al juez o Tribunal de Sentencia, quien al dirigir el juicio oral y recibir la prueba, adquiere convicción a través de la apreciación de los elementos y medios de prueba: convicción que se traduce en el fundamento de la sentencia que lleva el sello de la coherencia y las reglas de la lógica; consiguientemente, el tribunal de alzada en caso de revalorizar la prueba, dicho acto convierte en defecto absoluto contemplado en el artículo 169-3) del Cód. Pdto. Pen., motivo por el cual a este tribunal de alzada le resulta imposible ingresar a valorar los elementos de prueba invocados por el recurrente. Bajo el mismo entendimiento, y respecto a la solicitud formulada por el recurrente que pide se revoque la Sentencia N° 083/15, de 15 de octubre de 2015 y se dicte auto de vista declarando al acusado Manolo Fernández Toledo autor y culpable y se imponga la pena que corresponda, en la misma línea anteriormente glosada, cabe hacer mención a lo señalado en el A.S. N° 257 de 6 de mayo, que en su doctrina legal aplicable señaló que: "En el caso que nos ocupa la sentencia de primer grado, absolvió a los imputados, tomando en cuenta lo previsto en el art. 363-2) del Cód. Pdto. Pen., que dispone que se dictara sentencia absolutoria cuando la prueba aportada no sea suficiente para generar en el juez o Tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado. Convicción que no puede ser objetada en segunda instancia bajo pena de incurrir en revalorización de la prueba, debido a que en el nuevo sistema procesal penal no existe la doble instancia, ésta es excepcional para los casos de inobservancia y errónea aplicación de la ley, por lo que el ad-quem no puede incurrir en una nueva valoración de la prueba que agrave la situación del encausado. De la lectura del memorial de apelación restringida presentado por el Ministerio Público, resulta unívoco el ánimo del recurrente de pretender que el tribunal de alzada revalorice la prueba producida en juicio (extractos de llamadas telefónicas, declaración testifical de Rony Parada Leyton), labor que no corresponde a este Tribunal sino única y exclusivamente al tribunal a quo, conforme a los lineamientos expuestos.

Que el acusador particular Diego Hurtado Banchieri, apela parcialmente a la sentencia dictada en su memorial de fs. 7726 y 7727 vta., sin invocar norma alguna al respecto, indicando que el tribunal a quo ha realizado una mala apreciación de las pruebas y al señalar que no cabría pena alguna ni participación en los ilícitos por parte de Manolo Fernández Toledo y Silfredo Maneira Pérez, haciendo mención a diferentes elementos de prueba, entre ellos: a) La declaración de Denise Adriana Esa Banchieri, b) Acta de Acción Directa, c) Flujo de Llamadas y hora en que supuestamente ocurrieron los hechos, d) Declaraciones de Manolo Fernández Toledo y Sifrido Maneira Pérez. Como se evidencia, resulta palmaria aquí también, la pretensión de la parte recurrente de lograr que el tribunal de alzada ingrese a revalorizar la prueba producida en juicio, bajo los reglas de la contradicción e inmediatez, sin invocar además ninguna norma legal que haya sido erróneamente aplicada, situación que amerita reiterar los fundamentos arriba expuestos, con relación a la apelación restringida formulada por el Ministerio Público, tanto en este punto, como así también respecto a la solicitud de que se condene como autores mediatos del delito de asesinato a Manolo Fernández Toledo y Silfredo Maneira Pérez.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto, el tribunal inferior a tiempo de desarrollar el juicio oral y dictar sentencia condenatoria no se ha ajustado a las normas procesales vigentes y ha incurrido en errónea aplicación de la ley adjetiva, por cuanto: a) Rechazó los incidentes planteados por la defensa en audiencia de juicio oral de 29 de enero de 2015, por supuesta extemporaneidad, aplicando incorrectamente los

alcances de la L. N° 586 en cuanto a su ámbito temporal, cuando lo que correspondía era a ingresar a analizar el fondo de ellos, aplicando el art. 345 del Cód. Pdto. Pen., de lo contrario en qué otro momento procesal iban a ser resueltos; b) Basó su sentencia en la prueba documental signada como PD-40 de inspección ocular que no fue judicializada en juicio, incurriendo con ello, en valoración defectuosa de la prueba y, c) Rechazó la excepción de extinción de la acción penal, basando su resolución en la falta de presentación de una auditoría jurídica por parte del excepcionista, imponiendo con ello requisitos adicionales a lo previsto por la ley y la jurisprudencia, consiguientemente, existen defectos e infracciones latentes, por lo que corresponde anular totalmente la sentencia y disponer la reposición del juicio por otro Tribunal conforme lo determina el art. 413 primera parte del Cód. Pdto. Pen., con el consiguiente reenvío del expediente.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia y en virtud a la jurisdicción y competencia que por ley ejerce, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación de los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE Y PROCEDENTE la apelación restringida interpuesta por la acusada María Eugenia Rivero Melgar a fs. 7666-7693 vta., 7694-7700 vta., y 7720-7723 vta., y, declara ADMISIBLES e IMPROCEDENTES las apelaciones restringidas presentadas por el Ministerio Público cursante a fs. 7659-7665 y por Diego Hurtado Banchieri, cursante a fs. 7726 y 7727 vta., de obrados y, por consiguiente, anula totalmente la sentencia condenatoria de fs. 7536-7612, dictada por el tribunal inferior, disponiendo el reenvío del expediente ante otro tribunal llamado por ley.

Se advierte a las partes que en caso de considerarse agraviadas con la presente resolución, tiene el plazo de cinco días de su legal notificación para recurrir de conformidad con lo previsto por el art. 416 y ss., del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Mirael Salguero Palma.

No interviene el Vocal Victoriano Morón Cuellar por haberse excusado, habiéndose convocado al Vocal Dr. Zenón Rodríguez Zeballos Vocal Semanero de la Sala Penal Tercera.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Zenón Rodríguez Zeballos.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Abg. Carlos Arroyo Arévalo.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 18 de julio del 2016, cursante de fs. 7956 a 7969 vta., María Eugenia Rivero Melgar, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 38 de 30 de junio de 2016, de fs. 7904 a 7912, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Mirael Salguero Palma y Zenón Rodríguez Zeballos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Diego Hurtado Banchieri contra Manolo Fernández Toledo, Vladimir Nicolás Sinovcic Gonzales, Osmar Sergio Tagliaferro, Silfredo Maneira Pérez y la recurrente, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por los arts. 252-2), 3) y 4) con relación al 20 y 23 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 83/2015 de 15 de octubre (fs. 7536 a 7612), el Tribunal de Sentencia N° 4 en lo Penal de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a María Eugenia Rivero Melgar, autora del delito de asesinato, previsto y sancionado por los arts. 20 concordante con el 252-2) y 3) del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto, más costas y daños causados; por otro lado, declaró a Vladimir Nicolás Sinovcic Gonzales y Manolo Fernández Toledo, absueltos de responsabilidad y pena del delito tipificado por los arts. 20 relacionado al 252-2), 3) y 4) de la norma sustantiva penal; y finalmente, a Silfredo Maneira Pérez y Osmar Sergio Tagliaferro, los absolvió de pena y culpa de la comisión del delito de complicidad en asesinato, previsto y sancionado por los arts. 23 con relación al 252 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público (fs. 7659 a 1665), María Eugenia Rivero Melgar de Tagliaferro (fs. 7666 a 7693 vta.) y Diego Hurtado Banchieri (fs. 7726 a 7727 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 38 de 30 de junio de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible y procedente el recurso interpuesto por María Eugenia Rivero Melgar y admisible e improcedentes los recursos interpuestos por el Ministerio Público y Diego Hurtado Banchieri, anulando totalmente la Sentencia condenatoria y disponiendo el reenvío del expediente ante otro tribunal llamado por ley, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 944/2016-RA de 25 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) La recurrente denuncia que el tribunal de alzada incumplió con el mandato establecido por los arts. 17 de la L. N° 025 y 398 del C.P.P., por falta de resolución de los siguientes motivos de apelación: i) Inobservancia del art. 123 del C.P.P., porque el a quo había resuelto mediante "providencias" cuestiones incidentales, como si se tratara de asuntos de mero trámite, incumpliendo lo dispuesto por el art. 115 de la C.P.E., y los arts. 398, 407 y 124 de la norma adjetiva penal; y, ii) Indebida participación del Ministerio Público, pues éste había retirado su acusación, por lo que el juicio estaría viciado de nulidad conforme lo previsto por el inc. 1) del art. 169 del C.P.P.; defecto de sentencia que al

no haber sido resuelto por el tribunal de alzada, constituiría defecto absoluto conforme lo previsto por el art. 169-3) de la norma referida precedentemente, por afectación de la seguridad jurídica e inobservancia del art. 124 de la norma adjetiva penal.

2) Denuncia que el tribunal de apelación incurrió en falta de fundamentación a tiempo de resolver: a) El motivo de su recurso de apelación restringida, fundado en la existencia de defecto de sentencia, previsto por el art. 370-5) del C.P.P., respecto del cual el ad quem, había señalado que: "no es necesario que el juez realice una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las pretensiones planteadas por las partes, pudiendo bastar una respuesta global o genérica", argumento que lesiona lo dispuesto por los arts. 124 y 173 del C.P.P.; y, 115 de la C.P.E., el debido proceso y le causa indefensión.

I.1.2.- Petitorio.

La recurrente solicita se declare procedente su recurso de casación y en tal virtud se deje sin efecto la resolución impugnada, estableciendo la doctrina legal aplicable.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 944/2016-RA de 25 de noviembre, cursante de fs. 8015 a 8018 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por la recurrente María Eugenia Rivero Melgar, únicamente para el análisis de motivos identificados precedentemente, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y detallado el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 83/2015 de 15 de octubre, el Tribunal de Sentencia N° 4 en lo Penal de Santa Cruz, declaró a María Eugenia Rivero Melgar, autora del delito de Asesinato, previsto y sancionado por los arts. 20 concordante con el 252-2) y 3) del Cód. Pen., imponiendo la pena de 30 años de presidio, sin derecho a indulto, más costas y daños causados; por otro lado, declaró a Vladimir Nicolás Sinovicic Gonzales y Manolo Fernández Toledo, absueltos de responsabilidad y pena del delito tipificado por los arts. 20 relacionado al 252-2), 3) y 4) de la norma sustantiva penal; y finalmente, a Silfredo Maneira Pérez y Osmar Sergio Tagliaferro, los absolvió de pena y culpa de la comisión del delito de complicidad en asesinato, previsto y sancionado por los arts. 23 con relación al 252 del Cód. Pen., bajo los siguientes antecedentes y argumentos:

Como hechos acusados se tiene la muerte violenta de Jorge Haroldo Hurtado Bozo, en la avenida Roca y Coronado tercer anillo de Santa Cruz, muerte que hubiese sido producto de varios disparos de arma de fuego de grueso calibre, hecho perpetrado el 2 de marzo de 2010, en horas de la mañana, identificándose como presunto móvil del hecho los problemas y disputas que tenían los acusados María Eugenia Rivero Melgar, Manolo Fernández Toledo, Vladimir Nicolás Sinovicic Gonzales, con la víctima antes nombrada, por predios ubicados en el Urubó, emitiéndose acusación contra los antes nombrados por considerárseles autores intelectuales de la muerte de Jorge Haroldo Hurtado Vargas Bozo, Osmar Sergio Tagliaferro y Silfrido Maneira Pérez, se los acusa en grado de complicidad para consumir el delito.

Luego de la producción de prueba el Tribunal de Sentencia tuvo como hechos probados: i) La muerte de Jorge Haroldo Hurtado Vargas Bozo, acreditado por declaraciones testificales, acta de inspección ocular y certificado de defunción; ii) Los conflictos y disputas por un terreno ubicado en la zona del Urubó, probado por declaraciones testificales, además de las documentales PD.32 y PD.33; iii) La participación de María Eugenia Rivero Melgar en el hecho juzgado, por las comunicaciones previas, durante y posteriores que hubiese tenido con el autor material del hecho, probado por extractos de llamadas y testificales.

II.2.- Apelación restringida de la imputada.

Contra la mencionada sentencia, tanto la imputada como la víctima formularon recursos de apelación restringida; sin embargo, en la presente resolución sólo se hará referencia a los agravios demandados por la imputada como no resueltos por el tribunal de alzada, al ser estos los motivos traídos en casación: i) Denunció la vulneración al principio de seguridad jurídica por resolverse recursos de reposición, excepción de extinción de la acción penal y otros incidentes mediante providencias, generando la concurrencia de defectos absolutos; ii) La concurrencia de defecto absoluto al no observarse ni corregirse el hecho de que el Ministerio Público al retirar su acusación fiscal de 13 de diciembre de 2010, se encontraba impedido de continuar investigando y procesando a terceras personas, incluidas la recurrente; y, iii) La existencia del defecto de la sentencia previsto en el art. 370-5) del C.P.P., por existir ausencia de motivación tanto del auto complementario, como respecto a la imposición de la pena, valoración probatoria, sobre las consideraciones y conclusiones del tribunal a quo.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

Al recurso de apelación restringida formulado por la imputada, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, se pronunció a través del auto de vista impugnado, declarando procedente y en consecuencia anulando totalmente la Sentencia recurrida, bajo los siguientes argumentos:

a) En el Considerando VI de la resolución impugnada señala que en cuanto a la denuncia de vulneración del principio de seguridad jurídica y a las reglas formales de resolución, al haberse presuntamente resuelto la excepción de extinción de la acción penal y otros incidentes mediante meras providencias, resultaría falsa ya que del acta de juicio oral (fs. 7366 vta. a 7369 vta.), se evidenciaría que el tribunal a quo mediante voto individualmente fundamentado por parte de sus tres miembros se pronunció mediante resolución expresa dictada de manera oral y no así mediante una mera providencia; igualmente, respecto a la excepción de extinción de la acción por duración máxima del proceso, incidente de nulidad por actividad procesal defectuosa e incidente de nulidad de la acusación fiscal y particular por falta de fundamentación, se rechazó todas ellas, respecto de los recursos de reposición presentados en el juicio oral por la parte recurrente, a decir del tribunal de alzada

era menester señalar que con relación al recurso de reposición planteado por el abogado del acusador particular el 29 de mayo de 2015 (fs. 7452 vta.), se tendría por un lado, que la parte recurrente carecía de legitimación activa para formular reclamo alguno respecto a la forma de tramitación y resolución de un recurso que no fue planteado por ella y por otro lado que el supuesto defecto no le causó agravio alguno al no habersele vulnerado derecho fundamental, debiendo tener presente en todo caso el principio de trascendencia.

Finalmente, con relación a lo manifestado por la apelante en el sentido de que en la audiencia de juicio de 2 de septiembre de 2015, la defensa en su conjunto planteó un incidente de exclusión probatoria y el tribunal a quo lo resolvió mediante una mera providencia, se estableció del acta de registro de juicio oral (fs. 7475 vta. a 7481 vta.), que el tribunal de sentencia mediante voto individualmente fundamentado, se pronunció mediante resolución expresa dictada de manera oral y no así mediante una mera providencia, respecto a los incidentes de exclusión probatoria interpuestos por la defensa de modo que no se evidenciaría ninguna agravio a la parte recurrente, máxime si se toma en cuenta que dichos incidentes fueron declarados probados.

b) Respecto de la denuncia de defecto absoluto, al no haberse observado ni corregido que el Ministerio Público retiró la acusación fiscal presentada el 13 de diciembre de 2010, situación que impedía se siga investigando y procesando a terceras personas incluida la recurrente; se estableció que el tribunal a quo rechazó tal incidente cursante de fs. 7367 a 7369 vta. del acta de registro de juicio oral, unánime de sus tres miembros, amparando la decisión en lo establecido en el art. 314-3) del C.P.P., modificado por la L. N° 586 y que a criterio de ellos, impediría la interposición de un incidente de esa naturaleza, habida cuenta de que hubiera precluido el derecho de los incidentistas para plantearlos.

Con relación a ello, el tribunal de alzada ingresó a verificar si tal argumento era correcto y si el tribunal inferior actuó conforme a las normas procesales aplicables al caso en cuestión, llegando a determinar que el Tribunal de Sentencia N° 5 al rechazar los incidentes planteados procedió de forma incorrecta, toda vez que apoyó su decisión en el art. 314-3) de la L. N° 586, sin tomar en cuenta lo establecido en la disposición final segunda de la referida ley y que tanto los hechos que fueron objeto del proceso así como la fecha de la denuncia (entendida esta como primer acto del proceso), eran anteriores a la referida ley, situación que impedía que se aplique al presente proceso la referida norma y con ello se deje de ingresar a analizar el fondo de los incidentes planteados, por lo que al asumir el Tribunal esa posición jurídica con relación a la errónea aplicación de dicha norma incurrió en los defectos absolutos previstos en el art. 169-3) del C.P.P. Asimismo, no se hubiese tomado en cuenta que mediante Decreto de 21 de noviembre de 2014, cursante a fs. 6083, el Juez 11° Cautelar de Instrucción en lo Penal, remitió la acusación fiscal después de la promulgación de la L. N° 586; es decir, en cumplimiento de la Circular N° 242/2014 (si no tenía señalamiento de audiencia conclusiva, correspondía remitir directamente al Tribunal); lo señalado tendría relación directa con la vulneración alegada por la recurrente, ya que al no haber existido audiencia conclusiva tal como se evidenció, el tribunal a quo previo al juicio oral, conforme lo prevé el art. 345 del C.P.P., debió sustanciar y resolver todos los incidentes planteados, lo contrario significó una vulneración al derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial por no haber atendido y dado respuesta conforme se tiene señalado.

c) En cuanto al defecto de la sentencia previsto en el art. 370-5) del C.P.P.; particularmente, respecto a la existencia de pronunciamiento individualizado sobre todas y cada una de las pruebas incorporadas al juicio, se estableció que los arts. 360 y 370 del C.P.P., no obligan al juez o Tribunal de Sentencia a pronunciarse en el sentido legal pretendido por la defensa o acusador y valorar a detalle todas y cada una de las pruebas presentadas, pues por principio de razonabilidad no sería necesario que el juez realice una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las pretensiones planteadas por las partes, pudiendo bastar con una respuesta global o genérica que otorgue certidumbre y certeza, siempre que el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo "iura novit curia" así les autoriza.

III. Verificación de vulneración al debido proceso, seguridad jurídica y Derecho a la defensa.

Este tribunal admitió el presente recurso, abriendo su competencia a objeto de verificar la posible vulneración del debido proceso, seguridad jurídica y el derecho a la defensa ante la denuncia de la emisión del auto de vista impugnado incurriendo en incongruencia omisiva y en su caso sin la debida fundamentación a los motivos de su apelación restringida, por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1.- Obligación de los tribunales de impugnación de circunscribir sus pronunciamientos a las cuestiones planteadas.

Conforme dispone el art. 115-I de la C.P.E., toda persona goza de protección oportuna y efectiva por parte del órgano jurisdiccional en todas sus esferas, labor que se debe impartir sustentada en principios constitucionales, entre los cuales se encuentra la seguridad jurídica establecida en el art. 178 de la C.P.E., y las garantías jurisdiccionales como el debido proceso, previsto en el parág. II del art. 115 de la Carta Magna, cuyo amplio espectro abarca a su vez derechos, principios y otras garantías constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva, del que deriva el derecho a recibir respuesta a todas las pretensiones planteadas, generando a su vez la obligación de toda autoridad que emita un fallo en etapa de impugnación, de circunscribir su pronunciamiento a las cuestiones planteadas por los recurrentes, concordando con la normativa constitucional citada precedentemente, el art. 398 del C.P.P., que establece: "Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución"; a su turno, el art. 17-II) de la L.O.J., instituye que: "En grado de apelación, casación o nulidad, los tribunales deberán pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos solicitados en los recursos interpuestos", normativa que a pesar de ser restrictiva y/o limitativa para los órganos de impugnación, es también imperativa cuando establece el ámbito de pronunciamiento de los tribunales de impugnación; es decir, por un lado prohíbe emitir pronunciamiento más allá de lo solicitado; pero por otro, manda a pronunciarse sobre todos los aspectos cuestionados; consecuentemente, actuar en contrario implica incurrir en el defecto absoluto descrito en el art. 169-3) del C.P.P., por infracción de la normativa citada anteriormente y vulneración al debido proceso, seguridad jurídica y acceso a la justicia, que implicaría un vicio invalorable, conocido en la doctrina como incongruencia omisiva o fallo corto.

Al respecto, este Tribunal Supremo de Justicia estableció amplia doctrina legal, como la contenida en el A.S. N° 109/2012 de 10 de mayo, que precisó: "...las resoluciones judiciales, para ser válidas, deben encontrarse debidamente fundamentadas y motivadas, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada

punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida, lo contrario implica incurrir en el vicio conocido como incongruencia omisiva o fallo corto, que tiene como esencia la infracción por parte del tribunal del deber de atendimento y resolución de aquellas alegaciones que se hayan traído al proceso de manera oportuna, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada”.

Por otra parte, con la finalidad de establecer si toda denuncia por falta de pronunciamiento implica vicio de incongruencia omisiva, el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, desarrolló parámetros exigibles a ese fin, señalando: “...sin embargo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.” En el mismo sentido, pronunció doctrina legal aplicable el A.S. N° 325/12-RRC de 12 de diciembre de 2012, al precisar lo siguiente: “Asimismo, para estar frente ante una incongruencia omisiva es menester que concurren los siguientes presupuestos, a saber: a) La omisión esté vinculada a aspectos jurídicos; b) Las denuncias o pretensiones sean claras y oportunas; c) los agravios sean principales y no alegaciones secundarias; y, d) La ausencia de pronunciamiento sobre problemáticas de derecho, sean de naturaleza sustantiva o procesal”.

III.2.- Principio de congruencia y su aplicación en el sistema procesal penal vigente.

Entendido como la concordancia o correspondencia que debe existir entre la petición formulada por las partes y la decisión que sobre ella tome el Juez o Tribunal, fue definido por un sin número de autores, entre ellos (DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 53), como: “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral y contencioso administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas”.

El principio de congruencia se configura en dos modalidades: a) La primera, conocida como congruencia interna, que obliga a expresar de forma coherente todos los argumentos considerativos entre sí y de éstos con la parte resolutive; y, b) La segunda, conocida como congruencia externa, relativa a la exigencia de correspondencia o armonía entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial. Este tipo de congruencia queda afectado en los siguientes supuestos: 1) La incongruencia omisiva o ex silentio, que se presenta cuando el órgano jurisdiccional omite contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes; 2) La incongruencia por exceso o extra petita (petitum), se produce cuando el pronunciamiento judicial excede las peticiones realizadas por el recurrente, incluyendo temas no demandados o denunciados, impidiendo a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido; y, 3) La incongruencia por error, que se da cuando en una sola resolución se incurre en las dos anteriores clases de incongruencia, entendiéndose por tanto, que el órgano judicial, por cualquier tipo de error sufrido, no resuelve sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente lo hace sobre aspectos totalmente ajenos a los planteados, dejando sin respuesta las pretensiones del recurrente.

La fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la Ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutive de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.3.- La fundamentación de las resoluciones judiciales como parte del debido proceso.

La C.P.E., reconoce y garantiza el debido proceso en sus arts. 115-II, 117-I y 180-I, siendo así que, la garantía del debido proceso contiene entre uno de sus elementos la exigencia de la fundamentación y motivación de las resoluciones, lo que significa que el juzgador al emitir el fallo debe resolver los puntos denunciados, mediante el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los que apoya su decisión; además, esta expresión pública de las razones justificadas de la decisión judicial, garantiza también el derecho a la publicidad otorgado a las partes como a la sociedad en general respecto a la información de la resolución, fallo que debe ser: expreso, claro, completo, legítimo y lógico, exigencia que también se halla establecida en el art. 124 del C.P.P..

Es así que, en consideración a la exigencia contenida en la Constitución Política del Estado y el Código de Procedimiento Penal, la doctrina legal aplicable de este tribunal ha establecido en los AA.SS. Nos. 342 de 28 de agosto de 2006, 207 de 28 de marzo de 2007 y 319/2012-RRC de 4 de diciembre, entre otros, determinados parámetros o exigencias mínimas en el contenido de la fundamentación o motivación de un fallo; es decir, que toda resolución debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica: i) Expresa por qué se debe señalar los fundamentos que sirvieron de soporte para sustentar su tesis, sin remisión a otros actos procesales; ii) Clara, en sentido que el pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y claro, no dejando lugar a dudas sobre las ideas que expresa el juzgador; iii) Completa, debiendo abarcar los hechos y el derecho; iv) Legítima, ya que debe basarse en pruebas legales y válidas. Para que exista legitimidad en la denuncia de valoración defectuosa de la prueba en la sentencia, el tribunal de alzada debe realizar el análisis de iter lógico por el que se evidencie la correcta o incorrecta valoración de la prueba efectuada por el juez a quo; y, v) Lógica, que es el requisito transversal que afecta a

los otros requisitos, debiendo la motivación en términos generales ser coherente y debidamente derivada o deducida, pero utilizando las máximas de la experiencia, la psicología y las reglas de la sana crítica.

Estos requisitos de la fundamentación o motivación, deben ser tomados en cuenta por el tribunal de alzada a momento de emitir el auto de vista, que resuelve la apelación restringida formulada por las partes, a fin de que sea válida; lo contrario, significaría incurrir en falta de fundamentación y de motivación. Siendo necesario reiterar que una fundamentación o motivación suficiente, no precisa que sea extensa o redundante de argumentos y cita de normas legales, sino ser clara, concisa y responder todos los puntos denunciados.

Lo anterior significa, que la falta de fundamentación o motivación, concurriría cuando la resolución emitida por el juez o tribunal carezca de alguno de los elementos (expresa, clara, completa, legítima y lógica) del iter lógico o camino del razonamiento efectuado, a efecto de llegar a una determinada conclusión, incumpliendo de esta manera lo determinado por el art. 124 del C.P.P. y vulnerando los derechos al debido proceso y debida fundamentación.

III.4.- Análisis del caso concreto.

Con lo desarrollado supra, corresponde ingresar a resolver la problemática planteada a fin de establecer si resulta evidente la vulneración de derechos y garantías constitucionales; es así que, en cuanto a la denuncia del incumplimiento de los arts. 17 de la L. N° 025 y 398 del C.P.P. por parte del tribunal de alzada (primer motivo), por la falta de resolución de los agravios denunciados en su recurso de apelación restringida, se advierte que en lo que respecta a: i) La denuncia de inobservancia del art. 123 del C.P.P., porque el a quo había resuelto mediante "providencias" cuestiones incidentales, como si se tratara de asuntos de mero trámite; el tribunal de alzada en el Considerando VI de la resolución impugnada se pronunció de manera expresa refiriendo que dicho agravio no era evidente, ya que de la verificación del acta de juicio oral (fs. 7366 vta. a 7369 vta.), se advertía que el tribunal a quo se pronunció mediante resolución expresa emitida de manera oral y no así mediante una mera providencia; de igual forma, a la excepción de extinción de la acción por duración máxima del proceso, incidente de nulidad por actividad procesal defectuosa e incidente de nulidad de la acusación fiscal y particular por falta de fundamentación; respecto de los recursos de reposición presentados en el juicio oral, se aclaró que la parte recurrente carecía de legitimación activa para formular reclamo alguno respecto a la forma de tramitación y resolución de dicho recurso, al no haber sido quien los planteó. Finalmente, con relación a un incidente de exclusión probatoria y que el tribunal a quo lo hubiere resuelto mediante una providencia, estableció del acta de registro de juicio oral (fs. 7475 vta. a 7481 vta.), que el Tribunal de Sentencia mediante voto individualmente fundamentado, se pronunció mediante resolución expresa dictada de manera oral y no así mediante una providencia, respecto a los incidentes de exclusión probatoria interpuestos por la defensa de modo que no se evidenciaría ningún agravio a la parte recurrente, máxime si se tomaba en cuenta que dichos incidentes fueron declarados probados.

De lo señalado supra, de ninguna manera se advierte la presunta incongruencia omisiva en la que hubiese incurrido el tribunal de alzada a tiempo de emitir la resolución hoy impugnada, pues al contrario se pronunció a cada uno de los cuestionamientos de la parte recurrente, así se advierte cuando de manera puntual señala las fojas en las que el tribunal de sentencia hubiese resuelto, mediante resoluciones motivadas los incidentes observados por la imputada y no como se hubiese alegado que fue a través de simples decretos; en consecuencia, no resulta evidente la vulneración del art. 17 de la L. N° 025 y art. 398 del C.P.P. y menos la vulneración al debido proceso, pues contrario a lo manifestado por la recurrente se concluye que el tribunal de alzada enmarcó su actuar cumpliendo estrictamente las normas legales denunciadas de vulneradas.

En cuanto, al segundo punto que tampoco hubiese sido motivo de pronunciamiento por parte del tribunal de alzada referido a: ii) La indebida participación del Ministerio Público, por haber retirado su acusación, el tribunal ad quem efectuando el análisis a la problemática planteada por la recurrente, se pronunció señalando que los argumentos expuestos por los miembros del tribunal de sentencia para rechazar dicho incidente fueron incorrectos, toda vez que se hubiesen respaldado en la previsión del art. 314-3) de la L. N° 586, sin tomar en cuenta que dicha norma no era aplicable al presente caso, incurriendo en los defectos absolutos previstos en el art. 169-3) del C.P.P. De lo referido se advierte que no solamente existió un pronunciamiento expreso al cuestionamiento de la parte apelante; sino, además que el motivo fue acogido por el tribunal de alzada, siendo este uno de los motivos que fundaron la nulidad de la Sentencia apelada; en consecuencia, resulta por demás extraño que la parte recurrente alegue la presunta incongruencia omisiva en la emisión del auto de vista recurrido, respecto de un cuestionamiento que al contrario le favoreció, por lo tanto, este primer motivo del recurso de casación resulta infundado al no ser evidente la vulneración alegada.

Sobre el segundo motivo de casación, en el que se alega que el tribunal de apelación incurrió en falta de fundamentación a tiempo de resolver la denuncia de existencia del defecto de la sentencia previsto por el inc. 5) del art. 370 del C.P.P., al señalar que respecto a la existencia de pronunciamiento individualizado sobre todas y cada una de las pruebas incorporadas al juicio, se estableció que los arts. 360 y 370 del C.P.P., no obligan al Juez o Tribunal de Sentencia a pronunciarse en el sentido legal pretendido por la defensa o acusador y valorar a detalle todas y cada una de las pruebas presentadas, pues por principio de razonabilidad no sería necesario que el Juez realice una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las pretensiones planteadas por las partes; se evidencia que si bien el tribunal de alzada pudo efectuar una mayor argumentación en cuanto al motivo apelado, no es menos cierto que su conclusión resulta suficiente para otorgar una respuesta clara a la parte apelante, ya que en cuanto a la fundamentación de la sentencia la jurisprudencia ha establecido que para que esta sea válida debe considerarse primero que el sistema de la sana crítica, otorga a las partes la libertad de escoger los medios de prueba para comprobar sus pretensiones, ya sea la hipótesis acusatoria como la tesis de defensa; en tal sentido, las características fundamentales de la sana crítica son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos o sobre el valor que debe otorgarse a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.

Para que la fundamentación de una sentencia sea válida, se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo; sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no pudiendo considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador; en consecuencia, el tribunal de alzada a tiempo de pronunciarse al respecto de manera adecuada estableció los márgenes legales (arts. 360 y 370 del C.P.P.) a ser considerados por los jueces y Tribunales de Sentencia a tiempo de fundamentar las sentencias, consiguientemente no se advierte la falta de fundamentación alegada.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado supra la parte recurrente debe tomar en cuenta, que su recurso de apelación restringida fue considerado de manera positiva; es decir, al darse curso a su solicitud se dispuso la nulidad de la sentencia apelada, por lo que pretender una nueva nulidad de una resolución que le favoreció carece de trascendencia, pues pese a no advertirse defecto en el auto de vista impugnado corresponde tener presente lo desarrollado por el A.S. N° 136/15-RRC-L de 27 de marzo de 2015, respecto a las nulidades: "Principios de trascendencia y conservación del acto procesal. Dentro del instituto jurídico de las nulidades en general en el proceso penal, persisten varios principios, entre ellos, el de trascendencia, el que deviene de la fórmula 'pas de nullité sans grief', que significa, 'no hay nulidad sin perjuicio o agravio'; en virtud al cual, se descartan las posturas formalistas y legalistas que postulan la declaración de nulidad por la misma nulidad; por lo tanto, el motivo que viabiliza o provoca una nulidad, sin duda debe estar revestido de un evidente daño o perjuicio a la parte, en el acto realizado; lo contrario; es decir, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, incluso aquellos que no provocan resultado dañoso, sería incurrir en un excesivo formalismo o solemnidad, dando mayor prevalencia al derecho formal sobre el sustancial..."; en consecuencia, el recurso deviene en infundado, al no advertirse vulneración del derechos o garantías constitucionales.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.Ó.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por María Eugenia Rivero Melgar, cursante de fs. 7956 a 7969 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



289

Wilma Ibañez Bazán y otra c/ José David Tapia Ibañez y otros

Despojo y otro

Distrito: Santa Cruz

AUTO VISTA

Santa Cruz, 15 de julio de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesto por Shamir Tapia Céspedes, corriente de fs. 462 a 464, contra Sentencia N° 03/15, de 25 de noviembre de 15, corriente de fs. 450 a 456, resolución en la que se declara autor y culpable del delito de despojo al querellado Shamir Tapia Céspedes, condenándole a cumplir una pena de tres años de reclusión en el Centro de Rehabilitación Santa Cruz Palmasola; revisado los antecedentes del proceso y,

CONSIDERANDO: I.- Que el recurso de apelación restringida interpuesto por la parte querellada se encuentra previsto y justificado en la forma exigida por los arts. 407 y ss., del Cód. Pdto. Pen., por lo que se admite para su consideración y sustanciación conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: II.- Que el recurrente plantea recurso de apelación restringida porque la sentencia emitida en su contra no tendría la debida motivación y fundamentación conforme lo prevé el art. 370-5 y 6 del C.P.P., ya que se le ha condenado con apreciaciones subjetivas y sin el sustento legal que destruya objetivamente la presunción de inocencia; para sustentar aquello, como precedente contradictorio, cita los AA.SS. Nos. 319/2012, de 14 de diciembre, 342/2006, de 28 de agosto, y 20772007, de 28 de marzo, estableciendo en su doctrina legal aplicable los parámetros o exigencias mínimas en el contenido de la fundamentación o motivación que un fallo debe contener, que debe ser expresa, completa, legítima y lógica. Como segundo agravio denuncia la mala valoración de las pruebas con relación a la subsunción de los hechos al tipo penal querellado, pues no se ha podido demostrar que las querellantes han estado en posesión del terreno objeto de la litis y como tampoco se ha acreditado en qué momento han sido despojadas del predio. Solicita, en definitiva, que se anule la sentencia y se

disponga el reenvío del expediente para la reposición del juicio por otro tribunal, de conformidad con el art. 413 de la L. N° 1970. Que corrido en traslado a la parte querellante, ésta contesta señalando que se ha demostrado la participación plena de Shamir Tapia Céspedes en el delito de despojo y abuso de confianza, tratando de legitimar un derecho sobre su bien inmueble que era producto de una herencia que sus padres le han dejado a las querelladas; estos hechos han sido probados principalmente con la prueba de cargo ofrecida, ya que la prueba testifical de descargo ha sido familiares y hermanos del querellado sentenciado. También se ha realizado una inspección ocular al terreno de la litis, donde se verificaron los hechos de manera directa y fehaciente. Con relación a las pruebas documentales ofrecidas, se tiene acreditado la declaratoria de herederos de su extinta madre Justina Bazán Mendoza vda. de Ibáñez, además de certificaciones de juntas vecinales donde se demuestra que sus padres eran propietarios de esos terrenos hoy objeto de la litis, existen diversos informes policiales que demuestran el destrozo de los alambres y postes. Por ello solicita que se confirme la sentencia emitida a favor de uno de los querellados: Shamir Tapia Céspedes.

CONSIDERANDO: III.- Que de acuerdo a la naturaleza jurídica del recurso de apelación restringida prevista en el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., dice "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley". Ello significa que el tribunal de alzada está en el deber jurídico de revisar la sentencia en los aspectos de la aplicación de derecho en el cual el tribunal o juez hubiese incurrido en defectos para su aplicación, ya sea en el derecho material o procesal. En consecuencia el ámbito de protección y resguardo de los derechos se abre de manera amplia en todas las normas legales, constitucionales, principios del debido proceso, tratados internacionales y todo lo que implica la correcta aplicación del derecho en general. Es así que de acuerdo a los motivos de los recursos de apelación restringida formulados por la parte querellante, es pertinente en el presente caso sintetizar y buscar de manera objetiva los agravios que implican violación a derechos fundamentales y que impliquen la dictación de una sentencia, debido a los defectos en la aplicación de la norma procesal, ya que primeramente el tribunal de alzada debe cuidar que el proceso se tramite sin vulnerar derechos fundamentales tanto del acusador como del acusado.

Que la acción penal es un poder jurídico que tiene el Estado para perseguir la averiguación de un hecho que presume delictivo, así como su juzgamiento y la imposición de una pena, mediante ello se provoca la intervención y la decisión del juzgador acerca de una acusación de un delito y de todas las demás situaciones que se determinen en un proceso penal. Se puede definir como el acto mediante el cual se demanda la punición del culpable o del derecho subjetivo de pedir a la instancia juzgadora la aplicación de la norma sustantiva penal.

Que para vincular a una persona a un proceso como posible responsable de la comisión de un hecho delictivo, se requieren motivos bastantes y comprometedoras para sospechar de su participación en el hecho delictivo, entendiéndose como ello a todo elemento de prueba o dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto y probable acerca de los extremos de la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también en cuanto permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad con que se requiere para el procesamiento, esta idoneidad conviccional se conoce como relevancia o utilidad de la prueba.

CONSIDERANDO: IV.- Que la presunción de inocencia determina la exclusión o exoneración de culpabilidad, equivale a situar inicialmente a todo acusado en una posición incommovible de inocencia, que exige para ser desvirtuada, la existencia de actividad probatoria practicada con todas las garantías de las que pueda deducirse la culpabilidad del acusado; en ese sentido el derecho a la presunción de inocencia conlleva un conjunto de reglas de la actividad probatoria como garantías constitucionales, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado sea suficiente para reprochar la conducta del acusado, ya que la inocencia a la que se refieren estas garantías, se entienden en el sentido de que no actuaría, no produciría daño o no participación en el hecho, por lo que la presunción de inocencia equivale a demostrar una ausencia total de culpabilidad o de contrario se impone la obligatoriedad de que determinados medios probatorios deben ser suficientes para destruir o desvirtuar o confirmar la comisión del delito (art. 6 del C.P.P., y art. 116 de la C.P.E.).

Que El A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003, señala que: "De acuerdo a la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación derecho a la libertad juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe doble instancia, y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: declarar procedente o improcedente la apelación restringida, o anular total o parcialmente la sentencia" (sic).

CONSIDERANDO: V.- Que el art. 337 del C.P.P., señala el procedimiento a seguir para los delitos de acción privada y los que fueron convertidos en su acción, donde las partes principales son el querellante y el imputado, prescindiéndose de la intervención del Ministerio Público, de tal forma que la querrela constituye el mecanismo de acusación y la base del juicio que pone en movimiento el sistema judicial para el ingreso en forma directa al juicio oral público, contradictorio y continuado, motivo por el cual deben cumplirse en ella los requisitos formales previstos por los arts. 290 y 341 del C.P.P.

CONSIDERANDO: VI.- Que luego de revisar y analizar de manera exhaustiva los antecedentes del proceso elevados en originales y todo cuanto convino ver, se llega a determinar que el primer agravio que plantea el querellado es la falta de fundamentación de hecho y de derecho (art. 370-5 del C.P.P.), porque el juez no habría señalado qué elementos de prueba le dan la convicción para declararle autor y culpable de la comisión del delito de despojo. Al respecto, si revisamos la sentencia cuestionada, vamos a encontrar que no es evidente la falta de fundamentación que alega la recurrente, porque el juez a quo ha realizado una fundamentación de hecho, pues eso precisamente significa la valoración intelectual de la prueba, de las declaraciones testificales, la inspección judicial y la prueba documental; así por la prueba documental llega a la conclusión a quién pertenece el derecho propietario. Si bien es cierto que ese elemento no es determinante en el delito de despojo, pero sí para conocer de dónde proviene el derecho de la víctima y que ello implica el uso, goce, disfrute y disposición de la cosa, en este caso un inmueble. Entonces, la prueba del derecho propietario que ha valorado el juez, está asociada a la posesión previa que tenía la víctima antes del hecho delictivo. La prueba testifical está correctamente analizada y valorada por el juzgador, porque encuentra coincidencias y uniformidad

en las mismas, habiéndolas contrastado con la inspección ocular; estos aspectos le llevan a la convicción del hecho como tal, cuyo elemento material es la eyección. Esa misma prueba le conduce a comprobar la posesión previa de las víctimas, además de la responsabilidad penal del querellado - sentenciado. Por ello el juez a quo realizó una valoración descriptiva e intelectual de la prueba y dentro de ello llegó a conclusiones coherentes, lógicas y no contradictorias como afirma la parte recurrente.

Que respecto a la posesión previa de las víctimas, que es cuestionada por el querellado sentenciado, el juez aclara este aspecto cuando señala "no siendo preciso ni necesario que ellos hayan estado en contacto físico permanente para determinar su posesión en el inmueble"; a ello debemos agregar que el ejercicio del derecho de propiedad implica la posesión, aunque el titular del derecho no viva en el terreno como mal quiere entender la parte querellada. En síntesis, el razonamiento del juez es coherente, lógico, en base a un análisis valorativo de la prueba en su conjunto y no de manera aislada, demostrando que está vinculada la testifical con la documental y éstos con la inspección ocular y eso le ha dado la convicción del hecho, como la responsabilidad del querellado sentenciado. El Juez señala en sus conclusiones, en base a un análisis objetivo y no subjetivo, que "...sí se adecua el actuar del imputado Samir Tapia Céspedes ya que existe una habitación construida por el imputado para su padre, con restos de material de la casa que él derrumbó con sus hermanos...". Por ello no existe el defeco establecido en el art. 370-5) del C.P.P.

Que el recurrente plantea un segundo supuesto agravio que le habría causado la sentencia recurrida, que las querellantes nunca tuvieron posesión del terreno objeto de la litis y la única que podría tener derechos es su extinta madre y que la declaratoria de herederos no demostraría la posesión de las querellantes y tampoco les da legitimidad, tampoco el pago de los servicios básicos prueba la posesión. Continúa el sentenciado señalando que no se habría probado en qué momento han sido despojadas las víctimas del predio; por lo que no se podría tener como hecho probado la posesión de las querellantes, pero además Wilma Ibañez Bazán de Montero manifiesta estar domiciliada en la Av. Melchor Pinto N° 342 de Santa Cruz. Respecto a ello la C.P.E., en su art. 56 establece como un derecho fundamental el derecho a la propiedad y el art. 57 prescribe el derecho a la sucesión hereditaria; es decir, en la categoría de herederos forzosos están los hijos y el cónyuge superviviente, quienes siempre tendrán un derecho expectatio mientras esté vivo el causante, pero a la muerte de éste ese derecho sucesorio expectatio se convierte en un derecho real; dicho en palabras sencillas: el derecho de propiedad continúa con los herederos. En tal sentido no es coherente alegar de que quien tenía derechos sobre el bien inmueble era la causante y los que solamente tienen declaratoria de herederos no les asiste ningún derecho de posesión, vemos en el análisis que esa conclusión no es verdadera porque parte de premisas falsas, vale decir que sí se transmite el derecho de propiedad con todos los atributos de este derecho, el uso, goce, disfrute y disposición de la cosa; en otras palabras no se transmite la propiedad en papeles sin la posesión, obviamente el uso es el ejercicio del derecho de propiedad y el mismo querellado está reconociendo que quien tenía derechos era la extinta madre de las querellantes, eso implica también, con en análisis precedente, un reconocimiento de la posesión previa. Respecto al pago de los servicios básicos, sin revalorizar la prueba mencionada, vemos que el Juez a quo no tomó en cuenta este elemento de manera aislada, sino dentro de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida en el juicio, asociando y vinculando unas con otras, para luego fijar su posición, conforme lo prevé el art. 173 del C.P.P. Sobre el punto de que no se habría probado fehacientemente en qué momento sucedió el despojo, está claro que de acuerdo a la descripción típica del delito de Despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., tiene tres formas de comisión: 1) Invadiendo el inmueble, 2) Expulsando a los ocupantes, 3) Manteniéndose en él; ahora bien, aunque el juez no lo diga de manera expresa, de la valoración de la prueba que se realizó se extrae que es la tercera forma que se adecua al comportamiento del querellado Shamir Tapia Céspedes; es decir que el ingreso fue consentido con el titular del bien, pero esta posesión se vuelve ilícita cuando se niega a salirse del predio y más aún cuando construye e impide el ingreso de los querellantes a su propiedad. Por último, referente a que una de las querellantes vivía en Santa Cruz y no en el terreno objeto de la litis, de ningún modo este aspecto invalida a las querellantes el ejercicio de la posesión, pues tal como se dijo no hace falta el contacto físico y permanente con el bien, caso contrario, si tomamos en cuenta la tesis del apelante, quien tenga más de un bien inmueble solo tiene posesión donde vive, pero en los otros no; entonces ¿de qué le serviría tener el derecho propietario de sus otros inmuebles si no le va a reconocer la posesión por no vivir físicamente ahí? como vemos es una tesis equivocada, porque si actuamos así el derecho de propiedad sería totalmente inviable. En tal sentido entendemos que el juez ha realizado un razonamiento adecuado y motivado al momento de determinar los hechos denunciados como delito de despojo y la autoría o participación del imputado Shamir Tapia Céspedes en el mismo, correspondiendo confirmar la resolución venida en apelación.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta por el querellado sentenciado Shamir Tapia Céspedes, corriente de fs. 462 a 464, contra Sentencia N° 03/15, de 25 de noviembre de 2015, que fuera dictado por el Juez de Partido Mixto de Sentencia y de la Niñez y Adolescencia de Cotoca Provincia Andrés Ibáñez Santa Cruz, Federico Jiménez Rúa.

Se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial como lo establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Mirael Salguero Palma.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Victoriano Morón Cuéllar.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Abg. Carlos Arroyo Arebalo.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 16 de septiembre de 2016, cursante de fs. 493 a 495 vta., Shamir Tapia Céspedes, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 39 de 15 de julio de 2016, de fs. 474 a 477 y su Auto de Explicación N° 245 de 11 de agosto de 2016, de fs. 483 a 484 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Mirael Salguero Palma y Victoriano Morón Cuellar, dentro del proceso penal seguido por Wilma Ibáñez Bazán de Montaña y Soledad Ibáñez Bazán de Justiniano contra José David Tapia Ibáñez, Daniel Tapia Céspedes, Fausto Tapia Céspedes y la parte recurrente, por la presunta comisión de los delitos de despojo y alteración de linderos, previstos y sancionados por los arts. 351 y 352 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 3/2015 de 24 de noviembre (fs. 450 a 456), el Juez de Partido Mixto y de Sentencia de la Niñez y Adolescencia de Cotoca del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Shamir Tapia Céspedes, autor y culpable de la comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, más el pago de costas y dispuso el mandamiento de desapoderamiento contra los ocupantes del inmueble; además, la reparación del daño causado y su correspondiente indemnización, siendo absuelto del delito de alteración de linderos. Respecto a José David Tapia Ibáñez y Daniel Tapia Céspedes, los absolvió de los delitos endilgados en su contra.

b) Contra la referida sentencia, el imputado Shamir Tapia Céspedes interpuso recurso de apelación restringida (fs. 462 a 464), que fue resuelto por A.V. N° 39 de 15 de julio de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada; por otra parte, fue rechazada la solicitud de complementación y explicación del imputado mediante Resolución N° 245 de 11 de agosto de 2016 (fs. 483-484 vta.), motivando la formulación de recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del Auto Supremo de admisión N° 878/2016-RA de 8 de noviembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, sobre el cual, este tribunal circunscribirá su análisis, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pcto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el auto de vista recurrido incurrió en falta de fundamentación respecto al primer reclamo de su recurso de apelación restringida, referido a que la sentencia no estaba motivado, que incumplió los mandatos del art. 370-5) y 6) del C.P.P.; sin embargo, el tribunal de alzada sin fundamentación sólida arguyó, que el juez de sentencia realizó una fundamentación de hecho indicando que a eso se denominaba valoración intelectual de la prueba; además, que de la prueba documental así como de las declaraciones testimoniales e inspección judicial, se llegó a la conclusión de a quien pertenecía el derecho propietario, argumento que le resulta contrario al art. 124 del C.P.P.; toda vez, que no fundamentó y menos efectuó un control de cada uno de los elementos de prueba, limitándose a indicar de forma escueta que el juez de mérito, en base a los elementos descriptivos e intelectivos de las pruebas llegó a determinar su autoría; aspecto que, incumple lo previsto por el art. 398 del C.P.P., vulnerando el debido proceso que debe ser subsanado en aras de aplicar una justicia pronta. Invoca los AA.SS. Nos. 319/2012 de 4 de diciembre y 342 de 28 de agosto de 2006.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita se anule el auto de vista impugnado.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante Auto Supremo de admisión 878/2016-RA de 8 de noviembre, este tribunal declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el recurrente, por precedentes, únicamente para el análisis de fondo del primer motivo deducido.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Desarrollado el juicio oral, por Sentencia N° 03/2015 de 24 de noviembre, el Juez de Partido Mixto y de Sentencia de la Niñez y Adolescencia de Cotoca del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Shamir Tapia Céspedes, autor y culpable de la comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión y dispuso que en ejecución de sentencia se libere el correspondiente mandamiento de desapoderamiento contra los ocupantes del inmueble, en base al siguiente argumento:

1) De las declaraciones de los testigos de cargo, se tiene que José David Tapia Ibáñez, fue tolerado por la Familia Ibáñez Bazán dentro del terreno porque no tenía donde ir, además de que necesitaba atención por su estado de salud, por lo que, Wilma y Soledad se hicieron cargo de él, llevándole alimentos y medicinas, ya que es su sobrino, pero al pasar el tiempo su actitud cambió sistemáticamente llegando al extremo de expulsarlo en varias oportunidades del terreno bajo amenaza de muerte con la ayuda de sus hijos. Así el testigo Francisco Vaca Menacho vecino del lugar, manifestó que todo el terreno es de la Familia Ibáñez Bazán y que a José David Tapia ya le dieron su parte pero que él se quiere quedar con todo el terreno por eso no les deja entrar.

2) Se concluye que el imputado ingresó en primera instancia al terreno con consentimiento de la familia en calidad de tolerado para que cuide el lote donde crió a sus hijos, quienes con el transcurrir de los años se sintieron dueños del lugar y empezaron a realizar actos para apropiarse del mismo, derrumbando la casa antigua sin el consentimiento de los propietarios para luego utilizar la madera que quedaba para

construir un cuarto donde vive actualmente José David Tapia Ibañez, actitud que asumen para permanecer en el terreno y posteriormente no dejar entrar a las propietarias Wilma y Soledad Ibañez Bazán.

3) Conforme a las pruebas documentales y testificales, el juez le asigna la suficiente consistencia y credibilidad a dichas pruebas, por lo que, se demuestra y se tiene como hecho probado que el imputado Shamir Tapia Céspedes cometió el hecho ilícito, expulsando de forma violenta a las querellantes de su terreno, inclusive bajo amenazas de muerte, ya que los móviles, motivos y circunstancias a realizar el iter criminis, era para apoderarse de la totalidad del terreno pasando por encima de los derechos de los propietarios; el imputado Shamir Tapia Céspedes construyó una habitación para su padre, con el material de la casa que derrumbó con sus hermanos, con el ánimo de apropiarse del terreno, tal circunstancia se verificó en la inspección judicial.

Que de acuerdo a la descripción típica del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen., se tiene tres formas de comisión: 1) Invadiendo el inmueble; 2) Expulsando a los ocupantes, y 3) Manteniéndose en él; ahora bien, aunque el juez no lo diga de manera expresa, de la valoración de la prueba que se realizó se extrae que es la tercera forma que se adecúa al comportamiento del querellado. La posesión se ha vuelto ilícita cuando se niega salir del inmueble.

II.2.- De la apelación restringida.

Contra la referida sentencia, el imputado Shamir Tapia Céspedes formuló recurso de apelación restringida, que es desarrollada sólo en cuanto a lo atinente a los agravios traídos en casación:

Con referencia a la falta de fundamentación de la sentencia (art. 370-5 y 6 del C.P.P.), señala que dicha resolución adolece de motivación al no contener fundamentos de hecho, menos aún de derecho respecto a la subsunción de los elementos normativos y descriptivos de la conducta con relación a los supuestos hechos, sin individualizar cuáles fueron las pruebas de cargo que le llevaron al convencimiento de su culpabilidad, es decir, sólo existirían apreciaciones subjetivas.

II.3.- Auto de vista impugnado.

Mediante A.V. N° 39 de 15 de julio de 2016, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró admisible e improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada; en base al siguiente fundamento:

No es evidente la falta de fundamentación que alega el recurrente, porque el juez de sentencia, ha realizado una fundamentación de hecho, pues eso precisamente significa la valoración intelectual de la prueba, de las declaraciones testificales, la inspección judicial y la prueba documental; así por la prueba documental llega a la conclusión a quién pertenece el derecho propietario. Si bien es cierto que ese elemento no es determinante en el delito de despojo, pero sí para conocer de donde proviene el derecho de la víctima y que ello implica el uso, goce, disfrute y disposición de la cosa, en este caso un inmueble. Entonces la prueba del derecho propietario que ha valorado el juez, está asociada a la posesión previa que tenía la víctima antes del hecho delictivo.

La prueba testifical está correctamente analizada y valorada por el juzgador, porque encuentra coincidencia y uniformidad en las mismas, habiéndolas contrastado con la inspección ocular, aspectos que llevan a la convicción del hecho como tal, cuyo elemento material es la eyección. Esa misma prueba le conduce a comprobar la posesión previa de las víctimas, además de la responsabilidad penal del imputado, por ello el juez de mérito realizó una valoración descriptiva e intelectual de la prueba y dentro de esa labor llegó a conclusiones coherentes, lógicas y no contradictorias.

III. Verificación de la existencia de contradicción.

En el caso presente, el recurrente denuncia que el auto de vista incurre en falta de fundamentación a tiempo de resolver los motivos alegados en apelación fundados en el art. 370-5) y 6) del C.P.P., por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1.- De los precedentes invocados.

La parte recurrente invoca el A.S. N° 319/2012 de 4 de diciembre, pronunciado dentro de un proceso penal seguido por el delito de daño simple; auto de vista que fue dejado sin efecto, ya que el tribunal de alzada no realizó la fundamentación correspondiente, tal y como lo exige la Ley Adjetiva Penal prevista en el art. 124; por lo que, la Sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“...los fallos deben ser debidamente fundamentados, no siendo suficiente que el juzgador se limite a transcribir los antecedentes procesales, los fundamentos de las partes o hacer una relación de normas legales sin que se ponga en evidencia el iter lógico, o camino del razonamiento, a efecto de arribar a determinada conclusión, para de esta manera cumplir con la previsión del art. 124 del C.P.P., lo contrario significaría vulneración al debido proceso en su elemento de la debida fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales...”.

También invocó el A.S. N° 342 de 28 de agosto de 2006, que fue pronunciado dentro de un proceso penal seguido por la comisión de los delitos de despojo, perturbación de posesión, usurpación agravada y daño simple; auto de vista que fue dejado sin efecto porque el tribunal de alzada, no cumplió con lo establecido por el art. 124 del C.P.P.; por lo que, la Sala de casación emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

“La motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

a) Expresa: Porque el juez, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan la condena o a la absolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) Clara: En la sentencia, el objeto del pensar jurídico debe estar notoriamente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la lean, aún sea por los legos.

c) Completa: La exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar y habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto esencial de la decisión.

Esto no implica que los hechos secundarios queden excluidos; la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprende el iter a través del cual el juez llega a la conclusión sobre el hecho principal. El error sobre el hecho secundario será relevante sólo en la medida en que repercuta o influya sobre el asunto principal.

La motivación, para ser completa, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y expresando las conclusiones a las que arribe el tribunal luego de un examen sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal y sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación.

d) Legítima: La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la validez intrínseca de las pruebas valoradas en la sentencia, como a que ellas provengan del debate. La prueba invocada debe ser válida. La sentencia que se funde en prueba ilegal es una sentencia ilegalmente motivada. Por lo tanto, la sentencia que se funda en una prueba procesalmente ilegítima, no está debidamente motivada. Si el defecto recae sobre un aspecto esencial de sentencia, procederá la anulación de ésta.

III.2.- Análisis del caso concreto.

Considerando que los autos supremos invocados, contienen similitud con la denuncia efectuada por el recurrente, corresponde ingresar al fondo, pues denuncia vía recurso de casación que, el auto de vista recurrido incurrió en falta de fundamentación respecto a su reclamo referido a que la sentencia no estaba motivada y que incumplió los mandatos del art. 370-5) y 6) del C.P.P.; no obstante, el tribunal de alzada alegó que el juez de mérito, realizó una fundamentación de hecho indicando que a eso se denominaba valoración intelectual de la prueba; además, que de la prueba documental así como de las declaraciones testificales e inspección judicial se llegó a la conclusión de a quien pertenecía el derecho propietario, argumento que le resulta contrario al art. 124 del C.P.P.; toda vez, que no efectuó un control de cada uno de los elementos de prueba, limitándose a indicar de forma escueta que el juez de sentencia, en base a los elementos descriptivos e intelectivos de las pruebas, llegó a determinar su autoría; aspecto que, vulnera el debido proceso.

Ahora bien, ingresando al fondo y siempre en el ámbito de análisis delimitado por el auto supremo de Admisión, este tribunal constata que, el auto de vista ahora impugnado evidentemente se pronunció respecto a la denuncia de falta de fundamentación de la Sentencia [art. 370-5) y 6) del C.P.P.], denunciada en el recurso de apelación restringida, argumentando de manera clara y precisa que, no es evidente lo manifestado por el imputado-recurrente, ya que el juez de sentencia, realizó la fundamentación de hecho a partir de la valoración intelectual de la prueba, como se constituyen las declaraciones testificales, la inspección judicial y la prueba documental.

Es así, que el tribunal de alzada fundamentó que del análisis de la prueba documental, se llegó a la convicción del derecho propietario y que si bien ese elemento no sería determinante en el ilícito atribuido al acusado, sirvió para acreditar el origen y legitimidad del derecho de las víctimas que implica el uso, goce, disfrute y disposición del inmueble, situación jurídica que fue asociada por el juez a la posesión previa que tenía la víctima antes del hecho delictivo. En ese mismo orden, los vocales señalaron que la prueba testifical fue correctamente analizada y valorada por el juzgador, porque encontró uniformidad en las mismas, habiéndolas contrastado con la inspección ocular, conllevando a la certeza de que el imputado es autor del delito de despojo, concluyendo que la sentencia efectivamente realizó una valoración descriptiva e intelectual de la prueba con afirmaciones coherentes, lógicas y no contradictorias.

Consiguientemente, el auto de vista realizó un control de legalidad efectivo y correcto de la sentencia, otorgando las razones suficientes por las cuales se asumió una determinación, pues señaló de manera fundamentada que, se llegó a la convicción y certeza de autoría en la comisión del delito de despojo, a partir de la uniformidad de las declaraciones contrastadas con la documental y la inspección ocular, pues de la sentencia se tiene que ésta última prueba, acreditó que el imputado construyó un cuarto para su padre en el terreno que no le pertenecía, con el ánimo de apropiarse del mismo, y además, las testificales demostraron que para el efecto pretendido, se utilizó inclusive amenazas de muerte, desconociéndose los derechos de los propietarios.

En este sentido, el tribunal de alzada realizó una fundamentación y motivación, efectuando de manera completa el control sobre las pruebas analizadas, así como también respecto a la fundamentación de la sentencia, que identificó y detalló claramente las circunstancias del hecho a partir de la valoración conjunta de la prueba (documental, testifical e inspección ocular); finalmente el auto de vista concluyó que, de la valoración de la prueba se evidenció que el comportamiento del imputado se acomodó a una de las formas de la comisión del ilícito previsto por el art. 351 del Cód. Pen., que es permanecer y mantenerse en el terreno, aclarando que si bien se ingresó con el consentimiento de las víctimas; sin embargo, la posesión se volvió ilícita cuando se negó a salir del predio, más aun cuando se construyó e impidió el ingreso de las querellantes a su propiedad; por lo que, no es evidente que se haya llegado a una conclusión precipitada, sino más bien acorde a los hechos probados a partir de la valoración armónica de la prueba y la aplicación del elemento fundamental del tipo penal (mantenerse en el inmueble), menos se constata que no exista un pronunciamiento conforme al alcance previsto por el art 124 del C.P.P.

Consiguientemente, el auto de vista no contradice los precedentes invocados, ya que contiene la suficiente fundamentación acorde a un efectivo control de legalidad sobre la sentencia y en el marco de un debido proceso, por lo que, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Shamir Tapia Céspedes de fs. 493 a 495 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



290

Ministerio Público y otros c/ Luis Jaime Barrón Poveda y otros

Sedición y otros

Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial de 31 de marzo de 2017 de fs. 11812 a 11816, los coimputados Cristhian Jaime Flores Vedia, Juan Antonio Jesús Mendoza e Iván Álvaro Ríos Escalier, plantean corrección procesal, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público a instancia de Sergio Hugo Velásquez Marín, apoderado legal de Ángel Ballejos Ramos y otros contra los impetrantes y otros, por la presunta comisión de los delitos de asociación delictuosa, desórdenes y perturbaciones, instigación pública a delinquir, vejaciones y torturas, sedición, lesiones graves y leves, coacción, amenazas, privación de libertad y fabricación, comercio o tenencia de sustancias explosivas y homicidio en grado de tentativa; previstos y sancionados por los arts. 132, 134, 130, 295, 123, 271, 294, 293, 292, 211 y 251 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Argumentos de la solicitud de corrección procesal.

Los solicitantes alegan que mediante A.S. N° 031/2017-RA de 20 de enero, la Sala Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, realizó el juicio de admisibilidad respecto de su recurso de casación, así como de los interpuestos por otros sujetos procesales, respecto de los cuales determinó la admisibilidad para el análisis de los motivos primero, segundo y tercero, en sus incs. a), b), c), g), h), i), j), k), l), m), n) y o); no obstante de ello, se abstrajo del análisis, de los incs. d), e) y f) del mencionado recurso de casación, bajo el argumento de que dichos puntos, motivos de impugnación serían incidentales y no correspondería su tratamiento vía recurso de casación.

Agregan que, el mismo auto supremo, más adelante, a tiempo de realizar el análisis de las cuestiones incidentales, respecto a la inadmisibilidad de los motivos de casación del recurrente Luis Jaime Barrón Poveda, señala en forma expresa lo siguiente: "...se explicó que la denuncia sobre aspectos que fueron cuestionados mediante la apelación incidental, aunque sea reservada en restringida, no corresponden ser analizados en casación, siendo la única excepción cuando se demanda incongruencia omisiva y sólo objeto de desentrañar si se trata de una falta de respuesta total, para determinar la atención del reclamo, sin injerencia en el fondo de lo que se resolverá". Bajo ese contexto, resulta evidente que el tratamiento brindado a los motivos de casación incoados por su parte en los incs. d), e) y f), a efecto de tomarlos como inatendibles, vulnera el principio, valor, derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que les asiste, al pretender, el tribunal de cierre eludir la aplicación de sus líneas de precedentes, contrariando su propia doctrina legal, dado que a su criterio, en los mencionados incisos se denunciaron incongruencias omisivas: En el inc. d) se señaló que los fundamentos del auto de vista, se limitó a realizar una copia y ampliación de los fundamentos de los autos impugnados, sin responder a los motivos precisos del agravio; en el inc. e) se relata que; sin embargo, de manera sesgada, el tribunal de apelación tomó otros tópicos para soslayar el tema de fondo; y en el inc. f) se denunció que los vocales no absolviéron la denuncia.

Finalizan manifestando que las razones para desechar los motivos de casación, serían que los mismos versarían sobre cuestiones incidentales, aunque dichos motivos se basen en falta de motivación y respuesta a los puntos apelados, de donde se puede apreciar que el Tribunal Supremo ingresa en una incongruencia o incoherencia interna, pues en relación al recurrente Luis Jaime Barrón Poveda desecharon sus motivos de casación, bajo el fundamento de que no corresponden ser tratados por ser cuestiones incidentales, haciendo una salvedad, que se trate de incongruencia omisiva, extremo que se reclama en sus motivos de casación; contrariando su propios precedentes jurisprudenciales, entre ellos, los AA.SS. Nos. 37/2016-RRC de 21 de enero, 100/2011 de 25 de febrero, 025/2010 de 4 de febrero, 92/2013 de 28 de marzo y 62/2012 de 4 de abril, donde se hubieran pronunciado sobre aspectos incidentales que se refieren a la prueba. Al margen que se estaría trastocando la imparcialidad objetiva que debe primar en una instancia como es la casación, que debe garantizar una revisión integral del fallo condenatorio; sin embargo, de forma contraria, parecería que se están pretendiendo apartar los puntos neurálgicos de casación, a efectos de confirmar un infame y abusivo auto de vista.

Por lo señalado, solicitan los peticionantes que se disponga la rectificación del A.S. N° 031/2017-RA de 20 de enero; en cuyo mérito, se dispondrá la admisión para el análisis de los incs. d), e) y f), del recurso de casación incoado por sus personas, en cumplimiento de los precedentes establecidos sobre dicha temática manteniéndose incólume en lo demás y sea con las demás formalidades que establezca la ley.

II. Respuesta a la solicitud de corrección procesal.

Una vez que fue corrida en traslado la petición de corrección procesal a las partes del proceso, el representante del Ministerio Público, Jhonny Escobar Paredes hizo conocer su respuesta, mediante memorial presentado el 13 de abril de 2017, con los siguientes argumentos:

Las facultades procesales de los imputados, se deben hacer valer a través de los medios y formas que el procedimiento penal establece, así de una parte, debe considerarse que el precepto contenido en el art. 394 del Cód. Pdto. Pen., señala que las "resoluciones judiciales serán recurribles en los casos expresamente establecidos por este código", de ello se tiene que, el A.S. N° 031/2017-RA de 20 de enero, no tiene previsto recurso en su contra y si los imputados consideran que existían en el mismo algunas expresiones oscuras, era necesario suplir alguna omisión o corregir cualquier error material o de hecho, debieron recurrir al art. 125 del C.P.P., dentro del plazo estipulado en dicha norma, y no pretender corregir, incurriendo en causales de convalidación del art. 170-1) y 2) del C.P.P.

Agrega que, se debe puntualizar que en el caso del recurrente Jaime Barrón Poveda, su recurso de casación, específicamente en el motivo octavo en su num. 2), no se viabilizó el análisis en casación, justamente por tratarse de aspectos cuestionados mediante apelación incidental, determinando que no corresponde viabilizar su análisis en etapa casacional y si bien se admiten en el mismo motivo octavo, los incs. 1) 3) y 4), es porque el recurrente, Jaime Barrón Poveda, cumplió con los requisitos previstos por los arts. 416 y 417 del adjetivo procedimental y no se puede considerar vía corrección procesal, aspectos cuestionados sobre la legitimación objetiva; puesto que, el referido art. 394 del C.P.P., es explícito, ya que no es admisible un recurso por falta de legitimación objetiva; aspecto que, forma parte de la jurisprudencia sentada por la misma Sala, así se tiene de los AA.SS. Nos. 735/2015-RA de 2 de diciembre, 632/2015-RA de 26 de noviembre, 633/2016-RA de 23 de agosto, 712/2016-RA de 19 de septiembre, 717/2016-RA de 19 de septiembre y 736/2016-RA de 26 de septiembre, entre otros; por lo tanto, pretender que para el caso concreto de los impetrantes, sería crear una sub regla ad hoc, pese a que en su memorial tampoco justificaron ni fundamentaron las razones por las que debería modificarse esa línea jurisprudencial.

Concluye sosteniendo que al no ser idónea la vía intentada, infundados los motivos alegados y sobre todo al estar la resolución observada apegada a derecho y a los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Sala Penal, el petitório se convierte en dilatorio, buscando alargar la decisión final del proceso y con ello, lograr su extinción; por lo que, resultaría aplicable lo preceptuado por el art. 315-III del PP, modificado por la L. N° 586.

Por lo anotado, solicita mantener incólume el A.S. N° 031/2017-RA, rechazando la solicitud de corrección procesal planteada, por infundada, aplicando el art. 315 del C.P.P.

III. Fundamentos de la resolución.

Conforme a los fundamentos expuestos por Cristhian Jaime Flores Vedia, Juan Antonio Jesús Mendoza e Iván Álvaro Ríos Escalier en su solicitud de corrección procesal, corresponde a continuación analizar los argumentos planteados y emitir resolución, en observancia al art. 124 del C.P.P.

Previo a ingresar a la resolución de los motivos concretos, resulta necesario establecer la competencia otorgada por las normas procesales a esta Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, a efectos de viabilizar la atención a lo demandado. En ese orden, se tiene que el Código de Procedimiento Penal, establece normas que regulan la forma de subsanar la actividad procesal defectuosa, entre ellas, la prevista en el art. 167 del cuerpo legal citado, que en su primer párrafo dispone: "No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y en este código, salvo que el defecto pueda ser subsanado o convalidado". Subsiguiente a dicha norma, el legislador ha previsto las formas de corrección de los defectos procesales que puedan suceder durante la tramitación del proceso, así el art. 168 del mismo Código dispone que: "Siempre que sea posible, el juez o tribunal de oficio o a petición de parte, advertido el defecto, deberá subsanarlo inmediatamente, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido".

Entonces, del texto de ambas disposiciones legales, se desprende que el vigente sistema procesal permite la corrección de los defectos procesales susceptibles de subsanación a través de la renovación, rectificación o cumplimiento del acto omitido, lo que importa un reconocimiento de la existencia de las actuaciones procesales, que al tener defectos pueden ser corregidos; por lo mismo, con base a la norma prevista por el art. 168 del C.P.P., el juzgador puede modificar o reparar todos los defectos o errores procesales que pudiese advertir durante la tramitación del proceso.

Dicho ello, corresponde a continuación verificar las denuncias realizadas por los solicitantes en torno a la inadmisión en el análisis de fondo de los incs. d), e) y f) de su recurso de casación por tratarse de temas incidentales, dispuesta mediante A.S. N° 031/2017-RA de 20 de enero.

En primer término resulta necesario revisar los argumentos de denuncia contenidos en el tercer motivo del recurso de casación planteado por los solicitantes, además de Jhon Clive Cava Chávez y Flavio Huallpa Flores, que consta de 10 incisos enumerados del inc. a) al inc. o), circunscrito a la siguiente fundamentación, relativa únicamente a los incisos ahora cuestionados, como los incs. d), e) y f); motivo que inicia con la siguiente afirmación:

"Alegan vulneración del debido proceso en su componente a obtener una resolución debidamente motivada o fundamentada, invocando en calidad de precedentes contradictorios, la jurisprudencia contenida en la S.C.P. Nos. 0399/2014 de 25 de febrero, que consolidó los entendimientos jurisprudenciales sobre el debido proceso, así como los AA.SS. Nos. 05 de 26 de enero de 2007, 073/2013-RRC de 19 de marzo, 261/2014-RRC de 24 de junio y S.C. N° 0871/2010-R de 10 de agosto, que habrían desarrollaron los criterios sobre la exigencia de motivación de todas las resoluciones jurisdiccionales. Lineamientos que contrastados con lo resuelto por el auto de vista impugnado, se evidencia vulneración de la debida motivación o fundamentación, puesto que dicha resolución resolvió los motivos objeto de apelación restringida sin rigor científico y metodológico, por las siguientes razones: (...); d) En la respuesta al motivo planteado por Jhon Cava, Flavio Huallpa, Juan Antonio Jesús e Iván Álvaro Ríos, denominado arbitraria y absurda tramitación y resolución de las excepciones de prescripción,

el auto de vista realizó una copia y ampliación de los fundamentos de los autos impugnados sin responder a los motivos precisos del agravio, ya que no se absolvió la aplicación del estatuto de Roma respecto a los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y coacción, sin que los mismos estén tipificados por dicho estatuto, haciendo una interpretación analógica proscrita por el principio de legalidad penal, al margen que las doctrinas del no plazo y la del concurso, no constituyen causales legales de interrupción o de suspensión del término de la prescripción, no se fundamentó sobre los elementos normativos que hacen a los 'Delitos de lesa humanidad', sobre los cuales, tampoco se pronunció el Tribunal de Sentencia para aplicar normativa internacional, resultado un despropósito que cite y se ampare en el A.S. N° 011/2014 de 26 de septiembre, cuando las solicitudes de prescripción se suscitaron el 2013, es decir, aplicaron jurisprudencia que en el momento de la resolución y de los hechos no existía; por lo que la resolución es arbitraria y sin motivación. Invocan el A.S. N° 443/2015 de 25 de noviembre; e) En la resolución del motivo referido denominado violación del debido proceso al incorporar como prueba de cargo, la signada como MP-15, sin cientificidad ni fundamentación, con una confusa argumentación, olvida hacer referencia alguna a la L. N° 2175 de 13 de febrero de 2001 del Ministerio Público, que en su art. 12 de forma expresa e indubitable limita las atribuciones de las Comisiones Legislativas y que precisamente es el fundamento del motivo de apelación; sin embargo, de manera sesgada, el tribunal de apelación tomó otros tópicos para soslayar el tema de fondo, por ello, la resolución es carente de motivación. Citan el A.S. N° 181 de 26 de abril de 2010; f) En el motivo relativo violación del debido proceso en la ilegal admisión de la prueba extraordinaria solicitada por el Ministerio Público, en el cual, en lo fundamental se reclamó que no se aplicaron las disposiciones que hacen al secuestro, incautación, apertura y examen; amparando dicho reclamo en la S.C. N° 0523/2011-R de 25 de abril, los vocales no absolviéron los fundamentos legales esgrimidos, pese a que dicha prueba, inclusive fue obtenida de un 'anónimo', como lo manifestaron los acusadores a momento de solicitar su incorporación, lo que denota falta de fundamentación...".

Respecto a las denuncias contenidas en los incs. d), e) y f) del precitado recurso de casación, este Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Penal, determinó declararlas inadmisibles, bajo el argumento que tres incisos, merecen un análisis independiente y separado de los demás admitidos: "...puesto que en los tres casos, las denuncias se refieren a temas incidentales que oportunamente fueron reclamados ante el Tribunal de Sentencia, e impugnados mediante su correspondiente apelación incidental, pues si bien, fueron apelados y resueltos por el tribunal de alzada en el mismo auto de vista, no debe perderse de vista que, de todas formas, dichos reclamos mantienen su naturaleza incidental; por lo tanto, los mecanismos recursivos se agotan en dicha etapa, es decir, en la apelación incidental, al menos en la vía ordinaria; en consecuencia, no pueden ser cuestionados posteriormente mediante el recurso de casación, al no ser la vía idónea para ello, por no contar este Tribunal Supremo con competencia para resolver cuestiones incidentales, ni aun cuando el reclamo se encuentre, como en el caso de estudio, circunscrito a una supuesta falta de motivación y fundamentación del motivo expuesto. Consiguientemente, los motivos d), e) y f) deben ser declarados inadmisibles".

El razonamiento desarrollado por esta Sala, a efectos de explicar motivadamente las razones por las cuales, se encuentra impedida de conocer y resolver las cuestiones relativas a incidentes y excepciones planteadas durante el proceso penal, se basa en el hecho de que la normativa que regula los medios impugnatorios para la revisión de cuestiones incidentales resueltas en la tramitación del proceso penal, tiene previsto el recurso de apelación incidental, del que surge la decisión definitiva, cuando menos en la vía ordinaria, sin que el recurso de casación sea un medio idóneo para examinar lo resuelto por el tribunal de alzada, estando la competencia del Tribunal Supremo de Justicia delimitada a los casos previstos expresamente por ley.

Dicho de otro modo, las cuestiones vinculadas a incidentes y excepciones, no son impugnables vía recurso de casación; puesto que, conforme se desprende de las normas previstas por el art. 403-2) del C.P.P., el recurso de apelación incidental procederá, entre otras, contra resoluciones que resuelven una excepción o un incidente; fallo contra el cual, no se prevé ningún otro medio de impugnación en la vía ordinaria; no siendo idóneo, en previsión de lo estipulado en los arts. 416 y 417 del adjetivo penal, el recurso de casación para pretender una nueva impugnación por aspectos que tienen que ver con la tramitación de una excepción en materia penal; puesto que, el recurso de casación cumple otra finalidad y objetivo. Sin embargo, de lo señalado, dicha regla tiene una excepción, para aquellos casos en los que se alegue incongruencia omisiva, la que merece ser verificada por parte de este Supremo Tribunal, tal como sucede en el primer inciso del presente motivo; sin embargo, tal como se señaló, dicha labor se encuentra limitada a la constatación de la veracidad de tal reclamo, más aquello no implica la consideración del fondo de lo demandado; puesto que, no puede ser analizado y menos resuelto por este órgano; por cuanto, como se demostró, la legislación no previó recurso de casación para impugnar resoluciones sobre incidentes y excepciones.

Dentro de ese marco normativo y jurisprudencial, se analizaron los agravios contenidos en los incs. d), e) y f) del tercer motivo denunciado por quienes ahora pretenden corrección procesal; puesto que, en los tres incisos se demandan aspectos incidentales como son: d) La respuesta otorgada en la resolución de las excepciones de prescripción que no hubiera respondido a los motivos precisos del agravio, invocando el A.S. N° 443/2015 de 25 de noviembre; e) Que la resolución con relación a la violación del debido proceso por incorporar como prueba de cargo, la signada como MP-15, supuestamente con una confusa argumentación, reclamo que en apelación, tal como señalan los recurrentes, se hubieran tomado otros tópicos para soslayar el tema de fondo; por ello, la Resolución resulta carente de motivación, citando el A.S. N° 181 de 26 de abril de 2010; y, f) Violación del debido proceso al haber admitido ilegalmente prueba extraordinaria solicitada por el Ministerio Público, los vocales no absolviéron los fundamentos legales esgrimidos, lo que denota falta de fundamentación.

De lo referido anteriormente, queda claro en primer lugar que las tres cuestiones planteadas en los incs. d), e) y f), la primera se trata de una excepción y las otras dos, de incidentes; en consecuencia, su tratamiento en la vía ordinaria de impugnación, concluye indubitablemente en el recurso de apelación incidental, no siendo posible que dicha temática sea traída a colación en un recurso de casación; puesto que, tal como se señaló, este mecanismo de impugnación no se encuentra reservado para analizar una resolución que devenga de una apelación de un incidente o de una excepción.

En segundo lugar, cabe analizar la excepción o salvedad creada por la jurisprudencia legal de este Tribunal Supremo, como es que no obstante la limitación anotada anteriormente y que impide la revisión de cuestiones incidentales, sea posible analizar solamente en un caso, cuestiones relativas a las excepciones e incidentes, la cual se materializa en caso de denuncias vinculadas expresamente a incongruencia

omisiva; es decir, que el tribunal de alzada, a tiempo de resolver un recurso de apelación incidental, no hubiera dado absolutamente respuesta alguna; es decir, hubiera omitido completamente su tratamiento y motivación; habiéndose aclarado que en ese caso, este tribunal verificará únicamente si en efecto se guardó completo silencio, omitiendo referirse al reclamo, o si se otorgó una respuesta, ello sin ingresar al análisis de fondo de la respuesta dada, por no contar con competencia para ello.

Puestas así las cosas y teniendo claramente identificado que los extremos denunciados por los recurrentes, se refieren exclusivamente a una excepción y a dos incidentes, de inicio resulta ineficaz un reclamo en casación. Ahora bien, con relación a la salvedad para ingresar a su análisis; es decir, para los casos de incongruencia omisiva, el A.S. N° 031/2017-RA de 20 de enero, no consideró necesario analizar para otorgar una fundamentación impertinente; puesto que de la revisión de los argumentos de la parte recurrente, se demanda claramente vulneración del debido proceso en su componente a obtener una resolución debidamente motivada o fundamentada, es más, los precedentes contradictorios invocados, se refieren a la debida motivación a las que están constreñidas las autoridades jurisdiccionales, alegando que las autoridades jurisdiccionales resolvieron sus motivos sin rigor científico y metodológico, explicando inclusive las supuestas deficiencias en las que se hubiera incurrido a tiempo de otorgar una respuesta. Por lo tanto, de ningún modo se está ante la denuncia de incongruencia omisiva; puesto que, como los mismos solicitantes lo manifestaron en su recurso de casación, las determinaciones asumidas como resultado del análisis en alzada de las cuestiones incidentales, denotarían arbitrariedad.

En virtud a lo señalado, habiéndose demostrado que los motivos traídos en casación en los incs. d), e) y f), se tratan de temas incidentales y que legalmente agotaron sus instancias de reclamación en la vía ordinaria, en la apelación incidental y además que las denuncias, de ningún modo se encuentran circunscritas a una supuesta incongruencia omisiva, sino más bien, a una insuficiente fundamentación, extremo este último, que por las razones antes anotadas, no puede ser verificado en esta instancia, no resulta viable su admisión y menos su tratamiento en el fondo.

El entendimiento anotado, es el que sí resultaba pertinente en el análisis de admisibilidad realizado en el recurso de casación planteado por Luis Jaime Barrón Poveda, bajo una motivación que guarda perfecta congruencia y coherencia con el razonamiento recientemente explicado, de acuerdo al siguiente detalle, extraído del recurso de casación planteado por el coimputado recientemente citado:

“En el séptimo motivo alega que a tiempo de plantear su recurso de apelación restringida, denunció la existencia de defectos absolutos de la Sentencia y defectos de procedimiento correspondientes a los Autos Interlocutorios Nos. 13/2012, 77/2013 y 055/2013, respecto de los cuales, reclamó desprovista fundamentación jurídica, y el auto de vista no le hubiera respondido sino sólo con afirmaciones extraídas de la propia sentencia.

A estas alturas del análisis corresponde distinguir dos denuncias independientes; de un lado, las que se refieren a la supuesta respuesta inmotivada del tribunal de alzada, a tiempo de resolver: a) Los reclamos vinculados a defectos absolutos de la sentencia contenidos en los apartados 10.1 a 10.10; y, b) Los defectos de procedimiento contenidos en los apartados 10.12, 10.16, 10.17 y 10.18.

En cuanto a la denuncia contenida en el inc. a) precedente, corresponde su análisis de fondo al haberse cumplido los presupuestos mínimos para su admisión, contrastando lo denunciado con la doctrina legal aplicable contenida en el A.S. N° 172/2012-RRC de 24 de julio, que estaría referida a la obligatoria fundamentación del auto de vista con relación a los motivos denunciados, deviniendo el inc. a) del presente motivo en admisible.

No ocurre lo mismo respecto a lo denunciado en el inc. b) del mismo motivo que se analiza, dado que se trata de una denuncia de lo resuelto en autos interlocutorios, los cuales, en su impugnación se agotan con la apelación incidental, aunque la misma se encuentra inmersa dentro del recurso de apelación restringida, sigue manteniendo la misma naturaleza jurídica, y por tanto, dicha determinación no puede ser recurrida vía casación, puesto que no resulta ser la vía idónea para ello, al agotarse el mecanismo de reclamación en la etapa de alzada, al menos en la instancia ordinaria. Por lo que corresponde la inadmisión del inc. b) del actual motivo.

En el octavo motivo se denuncia violación del debido proceso por incongruencia externa y negación de tutela judicial efectiva del auto de vista impugnado y su auto complementario, bajo el argumento que si bien, en la parte introductoria toma en cuenta los dieciocho agravios admitidos del recurso de apelación planteado por su parte, sin embargo, alega que luego a tiempo de resolver los mismos, no se atendió a todas las impugnaciones: 1) En el acápite 10.11 se reclamaron tres componentes relativos a la fundamentación contradictoria de la sentencia sobre las declaraciones de Gonzalo Porcel, también del DVD ofrecido como prueba por su persona signado como PDOJB-AN-2-CD y la prueba DOJB-2-CD; 2) En el acápite 10.12 relativo a las apelaciones incidentales reservadas para la apelación restringida de autos interlocutorios; 3) No se pronunció sobre su denuncia de las pruebas supuestamente ilegales MP-49, PD-51 y MP-20; 4) En los acápites 10.11 y 10.12 se denunciaron tres pruebas que no hubieran sido analizadas y consideradas una por una por el tribunal de apelación, cuya instancia le otorgó un pronunciamiento genérico, denegando el análisis de las mismas pese a reconocer el defecto, justificando la ilegalidad bajo el argumento de tratarse de un simple lapsus.

En este estado del análisis conviene recordar que como una de las exigencias de admisibilidad del recurso de casación, resulta imprescindible que sea formulado en términos claros, concretos y precisos, demostrando la contradicción existente entre el precedente invocado y los fundamentos del auto de vista que a criterio del recurrente, le causan agravio; ello en virtud a que se trata de una fase en la que se considera la legalidad en la emisión del auto de vista que resuelve un recurso de apelación restringida; consiguientemente, lo correcto debe ser que quien lo plantee precise en qué aspecto el tribunal de alzada incurrió en contradicción al momento de la emisión del auto de vista del cual se recurre respecto de la jurisprudencia legal establecida.

Dicho ello, corresponde revisar los supuestos denunciados por la parte recurrente en este octavo motivo, con relación a lo cual, se encuentra una denuncia generalizada de toda la resolución de alzada, bajo el argumento que en la parte inicial del auto de vista se consideraron los dieciocho agravios denunciados en alzada por su parte, pero que en el texto de dicha resolución no se resolvieron todos,

exponiendo a continuación a manera de ejemplo algunos acápite, en los que se hubiera incurrido en la actuación ilegal denunciada; respecto de los cuáles al haberlos identificado "aunque a manera de ejemplo", se pasará a analizar si cumplieron los requisitos de admisibilidad, a excepción del contenido en el presente inc. 2), por cuanto, ese extremo se encuentra analizado en el motivo anterior, en el que se explicó que la denuncia sobre aspectos que fueron cuestionados mediante la apelación incidental, aunque será reservada en restringida, no corresponden ser analizada en casación, siendo la única excepción cuando se demanda incongruencia omisiva y sólo a objeto de desentrañar si se trata de una falta de respuesta total, para determinar la atención al reclamo, sin injerencia en el fondo de lo que se revolverá, empero ese caso, tampoco encaja al motivo analizado, dado que es el propio recurrente quien afirmó que se dio respuesta con argumentos idénticos a la Sentencia; por lo que no corresponde viabilizar su análisis en etapa casacional.

Por lo demás, los incs. 1) Reclamo del acápite 10.11, 3) No se pronunció sobre su denuncia de las pruebas supuestamente ilegales MP-49, PD-51 y MP-20; y, 4) relativo a los acápite 10.11 y 10.12, habrá de ingresarse al fondo, a efectos de analizar lo peticionado, es decir, si en efecto no merecieron un pronunciamiento resolviendo el fondo de cada agravio; verificando su contradicción con el A.S. N° 193/2013 de 11 de junio, invocado por el recurrente, y cuya doctrina legal estaría referida a que es una premisa consolidada que todo auto de vista debe estar debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida. Viabilizando el análisis sobre lo estrictamente demandado con relación a la temática comprendida en los incs. 1), 3) y 4) del presente motivo, ante el cumplimiento de los requisitos previstos por los arts. 416 y 417 del C.P.P."

Por lo señalado, la solicitud de corrección procesal ahora analizada, no corresponde ser considerada en los términos previstos por el art. 168 del C.P.P., al no haberse advertido defecto alguno en la determinación asumida por esta Sala Penal con relación a los incs. d), e) y f) del tercer motivo denunciado en el recurso de casación planteado por los solicitantes y otros co-imputados.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en observancia del art. 168 del C.P.P., declara NO HA LUGAR a la solicitud de corrección procesal interpuesta por Cristhian Jaime Flores Vedia, Juan Antonio Jesús Mendoza e Iván Álvaro Ríos Escalier, cursante de fs. 11812 a 11816.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 19 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



291

Ministerio Público c/ Edgar Willy Ramos Catacora

Robo

Distrito: Tarija

AUTO DE VISTA

Tarija, 19 de agosto de 2014.

Los recursos de apelación restringida, interpuesto por Edgar Willy Ramos Catacora, dentro del proceso penal que sigue el Ministerio Público en su contra, por el delito de robo.

Interviene en la decisión del recurso la vocal Dra. Carolina Chamón Calvimontes y Dr. Ernesto Félix Mur.

RESULTANDO: Mediante Sentencia N° 13/2011 de 16 de mayo de 2011, el Tribunal de Sentencia Primero de la Capital, resolvió pronunciar sentencia absolutoria con relación al delito de robo y sentencia condenatoria con relación al delito de hurto, a quien se le condena a cumplir la pena privativa de libertad de 2 años de reclusión en la Cárcel Pública de Morros Blancos.

Contra dicho fallo, el acusado interpone recurso de apelación restringida, expediente sorteado el 01 de agosto de 2014, pronunciándose la presente resolución dentro de término.

CONSIDERANDO: I.- De los agravios expuestos por el recurrente

En los límites del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se prefijan como agravios los siguientes:

I.1 Vulneración al art. 361 del Cód. Pdto. Pen., dado que desde el día de pronunciamiento de la parte resolutive de la sentencia hasta el día de la lectura íntegra de la misma han transcurrido más de los tres días establecidos en dicho precepto legal, considerando que corresponde anular obrados.

I.2 Vulneración e incumplimiento al principio de Tipicidad que generó una errónea aplicación de la Ley Sustantiva (3701); porque considera que se dictó sentencia condenatoria en su contra sin haber realizado la subsunción o adecuación de su accionar y/o conducta con los elementos constitutivos del tipo penal de apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena; no existiendo en la sentencia una fundamentación jurídica de los elementos que configuran el tipo penal de hurto.

I.3 Sentencia pronunciada sin fundamentación debida, en inobservancia del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

I.4 Que frente a las contradicciones de los testigos se solicitó al presidente del tribunal que los testigos aclaren ésta contradicciones previa lectura de la parte pertinente con lo manifestado en juicio y el presidente negó ésta petición, por lo que se interpuso recurso de reposición debidamente fundamentado y se dictó resolución manteniendo la negativa; habiéndose realizado la reserva de recurrir.

I.5 Que la sentencia se encuadra en las vertientes de éste defecto consistente en hechos inexistentes y no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba, considerando que no se ha demostrado los hechos constitutivos del delito de hurto.

I.6 Defecto previsto en el num. 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; porque existe contradicción entre la parte considerativa y resolutive del fallo.

I.7 Defecto previsto en el art. 370-10 del Cód. Pdto. Pen.; porque el tribunal inobservó lo previsto en el art. 359 del Cód. Pdto. Pen., referido a las normas para la deliberación y votación.

CONSIDERANDO: II.- De las normas y criterios legales aplicables

II.1 El estado garantiza la efectividad del derecho a la tutela judicial en el art. 115 C.P.E: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Esa potestad del estado, la ejerce el juez o tribunal de conformidad con el art. 178 y ss. C.P.E., que se materializa en la sentencia, como resolución final y definitiva del proceso judicial sujeta al cumplimiento de requisitos sustanciales, dada su importancia y consecuencias que conllevaba, no solo para las partes intervinientes sino para la sociedad en su conjunto. Por ello, su elaboración se sustenta en una serie de 'operaciones mentales circunscritas a dos fases estrechamente ligadas, una externa y otra interna.

La primera cumple el estudio y la deliberación, mientras que la segunda abarca el razonamiento adecuado a valorar los elementos probatorios conducentes a la decisión final que debe enmarcarse en un acto de equidad y de justicia.

II.2 El recurso de apelación restringida previsto en el art. 407 Cód. Pdto. Pen., tiene por objeto esencial el controlar la correcta aplicación de la ley tanto sustantiva como adjetiva y dar una eficaz tutela a las garantías constitucionales, dada su limitación a "inobservancia o errónea aplicación de la ley", es decir, pronunciarse cuando el vicio versa acerca de la incorrección de juicio asumido por el tribunal, o cuando se vulnera la actividad procesal a través de la cual se produjo la decisión.

II.3 En ese ámbito el pronunciamiento de la sentencia se sustenta en una serie de operaciones mentales circunscritas a dos fases estrechamente ligadas, una externa y otra interna. La primera, cumple el estudio y la deliberación, mientras que la segunda abarca el razonamiento de justipreciar los elementos probatorios conducentes a la decisión final, como el epílogo de un debido proceso, legal y justo, en el que bajo el principio de igualdad se haya dado cobertura a la tutela judicial efectiva al titular del bien jurídico protegido, la víctima; frente al ejercicio pleno del derecho a la defensa del imputado. Como requisito sustancial, la motivación debe ser fáctica y probatoria. La primera, referida a la relación verosímil y coherente de los hechos, y la segunda en dos fases, una descriptiva de los medios y elementos probatorios, y otra intelectual, por la cual en virtud a las reglas de la sana crítica asignando valor a cada uno de esos elementos, en una apreciación conjunta y armónica de toda la prueba, el juez o tribunal de sentencia, opta por una decisión absoluta o condenatoria, en estricta observancia del art. 173 del Cód. Pdto. Pen.

II.4 El proceso penal es una secuencia de actos procesales, que según Carnelutti podrían catalogarse en actos procesales perfectos y actos procesales imperfectos. Los primeros siempre eficaces, porque cumplen todos los requisitos legales, de fondo y de forma, mientras que los segundos adolecen de defectos, por incumplimiento de alguno o varios de los requisitos fijados para su validez, ocasionando según sea su caso, su irregularidad, inadmisibilidad o la nulidad, que viene a ser la sanción más grave del acto procesal, por ello la exigencia no sólo de la especificidad, sino también de la trascendencia, es decir al margen que la nulidad debe ser específica, no hay nulidad, sin daño o perjuicio, o sea "no pueden admitirse la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer puritos formales".

CONSIDERANDO: III.- Análisis del caso concreto

III.1 Respecto al primer agravio en el que el recurrente denuncia incumplimiento del art. 361 del Cód. Pdto. Pen.; cabe destacar de la revisión de antecedentes que el día jueves 12 de mayo de 2011, se pronunció la parte resolutive del fallo y la lectura íntegra de la sentencia se dictó el día lunes 16 de mayo de 2011. El cómputo de plazos se rige por la previsión legal del art. 130 del Cód. Pdto. Pen. Que establece: "los plazos determinados por días, comenzarán a correr a partir del día siguiente de practicada la notificación y vencerán a las veinticuatro horas del último día hábil señalado. Al efecto se computará solo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares".

A claras luces la lectura íntegra se dictó dentro del plazo legal, puesto que no se computa ni sábados ni domingos que son días inhábiles; en éste caso los, días 14 y 15 de mayo de 2011; no siendo evidente el agravio, se lo declara sin lugar.

III.2 El recurrente denuncia como segundo agravio que se vulneró el principio de tipicidad, en el entendido que no se hubiese efectuado la subsunción de los hechos al tipo penal de hurto; de la revisión de la sentencia impugnada, se tiene que el tipo penal establece: "el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble ajena incurrirá en privación de libertad de uno a tres años".

En parte pertinente: "Votos del tribunal acerca de los motivos de hecho y derecho"; se explica cómo sucedieron los hechos, determinando que el acusado se encontraba en posesión de la moto de propiedad del profesor de la escuela de Taucoma; en ese tipo de delitos el hecho se consuma con el apoderamiento ilegítimo; a ese efecto se estableció que el acusado se encontraba con una motocicleta que no le pertenecía; siendo esa conducta que con meridiana claridad de la lectura de la sentencia permite constatar que se explicó la adecuación penal; incluso se detalló la razón por la que no se condenó por el delito de robo, que fue el delito por el que se acusó; razón por la que no siendo evidente el agravio denunciado, se lo declara sin lugar.

III.3 Como tercer agravio el recurrente refiere que en la sentencia impugnada no existiría una debida fundamentación; al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional en la S.C. N° 1365/2005-R de 31 de octubre, señaló: "Finalmente, cabe señalar que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas. En sentido contrario, cuando la resolución aun siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas".

En la sentencia impugnada el tribunal ad quo establece los motivos de hecho; determinando de manera clara en principio cuáles son los hechos probados y cuáles lo no probados y en el acápite referido a los votos del tribunal a cerca de los motivos de hecho y derecho, realiza la fundamentación debida compulsando los hechos con la prueba aportada en juicio; si bien la fundamentación no ampulosa permute conocer las razones por las que el tribunal ad quo determina un juicio de condena con relación al delito de hurto; no siendo evidente el agravio denunciado.

III.4 Por el principio de inmediación no se introducen las declaraciones testificales de la etapa investigativa; en mérito a que la valoración de un testigo en juicio oral se basa en la apreciación no solo de lo dicho, sino del movimiento corporal, gesticular y la emotividad que despliega el testigo al atestar; que permite que el tribunal pueda valorar positiva o negativamente su testimonio en la compulsión de los hechos motivo del juicio y determinar en base a la valoración integral si existen contradicciones de manera directa, en presencia de las partes y bajo juramento de ley; incluso bajo el apercibimiento de iniciarse proceso penal por el delito de falso testimonio.

III.5 La parte recurrente señala como quinto agravio que la sentencia se basaría en hechos inexistentes y no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba, considerando que no se ha demostrado los hechos constitutivos del delito de hurto.

De la revisión de la sentencia, se tiene que el tribunal sustenta la participación en los hechos del acusado en la declaración de la víctima Rider Aldana Estrada... que contrasta el tribunal con la prueba MP4, MP10, MP11, MP1 y MP13; que el ad quo al fundamentar señala: fue reconocido en audiencia de juicio por los testigos como la persona que al mando de un motocicleta color rojo junto con otro sujeto subieron o salieron por el camino que lleva a Taucoma y q quien lograron ver y reconocer cuando días posteriores al hecho se encontraba en inmediaciones del cementerio en cercanía del taller de arreglo de motos de propiedad del Sr. Sardina, conforme se tiene de las declaraciones prestadas en juicio por Ciro Valerio Miranda Valdez y Reynaldo Ríos Aguilera..." en tal sentido no es evidente que el juicio de condena se funde en hechos inexistentes y no acreditados en juicio; tampoco se verifica que exista una defectuosa valoración de la prueba, puesto que, los razonamientos efectuados por el tribunal ad quo se apegan a la lógica, sana crítica y experiencia y parten de una valoración integral de los elementos de prueba incorporados a juicio, se analiza y otorga el valor correspondiente tanto a la prueba documental como la testifical, expresando las razones por las que se les otorga valor positivo; dando cuenta que no es evidente el agravio denunciado por la parte recurrente.

III.6 Se tiene como sexto agravio, que el recurrente refiere que existe contradicción entre la parte considerativa y resolutive del fallo, la sentencia impugnada cumple con la estructura exigida el tribunal señala los hechos probados y los no probados; luego expresa los motivos fácticos a partir de la prueba incorporada a juicio, así como se expresa la fundamentación jurídica, constituyendo la parte considerativa de la sentencia; teniéndose que la misma llevaría a determinar el juicio de condena en la parte resolutive, existiendo coherencia lógica entre las premisas establecidas en la parte considerativa y la conclusión emitida en la parte resolutive del fallo.

III.7 Como séptimo agravio el apelante refiere que existe inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; dicha situación no ha sido demostrada por la parte recurrente de modo alguno; en cuanto a la deliberación no existe razón que lleve a pensar que no se observó su procedimiento; teniéndose presente que es una etapa en la que el tribunal reunido compulsó lo visto y oído en juicio de manera privada y si es que en la sentencia impugnada se determina " con los votos unánimes de los miembros del tribunal..."; da cuenta que existió conformidad en la convicción de autoría del recurrente con respecto al delito de hurto; habiéndose cumplido con la previsión de los arts. 358 y 359 del Cód. Pdto. Pen.

Teniéndose presente el segundo aspecto referido a la redacción de la sentencia; se refiere a la observancia de requisitos de fondo y forma, que sí cumple la sentencia impugnada, al amparo de los arts. 360 y 361 del Cód. Pdto. Pen.; no siendo evidente el agravio se lo declara sin lugar.

POR TANTO: En observancia de las normas invocadas y en aplicación de los arts. 51-1 y 406 del Cód. Pdto. Pen., resuelve: Declarar SIN LUGAR el recurso de apelación restringida interpuesto por Edgar Willy Ramos Catacora; en consecuencia, se mantiene firme la sentencia impugnada.

En observancia de los arts. 123 y 417 de la L. N° 1970, se advierte a las partes, que tienen el plazo de cinco días desde su legal notificación para interponer recurso de casación.

Vocal relatora.- Dra. Carolina Chamón Calvimontes.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Carolina Chamón Calvimontes.- Ernesto Félix Mur.

Ante mí: Abg. Liliana Mendoza.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 23 de junio de 2016, cursante de fs. 165 a 186, Edgar Willy Ramos Catacora, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 48/2014 de 19 de agosto, de fs. 133 a 136, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, integrada por los vocales Carolina Chamón Calvimontes y Ernesto Félix Mur, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Rider Aldana Estrada contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de robo, tipificado por el art. 331 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 13/2011 de 16 de mayo, (fs. 101 a 103 vta.), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Edgar Willy Ramos Catacora, absuelto de pena y culpa por el delito de robo, previsto y sancionado por el art. 331 del Cód. Pen.; y, autor del delito de hurto, tipificado por el art. 326 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas fijadas en la suma de Bs 2.000, más responsabilidad civil; por otro lado, tomando en cuenta el quantum de la pena y en aplicación del art. 368 del Cód. Pdto. Pen., le concedió el perdón judicial.

Contra la mencionada sentencia, el imputado Edgar Willy Ramos Catacora interpuso recurso de apelación restringida (fs. 107 a 120 vta.), resuelto por A.V. N° 48/2014 de 19 de agosto, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, que declaró Sin lugar el recurso interpuesto; en consecuencia, mantiene firme y subsistente la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 77/2017-RA de 24 de enero, se extrae el siguiente motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El imputado argumenta que el tribunal de apelación, vulneró el debido proceso por violentar el principio de la debida fundamentación y congruencia, ésta última que no existe -a decir del impugnante- entre la parte considerativa y resolutive del auto de vista, defectos que se reflejarían en el considerando i de la referida resolución, en el cual el ad quem se habría limitado a transcribir los agravios que fueron expuestos en apelación, en el considerando ii, el de alzada dejaría en evidencia que la sentencia hizo una incorrecta valoración de los elementos probatorios; sin embargo, había referido que la sentencia se encuentra motivada. En los siguientes puntos del mismo considerando solo se haría alusión a otros temas que regulan la deliberación, objeto de apelación y hubiese reiterado algunos aspectos expuestos en el mismo considerando. Resolución de alzada, que según el recurrente, no explica de qué forma se hizo el análisis de los hechos en función al tipo penal, pues en el auto de vista no existiría un razonamiento lógico, intelectual, explicación jurídica ni fáctica, por lo que no se había considerado su agravio, pues el tribunal de apelación al sostener que la sentencia no fue errónea y que no existe el defecto denunciado, no habría fundamentado en derecho y conforme a los elementos constitutivos del tipo penal; por lo cual, considera que se vulneró e incumplió el principio de tipicidad que generó una errónea aplicación de la Ley Sustantiva, defecto descrito en el inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen. y sobre el cual se hubiese sentado jurisprudencia en los AA.SS. Nos. 131 de 31 de enero de 2007 y 21 de 26 de enero de 2007, los cuales son transcritos parcialmente, para referir que no sería evidente el argumento expuesto en el considerando II del auto de vista, pues en sentencia no existiría la fundamentación debida; y por lo tanto, se había vulnerado el debido proceso tutelado por los arts. 115-II y 180 de la C.P.E.

En el mismo motivo alega que el auto de vista impugnado, no está provisto de fundamentación fáctica, probatoria y descriptiva en los puntos II inc. 2 y que en el punto III.5 del auto de vista, el ad quem había referido que es falso, que el tribunal de mérito se haya basado en hechos inexistentes y no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba; cuando, en los hechos a decir del recurrente, el a quo había vulnerado las reglas de la sana crítica prevista por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., vulnerando el derecho a la defensa y presunción de inocencia, al restarle credibilidad a los testigos de cargo que habían manifestado que él, no participo del hecho. También alega en el mismo motivo, que la Sentencia se hubiese fundado en prueba inexistente vulnerando el debido proceso, señala que no sería evidente lo argumentado por el ad quem en el punto III inc. 6 de la resolución impugnada, la cual considera un agravio previsto en el inc. 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se determine que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, dicte nuevo fallo absolviéndole o alternativamente ordene la reposición del juicio por otro juez o tribunal, conforme a la doctrina legal que se establezca.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 77/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 263 a 265, este tribunal admitió únicamente el primer motivo del recurso de casación interpuesto por Edgar Willy Ramos Catacora, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia Nº 13/2011 de 16 de mayo, el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Edgar Willy Ramos Catacora, absuelto de pena y culpa por el delito de Robo, previsto y sancionado por el art. 331 del Cód. Pen.; y, autor del delito de Hurto, tipificado por el art. 326 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas fijadas en la suma de Bs 2.000, más responsabilidad civil; por otro lado, tomando en cuenta el quantum de la pena y en aplicación del art. 368 del Cód. Pdto. Pen., le concedió el perdón judicial, en base a los siguientes argumentos:

De los hechos probados en la sentencia, se estableció que el imputado fue visto en una zona cercana a la comunidad de Taucoma, donde vieron una motocicleta pequeña de color rojo, que al cabo de una hora u hora y media dos personas se encontraban manejando cada uno de ellos a una motocicleta, de las cuales lograron identificar a una por el bramido (sonido) que dejaba la moto, de propiedad del profesor de la escuela de Taucoma.

También se estableció que se reconoció la actuación del imputado en el hecho a Edgar Willy Ramos Catacora, a quien se le pudo avistar sin dificultad el día de la desaparición de la motocicleta, debido a la proximidad que tuvieron con el mismo.

Se llegó a la convicción de que la conducta asumida por el imputado, constituye el ilícito tipificado y sancionado por el art. 326 del Cód. Pen., completándose las exigencias del tipo la antijuridicidad de la conducta y ser sujeto de la responsabilidad penal que conlleva, porque el delito de hurto siempre es doloso y pese a que la acusación fue por el delito de robo, en este caso el hecho se adecuó al delito de hurto, por lo que el imputado incurrió en la comisión del delito de hurto previsto y sancionado por el art. 326 del Cód. Pen. con relación al art. 20 de la misma norma, debido a que la prueba aportada generó en el presente proceso la convicción en los miembros del tribunal la certeza que establece que el hecho existió y que el nombrado es autor de dicho hecho.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Notificada la parte imputada, interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia pronunciada, con los siguientes argumentos:

Vulneración del art. 361 del Cód. Pdto. Pen., dado que desde el día de pronunciamiento de la parte resolutive de la sentencia hasta el día de la lectura íntegra de la misma han transcurrido más de los tres días establecidos en dicho precepto legal, considerando que corresponde anular obrados.

Vulneración e incumplimiento del principio de tipicidad que generó una errónea aplicación de la Ley sustantiva, prevista en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., porque considera que se dictó sentencia condenatoria en su contra sin haber realizado la subsunción o adecuación de su accionar y/o conducta con los elementos constitutivos del tipo penal de apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena, sin existir en la sentencia una fundamentación jurídica de los elementos que configuran el tipo penal de hurto.

Refiere que la sentencia fue pronunciada sin fundamentación debida, en inobservancia del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

En relación a las contradicciones de los testigos, se solicitó al presidente del tribunal que los testigos aclaren estas contradicciones, previa lectura de la parte pertinente con lo manifestado en juicio y el presidente le negó esta petición, por lo que no se interpuso recurso de reposición debidamente fundamentada y se dictó resolución manteniendo la negativa, pese de haber realizado la reserva de recurrir.

La sentencia se encuadró en la vertiente del defecto previsto en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., considerando que no se ha demostrado el hecho para la configuración de los elementos constitutivos del delito de hurto.

Señaló que existió el defecto previsto en el art. 370-8 del Cód. Pdto. Pen., porque existe contradicción entre la parte considerativa y resolutive del fallo.

También refirió la existencia del defecto previsto por el art. 370-10 del Cód. Pdto. Pen., porque el Tribunal inobservó lo previsto en el art. 359 del Cód. Pdto. Pen., referido a las normas para la deliberación y votación.

II.3. Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Tarija, resolvió el recurso de apelación restringida a través del auto de vista impugnado y lo declaró sin lugar a la apelación interpuesta, en base a los siguientes aspectos:

Refiere que de la revisión de antecedentes se estableció, que el día jueves 12 de mayo de 2011, se pronunció la parte resolutive del fallo y la lectura íntegra de la sentencia se dictó el día 16 de mayo de 2011, por lo que al amparo del art. 130 del Cód. Pdto. Pen., que establece que los plazos (por días) son computables solo días hábiles, se tiene que observar que la lectura de la sentencia se realizó dentro del plazo legal, teniendo en cuenta que no se computan los días sábado y domingo, resultando no ser evidente lo señalado en este motivo.

Señala que en la sentencia se explica cómo sucedieron los hechos, determinando que el acusado se encontraba en posesión de la moto de propiedad del profesor de la escuela de Taucoma, debiendo considerarse en este tipo de delitos el hecho se consuma con el apoderamiento ilegítimo; a ese efecto se estableció que el acusado se encontraba con una motocicleta que no le pertenecía siendo esa conducta la que permite demostrar que se explicó la adecuación penal, incluso detallando la razón por la que no se le condenó por el delito de robo, que fue el delito por el que se le acusó; razón por la cual no es evidente el agravio señalado.

En la sentencia impugnada el tribunal establece los motivos de hecho, determinando de manera clara cuales son los hechos probados y cuales no y en el acápite referido a los votos del tribunal a cerca de los motivos de hecho y de derecho realiza la fundamentación debida

compulsando los hechos con la prueba aportada en juicio; si bien la fundamentación no fue ampulosa, refiere que esto permite conocer las razones por las que el tribunal determina un juicio de condena con relación al delito de Hurto, no siendo evidente el agravio denunciado.

Por el principio de inmediación no se introduce las declaraciones testificales de la etapa investigativa, en mérito a que la valoración de un testigo en juicio oral, se basa en la apreciación no solo de lo dicho, sino del movimiento corporal gesticular y la emotividad que despliega el testigo, al atestar que permite que el tribunal pueda valorar positiva o negativamente su testimonio en la compulsa de los hechos motivo de juicio y determinar en base a la valoración integral, si existen contradicciones de manera directa, en presencia de la las partes y bajo juramento de ley, incluso bajo el apercibimiento de iniciarse proceso penal por el delito de falso testimonio.

De la revisión de la sentencia, señala que el tribunal sustentó la participación en los hechos del acusado, en la declaración de la víctima Rider Aldana Estrada, que contrasta el Tribunal con las pruebas MP4, MP10, MP11, MP1 y MP13, que el a quo al fundamentar señala que fue reconocido en audiencia de juicio por los testigos como la persona que al mando de una motocicleta de color rojo junto con otro sujeto, subieron o salieron por el camino que lleva a Taucoma y quienes lograron ver y reconocer cuando días posteriores al hecho se encontraban en inmediaciones del cementerio en cercanía del taller de arreglo de motos de propiedad de Sardina, conforme se tiene de las declaraciones prestadas en juicio Ciro Valerio Miranda Valdez y Reynaldo Ríos Aguilera; en tal sentido, señaló que no resultó evidente que el juicio de condena se funde en hechos inexistentes y no acreditados en juicio, tampoco se verifica que exista una defectuosa valoración de la prueba; puesto que, los razonamientos efectuados por el tribunal a quo se apegan a la lógica, la sana crítica y la experiencia y parten de una valoración integral de los elementos de prueba incorporados a juicio, se analiza y otorga el valor correspondiente por las que se les otorga valor positivo, dando cuenta que no es evidente el agravio denunciado por la parte recurrente.

Señala que la sentencia cumple con la estructura exigida, porque el tribunal de sentencia señala, los hechos probados, luego expresa los motivos fácticos a partir de la prueba incorporada a juicio, así como se expresa la fundamentación jurídica, constituyendo la parte considerativa de la sentencia, teniéndose que la misma llevaría a determinar el juicio de condena en la parte resolutive, existiendo coherencia lógica entre las premisas establecidas en la parte considerativa y la conclusión emitida en la parte resolutive del fallo.

Como séptimo agravio el apelante refiere que existe inobservancia de las reglas para la deliberación y redacción de la sentencia, dicha situación no ha sido demostrada por la parte recurrente de modo alguno; en cuanto, a la deliberación no existe razón que lleve a pensar que no se observó su procedimiento; teniéndose presente que es una etapa en la que el tribunal compulsa lo visto y oído en juicio de manera privada y si es que la sentencia impugnada se determina con los votos unánimes de los miembros del tribunal, da cuenta que existió conformidad en la convicción de autoría del recurrente con respecto al delito de hurto, habiéndose cumplido con la previsión del art. 358 y 359 del Cód. Pdto. Pen. Teniendo presente el segundo aspecto referido a la redacción de la sentencia, se refiere a la inobservancia de requisitos de fondo y forma, que sí cumple la sentencia impugnada, al amparo de los arts. 360 y 361 del Cód. Pdto. Pen., por lo que no resulta evidente el agravio planteado.

III. Fundamentos jurídicos de la verificación de la existencia de contradicción del auto de vista con el precedente invocado

En el presente recurso de casación se denunció que el auto de vista impugnado, en los considerados I, II, puntos II inc. II, el punto III.5 y III.6, incurrió en falta de fundamentación al limitarse a transcribir los motivos de su apelación restringida y no dar una respuesta a sus fundamentos de apelación, incurriendo de esta forma en contradicción de los precedentes invocados, por lo que corresponde verificar dichos extremos.

III.1. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado que al ser emanado por un tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional; toda vez, que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva, atribución que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino debe asegurarse que el o los precedentes invocados correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este tribunal, el A.S. 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: "El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: 'El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema', en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: 'Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el

primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida’.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: ‘...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación’, norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.Ó.J., que instituye como atribución de las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: ‘Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance’. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: ‘Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar’.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal’.

III.2. Análisis del caso concreto.

Con relación al motivo admitido el recurrente denunció que el auto de vista impugnado, en los considerados I, II, puntos II inc. II, punto III.5 y III.6, incurrió en falta de fundamentación al limitarse a transcribir los motivos de su apelación restringida y no dar una respuesta a sus fundamentos de apelación, incurriendo de esta forma en contradicción de los precedentes invocados.

Al respecto, invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 131/20007 de 31 de enero, el cual fue dictado dentro de un proceso penal por la presunta comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por los arts. 308 Bis, con relación al 310-2 y 3 del Cód. Pen., en el que se analizó la libre valoración de la prueba, la obligación del acusador cumplir con la carga de la prueba en aplicación a las previsiones de la aplicación del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., la subsunción de la conducta y la aplicación del principio iura novit curia vinculado al art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; en consecuencia, en base a esos antecedentes se estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable: “A partir del cambio de sistema procesal, se implementa como principio rector del sistema de prueba vigente el principio de la libre valoración; por tanto no existe el sistema de prueba legal o tasada, vigente durante mucho tiempo en el marco del proceso inquisitivo, en el que sólo determinadas pruebas servían para demostrar la verdad de los hechos imputados, señalándose además el valor de cada una de ellas.

En el sistema actual, a diferencia del sistema anterior, el juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba, ni a las presunciones que ésta define, de ahí que puede convencerse por lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios. Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa que el juez o tribunal tengan una facultad sin limitaciones, con total irrevisabilidad de la convicción del órgano a quo respecto de los hechos probados. El principio de libre valoración de la prueba significa que el juez debe apreciar la prueba durante el juicio “según las reglas de la sana crítica, es decir según las reglas de la lógica y dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia”, debiendo traducir ese razonamiento en el fallo de manera objetiva, situación que se expresa a través de los elementos que prueba que en su conjunto formulan la razonabilidad del fallo y la motivación del titular del órgano jurisdiccional para decidir de tal o cual forma, sobre la base de la imputación objetiva.

Es obligación de quien acusa, cumplir con la carga de la prueba, demostrando plenamente la hipótesis acusatoria, tarea que puede requerir la demostración no sólo de cuestiones objetivas, sino también de elementos normativos y subjetivos descritos en el injusto típico, de ahí que ante la eventual inexistencia de uno de estos elementos, la conducta no puede subsumirse, dentro del tipo de injusto atribuido, en función del principio de legalidad penal y consecuente afectación a la seguridad jurídica de las personas, situaciones que devienen en defectos absolutos no susceptibles de convalidación, ya que afectan la esfera de las garantías constitucionales del individuo, estando además expresamente previstas como defectos de la sentencia en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Ante un eventual error en la subsunción de la conducta por el a quo si la sentencia aporta los elementos de prueba necesarios para que a partir de un nuevo análisis se pueda determinar que la conducta constituye delito dentro de la familia de los delitos que se analizan y que han sido acusados previa verificación de que para dictar nueva resolución no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal ad-quem, en aplicación del principio "iura novit curia" y observando la celeridad procesal, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., dictará sentencia directamente".

Analizado el precedente, corresponde contrastarlo con el auto de vista, con la finalidad de establecer el supuesto fáctico análogo (aspecto procesal) respecto a una problemática similar, de donde se puede advertir que la denuncia respecto de este precedente emerge de la aplicación de la libre valoración de la prueba, la obligación del acusador cumplir con la carga de la prueba en aplicación a las previsiones de la aplicación del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., la subsunción de la conducta y la aplicación del principio iura novit curia vinculado al art. 413 del Cód. Pdto. Pen. y en el presente caso se pretende establecer contradicción con el hecho de que en los considerados I, II, puntos II inc. II, punto III.5 y III.6, incurrió en falta de fundamentación al limitarse a transcribir los motivos de su apelación restringida y no dar una respuesta a sus fundamentos de apelación; aspecto que, no resulta contradictorio porque se tratan de situaciones completamente diferentes, ya que en el precedente no se trata de una debida fundamentación que contengan las resoluciones judiciales, sino que la doctrina se funda en el análisis de la libre valoración de la prueba, la obligación del acusador cumplir con la carga de la prueba, en aplicación a las previsiones de la aplicación del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., la subsunción de la conducta y la aplicación del principio iura novit curia vinculado al art. 413 del Cód. Pdto. Pen., por lo que no se advierte el hecho procesal similar entre el auto de vista impugnado y el precedente invocado; por tanto, no se advierte que dicha resolución haya aplicado una misma norma con diverso alcance o que en el mismo hecho se aplicara distinta normativa, al evidenciarse que no existe un hecho procesal similar respecto del precedente invocado.

Por otro lado, el recurrente también invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 21/2007 de 26 de enero, el cual fue dictado dentro de un proceso penal por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al 33-m) ambos de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (L. N° 1008), en el que se analizó la aplicación la función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina con la que cuenta este Tribunal Supremo de Justicia, el tribunal a quo deberá puntualizar las diferencias fácticas o jurídicas para cada caso particular, el principio de legalidad aplicable por imperio del art. 16 de la C.P.E. abrogada, el principio de taxatividad, tipicidad "lex scripta" y especificidad, con relación a la aplicación de los arts. 55, 48 en relación al art. 33-m) de la L. N° 1008; en consecuencia, en base a esos antecedentes se estableciendo la siguiente doctrina legal aplicable:

"Tomando en cuenta que el recurso de casación, además de su función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina, cumple en nuestro ordenamiento jurídico la función de satisfacer el derecho de todo condenado a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal Superior (art. 14.5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El auto de vista impugnado es contradictorio con otro auto de vista dictado por el mismo tribunal a quo, con referencia a la calificación legal de hechos similares habiendo asignado un sentido jurídico a situaciones fácticas análogas aplicando normas distintas, en tal sentido el tribunal a quo deberá dictar sus resoluciones de manera similar ante situaciones fácticas similares, esto en resguardo del derecho a la seguridad jurídica (art. 7-a) de la C.P.E.), expresando en todo caso los razonamientos por los que no lo haga, es decir puntualizando las diferencias fácticas o jurídicas para cada caso particular.

El principio de legalidad se constituye en una garantía constitucional del individuo, que limita la actuación punitiva del Estado desarrollado en el art. 16 de la C.P.E. en consecuencia, el principio se asienta en la seguridad jurídica (art. 7-a) de la C.P.E.), en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos.

Este principio no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach: "Nullum crimen, nulla poena sine previa lege", sino que actualmente se presentan otros requisitos que completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia y contenido, como son los principios de "taxatividad", "tipicidad", "lex scripta" y especificidad.

El principio de tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", se aplica como la obligación de que los jueces y tribunales apliquen la ley sustantiva debidamente enmarcando la conducta del imputado exactamente en el marco descriptivo de la ley penal a efectos de no incurrir en calificación errónea que afecte al debido proceso y devenga en defecto absoluto insubsanable.

Será el intérprete -juzgador- que deberá concretar el sentido de la norma legal, mediante una valoración que tome en cuenta los códigos, leyes o el orden normativo al que remite la norma legal. El art. 55 de la L. N° 1008 (transporte) se halla inmerso en la descripción del art. 48 en relación al art. 33-m) de la misma, a efectos de la aplicación de una u otra norma se deben aplicar los principios de "especificidad" y "favorabilidad" porque este tipo penal contiene una sanción menor al de tráfico. (A.S. N° 215 de 28 de junio de 2006)".

Analizado el precedente, corresponde contrastarlo con el auto de vista, con la finalidad de establecer el supuesto hecho procesal análogo respecto a una problemática similar, de donde se puede advertir que la denuncia respecto de este precedente emerge de la función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina que con la que cuenta la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el tribunal a quo deberá puntualizar las diferencias fácticas o jurídicas para cada caso particular, el principio de legalidad aplicable por imperio del art. 16 del C.P.E. abrogada, el principio de taxatividad, tipicidad "lex scripta" y especificidad, con relación a la aplicación de los arts. 55, 48 en relación al art. 33-m) de la L. N° 1008; y, en el presente caso se pretende establecer contradicción con el hecho de que en los considerados I, II, puntos II inc. II, punto III.5 y III.6, incurrió en falta de fundamentación al limitarse a transcribir los motivos de su apelación restringida y no dar una respuesta a sus fundamentos de apelación; aspecto que, no resulta contradictorio porque se tratan de actos completamente diferentes a una debida fundamentación que tengan las resoluciones judiciales, por lo que no se advierte el hecho procesal similar entre el auto de vista y el precedente invocado; por tanto, no se evidencia que en el auto de vista haya aplicado una misma norma con diverso alcance o se haya aplicado en el mismo hecho una norma distinta al verificarse que no existe el hecho factico similar con el precedente, teniendo en cuenta que en material

procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar la cual en el presente caso no existe; en consecuencia, el recurso interpuesto deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Edgar Willy Ramos Catacora, de fs. 165 a 186.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.- Norka Natalia Mercado Guzmán.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



292

Ministerio Público c/ Armando Choque Pocori y otro
Transporte de sustancias controladas asociación delictuosa y confabulación
Distrito: Tarija

AUTO DE VISTA

Tarija, 4 de agosto de 2016.

Recurso de apelación restringida interpuesto por el Ministerio Público, dentro el proceso penal seguido en contra de Armando Choque Pocori y Tiofilo Guillermo Rivera Paco por el delito de transporte de sustancias controladas y asociación delictuosa y confabulación.

Antecedentes

1.- Mediante Sentencia N° 04/2013 de 23 de abril de 2013, el Tribunal de Sentencia 2° de la Capital, resolvió: Dictar sentencia absolutoria a favor de Armando Choque Pocori y Tiofilo Guillermo Rivera Paco.

2.- Contra dicho fallo, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida.

3.- De acuerdo a orden y prelación correspondiente se procedió al sorteo el 5 de diciembre de 2014, remitida la causa a Sala Penal 2 el 13 de diciembre de 2013, se procede al sorteo de la causa conforme orden y prelación y es resuelta el 17 de diciembre de 2014, mediante A.V. N° 181/2014; mismo que es anulado por el Tribunal Supremo, mediante A.S. N° 186/2016-RRC de 8 de marzo de 2016.

4.- Remitida la causa es resuelta conforme lo ordenado, dentro de término legal vigente.

CONSIDERANDO: I.- De los agravios del recurrente

En los límites del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., prefijándose los siguientes agravios:

I.1 Denuncia la vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; infracción producida en el momento de la deliberación y votación, en vulneración de los arts. 358 y 359 Cód. Pdto. Pen.

I.2 Denuncia la errónea valoración de la prueba y voto del tribunal, argumentando que equivocadamente refiere el Tribunal de Sentencia que se dispuso el depósito del vehículo secuestrado en poder de Armando Choque Pocori; no se valoró el informe de Inteligencia, que acredita la existencia de antecedentes de Tiofilo Rivera Paco como pisa coca, caso M-78/87.

Que el tribunal de origen concluye en la inexistencia de evidencia que pruebe que se encontró sustancia controlada en el vehículo o que se estuviera transportando marihuana, sin considerar que los hechos probados detallan elementos sobre la comisión del delito, corroborados por la prueba documental y testifical que demuestran la culpabilidad de los acusados; que al co acusado Armando Choque no se lo encontró transportando droga a sabiendas, extremo desvirtuado porque este hecho fue en flagrancia; que no se demostró la confabulación, cuando no se consideró la existencia de tráfico de llamadas entre ambos imputados el día del hecho; aspectos que no fueron valorados por el tribunal de mérito.

I.3 Violación de los principios de congruencia y razonabilidad, alegando que los fundamentos deben guardar relación con la parte decisiva de la sentencia, toda vez que la razonabilidad tiene su fundamento en el art. 410 C.P.E.; asimismo la arbitrariedad se dio en la interpretación y la aplicación de la norma lesionando los derechos del debido proceso y seguridad jurídica.

CONSIDERANDO: II.- De las normas y criterios legales aplicables

II.1 El recurso de apelación restringida previsto en el art. 407 Cód. Pdto. Pen., tiene por objeto esencial el controlar la correcta aplicación de la ley tanto sustantiva como adjetiva y dar una eficaz tutela a las garantías constitucionales, dada su limitación a "inobservancia o errónea aplicación de la ley", es decir, pronunciarse cuando el vicio versa acerca de la incorrección de juicio asumido por el tribunal, o cuando se vulnera la actividad procesal a través de la cual se produjo la decisión.

II.2 En ese ámbito el pronunciamiento de la sentencia se sustenta en una serie de operaciones mentales circunscritas a dos fases estrechamente ligadas, una externa y otra interna. La primera, cumple el estudio y la deliberación, mientras que la segunda abarca el razonamiento de justipreciar los elementos probatorios conducentes a la decisión final, como el epílogo de un debido proceso, legal y justo, en el que bajo el principio de igualdad se haya dado cobertura a la tutela judicial efectiva al titular del bien jurídico protegido, la víctima; frente al ejercicio pleno del derecho a la defensa del imputado. Como requisito sustancial, la motivación debe ser fáctica y probatoria. La primera, referida a la relación verosímil y coherente de los hechos, y la segunda en dos fases, una descriptiva de los medios y elementos probatorios, y otra intelectual, por la cual en virtud a las reglas de la sana crítica asignando valor a cada uno de esos elementos, en una apreciación conjunta y armónica de toda la prueba, el juez o tribunal de sentencia, opta por una decisión absoluta o condenatoria, en estricta observancia del art. 173 del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: III.- Análisis del Caso concreto

III.1 En cuanto al agravio denunciado sobre incumplimiento de reglas de la deliberación, cabe referir que se verifica el acta de registro de juicio, en el que no se evidencia irregularidades en cuanto a la etapa reservada para que el tribunal ad quo proceda a la deliberación sobre el fondo de la sentencia, más cuando al tratarse de un acto en el que se encuentran solo presentes los miembros del Tribunal Máxima la secretaria del mismo; los fundamentos que hubiesen referido al sustentar su voto al existir unanimidad se exterioriza en la sentencia, en el entendimiento que confluyen en una sola dirección; explicación que determina en éste caso, salvo prueba en contrario que hubiese demostrado irregularidades en dicho acto que lleven a la considerar que se verifique vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; situaciones no verificadas a momento de revisar los antecedentes del proceso y resolver el agravio denunciado; se tiene a fs. 377 vta. azul 671 vta. rojo, el acta de registro de Juicio correspondiente al día jueves 18 de abril de 2013 en la que se consigna: "El tribunal luego de haber escuchado en su fundamentación a la parte se retiró a deliberar..."

Resolución

Luego el tribunal procede a dictar la parte resolutive de la sentencia por lo avanzado de la hora..."; debe tenerse presente que ante la existencia de falta de unanimidad en los votos es que surgen los votos fundamentados de los miembros del tribunal que votan por la condena o absolución; sin embargo en la circunstancia de existir unidad sobre el criterio a aplicarse lo deliberado se expresa en la sentencia de manera fundamentada y es la voluntad de todo el tribunal en pleno, no existiendo previsión legal que determine que en ese caso la obligatoriedad que cada miembro del tribunal emita un voto separado; razones técnico jurídicas por las que corresponde declarar sin lugar el agravio denunciado.

III.2 En cuanto a la denuncia de defectuosa valoración de la prueba; cabe referir que el juicio oral es único e irrepetible, por lo que no es permisible que el tribunal ad quem realice una nueva ponderación, dado que la incorporación de la prueba, implica un contacto directo entre el órgano jurisdiccional y los medios probatorios, sometidos a un debate entre partes, que no sólo tiene la opción de contra interrogar a testigos, peritos y otros, sino también de contraprobar, desvirtuar o al menos poner en duda o restar valor a su eficacia jurídica. La valoración de la prueba, no es un acto final de los alegatos o el debate, es un proceso que se inicia desde el mismo momento de su producción o incorporación, ponderando aquellos elementos que sean útiles para formar un juicio valorativo sobre el hecho y la responsabilidad del imputado oscilando entre una convicción positiva y negativa, para luego en una apreciación conjunta asumir una decisión final que se plasma en la sentencia. Por ello, al tribunal de alzada le es imposible revisar los hechos en relación a los elementos de prueba incorporados. La uniforme jurisprudencia penal vinculante así lo confirma, citándose al respecto el A.S. Nº 249/2012: "El Tribunal Supremo de Justicia en consideración a los principios que rigen la sustanciación del acto de juicio y a las facultades asignadas por la Ley Adjetiva Penal a los distintos órganos jurisdiccionales penales, ha determinado de manera uniforme que la valoración de la prueba es de competencia privativa del juez o Tribunal de Sentencia, sin que el tribunal de alzada pueda a tiempo de resolver la interposición de un recurso de apelación restringida revalorizar la prueba ni revisar cuestiones de hecho, conforme se advierte de la doctrina legal establecida en los AA.SS. Nos. 436 de 15 de octubre de 2005, 25 de 4 de febrero de 2010 y 53 de 19 de marzo de 2012..."

Ahora bien la labor del tribunal de alzada se circunscribe a verificar si el ad quo al resolver efectuó un razonamiento intelectual apegado a la lógica, experiencia y sana crítica; determinándose si las conclusiones a las que arriba son coherentes con las premisas de sentencia a partir de la prueba incorporada a juicio.

Debe tenerse presente que conforme lo detalla el tribunal ad quo en el acápite: "Hechos no Probados", el tribunal ad quo explica de manera fundamentada las razones de hecho por las que considera en cada caso que los hechos acusados descritos no fueron demostrados y ésta circunstancia tal como lo explica el ad quo deviene de carencia de prueba, señalando: "...no cursa en la prueba ofrecida presentada y producida, el acta de requisita del vehículo en la que conste haberse encontrado los referidos paquetes forrados con cinta masquin, tampoco constan las actas de prueba de campo, ni de pesaje y en cuanto al peritaje al haber sido ofrecido un informe y presentado otro informe, este no pudo ingresar a juicio por lo que no existe evidencia alguna que se haya encontrado sustancia controlada en el vehículo o que éste estuviera transportando marihuana"; de modo tal que resulta incongruente para el tribunal de alzada que el Ministerio Público acuse defectuosa valoración de la prueba y de manera inentendible no ofreció la prueba documental importante e incluso ofreció un informe pericial que correspondía a otro proceso; ahora bien, se presentó prueba testifical en juicio, que determinaría que el hecho si existió conforme refiere la sentencia en los hechos probados: "...Cuando los funcionarios de la fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico se hicieron presentes en el lugar, y según declaran algunos de ellos abrieron las bolsas de yute, encontraron paquetes prensados que en su interior contenían una yerba

verduzca con olor y color característico a marihuana, esto declara el policía asignado al caso Sub oficial Antonio Zanapana Mamani, quien refiere en la parte más importante de su declaración que constituido en el lugar del hecho "se abrió una bolsa y se constató con prueba de campo marihuana", "De inmediato puso en conocimiento al comandante de la FELCN", y el chofer y el vehículo son conducidos a las oficinas de la FELCN y según el testigo se procedió al pesaje y según dice; "era un total de 460 paquetes forrados con cinta masquin, que al pesaje dio un total de 460 paquetes forrados con cinta masquin, que al pesaje dio un total de 490.380 grs. de marihuana...", es lo que refiere el policía asignado al caso en su declaración y otro testigo Juan Daniel Flores Sullca, refiere que constituidos los funcionarios de la FELCN en el lugar palpé las bolsas de yute y sentí que habían paquetes que eran duros y junto con la policía Miriam López se procede a realizar la requisita del vehículo donde se encuentra 5 bolsas de yute en la parte posterior del vehículo y 2 que se encontraban en la parte media del asiento, dos bolsas que se encontraban en la parrilla..." y que el contenido de los paquetes "se sometió a la prueba de campo, dando + para marihuana, por lo que se procedió a aprehender al conductor del vehículo", la misma versión refiere el Sgto. 2do. Félix Quispe Gutiérrez y el teniente Henry William Porcel Vélez, testimonios que únicamente son corroborados con la fotocopia del libro de novedades de la patrulla caminera que forma parte de la prueba MP26.

2.- Los funcionarios de la FELCN, han secuestrado la vagoneta marca Toyota IPSUN color blanca con placa de control 1859-DPB que conducía Armando Choque Pocori de propiedad del nombrado acusado y fue puesta bajo depósito del acusado, también secuestraron dinero en la suma de \$us. 1.500.- y puesto bajo custodia de DIRCABI, tal como se acredita con la prueba AC8, Mp23, Mp25, consistente el acta de secuestro de vehículo, certificado de propiedad del vehículo de DIPROVE y de Tránsito, RUAT, prueba Mp14 consistente en acta de incautación de dinero y depósito del mismo en DIRCABI y con la prueba MP27, que es el acta de incautación de bienes y dinero de 7 de diciembre de 2009.

Asimismo se tiene que los funcionarios de la FELCN, han procedido a la requisita personal de Armando Choque Pocori de propiedad del nombrado acusado y fue puesta bajo depósito del acusado, también secuestraron dinero en la suma de \$us. 1.500.- y puesto bajo custodia de DIRCABI, tal como se acredita con la prueba AC8, MP23, Mp25, consistente en el acta de secuestro de vehículo, certificado de propiedad de vehículo de DIPROVE y de Tránsito RUAT, prueba MP14 consistente en Acta de incautación de dinero y depósito del mismo en DIRCABI y con la prueba MP27 que es el acta de incautación de bienes y dinero de 7 de diciembre de 2009.

Asimismo se tiene que los funcionarios de la FELCN, han procedido a la requisita personal de Armando Choque Pocori a quien le encontraron un celular marca Nokia, modelo 5070B color rojo combinado, una licencia de conducir del mismo Armando Choque Pocori, un carnet de propiedad del vehículo que conducía y que ya se encuentra descrito, conforme se tiene por el acta de requisita personal AC10, que corrobora las declaraciones de los testigos de cargo y que éste celular secuestrado fue incautado junto con otro celular de dos chips de TIGO y de ENTEL marca JAVA, modelo AL1237 de industria china y fueron puestos en depósito de DIRCABI".

Ahora bien el tribunal ad quo resta valor probatorio a las declaraciones testificales, considerando que no son suficientes, sin considerar que al decir del propio tribunal son tenidas por uniformes y contestes; deviniendo en tal razón en defectuosa valoración de la prueba; dada cuenta que no existiendo prueba tasada al restar valor a la testifical constituida por los funcionarios policiales; no efectuó una valoración integral, dada cuenta que la libertad probatoria permite probar todo de distintas maneras y el tribunal absuelve extrañando pruebas científicas y documentales, sin embargo no expresa duda ni considera poco creíbles o fiables las declaraciones de los testigos que intervinieron en la acción directa ante hecho en flagrancia; razones por las que tiene asidero legal el agravio determinado por el Ministerio Público en cuanto a la defectuosa valoración de la prueba, dada cuenta que el conocimiento tiene su origen también en la fuente del conocimiento como es la experiencia y al desconocerla, se incurrió en defectuosa valoración de la prueba, dada cuenta que según las conclusiones del tribunal los testigos identificaron como marihuana a la sustancia que encontraron en los bultos camuflados dentro del vehículo de propiedad del acusado.

III.3 El Ministerio Público alega como agravio violación de los principios de congruencia y razonabilidad, alegando que los fundamentos deben guardar relación con la parte decisiva de la sentencia, toda vez que la razonabilidad tiene su fundamento en el art. 410 C.P.E.; asimismo la arbitrariedad se dio en la interpretación y la aplicación de la norma lesionando los derechos del debido proceso y seguridad jurídica; al respecto la incongruencia surgiría de la circunstancia legal que pese a que se plasmaron conclusiones en los hechos probados, que determinan que los hechos sí existieron, el tribunal resuelve de manera distinta emitiendo un juicio de absolución, determinándose ser evidente el agravio denunciado por parte del Ministerio Público.

POR TANTO: En observancia de las normas invocadas y en aplicación de los arts. 51-1 y 413 del Cód. Pdto. Pen., se declara CON LUGAR el recurso de apelación restringida interpuesto por el Ministerio Público, dentro del proceso penal que sigue en contra de Armando Choque Pocori y Tiofilo Rivera Paco; por la presunta comisión de los delitos de Transporte de Sustancias Controladas, Asociación Delictuosa y Confabulación; en consecuencia se anula la Sentencia N° 04/20164 de 23 de abril de 2013, pronunciada por el Tribunal de Sentencia Segundo de la Capital y se dispone su reenvío para ante el Tribunal de Sentencia Tercero de la Capital.

En observancia de los arts. 123 y 417 Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes, que tienen el plazo de cinco días desde su notificación, para interponer recurso de casación.

Vocal relatora: Dra. Carolina Chamón Calvimontes.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Carolina Chamón Calvimontes.- Ernesto Félix Mur.

Ante mí: Abg. Abigail Ginelda Flores Angelo.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de septiembre de 2016, cursante de fs. 830 a 834, Armando Choque Pocori, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 85/2016 de 4 de agosto, de fs. 810 a 813, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, integrada por los vocales Ernesto Félix Mur y Blanca Carolina Chamón Calvimontes, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente y Tiofilo Guillermo Rivera Paco, por la presunta comisión de los delitos de transporte de sustancias controladas; y, asociación delictuosa y confabulación, previstos y sancionados por los arts. 55 y 53 de la Ley del Régimen de Coca y Sustancias Controladas (L. N° 1008), respectivamente.

Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 4/2013 de 23 de abril (fs. 675 a 681 vta.), el Tribunal Segundo de Sentencia de la capital del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Armando Choque Pocori y Tiofilo Guillermo Rivera Paco, absueltos de pena y culpa de la comisión de los delitos de transporte de sustancias controladas; y, asociación delictuosa y confabulación, previstos y sancionados por los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, disponiendo la desincautación y devolución de los documentos y objetos secuestrados a sus propietarios, así como la liberación de anotaciones sobre bienes que se hubieren realizado.

Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación restringida (fs. 706 a 714), resuelto por A.V. N° 85/2016 de 4 de agosto, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, en cumplimiento al A.S. N° 186/2016-RRC de 8 de marzo (fs. 793 a 797 vta.), que declaró "Con lugar" el citado recurso y anuló la sentencia impugnada, disponiendo el reenvío de la causa ante el Tribunal de Sentencia Tercero de la Capital, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 939/2016-RA de 24 de noviembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

Sostiene que al resolverse la apelación formulada en la causa, el Tribunal de alzada revalorizó prueba como la testifical de Antonio Zanapana Mamani, pues asumió entre otros fundamentos que constituyen revalorización probatoria, los expuestos en el punto III.2 de la resolución impugnada, por lo que haciendo referencia a los AA.SS. Nos. 494 de 2 de noviembre de 2003 y 312/2012 de 23 de marzo, alega que procede la admisión excepcional del recurso aún sin la invocación de precedente, ante la denuncia de defectos absolutos o de sentencia; que en el caso de autos existe un defecto absoluto, por inobservancia del principio de inmediación, pues el ad quem habría vulnerado el debido proceso al anular la sentencia revalorizando prueba.

El tribunal de alzada vulneró el debido proceso e incurrió en defecto absoluto, por que permitió que el Ministerio Público en lugar de aclarar su recurso en cumplimiento del A.S. N° 186/2016-RRC de 8 de marzo de 2016, incluya nuevos agravios.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista, declarando sin lugar el recurso de apelación restringida del Ministerio Público y se confirme la sentencia conforme a la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 939/2016-RA de 24 de noviembre, cursante de fs. 845 a 847 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el recurrente Armando Choque Pocori, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 4/2013 de 23 de abril, el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a los imputados Armando Choque Pocori y Tiofilo Guillermo Rivera Paco, absueltos de pena y culpa de la comisión de los delitos de transporte de sustancias controladas; y, asociación delictuosa y confabulación, previstos y sancionados por los arts. 55 y 53 de la L. N° 1008, llegando a las siguientes conclusiones:

El 4 de octubre de 2009 a hrs. 08:00, en el retén Santa Bárbara, arribó la vagoneta conducida por Armando Choque Pocori, con placa de control 1851-DPB, de servicio público "Estrella del Sur" con rumbo a la localidad de Camargo, presentando su registro con un solo pasajero, quien no se encontraba en el vehículo, aspecto advertido y sospechado por la policía, extremo por el que se retiene el vehículo.

En la parte trasera del vehículo se observó un bulto en el que se encontró paquetes, que sometido a la prueba de campo de narcotest se estableció que era marihuana, distribuidos en 460 paquetes forrados con masquin, que dieron un total de 490.380 gramos de marihuana, motivo por el que se procedió a su aprehensión.

A consecuencia de este hecho, se procedió al secuestro de la vagoneta Toyota Ipsun blanca con placa 1851-DPB de servicio público, de propiedad de Armando Choque Pocori, de \$us. 1.500.-, un celular modelo 5070B, la Licencia del conductor, el carnet de propiedad y dos chips TIGO y ENTEL.

De las referencias obtenidas de Armando Choque Pocori, se procede a la aprehensión de Tiofilo Guillermo Rivero Paco.

Entre los hechos no probados, se tiene:

El Ministerio Público no demostró que la carga encontrada en la vagoneta con placa 1851-DPB pertenezca a Armando Choque Pocori, que la marihuana en la cantidad referida sea la que secuestró; toda vez, que no cursa el acta de prueba de campo, pesaje y peritaje; es más, se refiere a un informe y se presentó otro, extremo por el que no ingresó a juicio, no contando con evidencia sobre la existencia de sustancias contraladas y que ésta sea marihuana.

No se demostró que Armando Choque Pocori se encontraba transportando droga a sabiendas, porque sólo se sabe que iba a Camargo.

No se acreditó la confabulación de los imputados; toda vez, que no se conocían anteriormente, que del extracto de llamadas no se establece ninguna vinculación entre los acusados, no existe el acta de requisa.

El tribunal de origen no valoró las pruebas MP22 y MP8 (Flujo migratorio y acta de destrucción de la sustancia controlada), por ser prueba impertinente.

El Tribunal de Sentencia, en aplicación del principio "in dubio pro reo", concluyó que la prueba valorada no aportó elementos suficientes para crear convicción en el tribunal y fue insuficiente para determinar con certeza la participación de los imputados en los actos delictivos acusados, extremo que es responsabilidad exclusiva del Ministerio Público y el Órgano Policial.

II.2 De la apelación restringida.

Contra la referida sentencia, Zacarías Valeriano Rodríguez representante del Ministerio Público, interpuso el recurso de apelación restringida denunciando los siguientes motivos:

Denuncia la vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; infracción producida en el momento de la deliberación y votación, en vulneración de los arts. 358 y 359 del Cód. Pdto. Pen.

Denuncia la errónea valoración de la prueba y voto del tribunal, argumentando que equivocadamente refiere el Tribunal de Sentencia, que se dispuso el depósito del vehículo secuestrado en poder de Armando Choque Pocori; no se valoró el Informe de Inteligencia, que acredita la existencia de antecedentes de Tiofilo Rivera Paco como pisa coca, caso M-78/87.

El Tribunal de origen concluye en la inexistencia de evidencia, que pruebe que se encontró sustancia controlada en el vehículo o que se estuviera transportando marihuana, sin considerar que los hechos probados detallan elementos sobre la comisión del delito, corroborados por la prueba documental y testifical que demuestran la culpabilidad de los acusados, que al co-acusado Armando Choque no se lo encontró transportando droga a sabiendas, extremo desvirtuado porque este hecho fue en flagrancia; que no se demostró la confabulación, cuando no se consideró la existencia de tráfico de llamadas entre ambos imputados el día del hecho; aspectos que, no fueron valorados por el tribunal de mérito.

Violación de los principios de congruencia y razonabilidad, alegando que los fundamentos deben guardar relación con la parte decisiva de la sentencia, toda vez que la razonabilidad tiene su fundamento en el art. 410 de la C.P.E.; asimismo, la arbitrariedad se dio en la interpretación y la aplicación de la norma, lesionando los derechos del debido proceso y seguridad jurídica.

II.3 Del Auto de Vista N° 85/2016 de 4 de agosto.

Por auto de vista impugnado, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, en cumplimiento al A.S. N° 186/2016-RRC de 8 de marzo, declaró "Con lugar" el citado recurso y anuló la sentencia impugnada, disponiendo el reenvío de la causa ante el Tribunal de Sentencia Tercero de la Capital, en base a los siguientes fundamentos:

El tribunal a quo explica de manera fundamentada las razones de hecho por las que considera en cada caso que los hechos acusados descritos no fueron demostrados y ésta circunstancia, tal como lo explica deviene de la carencia de prueba, señalando: "no cursa en la prueba ofrecida presentada y producida, el acta de requisa del vehículo en el que conste haberse encontrado los referidos paquetes forrados con cinta masquin, tampoco constan las actas de prueba de campo, ni de pesaje y en cuanto al peritaje al haber sido ofrecido un informe y presentado otro informe, este no pudo ingresar al juicio por lo que no existe evidencia alguna que se haya encontrado sustancia controlada en el vehículo o que éste estuviera transportando marihuana", de modo tal que resulta incongruente para el tribunal de alzada que el Ministerio Público acuse defectuosa valoración de la prueba y de manera inentendible no ofreció la prueba documental importante e incluso ofreció un informe pericial que correspondía a otro proceso; ahora bien, se presentó prueba testifical en juicio, que determinaría que el hecho existió conforme refiere la sentencia en los hechos probados (copia parte de la sentencia); ahora bien, el tribunal a quo, resta valor probatorio a las declaraciones testificales, considerando que no son suficientes, sin tomar en cuenta que al decir del propio tribunal son tenidas por uniformes y contestes, deviniendo en tal razón en defectuosa valoración de la prueba, dada cuenta que el conocimiento tiene su origen también en la fuente del conocimiento, como es la experiencia y al desconocerla se ingresó al defectuosa valoración de la prueba, ya que según las conclusiones del tribunal, los testigos identificaron como marihuana a la sustancia que encontraron en los bultos camuflados dentro del vehículo de propiedad del acusado.

Con referencia al agravio de violación al principio de incongruencia, este surgiría de la circunstancia legal que pese a que se plasmaron conclusiones en los hechos probados, que determinan que existieron, el tribunal resuelve de manera distinta emitiendo un juicio de absolución.

III. Verificación de la existencia de vulneración de derechos y garantías

En el caso presente a la parte imputada denuncia que el tribunal de alzada resolvió la apelación de contrario revalorizando prueba en inobservancia al principio de inmediación; además, permitió que el Ministerio Público en lugar de aclarar su recurso incluya nuevos agravios, por lo que corresponde resolver ambas problemáticas.

III.1. La valoración de la prueba según la sana crítica y su control por el Tribunal de alzada.

En el régimen procesal penal vigente, la valoración de la prueba está regida por el sistema de valoración de la sana crítica, así el art. 173 del Cód. Pdto. Pen. señala: "El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida." Ahora bien, la sana crítica implica que en la fundamentación de la sentencia, el juzgador debe observar las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

Esta fundamentación o motivación sobre la base de la sana crítica, consiste en la operación lógica fundada en la certeza, observando los principios lógicos supremos que gobiernan la elaboración de los juicios (conclusiones) y dan base cierta para determinar si son verdaderos o falsos. Las leyes del pensamiento son leyes que se presentan en el raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles a momento de analizar esas conclusiones. Leyes que, como es conocido en la doctrina, están regidas por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

Siendo así que, ante la impugnación de errónea valoración de la prueba; es decir, incorrecta aplicación de los anteriores criterios en la fundamentación de la sentencia por el juez o Tribunal de Sentencia, es el tribunal de alzada el encargado de verificar si los argumentos y conclusiones de la sentencia, reúnen los requisitos para ser considerados lógicos, esto es, que no contengan afirmaciones falsas, incoherentes o absurdas, lo que se podrá verificar, haciendo un análisis respecto de la valoración de la prueba, contrastando justamente con las señaladas leyes del pensamiento humano. Luego, si el tribunal de alzada encuentra que se ha quebrantado estas leyes; es decir, existe errónea aplicación de la ley adjetiva, por inadecuada valoración de la prueba por parte del juez o Tribunal de Sentencia, corresponde la nulidad de la sentencia y ordenar la reposición del juicio por otro juez o tribunal, al estar prohibido de corregir directamente el defecto, como consecuencia del impedimento a la revalorización de la prueba, conforme el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., ello en resguardo de los principios de inmediación, oralidad, concentración, contradicción, que son rectores del proceso penal y a los que está sometida la prueba, para el resultado final de resolución del hecho sometido a juzgamiento.

Estos criterios han sido asumidos de manera uniforme y reiterada por este tribunal, al señalar que la facultad de valorar la prueba introducida en el juicio oral, es competencia exclusiva de los jueces y Tribunales de Sentencia, en resguardo y coherencia con los principios del juicio oral de inmediación, oralidad y contradicción, correspondiendo al Tribunal de alzada ejercer la labor de control sobre la valoración de la prueba realizada por el inferior, doctrina legal traducida en el A.S. N° 438 de 15 de octubre de 2005 que estableció: "...la línea jurisprudencial sobre la valoración de la prueba y los hechos es de exclusiva facultad de jueces y Tribunales de Sentencia, son ellos los que reciben en forma directa la producción de la prueba y determinan los hechos poniendo en práctica los principios que rigen el juicio oral y público; el análisis e interpretación del significado de las pruebas y de los hechos son plasmados en el fundamento de la sentencia, ahí es donde se expresa la comprensión del juzgador con claridad, concreción, experiencia, conocimiento, legalidad y lógica; esa comprensión surge de una interacción contradictoria de las partes, de esa pugna de validación de objetos, medios e instrumentos de prueba que se da dentro del contexto del juicio oral y público; la objetividad que trasciende de la producción de la prueba no puede ser reemplazada por la subjetividad del tribunal de apelación; éste se debe abocar a controlar que el fundamento sobre la valoración de la prueba y de los hechos tenga la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiesten certidumbre".

El A.S. N° 504/2007 de 11 de octubre, al distinguir la labor de los Tribunales de Sentencia con la de los tribunales de apelación, señaló que: "Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda.

El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuales son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio."

Por su parte el A.S. N° 277/2008 de 13 de agosto, entre otros, precisó que: "La función principal del Tribunal de alzada es pronunciarse respecto de la existencia de errores 'injudicando' o errores 'improcedendo' en que hubiera incurrido el tribunal a quo (Juez o Tribunal de Sentencia) de acuerdo a la previsión del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., consecuentemente el tribunal de alzada sin necesidad de reenvío puede subsanar errores de derecho existentes en el proceso pero sin revalorizar la prueba, ya que lo contrario significaría desconocer el principio de inmediación que se constituye en el único eje central en la producción probatoria reservada exclusivamente para los Tribunales de sentencia sean estos colegiados o unipersonales.

En la misma línea, el A.S. N° 200/2012-RRC de 24 de agosto, expresó que: "Es necesario precisar, que el recurso de apelación restringida, constituye un medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la sentencia, no siendo el medio idóneo que faculte al tribunal de alzada, para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho que es de potestad exclusiva de los jueces o Tribunales de Sentencia; por ello, si el ad quem, advierte que la sentencia no se ajusta a las normas procesales, con relación a la valoración de la prueba y la falta de fundamentación y motivación, que

haya tenido incidencia en la parte resolutive, le corresponde anular total o parcialmente la sentencia, y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal”.

Incluso en el A.S. N° 014/2013-RRC de 6 de febrero, se precisó que: “La actuación y límites circunscritos a los Tribunales de alzada en la resolución del recurso de apelación restringida, en primer plano se hallan dispuestos por la competencia otorgada por el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen.; asumiendo un segundo plano en el marco sobre el cual aquel tipo de recurso debe ser resuelto; es así que, los arts. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen., predisponen a partir de la propia naturaleza jurídica de este recurso dos aspectos, una incorrecta interpretación o aplicación de la ley (error in iudicando) o bien que la decisión de presunto agravio haya sido emitida a través de un procedimiento que no reúna requisitos o condiciones de validez (error in procedendo); de ello se desprende que la labor de los tribunales de apelación debe necesariamente estar apartada de una nueva valoración de la prueba producida en juicio, debiendo limitar su ámbito de decisión a que la revisión de la sentencia de grado posea fundamentos suficientes (tanto descriptivos como intelectivos) sobre la valoración de la prueba, su coherencia, orden, idoneidad a los principios de la sana crítica, motivación eficaz, y que ofrezcan en consecuencia certidumbre sobre la decisión de condena o absolución según el caso”.

III.3. Análisis del caso concreto.

En el presente recurso se plantean dos problemáticas, la primera relativa a la denuncia de revalorización de la prueba, por la cual el recurrente alega que existe un defecto absoluto, por inobservancia del principio de inmediación, ya que el tribunal ad quem habría vulnerado el debido proceso al anular la sentencia revalorizando prueba.

De la revisión del auto de vista ahora impugnado, se tiene que el tribunal de alzada, entre otros aspectos argumentó que en el juicio oral se presentó prueba testifical que determinaría que el hecho existió, conforme refiere la sentencia en los hechos probados (copia parte de la sentencia) y que el tribunal a quo, restó valor probatorio a las declaraciones testificales con el fundamento de que no serían suficientes, sin considerar que al decir del propio Tribunal son tenidas por uniformes y contestes, deviniendo en tal razón en defectuosa valoración de la prueba; y que además, según las conclusiones del tribunal, los testigos identificaron como marihuana a la sustancia que encontraron en los bultos camuflados dentro del vehículo de propiedad del acusado; en este sentido, esta sala penal del Tribunal Supremo de Justicia constata que el tribunal de alzada abocó su labor en controlar que el fundamento sobre la valoración de la prueba y que los hechos tengan la coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiesten certidumbre, analizando para dicho efecto, los hechos probados de la sentencia e inclusive procediendo a la transcripción y posterior descripción que permita una adecuada comprensión.

En este sentido, no se evidencia una revalorización de la prueba, pues el tribunal de alzada en ningún momento le otorga un valor distinto a alguna de las pruebas; en todo caso, a partir de la facultad que tiene y a la doctrina legal aplicable, es que llega a la conclusión de que el juez a quo le restó valor probatorio a las testificales, lo que no quiere decir que este nuevamente valorando la prueba; en todo caso, realizó el control de legalidad sobre la fundamentación de la sentencia señalando que no es un argumento sólido por parte del Tribunal inferior, el afirmar que no son “suficientes” las testificales, identificando así que además existe una contradicción, ya que en la Sentencia claramente se establecería que los testimonios son uniformes; es así que, el Tribunal de alzada no encontró una fundamentación racional y coherente en la Sentencia.

Por lo referido, no existe vulneración al debido proceso, pues el tribunal de alzada se abocó a realizar un control sobre la actuación del tribunal a quo, concluyendo que existió una defectuosa valoración de la prueba, por lo que en todo caso, al detectarse dicho defecto, correspondía la nulidad de la sentencia y la reposición del juicio por otro juez o tribunal, al estar prohibido de corregir directamente el defecto, como consecuencia del impedimento a la revalorización de la prueba, conforme el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., ello en resguardo de los principios de inmediación, oralidad, concentración y contradicción, que son rectores del proceso penal y a los que está sometida la prueba, para el resultado final de resolución del hecho sometido a juzgamiento; situación que ocurrió en el presente caso, ya que el tribunal de alzada al constatar una inadecuada valoración de la prueba, anuló la sentencia disponiendo un nuevo juicio en resguardo de los principios antes mencionados; reiterándose que el tribunal de alzada no le otorgó un valor distinto a ninguna de las pruebas; sino, más bien se refirió claramente a los hechos probados y establecidos en la propia sentencia, pues una nueva valoración de la prueba corresponderá que sea dilucida en el nuevo juicio dispuesto en el cual deberá garantizarse un debido proceso a partir de una correcta fundamentación y valoración probatoria donde no exista incongruencia como la que también fue detectada por el tribunal de alzada; dejando claramente establecido, que los argumentos contenidos en el auto de vista impugnado de ninguna manera pueden influir en el nuevo juicio oral a dilucidarse; por lo que el motivo deviene en infundado.

En cuanto al segundo motivo de casación relativo a la denuncia de invocación de nuevos agravios el recurrente alega en su casación que el tribunal de alzada en vulneración al debido proceso e incurriendo en defecto absoluto, hubiese permitido que el ministerio público en lugar de aclarar su recurso de apelación restringida incluya nuevos agravios.

De la revisión del recurso de apelación restringida, se tiene que el Ministerio Público denunció entre otros motivos, la errónea valoración de la prueba y es justamente a dicho agravio que el tribunal de alzada ingresó a realizar el control de legalidad sobre si la sentencia contiene una fundamentación coherente y congruente sobre la correcta valoración de la prueba, es así que -como se fundamentó anteriormente- se evidenció que el tribunal a quo dictó una sentencia incurriendo en una defectuosa valoración de la prueba, por ello, anuló la sentencia disponiendo la realización de un nuevo juicio ante otro Tribunal de Sentencia.

En este sentido, la nulidad de la Sentencia es fruto del control de legalidad sobre la errónea valoración de la prueba denunciada en el recurso de apelación restringida; en todo caso, mediante A.S. N° 186/2016-RRC de 8 de marzo, dictado en el presente caso, este tribunal dispuso la nulidad del A.V. N° 181/2014 de 17 de diciembre, al evidenciar que: “El tribunal de alzada al emitir el auto de vista impugnado, no resolvió los puntos impugnados por la recurrente basándose en errores incurridos por el mismo tribunal de alzada a momento del examen de admisibilidad, que extemporáneamente es utilizado como fundamento para el rechazo y por otro, al no haberse aplicado con cabalidad su

función del control sobre la defectuosa valoración de la prueba, fundamentación que únicamente se limitó a mencionar los agravios, sin realizar un mínimo de análisis; a cuyo efecto vulneró los derechos del representante del Ministerio Público, al debido proceso y acceso a la justicia...”.

En este sentido, no se evidencia la vulneración al debido proceso, ya que en todo caso, el tribunal de alzada dio estricto cumplimiento al auto supremo emitido en el presente caso, además de ello, la nulidad de la sentencia es fruto de la denuncia de errónea valoración de la prueba, por lo que otros supuestos aspectos incluidos en la subsanación del recurso de apelación restringida, no tienen trascendencia y relevancia al no basarse en ellos la decisión de anular la sentencia, por lo que el motivo deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Armando Choque Pocori, de fs. 830 a 834.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 18 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



293

Pedro Ignacio Basaure Forgues c/ Sergio Antonio Verduquez Guzmán
Apropiación indebida y abuso de confianza
Distrito: Cochabamba

AUTO DE VISTA

Cochabamba, 20 de noviembre de 2015.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia de 15 de enero de 2015, pronunciada dentro del proceso penal seguido por Pedro Ignacio Basaure Forgues representado por José Hugo Marañón Mendiña en contra de Sergio Antonio Verduquez Guzmán por la presunta comisión de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 345 y 346 de la normativa legal aplicable, y.

CONSIDERANDO: I.- Que el Juez de Sentencia N° 1 de la Capital, ha pronunciado la Sentencia de 15 de enero de 2015, leída íntegramente en 20 de enero del mismo año, por la que declara al Imputado Sergio Antonio Verduquez Guzmán, de las generales conocidas en el juicio, autor de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, previsto y sancionado por los arts. 345, 346 y 349-3 del Cód. Pen. existiendo concurso ideal de delitos; en consecuencia, se dicta sentencia condenatoria y se le impone la pena de dos años de reclusión en la Cárcel Pública de San Sebastián-Varones de esta ciudad.

Determinándose a efectos de las disposiciones legales vigentes que la condena se cumplirá a partir de la ejecutoria de la sentencia y ejecución del mandamiento de condena y finalizara dos años después. Asimismo, considerando la sanción impuesta puede, beneficiarse con la suspensión condicional de la, pena, previa acreditación de los requisitos exigidos por el art. 366 del Cód. Pdto. Pen. Por otra parte, se condena al sentenciado al pago de costas del juicio.

Esta sentencia fue apelada por Pedro Ignacio Basaure Forgues representado por José Hugo Marañón Mendiña mediante memorial de 9 de febrero de 2015, cursante a fs. 389 a 391 Vta., y por el imputado Sergio Antonio Verduquez Guzmán, representado por Patricio Marcelo Vargas Camacho mediante memorial de 24 de febrero 2015, cursante a fs. 394 a 396 del legajo, los cuales previo emplazamiento de la parte adversa, fueron remitidos al Tribunal Departamental de Justicia, mediante providencia de 16 de marzo de 2015 (fs. 402 del proceso).

Que de acuerdo a la regla general prevista por el art. 396-3 del Cód. Pdto. Pen., los recursos para ser admitidos, deben interponerse en las condiciones de tiempo y forma que determina el Código de Procedimiento Penal, con indicación específica de los aspectos cuestionados de la resolución recurrida, y de conformidad al art. 408 del mismo cuerpo legal, el recurso de apelación restringida debe ser interpuesto por escrito en el plazo de 15 días de notificada la sentencia; en el que deben citarse concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas expresando cuál es la aplicación que se pretende, debiendo indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos, por lo que en primer término se pasa a considerar su admisibilidad.

Examinados los recursos de apelación restringida presentados por la parte acusadora particular y por la defensa del imputado, se establece que los mismos han sido interpuestos cumpliendo las formalidades y términos que establecen los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen.,

por lo que se admiten los recursos y se pasa a resolver los aspectos cuestionados de acuerdo a lo determinado por el art. 398 de la misma Ley Procesal Penal.

I.1. Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por José Hugo Marañón Mendiña en representación de Pedro Ignacio Basaure Forgues.

El apelante señala que en la sentencia existe incongruencia en la parte dispositiva porque no obstante señalar con precisión la existencia de agravantes y la concurrencia de concurso ideal de delitos, el juez aplica la pena de dos años de reclusión. Refiere que en la parte considerativa de la sentencia se señala que se tiene la certeza de que el acusado Sergio Antonio Verduguez Guzmán ha adecuado su conducta a los tipos penales de apropiación indebida y abuso de confianza y que por ende existe concurso ideal de delitos conforme al art. 44 del Cód. Pen., pero sin embargo a momento de aplicar la pena, el juez considera adecuada una pena privativa de libertad de dos años de reclusión, tomando en cuenta que los fines de la pena son la enmienda y readaptación social.

Consecuentemente indica que el error en la aplicación de la norma, es el haber obviado las condiciones especiales en que se encontraba al momento de la ejecución del delito, la condición de profesional abogado del acusado, profesión que ha sido utilizada para cometer delitos.

Indica que si se considera que existe concurso ideal y concurre la agravante del art. 349-3 del Cód. Pen., la pena deja de ser indeterminada y debe aplicarse la pena del delito más grave, en este caso el de apropiación indebida cuyo máximo es de tres años, por cuanto la única facultad discrecional que le otorga al juez el art. 44 del Cód. Pen., es el de poder aumentar el máximo hasta la mitad.

Pero existiendo la agravante del art. 349 del Cód. Pen., calificada en la sentencia, corresponde que a la pena del delito mayor (tres años) se le aumente un tercio; esto es que la pena acorde y congruente entre la parte considerativa y la dispositiva sea de cuatro años.

I.2. Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por la defensa del imputado.-

El apelante señala que al momento de determinar la sanción el juez a quo debía tomar en cuenta y aplicar lo establecido por el art. 349 del Cód. Pen. el cual establece agravantes y atenuantes respecto a los arts. 345, 346 y 348 de la misma norma sustantiva. Correspondiendo en este caso aplicar la atenuante que serial el mencionado artículo, esto es: "(...) atenuar en un tercio, si el autor solo hubiere hecho uso indebido de la cosa recibida, en los casos anteriores." Vale decir, correspondería la reducción de un tercio de la sanción a imponer, en este caso el máximo de la sanción privativa de libertad determinada por el art. 346 para el delito de apropiación indebida es tres años, y restando un tercio se tiene que la sanción se reduce a dos años.

También refiere que existe como defecto de sentencia el núm. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., por defectuosa valoración de la prueba, por cuanto el juzgador pese a la relevancia de las declaraciones testificales tanto de cargo como descargo no efectúa una valoración correcta, por cuanto, todas las declaraciones apuntan a señalar que el imputado no se benefició de manera alguna de los dineros; así también se tiene que de acuerdo a la prueba documental consistente en el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre Jorge Ledezma Salomón e Ignacio Pedro Basaure, el primero fue contratado para llevar adelante el proceso laboral de cobro de beneficios sociales, siendo contratado como abogado y mandante para tal cometido, y que la subcontratación para dar cumplimiento a dicho contrato fue efectuada por Fernando Ledezma quien en su declaración reconoce tal aspecto. En la prueba testifical también se manifiesta que ante el requerimiento del imputado, tuvieron una reunión con Pedro Ignacio Basaure, y el Dr. Marañón Mendiña y Fernando Montalvo Ocampo, quienes de manera uniforme refieren haber sostenido dicha reunión, en la que el testigo Fernando Ledezma reconoció haber recibido dichos dineros, manifestando que estarían en una cuenta personal y que los entregaría una vez que se proceda al descongelamiento de su cuenta emergente de un proceso laboral que le habría sido incoado. Quedando probando con ello que el imputado jamás se benefició con dinero alguno, y que el acusador consintió en efectuar el reclamo de manera directa a Fernando Ledezma; hechos corroborados con las documentales de descargo consistente en la carta notariada, que de manera clara y anticipada ratifica lo afirmado por los testigos de cargo y de descargo.

CONSIDERANDO: II.

II.1.- Fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal de alzada.

Por mandato del art. 398 del Cód. Pdto. Pen. que dispone: "Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución", este tribunal resolverá únicamente los puntos cuestionados de la resolución impugnada.

A los fines de resolver la problemática planteada, debemos empezar señalando que el querellante apelante solo hace referencia en el recurso planteado a la graduación de la pena, en cambio la defensa del imputado si bien empieza cuestionando también la graduación de la pena, también hace referencia en calidad de agravio a la errónea valoración de la prueba, por lo que es menester hacer referencia a lo dispuesto por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., que determina: "Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación restringida, serán los siguientes: (...) 6) Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba".

En lo que respecta al segundo presupuesto: "valoración defectuosa de la prueba", corresponde señalar que la misma consiste en una operación, inserta dentro de la fundamentación analítica o intelectual de vital importancia a momento de la emisión de la sentencia. En relación a tal punto, el A.S. N° 152/2013 de 31 de mayo expresa: "resulta ser el momento más importante del razonamiento judicial, en la que, como se tiene dicho, no solo se trata de apreciar cada elemento de juicio en su individualidad, sino de aplicar conclusiones obtenidas de un elemento a otro, lo que implica, una apreciación en el conjunto de toda la prueba judicializada, que permite llegar a conclusiones como: por qué se toma esa decisión, por qué se escogen determinados medios de prueba y se desechan otros, por qué se les da credibilidad a unos medios de prueba y a otros no [...]".

Del mismo modo, el Tribunal Supremo de Justicia, en el A.S. N° 251/2012 de 12 de octubre respecto a la valoración de la prueba y la facultad del tribunal de apelación estableció lo siguiente: "La apelación restringida no es un medio que abra la competencia del tribunal de

apelación para revalorizar la prueba, puesto que en sistema procesal acusatorio vigente rige el principio de inmediación por el que los hechos probados en juicio se hallan sujetos al principio de intangibilidad, de modo que corresponde al tribunal de apelación realizar el control de la valoración efectuada por el juez o tribunal de juicio, actividad que debe ceñirse al respeto de las reglas a la carga de la prueba -onus probandi-, la legalidad de la prueba practicada y a la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad en las apreciaciones y conclusiones que se extraen de dichas pruebas, o dicho de otro modo, el control de la valoración de la prueba está referido a los vicios de fundamentación, vicios en la sentencia, violación de la sana crítica, inclusión de prueba que no ha sido producida, exclusión de la prueba que si ha sido producida, valoración de prueba ilícita".

En este punto la defensa del imputado Sergio Verduguez Guzmán expresa que el juzgador pese a la relevancia de las declaraciones testimoniales de cargo como de descargo, no efectúa una valoración correcta por cuanto todas las declaraciones apuntan a que su patrocinado no se benefició de manera alguna de los dineros, por cuanto de acuerdo a la prueba documental (contrato de prestaciones de servicios profesionales suscrito entre Jorge Ledezma e Ignacio Pedro Basaure), se tiene que el primero fue contratado para llevar adelante el proceso laboral de cobro de beneficios sociales, siendo sub contratado el imputado Sergio Verduguez para dicho cometido; indicando además que el testigo Fernando Ledezma (hermano de Jorge Ledezma) reconoció haber recibido dichos dineros por honorarios profesionales, quedando probado con ello que el imputado Sergio Verduguez no se benefició con dinero alguno.

Con relación a la observación descrita precedentemente corresponde indicar que conforme se ha establecido en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, este Tribunal tiene como único objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo, en cuanto a la valoración de la prueba, se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son: la lógica, la experiencia común y la psicología, empero tal acto se supedita a la carga argumentativa de la parte apelante, es decir, el impugnante tiene -en este punto- la ineludible obligación de señalar de manera precisa cuales son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando la parte de la sentencia en las que consta el agravio, además de indicar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, reafirmando que es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito.

En el presente caso, como se observa de los fundamentos del recurso de apelación restringida, el apelante Sergio Verduguez no expresa cuales son las normas del correcto entendimiento humano vinculadas a la apreciación y valoración de la prueba que fueron inobservadas o no aplicadas por el juez a quo, no obstante de que le correspondía la obligación de hacerlo. Del mismo modo no realiza una consideración lógica -con base a las normas de la sana crítica y del correcto entendimiento- de cual el resultado que pretende, o bien, el que considera debió ser el asumido por el Juez de Sentencia, limitándose a señalar que existe errónea valoración de la prueba testimonial de cargo y de descargo, por cuanto el imputado no se benefició de dinero alguno. Sobre este punto corresponde señalar que de la revisión de la sentencia se observa que el juez a quo después de la valoración descriptiva e intelectual de la prueba llega a la convicción de que el acusado Sergio Antonio Verduguez Guzmán en su calidad de profesional abogado y apoderado de Pedro Ignacio Basaure Forgues inicio y tramito un proceso laboral en representación de su apoderado en contra del Lloyd Aéreo Boliviano pidiendo el pago de beneficios sociales de Bs 139.581.56 ante el Juzgado 2° de Trabajo y Seguridad Social de esta Capital, dictándose sentencia que declaro probada la demanda, auto de vista que confirmo la sentencia y auto supremo que declaro infundado el recurso de casación. Que en esa calidad, el imputado procedió al cobro y recepción de dichos beneficios sociales en diferentes partidas desde el 17 de enero de 2011 hasta el 12 de mayo de 2011, haciendo un total de Bs 82.041.84. Que mediante carta notariada de 26 de marzo de 2012 el querellante y apoderado legal de Pedro Ignacio Basaure Forgues, solicito al acusado Sergio Verduguez Guzmán la restitución de esos dineros sin que hayan sido devueltos a su legítimo propietario.

Asimismo el juez a quo en la fundamentación de la sentencia -ahora apelada- señala que si bien René Fernando Ledezma Salomón reconoció en audiencia que recibió una suma aproximada de Bs 34.000 de Sergio Verduguez, no admitió que fue el total del dinero cobrado por el acusado dentro del proceso laboral que representaba al ahora querellante. Asimismo, como un elemento corroborativo de lo anterior se observa que en la sentencia se hace referencia a la declaración del testigo Fernando Pedro Montalvo Ocampo, quien en juicio habría señalado haber estado presente, a principios del año 2012, en una reunión donde conoció a Sergio Verduguez Guzmán quien después de explicarles los pormenores del proceso dijo que recupero la suma de Bs 80.000, pero cuando Pedro Basaure le pidió que le restituya, indico que previamente debía consultar y así bajaron a hablar con Fernando Ledezma, quien admitió que si tenía algún monto de dinero, pero pese a la solicitud de Pedro Ignacio Basaure Forgues, no se le entrego el dinero a su legítimo propietario.

Que de los datos descritos precedentemente no se observa que hubiera existido en el juez a quo errónea valoración de la prueba, por cuanto de los testigos de cargo y de descargo y de la prueba documental, el juez a quo arriba a la convicción de que el imputado Sergio Verduguez Guzmán cobro dineros por concepto del pago de beneficios sociales a nombre de su poder conferente Pedro Ignacio Basaure Forgues, los mismos que no fueron entregados ni devueltos a su legítimo propietario, consecuentemente respecto a este extremo resulta improcedente la apelación presentada por el imputado.

Por otra parte se observa que ambos apelantes coinciden como otro punto de apelación, la errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto a la imposición de la pena. El querellante o acusador particular señala que correspondía aplicarse la pena de cuatro años de privación de libertad por cuanto al existir concurso de delitos correspondía aplicarse la pena mayor del delito más grave y al existir la agravante del art. 349 del Cód. Pen. correspondía además agravar la pena en un tercio.

Por su parte la defensa del imputado argumenta que aplicando la atenuante contenida en el art. 349 del Cód. Pen. la pena de dos años es la que corresponde.

En lo concerniente al defecto de sentencia denunciado, previsto en el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. que determina: "Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación restringida, serán los siguientes: 1) La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva..."

Corresponde destacar que según dicha disposición legal, se presentan dos supuestos habilitantes de la apelación restringida: a) Inobservancia de la ley sustantiva, cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o ha creado cauces paralelos a los establecidos en la ley. (SS.CC. Nos. 1056/2003-R; 1146/2003-R de 12 de agosto). b. Errónea aplicación de la ley sustantiva, cuando la autoridad judicial aplica la norma en forma equivocada. (SS.CC. Nos. 727/2003-R y 1075/2003-R de 24 de julio). La norma sustantiva puede ser erróneamente aplicada, por: b.1. Errónea calificación de los hechos (tipicidad); b.2. Errónea concreción del marco penal, o b.3. Errónea fijación judicial de la pena.

Al respecto corresponde referir que constituye uno de los elementos esenciales del debió proceso la correspondiente fundamentación de las resoluciones, las mismas que deben ser motivadas, individualizando la responsabilidad penal del imputado, tomando en cuenta las atenuantes y agravantes que establece la ley penal sustantiva, a objeto de imponer la sanción.

En el caso que nos ocupa de la revisión de la sentencia se establece que el juez a quo impone al imputado Sergio Verduquez Guzmán la pena privativa de dos años de privación de libertad como autor de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, tipificados en los arts. 345 y 346 del Cód. Pen., señalando además que existe concurso ideal de delitos conforme dispone el art. 44 del Cód. Pen., y en virtud de que el delito de apropiación indebida constituye el más grave de los delitos, señala que corresponde aplicarse la sanción que prevé este delito, además de analizar las circunstancias previstas por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., a tal efecto refiere que se toma en cuenta la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho y las consecuencias del delito, es así que se considera, la conducta precedente y posterior del imputado, que según ha manifestado no cuenta con antecedentes penales, además se considera que su comportamiento causó daño a la víctima, el medio que empleo para obtener el monto de dinero que era en relación a su oficio y la confianza jurídica dispensada y las consecuencias y perjuicios ocasionados, por lo que considera adecuada una pena privativa de libertad de dos años de reclusión.

Las simples afirmaciones realizadas por el juez a quo, no demuestran de forma alguna la existencia de la debida fundamentación y motivación del fallo con relación a la graduación del quantum de la pena, contrariamente se desprende el incumplimiento a lo dispuesto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues omitió respaldar de forma adecuada sus conclusiones y expresar las razones por las que concluyo que correspondía la aplicación de los arts. 37, 38 y 40, así como tampoco señaló las razones por las que omitió considerar lo dispuesto por el art. 44 del Cód. Pen. cuando es el propio juez el que reconoce la existencia de concurso ideal, así como tampoco señaló si correspondía o no aplicar la agravante y atenuante prevista en el art. 349 del Cód. Pen. Al respecto corresponde resaltar que de acuerdo al último párrafo del art. 414 de la Ley Adjetiva Penal, los errores u omisiones formales y los relacionados a la imposición de la pena, no anulan la sentencia y deben ser corregidos por el tribunal de apelación, pues la indebida fundamentación respecto a las atenuantes y agravantes constituye un defecto relativo que de forma inexcusable debe ser corregido en apelación. En tal sentido en el caso que nos ocupa, corresponde corregir la omisión de fundamentación del juez a quo respecto a la imposición de la pena y respecto al quantum de pena que le corresponde al imputado; sobre el particular debemos reconocer que en la sentencia se llega a la convicción de que el nombrado acusado es autor de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza tipificados en los arts. 345 y 346 del Cód. Pen., en tal razón además el juez a quo afirma la existencia de concurso ideal, por cuanto el imputado con una sola acción ha violado dos disposiciones legales que no se excluyen entre sí; vale decir, que cuando hablamos de concurso estamos frente a una pluralidad de delitos, lo cual primero obliga a decidir cuando existe la pluralidad y las dos clases de pluralidad de delitos. En el caso de nuestra legislación penal debemos indicar que reconocemos la pluralidad de delitos y además las dos clases de pluralidad, el concurso ideal y el real, y en consecuencia además el legislador establece la forma de aplicar las sanciones tratándose de concurso. Así en el caso del concurso ideal señala que el autor será sancionado con la pena del más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad. En el sub lite, de la sentencia y de la aplicación de la ley sustantiva se conoce, que el delito más grave dentro de la pluralidad de delitos cometidos por el imputado es el de apropiación indebida, cuya pena es de tres meses a tres años, consecuentemente, aplicando lo dispuesto por el art. 44 del Cód. Pen., corresponde aplicar la pena del delito de apropiación indebida, y conforme a lo señalado en la sentencia la pena sería de dos años de privación de libertad. A ello corresponde también considerar si el juez decidirá aumentar o agravar la pena, estableciendo el legislador como límite del máximo hasta la mitad. Al respecto de la revisión de la acusación particular o querrela, así como de los antecedentes y hechos probados en la sentencia se conoce que el imputado ha cometido los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza en razón de su profesión de abogado, aspecto que se encuentra descrito como una circunstancia agravante especial, por cuanto esta prevista de forma expresa para los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza en el art. 349-3 del Cód. Pen., consecuentemente aplicando dicha agravante correspondía agravar la pena que fue calificada en dos años, con un tercio, vale decir, obtener un tercio de dos años o 24 meses, equivaldría a ocho meses, que sumados serían dos años, ocho meses o treinta dos meses, quantum de pena que se encuentra dentro del límite fijado por el art. 44 del Cód. Pen. para el caso de que exista concurso ideal de delitos.

De lo expresado precedentemente resulta procedente en parte la apelación presentada por el apoderado del acusador particular respecto al quantum de la pena e improcedente lo planteado sobre el mismo particular por la defensa del imputado por cuanto no existe en la sentencia elementos que hubieren sido mencionados por el juez a quo para sostener que el imputado Sergio Verduquez Guzmán solo hubiere hecho uso indebido del dinero cobrado por concepto de beneficios sociales que le correspondía al querrelante Pedro Ignacio Basaure.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declara IMPROCEDENTE recurso de apelación presentado por la defensa del imputado, y PROCEDENTE en parte el recurso de apelación presentado por la acusación particular, consiguientemente en sujeción a lo previsto por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., sin anular la sentencia impugnada, éste tribunal de alzada dicta una nueva sentencia condenatoria en función al art. 365 del citado código, declarando al imputado Sergio Antonio Verduquez Guzmán, con C.I. N° 3145249 Cbba., nacido el 22 de enero de 1972, en Cochabamba Cercado, soltero, de profesión Abogado, con domicilio en la calle T. Vargas N° 0456, autor de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, tipificados por los arts. 345 y 346, imponiéndole la pena privativa de libertad de dos años y ocho meses, a ser cumplidos en la cárcel pública de San Sebastián Varones, teniendo en cuenta el art. 44 del Cód. Pen.

y la agravante establecida por el art. 349-3 del mismo cuerpo legal. Asimismo condena al prenombrado acusado al pago de costas y a la reparación de daños civiles ocasionados a la víctima y al Estado, averiguables en ejecución de sentencia.

Se advierte a las partes, que la presente resolución es susceptible del recurso de casación en el plazo previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relatora: Dra. Lineth Marcela Borja Vargas.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Lineth Marcela Borja Vargas.- Gina Luisa Castellón Ugarte.

Ante mí: Abg. Ilegible.- Secretario de Cámara.

AUTO COMPLEMENTARIO

Cochabamba, 08 de diciembre de 2015.

VISTOS: El art. 125 del Cód. Pdto. Pen., con relación a la explicación, complementación y enmienda, señala: "El juez o tribunal de oficio podrá aclarar las expresiones oscuras, suplir alguna omisión o corregir cualquier error material o de hecho, contenidos en sus actuaciones y resoluciones, siempre que ello no importe una modificación esencial de las mismas.", en el caso presente, de la lectura del memorial que antecede se advierte que lo que pretende la parte querellante es la modificación de la parte resolutive del Auto de Vista de 20 de noviembre de 2015, aspecto que no se adecua al contenido del citado artículo, y además de la revisión del referido auto de vista, se tiene que este tribunal de alzada, no ha incurrido en conceptos oscuros, omisión o error que deba ser aclarado, explicado o complementado; consecuentemente y en virtud de lo expuesto, se RECHAZA la solicitud de complementación, planteada por José Hugo Maraño Menduñía en representación de Pedro Ignacio Basaure Forgues.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Lineth Marcela Borja Vargas.- Gina Luisa Castellón Ugarte.

Ante mí: Abg. Zulema Almanza Salvatierra.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 11 de diciembre de 2015, cursante de fs. 426 a 428, Patricio Marcelo Vargas Camacho en representación de Sergio Antonio Verduguez Guzmán, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 35 de 20 de noviembre de 2015, de fs. 417 a 421, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por las vocales Lineth Marcela Borja Vargas y Gina Luisa Castellón Ugarte, dentro del proceso penal seguido por Pedro Ignacio Basaure Forgues contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 345 y 346 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 01/2015 de 15 de enero (fs. 378 a 383), el Juez Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Sergio Antonio Verduguez Guzmán, autor de la comisión de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 345, 346 y 349-3 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, así como al pago de costas del juicio.

Contra la mencionada Sentencia, José Hugo Maraño Menduñía en representación de la parte acusadora (fs. 389 a 391), y Patricio Vargas Camacho en representación del imputado (fs. 394 a 396 vta.), a su turno, formularon recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 35 de 20 de noviembre de 2015, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedente el recurso presentado por el imputado y procedente en parte, el recurso interpuesto por la parte acusadora; por ende, se dictó nueva Sentencia condenatoria, declarando a Sergio Antonio Verduguez Guzmán, autor de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, tipificados por los arts. 345 y 346 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años y ocho meses de reclusión, teniendo en cuenta el art. 44 y la agravante establecida por el art. 349-3 del Cód. Pen., con costas y la reparación de daños civiles ocasionados a la víctima y al estado; por otra parte, fue rechazada la solicitud de complementación de la parte acusadora mediante Resolución de 8 de diciembre de 2015 (fs. 424), motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 194/2016-RA de 21 de marzo, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el auto de vista impugnado, en su parte dispositiva, determinó conceder en parte el recurso de apelación restringida presentado por la parte acusadora, incrementando la pena impuesta a su representado por el Juez de instancia, de dos años a dos años y ocho meses, bajo el fundamento de la necesaria aplicación de la agravante; sin embargo, no se manifestó sobre la atenuante contenida

en la parte final del art. 349 del Cód. Pen., la cual debió haber sido tomada en cuenta tanto por el a quo como por el ad quem, a tiempo de determinar el quantum de la pena; debiendo considerarse todas las circunstancias que rodean al caso concreto. Extremo que a criterio suyo, constituye una errónea aplicación de la ley Penal Sustantiva por parte del Juez de Sentencia y una contradicción de la doctrina legal aplicable, establecida por el A.S. N° 0134/2013-RRC referida a la obligación de control del tribunal de alzada, respecto a la subsunción efectuada por el inferior.

Alega asimismo, falta de motivación en el auto de vista: a) Respecto a las razones que llevaron al tribunal de apelación a determinar el aumento del quantum de la pena impuesta al procesado, atendiendo sólo a lo señalado por los querellantes en su recurso de apelación y dejando de lado lo expuesto en la impugnación de la defensa, en lo que respecta a la pertinencia de la aplicación de la atenuante expresada en el último párrafo del art. 349 del Cód. Pen.; hecho que alega como atentatorio del debido proceso en su elemento a la debida motivación de las resoluciones, así como del principio de legalidad compuesto por la taxatividad de la ley penal y de la seguridad jurídica; generándole un estado de indefensión; y, b) No explica de manera clara, cuál fue el defecto en cuanto a la valoración de la prueba, limitándose a señalar que "... las normas del correcto entendimiento humano, vinculadas a la apreciación y valoración de la prueba que fueron inobservadas o no aplicadas por el juez ..." (Sic), esquivando pronunciarse sobre el fondo de los agravios denunciados por su parte, haciendo a continuación una breve narración de los hechos para concluir que no hubo defectuosa valoración de la prueba, dejando de lado, el análisis de la lógica y la inferencia como componentes de la sana crítica a la cual está obligado el juez, pese a que explicó de manera clara cuál fue el error de apreciación cometido por dicha autoridad, como es la falta de valor probatorio otorgado a las testificales de descargo, de las cuales se puede deducir que su apoderado no se adueñó de dinero alguno, sino sólo fue quien recogió estos montos del Juzgado laboral para luego entregarlos a la persona que correspondía según el contrato de trabajo; extremo que se infiere también de la documentación ofrecida por el acusador. Lo que se omitió a tiempo de determinar su participación en el delito acusado así como para establecer el quantum de la pena; sesgando de esa forma, la garantía del debido proceso y contradiciendo la doctrina contenida en el A.S. N° 274/2012-RRC de 31 de octubre.

I.1.2. Petitorio.

EL recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 194/2016-RA de 21 de marzo, de fs. 458 a 461., este tribunal admitió el recurso formulado por Patricio Marcelo Vargas Camacho en representación de Sergio Antonio Verduguez Guzmán, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 01/2015 de 15 de enero, el Juez 1° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Sergio Antonio Verduguez Guzmán, autor de la comisión de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, previstos y sancionados por los arts. 345, 346 y 349-3 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas.

En el primer considerando de la sentencia, el Juez de Sentencia argumentó que, efectuada la valoración total de la prueba producida en juicio conforme lo dispuesto por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., llegó a la certeza de que el imputado Sergio Antonio Verduguez Guzmán, incurrió en los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, pues en su calidad de abogado y apoderado de Pedro Ignacio Basaure Forgues, había iniciado y tramitado un proceso laboral contra Lloyd Aéreo Boliviano pidiendo el pago de beneficios sociales de Bs 139.581.56, habiéndose dictado Sentencia que declaró probada la demanda y una vez ejecutoriada, el acusado había hecho cobros parciales hasta el total de Bs 82.041.84, razón por la que el querellante había solicitado al acusado la restitución de los dineros cobrados, sin que hasta la fecha de la Sentencia hubiera devuelto la suma de dinero que cobró.

II.2. De los recursos de apelación restringida.

II.2.1. Del recurso del acusador particular.

El apelante señala que en la sentencia existe incongruencia en la parte dispositiva porque no obstante señalar con precisión la existencia de agravantes y concurrencia de concurso ideal de delitos, el juez aplica la pena de dos años de reclusión, refiriendo que en la parte considerativa de la sentencia se señala la certeza de que el acusado Sergio Antonio Verduguez Guzmán adecuó su conducta a los tipos penales de apropiación indebida y abuso de confianza y que por ende existe concurso ideal de delitos conforme al art. 44 del Cód. Pen.; sin embargo, al momento de aplicar la pena, el juez considera adecuada una pena privativa de libertad de dos años de reclusión, tomando en cuenta que los fines de la pena son la enmienda y readaptación social. Consecuentemente, indica que el error en la aplicación de la norma, es el haber obviado las condiciones especiales en que se encontraba al momento de la ejecución del delito, la condición de profesional abogado del acusado, profesión que ha sido utilizada para cometer delitos.

Indicó que si se considera que existe concurso ideal y concurre la agravante del art. 349-3 del Cód. Pen., la pena deja de ser indeterminada y debe aplicarse la pena del delito más grave, en este caso el de apropiación indebida cuyo máximo es de tres años, por cuanto, la única facultad discrecional que otorga al juez el art. 44 del Cód. Pen., es el de poder aumentar el máximo hasta la mitad. Pero existiendo la agravante del art. 349 del Cód. Pen., calificada en la sentencia, corresponde que a la pena del delito mayor (tres años) se le aumente un tercio; esto es que la pena acorde y congruente entre la parte considerativa y la dispositiva, sea de cuatro años.

II.2.2. Recurso de apelación del imputado.

Denuncia que el Juez de Sentencia, no fundamentó debidamente la determinación de la sanción, pues refiere que si bien la pena fue correctamente impuesta, el de mérito no había especificado si tomó en cuenta la atenuante establecida por el art. 349 del Cód. Pen., pues al referir que en el caso de autos existiría concurso ideal de delitos, correspondería aplicar la sanción máxima del delito con mayor quantum de pena, el cual sería de tres años de privación de libertad, correspondiente al delito de apropiación indebida, pero aplicando la atenuante establecida por el artículo referido, el recurrente señala que a la pena máxima establecida por el tipo penal mencionado, correspondería la reducción de la pena en un tercio, por lo que, la misma quedaría reducida a dos años; bajo dichos argumentos el apelante, denunció que existe incongruencia entre la parte considerativa con la resolutive de la sentencia, prevista por el inc. 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

La sentencia incurrió en el defecto de Sentencia previsto por el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., porque el Juez de Sentencia no había realizado una correcta valoración de la prueba testifical de cargo y descargo, la cual demostraría que el imputado no se benefició con los dineros cobrados dentro del proceso penal seguido por Pedro Ignacio Basaure, representado en dicha demanda por el imputado y quien habría sido contratado por Fernando Ledezma hermano de Jorge Ledezma Salomón, éste último a quien el querellante, le había encomendado la realización de la demanda laboral, y quien mediante, Fernando Ledezma había contratado al imputado Sergio Antonio Verduguez Guzmán; durante el juicio Fernando Ledezma había reconocido que su hermano Jorge Ledezma contrató al imputado para la realización de la demanda laboral, y que habían tenido una reunión con el querellante Pedro Ignacio Basaure, Dr. Marañón Mendiña y Fernando Montaña Ocampo, en la cual Fernando Ledezma había reconocido haber recibido los dineros y los cuales estarían en su cuenta personal, manifestando que entregaría el dinero una vez que su cuenta sea descongelada; asimismo, el referido testigo había declarado que el dinero continua en su poder porque existiría compensaciones entre su hermano Jorge Ledezma y él por procesos que llevarían ambos y que el dinero que le entregó el imputado alcanzaría a la suma de Bs 35.000 a 45.000; hechos que a decir del recurrente demuestran que el imputado no se benefició con dinero alguno.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, por auto de vista impugnado, resolvió el recurso de apelación restringida interpuesto por los representantes legales del querellante y del imputado, declarando improcedente el recurso presentado por la defensa del imputado y procedente en parte el recurso interpuesto por la parte acusadora, declarando al imputado autor de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, tipificados por los arts. 345 y 346 del Cód. Pen., imponiendo la pena privativa de libertad de dos años y ocho meses, teniendo en cuenta el art. 44 y la agravante establecida por el art. 349-3 del Cód. Pen., más costas y reparación de daños civiles ocasionados a la víctima y al estado; bajo los siguientes argumentos expuestos en el considerando ii de la resolución impugnada.

En cuanto al supuesto defecto de sentencia previsto por el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., haciendo referencia a lo dispuesto por los AA.SS. Nos. 251/2012 de 12 de octubre y 214 de 28 de marzo del 2007, que dispondrían que el tribunal de apelación ante la denuncia de defectuosa valoración probatoria, tiene el objetivo de verificar si el inter lógico expresado en la fundamentación del fallo, en cuanto a la valoración de la prueba, se encuentre acorde con las reglas del recto entendimiento humano, a cuyo fin sería ineludible la obligación del apelante en señalar de manera precisa cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando la parte de la Sentencia en las que consta el agravio e indicar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas; que el imputado en su recurso de apelación restringida, no había expresado cuáles son las normas del correcto entendimiento humano vinculadas a la apreciación y valoración de la prueba que fueron inobservadas o no aplicadas por el Juez de Sentencia, tampoco había realizado una consideración lógica con base a las normas de la sana crítica y del correcto entendimiento, no había señalado el resultado que pretende o el que considera debió ser asumido por el juez de sentencia, limitándose a decir que existe errónea valoración de la prueba testifical de cargo y de descargo, porque el imputado no se había beneficiado con el dinero. Asimismo, argumenta el tribunal de apelación, que de la valoración descriptiva e intelectual de la prueba, llegó a la convicción de que el acusado en su calidad de abogado y apoderado de Pedro Ignacio Basaure Forgues inició y tramitó el proceso laboral contra el Lloyd Aéreo Boliviano, habiendo cobrado el monto de Bs 82.041.84, de los cuales el querellante y apoderado de Pedro Ignacio Basaure Forgues, había solicitado al acusado la restitución, sin que se hubiera devuelto el dinero a su legítimo propietario; por otro lado, refiere que si bien René Fernando Ledezma Salomón había reconocido que recibió la suma aproximada de Bs 34.000, no había admitido que fuera la suma total cobrada por el imputado.

Previo a resolver el motivo de apelación referido a la errónea aplicación de la norma sustantiva en cuanto a la imposición de la pena, el tribunal de apelación refirió que este aspecto fue reclamado por la parte querellante e imputada, el primero había referido que en el caso de autos correspondía aplicar la pena de cuatro años de privación de libertad al existir concurso de delitos, por lo que, debió aplicarse la pena mayor del delito más grave y al existir la agravante del art. 349 del Cód. Pen., agravar la pena en un tercio. Por su parte, la defensa del imputado había referido que aplicando la atenuante contenida en el art. 349 del Cód. Pen., la pena de dos años es la correspondía.

Después de hacer una remembranza de lo señalado por el Juez de Sentencia a tiempo de imponer la pena al imputado, el tribunal de apelación señaló que el juez de mérito incumplió con lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., al no respaldar adecuadamente sus conclusiones y no expresar las razones por las cuales correspondía aplicar los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., tampoco había señalado las razones por las que omitió considerar lo dispuesto por el art. 44 de la misma norma Sustantiva Penal, más cuando el propio juez había reconocido la existencia de concurso ideal; asimismo, no había señalado si correspondía o no aplicar la agravante y atenuante prevista por el art. 349 de la norma legal mencionada; por lo que con la facultad que le otorga el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de apelación, fundamenta que en el caso de autos el juez de mérito llegó a la convicción de que el imputado es autor de la comisión de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, por lo que, había afirmado la existencia de concurso ideal, pues con una sola acción había violado dos disposiciones legales que no se excluyen entre sí, es decir que cuando se habla de concurso se estaría frente a una pluralidad de delitos; bajo dicho argumento el tribunal de alzada, alega que corresponde aplicar lo dispuesto por el art. 44 del Cód. Pen., imponiendo la pena del tipo penal de apropiación indebida, el cual es de dos años de privación de libertad, asimismo, señala que los delitos cometidos por el imputado fue en razón de su profesión de abogado, aspecto que se encontraría descrito como agravante especial, la cual se encontraría descrita en el art. 349-3 de la norma Sustantiva Penal, por lo que, aplicando la referida agravante, correspondería agravar la pena en un tercio de los dos años

impuestos, siendo el mismo dos años y ocho meses, bajo estos argumentos el tribunal de apelación, refiere que corresponde declarar procedente en parte el recurso planteado por la parte acusadora e improcedente el recurso interpuesto por el imputado, porque el juez de sentencia no había establecido elementos para sostener que el imputado sólo hubiera hecho uso indebido del dinero que cobró por concepto de beneficios sociales correspondiente al querellante Pedro Ignacio Basaure.

III. Verificación de contradicción del auto de vista impugnado con los precedentes invocados

En el caso presente, el representante del imputado Sergio Antonio Verduguez Guzmán, denuncia que el tribunal de alzada incrementó la sanción impuesta sin considerar la atenuante contenida en la parte final del art. 349 del Cód. Pen. y que incurrió en falta de motivación al determinar el quantum de la sanción y esquivar en pronunciamiento sobre el fondo de la denuncia de falta de valoración probatoria, por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3 de la L.O.J. y 419 del Cód. Pdto. Pen., las salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., preceptúa: “Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance”. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: “Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar.”

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios; será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen.

III.2 Análisis del caso concreto.

El recurrente denuncia en su primer motivo, que el tribunal de apelación a tiempo de incrementar el quantum de la pena en aplicación de la agravante contenida en el art. 349 del Cód. Pen., no había tomado en cuenta la atenuante contenida en la parte final del referido artículo, motivo en el que invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 0134/2013-RRC de 20 de mayo, dictado dentro del proceso penal seguido por DV y otra contra OCP y otra, por la presunta comisión de los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, el cual tuvo como hechos generados de su doctrina, que el tribunal de apelación no ejerció un debido control en la labor de subsunción efectuada por el juez de sentencia, habiéndose limitado a asumir conclusiones genéricas sin la correspondiente motivación, vulnerando el derecho al debido proceso en su componente de la debida motivación, lo cual motivó la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable: “En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el Juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al Tribunal de apelación, por ello la motivación de la Sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.”

Existiendo una situación procesal análoga entre los hechos denunciados por el imputado y los que generaron la doctrina legal aplicable establecida por el precedente invocado, corresponde a este tribunal ingresar a establecer si existe o no contradicción entre la resolución impugnada, cuya falta de fundamentación se denuncia y el precedente invocado.

Conforme lo descrito en el inc. b) del acápite II.3 de la presente resolución, se establece que el tribunal de apelación previo a resolver el segundo motivo de apelación restringida, hizo una remembranza del motivo de apelación, señalando que el imputado había alegado que aplicando la atenuante contenida en el art. 349 del Cód. Pen., la pena de dos años sería la que corresponde; posterior a ello, el tribunal de apelación, argumentó que el Juez de mérito incumplió con el deber de fundamentar su resolución conforme a lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues no había respaldado sus conclusiones al no expresar las razones por las cuales correspondía aplicar los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen. y las razones por las que había omitido considerar lo dispuesto por los arts. 44 y 349 de la misma norma sustantiva; por lo que, con la facultad conferida por el art. 414 de la Ley Adjetiva Penal, el tribunal de apelación tomando en cuenta que el Juez de Sentencia afirmó la existencia de concurso ideal, pues el imputado con una sola acción había violado dos disposiciones legales que no se excluyen entre sí, a decir del tribunal de alzada, correspondería aplicar el art. 44 del Cód. Pen., imponiendo la pena del tipo penal de apropiación indebida de dos años de privación de libertad, y tomando en cuenta que el delito cometido por el imputado fue en razón de su profesión de abogado, aspecto que se encuentra previsto como agravante especial conforme lo señalado por el art. 349-3 de la norma Sustantiva Penal, correspondía agravar la pena impuesta, en un tercio, totalizando dos años y ocho meses. En cuanto al argumento del imputado, señaló que el mismo era improcedente,

puesto que el Juez de mérito, no había establecido elementos para sostener que el imputado solo hubiera hecho uso indebido del dinero que cobro por concepto de beneficios sociales correspondiente al querellante Pedro Ignacio Basaure.

De lo expuesto, teniendo en cuenta la doctrina señalada por el A.S. N° 210/2015-RRC de 27 de marzo, en sentido de que: “Es importante que en el análisis de las circunstancias alegadas, para una mejor comprensión, el Tribunal realice una reseña de los hechos denunciados en contra de la sentencia (motivos del recurso), sin que ello signifique todo el argumento del fallo, sino debe tener el debido cuidado de estructurar la resolución, de forma tal que contenga: i) el objeto de impugnación (motivos del recurso); ii) las consideraciones argumentativas que servirán de sustento a la decisión final, es decir, fundamentación (normativa legal, doctrinal o jurisprudencial que respalda el fallo) y motivación (explicación clara, específica, completa, legítima y lógica del porqué la normativa o doctrina es aplicable al caso en concreto); iii) las conclusiones, que deben ser el fruto racional del análisis de las cuestionantes denunciadas, contrastadas con las actuaciones cursantes en el proceso y la normativa aplicable citada en el fallo, finalmente; iv) la parte resolutive o dispositiva que debe ir en coherencia con lo analizado y las conclusiones arribadas (congruencia interna)”; se estableció de la revisión del auto de vista impugnado, se establece que el tribunal de apelación hizo una correcta fundamentación, pues en principio identificó el motivo de apelación, señalando que tanto el querellante como el imputado reclamaron la imposición de la pena, el primero señalando que la pena debía ser de cuatro años, al existir la agravante establecida por el art. 349 del Cód. Pen., y el segundo señalando que la imposición de la pena de dos años era correcta tomando en cuenta la existencia de la atenuante establecida por el mismo artículo referido precedentemente; seguidamente, el tribunal de alzada, señaló las normas aplicables al caso, las cuales no fueron consideradas por el juez de mérito a tiempo de imponer la pena y a fin de modificar el quantum de la pena impuesta, partió señalando que entre los hechos establecidos como probados por el de mérito, estaría la existencia del concurso ideal de delitos; asimismo, la acción típica cometida por el imputado fue sido en ejercicio de su profesión de abogado, circunstancia descrita como agravante especial por el inc. 3 del art. 349 del Cód. Pen., por lo que correspondía a decir del tribunal de alzada, agravar la pena impuesta por el juez de mérito, en un tercio, de dos años a dos años y ocho meses.

Fundamentos que este tribunal, advierte que son claros, expresos, completos, lógicos y legítimos, cumpliendo los parámetros de una resolución correctamente fundamentada conforme lo dispuesto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; asimismo, se advierte que en sus fundamentos de manera clara, señaló que el juez de mérito no había establecido ninguna circunstancia que determine que el imputado únicamente hubiera hecho uso indebido del dinero que cobro; por lo que, no es evidente que el tribunal de apelación hubiera omitido considerar la atenuante establecida por el referido artículo, determinación asumida por el tribunal de apelación en uso de la facultad conferida por el art. 414 primer párrafo, resulta correcta por cuanto a tiempo de corregir el quantum de la pena, no determinó nuevos hechos menos revalorizó prueba, por sino que se limitó a destacar como hecho no probado en la sentencia que el imputado únicamente hubiera hecho uso indebido del dinero, por lo que no correspondía aplicar la atenuante prevista en la parten in fine del art. 349 de la norma Sustantiva Penal.

En el segundo motivo de casación, el recurrente denuncia la falta de motivación del auto de vista impugnado, por dos razones: a) Falta de exposición de las razones que llevaron al tribunal de alzada, a determinar el aumento del quantum de la pena, atendiendo sólo lo señalado por la parte querellante y dejando de lado los argumentos expuestos por la defensa, en cuanto a la pertinencia de la aplicación del último párrafo del art. 349 del Cód. Pen., b) Esquivó pronunciarse sobre el fondo del agravio referido a la falta de valoración de la prueba testifical de cargo corroborada por la documentación ofrecida por el acusador, denuncia que había sido respondida de manera general con el argumento de que se cumplieron las normas del correcto entendimiento humano, motivo en el que el imputado invocó como precedente contradictorio la siguiente resolución:

El A.S. 274/2012-RRC de 31 de octubre, dictado dentro del proceso penal seguido por ACC contra PAB y otros, por la presunta comisión de los delitos de injuria, alteración de linderos y perturbación de posesión, en el cual se evidenció que el tribunal de apelación a tiempo de rechazar el primer motivo de apelación, no cumplió con el deber de fundamentar adecuadamente su resolución; en cuanto al segundo motivo de apelación, sin observar lo previsto por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., no ingresó a resolver el fondo de la cuestión planteada por supuesto incumplimiento de requisitos de forma; lo cual motivó la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable: “Los arts. 115-I y 180-II de la C.P.E., reconocen los derechos a la tutela judicial efectiva y de recurrir los fallos judiciales, al disponer que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; estos derechos, considerados como los que tiene toda persona de recurrir ante un Juez o Tribunal Superior competente e imparcial, para hacer valer sus pretensiones, sin dilaciones indebidas ni argumentaciones evasivas; derechos que, forman parte del debido proceso y son reconocidos por los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 8; y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8-2-I-h).

Como uno de los elementos constitutivos del debido proceso, se encuentra el derecho a recurrir de los fallos, el cual está íntimamente vinculado a la tutela judicial efectiva, que supone el derecho de acceso a los órganos de justicia con la posibilidad de reclamar la apertura de un proceso para obtener una resolución debidamente motivada, en dicho supuesto, el derecho al debido proceso se tendrá cumplido y con ello el derecho de recurrir y por supuesto la tutela judicial efectiva.

Asimismo, es indispensable que cada punto impugnado en la apelación restringida debe ser respondido por el tribunal de apelación mediante una resolución, misma que debe estar debidamente fundamentada, respondiendo puntual y objetivamente al fondo de la denuncia o denuncias realizadas, sin que la argumentación vertida sea evasiva, contradictoria, confusa o arbitraria; de ser así, significaría que no existe fundamentación debida, como ocurre en el presente caso; puesto que, no habiendo realizado el tribunal de alzada al emitir el A.V. N° 153/12 de 23 de agosto, ninguna observación inicial a los motivos primero y segundo del recurso de apelación restringida del recurrente, los declaró contradictoriamente inadmisibles por cuestiones de forma, sin que obtenga un pronunciamiento de fondo debidamente fundamentado a sus reclamos, constituyendo este hecho en defecto absoluto no susceptible de convalidación, lo cual vulnera el debido proceso en sus elementos del derecho a recurrir fallos judiciales y a la tutela judicial efectiva, dejando en estado de indefensión al recurrente, puesto que al no haber realizado observaciones inicialmente, debió emitir un pronunciamiento de fondo fundamentado sobre las cuestiones planteadas.

Además, todo tribunal de alzada, que advierta en el examen inicial del recurso de apelación restringida el incumplimiento a las previsiones de los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., debe conminar al apelante a que precise lo observado, pero no declarar inadmisibile el recurso, sin dar oportunidad a que el recurrente subsane los defectos de forma, en aplicación estricta de la previsión legal contenida en el art. 399 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario significa desconocer la doctrina legal establecida al respecto por este tribunal, con directa afectación al derecho a la tutela judicial efectiva integrante del derecho al debido proceso.

En el presente caso, se evidencia la existencia de un fallo dictado sin el cumplimiento de las reglas del debido proceso, que constituye defecto absoluto al tenor del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., lo que amerita en aplicación del art. 419 de la Ley Adjetiva Penal, dejar sin efecto el auto de vista recurrido, para que las omisiones observadas sean subsanadas.”

Existiendo una situación procesal análoga entre los hechos que motivaron la emisión de la doctrina legal aplicable sentada por el precedente invocado, y el motivo de casación, referido a la falta de motivación, corresponde ingresar al análisis de fondo a fin de establecer la existencia o no de la contradicción denunciada.

Al respecto en cuanto al primer aspecto que no habría sido resuelto con la debida motivación, este tribunal establece que el reclamo de “No explicar las razones que llevaron a determinar el incremento del quantum de la pena, atendiendo sólo los argumentos de la parte querellante y omitiendo lo expuesto por el imputado”, es idéntico al resuelto por este tribunal en el acápite precedente, en el cual de manera clara y precisa se estableció que el tribunal fundamentó de manera adecuada las razones que justifican el aumento del quantum de la pena; asimismo, se estableció de manera precisa, porque razón no consideró la aplicación de la atenuante prevista por la parte in fine del art. 349 del Cód. Pen., por lo que, al haberse resuelto este aspecto, no corresponde repetir los argumentos expuestos en la resolución del primer motivo de casación planteado por el imputado.

En cuanto al segundo aspecto, referido a la supuesta falta de motivación del auto de vista a tiempo de resolver el motivo de apelación fundado en la existencia del defecto de sentencia previsto por el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., se observa que el tribunal de apelación en el considerando ii de la resolución impugnada, hizo una correcta identificación de los argumentos expresados por el imputado a fin de sustentar la supuesta defectuosa valoración de la prueba testifical de cargo y descargo, seguidamente hizo referencia a la doctrina legal establecida por este tribunal, sobre la labor que debe realizar el tribunal de apelación ante la denuncia de defectuosa valoración probatoria y qué requisitos deben ser expresados por el apelante; para luego argumentar que el imputado en su omisión expresó qué normas del correcto entendimiento humano vinculadas a la apreciación y valoración de la prueba, habían sido inobservadas o no aplicadas por el juez de mérito, añadiendo que tampoco realizó una consideración lógica con base a las normas de la sana crítica y del correcto entendimiento, limitándose a señalar que existe errónea valoración de la prueba testifical de cargo y de descargo, porque el imputado no se había beneficiado con el dinero. Por otra parte, el tribunal de apelación destacó que en juicio conforme a la valoración descriptiva e intelectual de la prueba, el Juez de Sentencia, había llegado a la convicción de que el acusado en su condición de abogado y apoderado del acusador, inició y tramitó un proceso laboral, llegando a cobrar la suma de Bs. 82.041.84, sin que hasta ese momento hubiera sido devuelta a su legítimo propietario y que el testigo René Fernando Ledezma Salomón había reconocido que recibió la suma aproximada de Bs. 34.000; empero, no había afirmado que fuera la totalidad del monto cobrado por el imputado.

Los argumentos expuestos por el tribunal de apelación, demuestran que la Resolución impugnada, identifica de manera precisa las razones por las cuales desestimó el reclamo del imputado en apelación fundado en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., pues en principio como se dijo precedentemente identificó de manera correcta el motivo de apelación, efectuó un análisis de los argumentos del apelante y de manera correcta, determinó que el imputado, no expresó qué normas del correcto entendimiento humano habían sido inobservadas o inaplicadas por el Juez de mérito, relacionando éstas con la prueba valorada defectuosamente a decir del imputado, pues como se estableció mediante la amplia doctrina legal señalada por este Tribunal, entre ellos el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, se estableció que: “(...) El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los Tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el inter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuales son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en la que consta el agravio.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el Tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; (...)”

Es decir, constituye una carga procesal la obligación del apelante que fundamenta su recurso en el defecto de sentencia relacionado con la defectuosa valoración probatoria inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., señalar que normas de la sana crítica fueron infringidas; a cuyo efecto, el apelante debe necesariamente identificar sobre que pruebas recayó el error en la apreciación de la prueba, en qué parte de la sentencia se encuentra el error, además de fundamentar de manera correcta por qué la apreciación intelectual del Juez de Sentencia respecto de una determinada prueba, en criterio del apelante es defectuosa. En el caso de autos, evidentemente el imputado, solo alegó defectuosa valoración de la prueba testifical de cargo y de descargo, más no señaló cuál fue ese error en el proceso intelectual desarrollado por el juez de mérito; por el contrario, de manera equivocada el apelante expuso su propia apreciación de la prueba, al limitarse a señalar que de las

declaraciones testificales de Fernando Ledezma y Fernando Pedro Montalvo Ocampo, se establece que él no se benefició con el dinero y que el primer testigo referido tiene parte del dinero; este argumento del imputado, no demuestra el error en el proceso intelectual de apreciación de la prueba realizado por el Juez de mérito, falencia que se nota cuando el apelante, no hace referencia a cuál es el valor otorgado por el a quo, a las pruebas testificales referidas, a que conclusión llegó el de mérito con base a dichas pruebas y porque razón esa conclusión sería errónea.

Por lo expuesto, este tribunal establece que el análisis y conclusiones a las que llegó el tribunal de apelación respecto al motivo de apelación analizado, son correctos y sus argumentos aunque no son amplios son suficientes para determinar la corrección de la decisión asumida; no siendo evidente que la resolución impugnada sea contraria a alguno de los precedentes invocados por el recurrente más cuando se tiene presente que tanto la jurisprudencia constitucional como la emitida por este tribunal ha sostenido de manera reiterada que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que puede ser concisa, pero clara y satisfacer los puntos denunciados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente sus decisión, tal como sucede en el presente caso, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de casación.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Patricio Marcelo Vargas Camacho en representación de Sergio Antonio Verduquez Guzmán de fs. 426 a 428.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



294

Ministerio Público y otro c/ Hugo Paco Mariscal y otro
Falsedad ideológica agravada
Distrito: Chuquisaca

AUTO DE VISTA

Sucre, 09 de agosto de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida de fs. 180 a 186, interpuesto por el procesado Hugo Paco Mariscal contra la Sentencia N° 05/2016, leída en forma íntegra en 04 de marzo de 2016, de fs. 115 a 125 y vta.; pronunciada por el Tribunal de Sentencia N° 2 en lo Penal de la Capital, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Gobierno Autónomo Departamental de Chuquisaca contra el impugnante, por el delito de falsedad ideológica agravada; los antecedentes remitidos en alzada; el memorial de subsanación del recurso de fs. 215 a 218; las normas legales pertinentes; y.

CONSIDERANDO: I.- Que tramitado el proceso penal de referencia, en los términos que informa el acta de juicio de fs. 104 a 114, el tribunal de la causa pronunció la Sentencia N° 05/2016, leída en su integridad en 04 de marzo de 2016, cursante a fs. 115 a 125, en la que resolvió declarar al procesado Hugo Paco Mariscal, autor y culpable del delito de falsedad ideológica agravada, previsto y sancionado por el art. 199, en su segunda parte, del Cód. Pen.; imponiéndole la pena de 5 años de privación de libertad a cumplirse en la Cárcel Pública de San Roque de esta ciudad. Ocasionando que dicho fallo judicial sea apelado por el sentenciado, en los términos expuestos en el memorial de fs. 180 a 186; recurso que tramitado conforme a ley, es respondido por el Ministerio Público a fs. 201 a 204 y los abogados apoderados de la institución víctima, a fs. 205-206; instruyéndose su remisión ante el tribunal de alzada, que se cumple conforme dan cuenta el oficio de fs. 210 y el formulario de distribución de causas nuevas del sistema informático IANUS de fs. 211, que asignó en sorteo a esta Sala Penal Segunda, en la que, se efectuó las observaciones al recurso formulado, a través del proveído de fs. 212, procediéndose luego al sorteo de la causa, conforme da cuenta el sello de sorteo de fs. 223 vta., emitiéndose en consecuencia, la presente resolución.

CONSIDERANDO: II.- En primer término, corresponde a este tribunal formular el juicio de admisibilidad del recurso interpuesto, teniendo en cuenta las previsiones de los arts. 394, 396-3, 407 y 408 de la L. N° 1970; a cuyo fin, se tiene que: a) de la revisión de los antecedentes que cursan en el expediente, se establece que el recurrente fue notificado con la sentencia objeto del recurso, en 15 de marzo de 2016 (fs. 130), habiendo presentado su recurso de apelación restringida en 06 de abril del mismo año, cual consta del timbre electrónico adherido a la primera hoja del recurso (fs. 180); consiguientemente, dentro del plazo conferido por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., computado

en la forma determinada por el art. 130 del Cód. Pdto. Pen.; b) el recurrente es parte del proceso, al ser el procesado, por lo que se encuentra legitimado para apelar; c) la Resolución que impugna es una sentencia, la que sí es recurrible a través del recurso de apelación restringida formulado, conforme lo establece el art. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen.; d) en cuanto al requisito general de fundamentación exigido por el art. 396-3, y específico previsto en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; se tiene que este tribunal, al cumplimiento precisamente de la última norma procesal penal citada, por providencia de 12 de mayo de 2016, de fs. 212, efectuó las siguientes observaciones al recurso interpuesto: "...Por mandato del art. 408 del Cód. Pdto. Pen., con relación a la forma y contenido de interposición del recurso, claramente señala que se deben "citar concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende de ellas. De igual manera, debe indicarse de forma separada cada violación debidamente fundamentada".

Revisado el memorial de recurso de apelación restringida, interpuesto por el condenado Hugo Paco Mariscal, se advierten las siguientes omisiones: 1.- En cuanto a los tres motivos de apelación, si bien el recurrente identifica normas que considera vulneradas o erróneamente aplicadas por el a-quo, no señala la aplicación que pretende de cada una de ellas, no siendo lo mismo la forma de resolución que se pretende del tribunal de alzada.

Ante tales defectos y omisiones en aplicación del art. 399, primer párrafo del mismo cuerpo legal, se concede el plazo de 3 días a los recurrentes para subsanar lo puntualizado, bajo conminatoria de rechazo.

Que de acuerdo a lo establecido por el A.S. N° 174/2013 de 19 de junio, emitido por la Sala Penal del Tribunal Supremo: "el recurrente no podrá invocar nuevas denuncias, fuera de las expuestas en el recurso de apelación" (sic); por lo que, y habiendo sido notificado el impugnante con dicha providencia de observación, el día viernes 13 de mayo de 2016, a hrs. 15:07, conforme consta de la diligencia de notificación asentada a fs. 213, presentó su memorial de "subsanación" que cursa de fs. 215 a 218, a hrs. 15:59 del día 18 del mismo mes y año, cual se advierte del timbre electrónico adherido a la primera hoja de dicho memorial (fs. 215); es decir, dentro de los 3 días hábiles concedidos; teniéndose que, respecto a las observaciones efectuadas al recurso; el impugnante, en cuanto al primer motivo, observado, aclara que en la Sentencia apelada se incumplió lo previsto por el núm. 1 del art. 360 del Cód. Pdto. Pen.; respecto de la errónea mención a jueces ciudadanos, cuando el tribunal sólo está conformado por jueces técnicos; así como respecto de la transcripción de toda su declaración testifical en dicho fallo judicial, cuando aquello no está permitido, aclara que lo que pretende es que la sentencia apelada exprese lo previsto por el art. 360-1 del Cód. Pdto. Pen.; con ello, se tiene por subsanada dicha observación efectuada por este tribunal a ese primer motivo del recurso, y se admite el mismo en lo que corresponda en derecho.

En cuanto a lo observado en relación al segundo motivo del recurso, se advierte del memorial de "subsanación" que, si bien en dicho memorial se acusa la existencia de "falta de fundamentación y fundamentación incongruente", debido a una "defectuosa valoración probatoria", y se destaca que "no debió valorarse la acusación particular, por haber sido presentada fuera del plazo legal concedido para ello", resulta evidente que no de manera clara, cuál la aplicación que pretende de las normas legales que acusa de infringidas, contenidas en los arts. 359-2, 360-2del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo, atendiendo a la última doctrina legal aplicable emanada de la sala penal del Tribunal Supremo, prevista entre otros, en el A.S. N° 301/2016-RRC de 21 de abril, este motivo recursivo, se lo admite de manera excepcional para pronunciamiento de fondo en todo cuanto corresponda en derecho.

En cuanto al tercer motivo del recurso, en el que se alude la existencia de los defectos de sentencia contenidos en los núm. 1 y 3 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y acusa como normas violadas los arts. 124 del CPP y 199 del C.P., alegando "falta de enunciación del hecho juzgado" y "falta de adecuación de su conducta al tipo penal por el que ha sido condenado"; sin embargo, al igual que en el segundo motivo, no fundamenta qué aplicación pretende de tales normas legales acusadas de infringidas, pese a ello a este motivo, también resulta aplicable la última doctrina legal emanada de la Sala Penal del Tribunal Supremo, prevista entre otros, en el A.S. N° 301/2016-RRC de 21 de abril, por lo que de manera excepcional también se admite el presente motivo del recurso para su pronunciamiento en el fondo en lo que corresponda en derecho.

CONSIDERANDO: III.- Que admitidos los tres motivos del recurso de apelación restringida en los términos expuestos supra, corresponde establecer las alegaciones traídas en los mismos, las que emergentes del memorial de apelación de fs. 180 a 186 y el de subsanación de fs. 215 a 218, son las siguientes:

1.- En el primer motivo del recurso, se acusa la "inobservancia de la reglas previstas para la redacción de la sentencia, por inobservancia del inc. 10 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; con relación al no cumplimiento del inc. 1 del art. 360 del mismo Código, con desconocimiento de la tutela judicial ex efectiva y seguridad jurídica"; al respecto, destaca el impugnante, que a fs. 115 del cuaderno, en la parte considerativa de la sentencia que apela, se hace mención a "Jueces ciudadanos", siendo que durante toda la sustanciación del proceso, no se ha llevado a cabo ante jueces ciudadanos, sino, ante los tres jueces técnicos del Tribunal de Sentencia, en virtud a la reforma introducida por la L. N° 586, que no contempla la participación de Jueces ciudadanos.

Asimismo, y como otra reclamación, respecto de sus datos personales, conforme a la posibilidad establecida por el núm. 1 del art. 360 del Cód. Pdto. Pen., reclama el referir la sentencia "acusada" siendo él persona de sexo masculino; cuan y reclama la transcripción in extenso de su declaración, porque entiende qué tampoco implicaba que -tenga que transcribirse in extenso su declaración prestada ante el tribunal, porque según el impugnante, ello importaría apela indicio anticipado dicha prueba para incriminarlo, calificado -dice- como un método prohibido por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen.; lo que según el recurrente, hace que se desconozca su derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, y que cae en la previsión del art. 169-1 y 3 del Cód. Pdto. Pen., porque el tribunal a quo, no observó -dice- la regla prevista por el art. 360-1 del mismo Código Adjetivo de la materia.

En su memorial de subsanación, aclara que lo que pretende de la norma legal acusada de inobservada, es que la misma sea cumplida por el tribunal a quo.

2.- En el segundo motivo del recurso de apelación, acusa la existencia de defecto absoluto, por la concurrencia de los defectos de Sentencia previstos en los núm. 5, 6 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; al respecto, el impugnante, refiere que el tribunal de mérito en el punto 3 de la sentencia recurrida, hace mención a la acusación fiscal y particular; pero que sin embargo, esta última (acusación particular), en su criterio, no debió ser valorada, ni tomada en cuenta, por haber sido presentada fuera de plazo, después de un día, lo que a decir del impugnante, constituye un defecto absoluto; y refiere que en el mismo punto de la sentencia, el tribunal hace mención a que la institución víctima lanzó la convocatoria a través de la secretaría departamental de desarrollo, destacando que dicha relación no existe en ninguna acusación, querrela o denuncia, precisando que la sentencia no refiere cuál secretaría fue la que emitió la convocatoria, si la de desarrollo social o la de desarrollo productivo, destacando que fue la última señalada, conforme se demuestra con toda la prueba producida.

Así mismo, afirma que en el mismo punto 3 de la sentencia apelada, se hace mención al informe final de evaluación y recomendación AMPE, que recomienda al RPC adjudicar; precisando que ahí existe una contradicción, porque si bien en la acusación se habla de RPC, contradiciendo la acusación particular que habla de RPA, el D.S. N° 181, establece la modalidad de contratación AMPE, por la cuantía, es RPA (Responsable del Proceso de Contratación), conforme se establece en sus arts. 13 y 34 de dicho Decreto Supremo.

Así mismo, manifiesta que a fs. 116, en el mismo punto 3 de la sentencia apelada, se hace referencia al formulario de ingreso a almacenes y conformidad de egreso, en el que su persona y otros dieron fe, de ello destacando que entre la acusación fiscal y particular, existe contradicción en los porcentajes de plantas de vid ingresadas y egresadas, no sabiendo el impugnante, cómo llega el tribunal a la conclusión que arriba en el fallo recurrido, si existen esas contradicciones.

Del mismo modo, refiere que el tribunal de juicio llegó a la conclusión de que se canceló Bs 999.3341, monto descrito en la acusación fiscal y particular, lo que no está de acuerdo, y menos en relación a las pruebas producidas que identifica.

Precisa también, que a fs. 117 de la Sentencia, relativa a la prueba PD1 h) refiere a los documentos de cargo, que es expedida por el señor Marcelino Coronado Mendoza, en su calidad de Responsable de Contratación (RPA), no como responsable del proyecto, como erróneamente se dice en la sentencia, destacando que dicha prueba ha sido mal valorada, puesto que consta sólo la firma de dicho ciudadano y de ninguno más. Aconteciendo lo mismo, respecto de la prueba signada como PD1 n), relativa a la Minuta de contrato, prueba sobre la cual el tribunal "emite" una mala interpretación, porque si bien dicha ciudadana procede a firmarla, pero en ningún momento refieren que ella firma como representante legal de la empresa unipersonal "Pro Agro".

Así mismo, y en cuanto a la prueba signada como PD1 o), relativa a un oficio emitido por el ciudadano Marcelino Coronado Mendoza, responsable del "proyecto" de contratación, cuando éste era responsable del proceso de contratación, según el D.S. N° 0181.

Afirma el apelante que a fs. 118 de la sentencia, respecto de la valoración de la prueba signada como PD4 b), sólo se refiere al extracto bancario, pero no señala que el mismo es parte de la documentación de respaldo de la Nota de 25 de noviembre de 2013, con Cite Tesorería y CP/MQM N° 737/2013, cuyo contenido transcribe, concluyendo que, con dicha documentación, se demuestra que a la Sra. Karen Elizabeth Mamani Ancalle, por el proceso de contratación, se le llegó a pagar un sólo cheque por un monto de Bs 317.959.00, pero el tribunal sólo valora la nota enviada por la Jefe de Tesorería y Crédito Público, del Gobierno Autónomo Departamental de Chuquisaca, y no así la señalada documentación.

Destaca así mismo, que a fs. 122 de la sentencia apelada, en la conclusión segunda, refiere a un hecho, demostrado con la declaración de los testigos que identifica, aclarando que ninguno de esos testigos dijo lo concluido por el tribunal de juicio, principalmente por las dos últimas personas, y que sólo se acreditó el hecho por las testificales brindadas por Mario Desiderio Gutiérrez Espada y Gabriela Cuéllar Balcera.

Refiere que en la conclusión tercera de la Sentencia recurrida, se alude que su persona, fue contratado como responsable del "Proyecto" de contratación, pero que de acuerdo al documento que valora, fue contratado como responsable del "Proceso" de Contratación, que no es lo mismo.

Precisa que en la conclusión tercera de la sentencia, se hace mención a que el hecho, también fue demostrado por la declaración de Norma Chavarría Flores, pero que dicha testigo en ningún momento refirió nada sobre esos hechos.

Sostiene que en la conclusión segunda de la sentencia, se hace mención a que el hecho demostrado ahí, estuviera acreditado por las declaraciones de los testigos Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental, destacando que revisada el acta de audiencia de juicio, se concluye, que en ningún momento las testigos Aurelia Ojeda Vela Zárate y Norma Chavarría Flores, en su testifical, refirieron nada respecto de las cosas que concluyeron -se entiende el Tribunal-, acusando por ello, la errónea valoración de dichas testificales, y que el hecho, sólo se acreditó por las declaraciones de los testigos Mario Desiderio Gutiérrez Espada y Gabriela Cuéllar Balcera.

Manifiesta que a fs. 122 vta., en la cuarta conclusión de la Sentencia, refieren "(...) a dicho efecto se emitió el memorándum DDDP-RPA N° 66/11 de 18 de octubre de 2011, expedido por Marcelino Coronado Mendoza, responsable del proyecto de contratación dirigido a César Wilson Rodríguez y otros, donde designa para que formen parte de la comisión de recepción (...);" pero que de acuerdo a dicho documento, el Sr. Marcelino Coronado Mendoza, es Responsable de Procesos de Contratación (RPA), conforme al D.S. N° 0181.

Refiere que a fs. 123, última parte de la cuarta conclusión de la sentencia, el tribunal dice "hecho acreditado por la declaración testifical de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental (...)" y, sin embargo, revisada el acta de audiencia pública de juicio de fs. 104 a 114, dichos testigos, a excepción de la testigo Norma Chavarría Flores, en ningún momento se refirieron a ningún hecho para fundar dicha conclusión.

Afirma que a fs. 123, en la última parte de la quinta conclusión de la Sentencia, el Tribunal dice "hecho acreditado por la declaración testifical de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarria Flores y la prueba documental (...)" y revisada el Acta de audiencia pública de juicio de fs. 104 a 114, dichos testigos no refirieron ninguno de los hechos que se describen en esa conclusión.

Sostiene que a fs. 123 vta., último párrafo refiere la sentencia que "a consecuencia de lo analizado se obtuvo desembolsos de Bs 317.9595 y Bs 682.035; pero este último monto no ha sido probado; y ni siquiera, toman en cuenta la Nota de 25 de noviembre de 2013, con cite Tesorería y CP/MQM No. 537/2013, donde la Jefe de Tesorería y Crédito Público del Gobierno Autónomo de Chuquisaca, informa a la directora del área de finanzas, que revisado el sigma y sigep, se identifica que el 25 de noviembre de 2013, a la Sra. Karen Elizabeth Mamani Ancalle, por el proceso de contratación "adquisición de plantines injertadas de vid. Proyecto en el cañón de los Cintis, se le canceló un monto de Bs 317.959

Destacando el apelante, que todos esos elementos, unidos a la no probanza de los desembolsos efectuados, error en la identificación y cualidades del acusado, confundiendo como profesional, cuando sólo ostenta la calidad de egresado de Ingeniería Comercial, unido a la utilización de su declaración y última palabra, en su contra, la sentencia debe ser anulada, porque no cumple con el voto de la debida fundamentación; defectos que no pueden convalidarse, porque encierran contradicción, incongruencia y valoración defectuosa de las pruebas; incumpléndose el art. 124 de la C.P.E. (se entiende que lo correcto es Cód. Pdto. Pen.), desconociendo los principios del debido proceso, legalidad y presunción de inocencia; al respecto, invoca la jurisprudencia constitucional contenida en la S.C.P. N° 0648/2012 de 02 de agosto, relativa al debido proceso y fundamentación y debida motivación de los fallos judiciales.

3.- Como tercer motivo del recurso, afirma el apelante la existencia de los defectos de sentencia previstos en los núms. 1 y 3 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., relativos a que falte la enunciación del hecho o su determinación circunstanciada, así como la inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva; ello, porque según el impugnante, en la Sentencia que apela, no se encuentra el hecho criminoso atribuido (no especifica, dice, el lugar menos el momento del hecho delictivo atribuido a su persona), y no refiere de forma correcta y circunstanciada, el cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal de falsedad ideológica, que son: "el que insertare o hiciere insertar", puesto que en el proceso, en ningún momento se acreditó que su persona insertó esa información falsa en el documento público acusado de falso, o que hubiere hecho insertar; y afirma que no sabe cómo el tribunal llega a esa conclusión, y que tampoco sabe con quién había hecho insertar esos datos falsos.

Concluye solicitando -en el memorial principal de apelación- los motivos impugnativos, y según corresponda me otorgaron la tutela impetrada en cada motivo, con la condenación en costas por cada agravio"; y en el memorial de subsanación refiere "lo declaren probado (recurso de apelación) y dispongan en su lugar el juicio de reenvío por ante otro tribunal, de acuerdo a lo establecido por los arts. 408 y ss. del Cód. Pdto. Pen."

CONSIDERANDO IV.- Que, establecidos los cuestionamientos expuestos en el recurso de apelación restringida, se pasa a resolver los mismos. No sin antes, puntualizar que el instituto procesal en examen, cual lo establece el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., sólo procede por inobservancia o errónea aplicación de la Ley Sustantiva o Adjetiva, así como por defectos absolutos, que a su vez importan nulidad de obrados, o por los defectos de Sentencia establecidos en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

1.- Que hecha la precisión anterior; y respecto a los motivos recursivos por su orden, este tribunal de alzada resuelve en los siguientes términos:

En cuanto al primer motivo del recurso de apelación restringida, cuyos fundamentos han sido resumidos en el considerando anterior, referido a que el Tribunal de Sentencia hubiera incurrido en la inobservancia de las reglas previstas para la redacción de la sentencia, con infracción del art. 360-1 del Cód. Pdto. Pen., defecto de sentencia, según el impugnante, previsto por el núm. 10 del art. 370 del mismo Código; al respecto, este tribunal evidencia inicialmente que, el hoy impugnante, confunde totalmente los "requisitos" que debe contener toda sentencia penal, enumerados en el art. 360 del Cód. Pdto. Pen., con las "reglas" que deben observarse al momento de su redacción y su lectura, detallados por el art. 361 del mismo Código, que es a lo que se refiere el defecto acusado en el recurso en examen, y descrito en el núm. 10 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; de lo que se concluye que el impugnante ha invocado un defecto incongruente con los fundamentos del primer motivo de su apelación; sin tomar en cuenta, además que los defectos de redacción o simples guarismos, como los señalados en este primer motivo del recurso, de ninguna manera importan defecto absoluto previsto en el art. 169 del Cód. Pdto. Pen., ni ameritan la nulidad de la sentencia apelada, puesto que, los errores que puntualiza, constituyen simplemente lapsus calamis del tribunal a quo; pues como correctamente lo precisa el propio apelante en su recurso, que en la sustanciación de la etapa de juicio y la emisión de la sentencia, no ha integrado el tribunal de juicio ningún juez ciudadano, y sólo ha sido sustanciado y resuelto por los tres jueces técnicos que conforman dicho tribunal. Por lo puntualizado y concluido, esta primera sub reclamación carece en absoluto de mérito y deviene en improcedente.

Que acontece lo propio, en relación a la segunda sub reclamación de este primer motivo del recurso, relativa a que se hubiera transcrito in extenso su declaración brindada en la audiencia de juicio, siendo que eso estuviera prohibido por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen., al respecto cabe precisar que la transcripción que refiere, es parte de la fundamentación probatoria descriptiva, y con ello no se infringe el art. 93 del Cód. Pdto. Pen., invocado que no contiene la prohibición pretendida por el apelante. Por otra parte, debe tenerse presente, que al haber el hoy impugnante decidido de manera voluntaria prestar su declaración ante el tribunal de juicio y haberse ese acto enmarcado a la ley, el tribunal se halla obligado a tenerla, considerarla y valorarla en su integridad, y no sólo en lo que le fuera favorable al acusado; precisamente cumpliendo con el requisito de la sentencia, inserto en el núm. 2, en su segunda parte, del art. 360 del Cód. Pdto. Pen., precisaba reproducirla, y lo ha hecho, cual corresponde en la fundamentación probatoria descriptiva, no advirtiendo este tribunal y tampoco lo ha puntualizado el apelante, que en su recepción, transcripción y luego valoración, el tribunal a-quo hubiera incurrido en las causales de prohibición establecidas por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen., que más bien, pese a ser genérica, adquiera mayor relevancia tratándose de su declaración informativa

brindada ante el fiscal del proceso, y están vinculadas y que a la declaración en juicio, normada expresamente por el art. 346 del Cód. Pdto. Pen.; que es la que en definitiva se ha aplicado y cumplido en el caso de la declaración brindada en juicio por el hoy impugnante; cual emerge del acta, de ahí que ninguna de las cuestiones reclamadas en este primer motivo del recurso, son acogibles porque carecen de mérito, por ello, este motivo recursivo deviene en improcedente.

2.- Que en cuanto al segundo motivo del recurso; en el que se acusa que en la sentencia apelada "se ha incurrido en defecto absoluto, por la concurrencia de los defectos de sentencia previstos en los núms. 5, 6 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen."; porque según el impugnante, el tribunal a quo, hace mención a la acusación fiscal y particular; pero que sin embargo, esta última (acusación particular), en su criterio, no debió ser valorada, ni tomada en cuenta, por haber sido presentada fuera de plazo, después de un día, y porque en la valoración de la prueba testifical y documental que identifica en su recurso, el a quo habría incurrido en defectuosa valoración probatoria, incurriendo a su vez en fundamentación contradictoria e incongruente; en la forma detallada y resumida en el anterior considerando; al respecto, si bien el ahora apelante hace una simple alusión a que en la sentencia se hubiera incurrido en "defecto absoluto, por la concurrencia de los defectos de sentencia previstos por los núms. 5, 6 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.", que están referidos a que "no exista fundamentación o que ésta sea insuficiente"; así como que la sentencia "se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba", y en la "inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación"; se concluye inicialmente que de manera defectuosa acusa conjuntamente 3 defectos de sentencia previstos independientemente por su diversidad en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que por ello ameritan ser abordados y expuestos en motivos individuales; es decir, cada defecto un motivo recursivo independientemente formulado uno de otro, a objeto de que el tribunal de alzada, resuelva cada defecto con suficiencia, congruencia y pertinencia, en el marco de las alegaciones puntuales que respecto a cada uno de ellos plantee el apelante. Los señalados tres defectos de sentencia, que a su vez contienen varios supuestos que son totalmente independientes, con la acusación llana de que el tribunal a quo, hubiera incurrido en inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; realizando el apelante su propia valoración probatoria y pretendiendo que este tribunal ingrese a revalorizar la prueba compulsada por el a-quo con atribución propia, así como a rever los hechos también previamente establecidos por el tribunal de juicio, atribución con la que no cuenta este tribunal de alzada, conforme lo tiene establecido la uniforme doctrina legal emanada de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras en los AA.SS. Nos. 166/2013-RRC de 13 de junio y 176/2013-RRC de 24 de junio; y del análisis de la sentencia, en los límites de sus atribuciones, este tribunal no advierte que en la labor desplegada por el tribunal a-quo, al dictar la sentencia, hubiera incurrido en la "falta de fundamentación probatoria" alegada en el recurso, puesto que ha expuesto en debida forma, primero, la fundamentación probatoria descriptiva de toda la prueba producida en juicio, asignándole el valor probatorio correspondiente a cada una de ellas, para luego, también proceder a valorar intelectual y conjuntamente todo ese acervo probatorio, explicando por qué le otorga determinado valor a algunos elementos probatorios y por qué no a otros, especificando qué hechos se han demostrado con ellos y qué no; no siendo evidente, que el tribunal de juicio hubiera "valorado la acusación particular", pues sólo se ha referido a querrela, pero dejando claramente establecido que la misma, no constituye prueba, sino, que es una pretensión de parte.

Que así mismo, este tribunal concluye, que carece de coherencia y pertinencia, además de mérito, el reclamo recién efectuado en el recurso en examen, en relación a la supuesta "extemporaneidad en la presentación de la acusación particular y su consideración por el a quo", puesto que ese hecho, debió haber sido reclamado antes de la sustanciación del juicio oral, e incluso, antes de la dictación de la sentencia ahora apelada, habiendo precluido ese derecho del hoy impugnante, por haber consentido el hecho, ya que recién reclama o formula observación, en el recurso en examen.

Que en cuanto a que la sentencia y acusaciones fiscal y particular contendrían "afirmaciones incongruentes entre sí", se advierte del Auto de apertura de juicio de 11 de noviembre de 2015, cursante a fs. 53-54, que el juicio se ha aperturado teniendo en cuenta los hechos fácticos alegados en ambas acusaciones, los que fueron resumidos y reproducidos en la fundamentación fáctica de la Sentencia apelada (numeral 3), determinando esencialmente que el hoy impugnante, conjuntamente los otros co-imputados César Wilson Rodríguez y Norma Chavarría Flores, en 5 de noviembre de 2011, dieron fe y firmaron el formulario de ingreso de los plantines de vida los almacenes -se entiende de la Gobernación de Chuquisaca-, ubicados en el pasaje Gandarillas S/N, Zona la Madona, en el detalle y cantidad que refiere la sentencia apelada, y que de igual manera, existía otro documento también de 5 de noviembre de 2011, suscrito a hrs. 16:00, en la ciudad de Camargo, sobre tal recepción en instalaciones del CETA de San Roque y que éstos serían los documentos fraguados; ello, porque aparte de no poder efectuarse ese mismo acto en dos lugares distintos y distantes (Sucre y Camargo), tampoco coincidía la cantidad de plantines de vid entregados, con los efectivamente egresados, y que además, existía un documento privado suscrito posteriormente, de compromiso de entrega de los plantines de vid faltantes, así como la otorgación de una póliza de garantía de entrega por el 3%, que nunca se cumplió por parte de la persona que se adjudicó dicho contrato; hecho fáctico así resumido y esencial, que fue el que se sometió a juicio penal y que de manera ordenada y fundamentada, en base a la prueba producida se concluyó que habían sido demostrados cual emerge de las conclusiones primera, segunda, tercera, y fundamentalmente, de la conclusión cuarta de la sentencia, concluyendo que el hoy impugnante, fue partícipe de la comisión de contratación de los plantines de vid, que ha firma del acta de entrega de las mismas, en fecha 5 de noviembre de 2011 en esta ciudad, cuando en la misma fecha, también se había labrado y firmado otra acta en la Ciudad de Camargo, hecho que era imposible realizar, por la distancia existente entre Sucre y la Ciudad de Camargo; careciendo de relevancia la supuesta "incongruencia" en que supuestamente hubiera incurrido el tribunal al denominar al responsable del proceso de contratación (RPC), como responsable del proyecto de contratación en lugar del "proceso de contratación"; o la confusión también incurrida en la modalidad empleada en el proceso de contratación (ANP) o respecto de la condición profesional o no del ahora impugnante, así como respecto de la suma verdaderamente cancelada a la propietaria de la empresa contratada; puesto que esos hechos no son los hechos que configuran el ilícito juzgado en sí, sino, los supra resumidos y que han sido constatados por el tribunal a-quo; aspectos por los cuales, tampoco se advierte que el a-quo hubiera incurrido en la infracción del principio de congruencia previsto por el art. 362 del Cód. Pdto. Pen., que establece: "(Congruencia). El imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación" (sic); porque el hoy impugnante, no ha sido hallado culpable y menos condenado por un

hecho distinto al acusado en ambas acusaciones; aspectos por los cuales, este tribunal no advierte los defectos de sentencia referidos en este segundo motivo del recurso; por lo que, deviene en improcedente.

3.- En relación al tercer motivo del recurso, relativo a los defectos de sentencia insertos en los núms. 1 y 3 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., referidos a que en dicho fallo judicial, falte la enunciación del hecho o su determinación circunstanciada, así como la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; en el que se acusa que el a-quo en la sentencia que apela, no expuso el hecho criminoso atribuido (no específica, dice, el lugar menos el momento del hecho delictivo que se le atribuye), y no refiere, de forma correcta y circunstanciada, el cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal de falsedad ideológica que son: "el que insertare o hiciere insertar", puesto que en el proceso, en ningún momento se acreditó que él insertó esa información falsa en el documento público acusado de falso, o que hubiere hecho insertar; de ello afirma que no sabe cómo el tribunal llega a esa conclusión; y que tampoco sabe, con quién hizo insertar esos datos falsos; al respecto y en relación a la primera reclamación -que en la sentencia no exista la relación circunstanciada del hecho delictivo atribuido a su persona-, cual ya se estableció a momento de resolver el motivo segundo del recurso, principalmente en la fundamentación fáctica, y en la conclusión cuarta de la sentencia recurrida, claramente se identifica el hecho atribuido y establecido como comprobado al hoy impugnante, con indicación de lugar y fecha, y que no es otro que el que el hoy apelante, conjuntamente los otros co-imputados, César Wilson Rodríguez y Norma Chavarría Flores, en 5 de noviembre de 2011, dieron fe y firmaron el formulario de ingreso de los plantines de vid a los almacenes -se entiende de la Gobernación de Chuquisaca-, ubicados en el pasaje Gandarillas S/N, Zona la Madona, en el detalle y cantidad que refiere la sentencia apelada; y que de igual manera, existe otro documento, también de 5 de noviembre de 2011, suscrito a hrs. 16:00, por los otros imputados en la ciudad de Camargo, en instalaciones del CETA de San Roque, y que esos serían los documentos fraguados; por ello, no resulta evidente el defecto de Sentencia acusado en el recurso, y de ello, esta sub reclamación carece de mérito y no puede ser acogida y deviene en improcedente.

En cuanto a la segunda sub reclamación de este tercer motivo del recurso, relativa a que el a quo incurrió en errónea aplicación de la norma sustantiva penal contenida en el art. 199 del Cód. Pdto. Pen.; porque en el proceso, en ningún momento se acreditó que fue el apelante quien insertó esa información falsa en el documento público acusado de falso, o que hubiere hecho insertar, y no sabe cómo el tribunal llega a esa conclusión, y tampoco sabe con quién hizo insertar esos datos falsos; al respecto, la norma sustantiva penal acusada de erróneamente aplicada, contenida en el art. 199 del Cód. Pen., tipifica lo siguiente: "El que insertare o hiciere insertar en un instrumento público verdadero declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio..." (sic); advirtiéndose que el tribunal a-quo, en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, luego de analizar lo establecido por los arts. 14, 20, 165 y 199 del Cód. Pen.; en el penúltimo párrafo del acápite N° 5 de la sentencia recurrida, estableció: "Respecto al procesado, el que, es Hugo Paco Mariscal que tuvo activa participación. Al haber hecho insertar en un instrumento público verdadero declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, conforme se tiene de las actas de entrega y formulario de conformidad de ingreso y egreso de almacenes efectuado simultáneamente en la ciudad de Camargo y Sucre el 5 de noviembre de 2011 a hrs. 16:00, por lo que a sabiendas que no se entregó la totalidad de los plantines el acusado en la calidad de Administrador de Proyecto Vitícola D.D.A.I. solicitó al Jefe Sector Área de Finanzas; en tres oportunidades la autorización de pago en 17 de noviembre de 2011..."; se tiene que si bien, en el punto 5 de la sentencia, el a quo no especifica "con quien hizo" el ahora apelante insertar los datos falsos; sin embargo, el A-quo puntualiza al respecto dos hechos trascendentales, cuando refiere: 1) la suscripción de dos documentos suscritos simultáneamente en Sucre y Camargo, en el mismo día y a la misma hora que dan cuenta de entrega de la totalidad de plantines, cuando ello no era verdad; y, 2) esgrimiendo esa falsa información, gestionó pagos. Tales hechos están además detalladamente expuestos como probados en las conclusiones cuarta a séptima de la sentencia (fs. 122 vta. a fs. 124), hechos establecidos como probados por el tribunal de juicio, sobre los que el tribunal de alzada, carece de competencia para "revisarlos" "reconsiderarlos" o "restablecerlos", cual dispone la doctrina legal aplicable emanada del Tribunal Supremo. En todo caso, este tribunal de alzada concluye que en el caso de autos, por lo expuesto en las conclusiones cuarta a séptima y el último párrafo del numeral 5, todos de la sentencia confutada, no resulta evidente que el a-quo hubiere incurrido en "errónea aplicación de Ley Sustantiva", defecto de sentencia descrito en el art. 370-4 del Cód. Pdto. Pen., pues las alegaciones del apelante no son acogibles, dado que de la sentencia, emerge con absoluta claridad, cuáles las conductas atribuidas al acusado ahora apelante y por qué se adecúan al ilícito atribuido; en consecuencia, este último sub reclamo, efectuado en el tercer motivo del recurso, también resulta improcedente.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la atribución prevista en el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen.; en mérito a los fundamentos expuestos y en aplicación de las disposiciones legales invocadas; declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida interpuesto por el co-procesado Hugo Paco Mariscal, en su mérito, mantiene incólume la sentencia apelada.

La presente resolución puede ser recurrida de casación en el plazo y en la forma prevista por los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal Relator: Dr. Hugo B. Córdova Eguez.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Hugo B. Córdova Eguez.- Elena Esther Lowenthal Claros de Padilla.

Ante mí: Abg. Juan Jorge Caballero Laguna.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 14 de septiembre de 2016, cursante de fs. 274 a 281 vta. Hugo Paco Mariscal, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 269/2016 de 9 de agosto, de fs. 224 a 231 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Elena Lowenthal Claros de Padilla y Hugo Córdova Eguez, dentro

del proceso penal seguido por Ministerio Público y el Gobierno Autónomo Departamental de Chuquisaca contra el recurrente, por el delito de falsedad ideológica, previsto y sancionado por el art. 199 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 5/2016 de 2 de marzo (fs. 115 a 125), el Tribunal Segundo de Sentencia de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Hugo Paco Mariscal, autor del delito de falsedad ideológica agravada, previsto y sancionado por el art. 199 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, con costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de Sentencia.

Contra la mencionada sentencia, el imputado Hugo Paco Mariscal (fs. 180 a 186) interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 269/2016 de 9 de agosto, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia pronunciada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 950/2016-RA de 2 de diciembre, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

El recurrente alega que el tribunal de alzada no ejerció el control de legalidad de la sentencia, convalidando defectos absolutos no susceptibles de convalidación, vulnerando con ello el debido proceso e incurriendo en falta de fundamentación en su variante de defecto por motivación arbitraria -efectuando una descripción de dos apartados del auto de vista recurrido-, en relación al reclamo en apelación restringida sobre inobservancia del inc. 10 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., relacionado al art. 360-1 del citado Código, al utilizar su declaración informativa con pretexto de sus datos personales como única prueba para determinar su condena, ingresando a un indicio de criterio de utilización anticipada de dicha prueba, para asumir errónea convicción sobre la calificación del delito atribuido, sancionado como método prohibido según el art. 93 del Cód. Pdto. Pen., infringiendo de esa manera la fundamentación que debe tener toda resolución, el principio de inocencia, la tutela judicial efectiva y el principio de la seguridad jurídica.

Arguye también que el tribunal de apelación incurre en falta de pertinencia; es decir, de falta de congruencia externa, en razón a que no respondió a los puntos impugnados y de manera genérica concluyó que no existe falta de fundamentación en la sentencia -efectúa una descripción de dos apartados del auto de vista recurrido-, dando por bien hecho y convalidando lo inconvalidable como es la flagrante vulneración a sus derechos fundamentales en que incurrió el tribunal inferior; por cuanto, no respondió a todos los puntos apelados (congruencia externa, pertinencia) y vulnera el principio de congruencia interna, en razón a que no obstante en la primera parte de la resolución recurrida, indica los puntos recurridos de apelación; en el análisis no fundamenta ni motiva todos los aspectos apelados, que se traducen en conclusiones en las que arriba convicción en base a prueba inexistente; a cuyo efecto, describe que los defectos absolutos alegados en apelación restringida, por lesión a los incs. 5, 6 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., en los que reclamó afectación al debido proceso en su componente de la debida fundamentación, observando fundamentación contradictoria y que la misma se basa en hechos no acreditados, incurriendo en valoración defectuosa de prueba, apartándose de los cánones legales de razonabilidad y equidad que dio lugar a una fundamentación arbitraria, además vulneró el principio de congruencia interna que debe observar toda resolución jurisdiccional, efectuando a continuación una descripción de los fundamentos de su apelación, precisando como defectuosamente valoradas las pruebas P.D.1.m, las declaraciones testimoniales de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriel Cuellar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zarate, Norma Chavaría Flores y la "prueba documental", así como el hecho de que en el momento de los hechos era egresado de la Carrera de Ingeniería Civil y no profesional como afirma la sentencia recurrida.

Denuncia que el Tribunal de apelación, incurrió en fundamentación arbitraria; por cuanto, reitera las circunstancias sobre las que el tribunal inferior, nunca pudo tener certeza y sin acervo probatorio del hecho endilgado construyó hechos que nunca ocurrieron, por lo que considera vulnerados sus derechos fundamentales a la debida fundamentación y motivación, precisando al efecto que en apelación restringida en el tercer motivo, denunció dos sub motivos referentes a los defectos de Sentencia previstos en el art. 370-1 y 3 del Cód. Pdto. Pen.: i) Respecto al primero, referido a que en Sentencia no se encuentra el hecho criminoso descrito de forma circunstanciada, constando solamente como fundamentación jurídica el de haber hecho insertar en un instrumento público verdadero, declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, conforme se tiene de las actas de entrega y formulario de conformidad de ingreso y egreso de almacenes, efectuado simultáneamente en la ciudad de Camargo y Sucre el 5 de noviembre de 2011 a horas 16:00, indica que los Vocales reiteran las circunstancias en que los jueces no tuvieron certeza y sin prueba construyeron hechos que nunca ocurrieron -a cuyo efecto transcribe el apartado del auto de vista recurrido-; por cuanto, los medios probatorios producidos en el juicio, tanto en las actas elaboradas por la comisión de recepción -en el que no fue parte- y los formularios de ingreso y egreso a almacenes en el que se encuentra su firma, existe error en la fecha, error involuntario que no debió merecer nunca una condena penal; por cuanto, como fundamentan ambos tribunales, era imposible estar en dos lugares al mismo tiempo Camargo y Sucre en la misma hora, resultando el fundamento del auto de vista, al respecto arbitrario. Expresa que tampoco se consideró que su cargo es de administrativo en la institución; es decir, recepcionó documentos luego los despachó, conforme a las actas recepcionadas, entonces si hubo errores o datos no coincidentes con la realidad, fue inducido por documentos que se le remitieron, resultando que lo único que probaron las pruebas documentales como las testimoniales, es que hubo un proceso de contratación en todas sus etapas de acuerdo al D.S. N° 181, siendo que el mencionado proceso de contratación en el que participó no constituye delito; sin embargo, con estos actos administrativos de contratación, se quiere establecer que se le comprobó un hecho criminal; y, ii) Sobre el segundo sub motivo, en el que denunció que el juez inferior incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva penal, respecto al tipo penal de falsedad Ideológica, por no existir en la Sentencia recurrida, evidencia que su persona hubiera "insertado" o "hubiera hecho insertar" información falsa en documento público, refirió que no tiene competencia para revisar; sin embargo, de manera incongruente afirmó que no es evidente que el a quo hubiere

incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, cuando en apelación señaló la existencia de errónea aplicación de la ley sustantiva del art. 199 del Cód. Pen., al no existir evidencia en su contra del hecho de la inserción de información falsa en documento público.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 950/2016-RA de 2 de diciembre, cursante de fs. 311 a 314 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Hugo Paco Mariscal, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 5/2016 de 2 de marzo, el Tribunal Segundo de Sentencia de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Hugo Paco Mariscal, autor del delito de falsedad ideológica agravada, previsto y sancionado por el art. 199 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, con costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia, bajo los siguientes argumentos:

El imputado junto a los otros co-imputados César Wilson Rodríguez y Norma Chavarría Flores, el 5 de noviembre de 2011 dieron fe y firmaron el formulario de ingreso de los Plantines de Vid a los Almacenes –se entiende de la Gobernación de Chuquisaca-, ubicado en el pasaje Gandarillas s/n, zona la Madona, en el detalle y cantidad que refiere la sentencia apelada, que de igual manera, existía otro documento también de 5 de noviembre de 2011 suscrito a horas 16:00 en la ciudad de Camargo, sobre tal recepción en instalaciones del CETA de San Roque y que éstos serían los documentos fraguados, ello porque aparte de no poder efectuarse ese mismo acto en dos lugares distintos y distantes (Sucre y Camargo), tampoco coincidía la cantidad de Plantines de Vid entregados, con los efectivamente egresados y que además existía un documento privado suscrito posteriormente, de compromiso de entrega, así como la otorgación de una póliza de garantía de entrega por el 3%, que nunca se cumplió por parte de la persona que se adjudicó dicho contrato.

Respecto al procesado tuvo activa intervención en el delito atribuido, al haber hecho insertar en un instrumento público verdadero, declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, conforme se tiene de las actas de entrega y formulario de conformidad de ingreso y egreso de almacenes efectuado simultáneamente en la ciudad de Camargo y Sucre el 5 de noviembre de 2011 a horas 16:00, por lo que a sabiendas que no se entregó la totalidad de los Plantines, el acusado en su calidad de Administrador del Proyecto Vitícola D.D.A.I., solicitó al Jefe Sector Área de Finanzas en tres oportunidades la autorización de pago en 17 de noviembre de 2011, para que en favor de Todo Agro, representada por Karen Elizabeth Mamani Ancalle, se proceda según las facturas adjuntas 000500 y 000497, de 14 de noviembre de 2011, expedidas en favor del Gobierno Autónomo de Chuquisaca, por la suma total de Bs 999.994 y Bs 999.341.83, sea cancelada a la representante. Asimismo, el acusado Hugo Paco emitió el formulario de modificaciones al registro de ejecución de gastos y registro de ejecución de gastos, el 21 de diciembre de 2011 donde se autorizó el pago de Bs 682.035 de la misma forma expidió el formulario de registro de ejecución de gastos de 17 de noviembre de 2011, por cuyos documentos se autorizó el pago de Bs 317.959 y Bs 682.035 en favor de Karen Elizabeth Mamami Ancalle Todo Agro.

Los elementos objetivos y subjetivos del tipo, previstos en el art. 199 del Cód. Pen., están plenamente justificados por los medios probatorios tanto testifical como documental, por lo que todos los elementos del tipo penal han concurrido y de todo lo analizado se concluye que Hugo Paco Mariscal, cometió el delito de falsedad ideológica agravada, en su condición de administrador del proyecto.

Se arriba a la conclusión que de que el acusado participó plenamente en la comisión del ilícito acusado, por lo que los miembros del tribunal en forma unánime votaron por la culpabilidad de Hugo Paco Mariscal, respecto al delito de falsedad ideológica agravada, previsto en el "art. 199"; puesto que, la prueba desfilada en juicio fue suficiente para generar en el tribunal la convicción sobre la participación y culpabilidad del acusado en el delito atribuido, se hace constar que la decisión del Tribunal fue de voto unánime, tanto por la culpabilidad y autoría, por lo que se resolvió imponer una pena de cinco años de presidio al acusado.

Por otro lado, se tomó en cuenta al determinar la pena que es de ocupación ingeniero comercial, que sería su primer delito al no tener procesos penales; sin embargo, hasta la conclusión del juicio, el acusado no tuvo la mínima intención de solucionar el presente proceso, sino que por el contrario sólo manifestó que no cometió delito alguno, estableciéndose en consecuencia, que no hubo arrepentimiento; que sin embargo, de lo analizado precedentemente, corresponde imponer una pena que no sea muy gravosa dentro de la escala prevista para los delitos de mayor gravedad, en consideración a que el fin de la pena no necesariamente debe estar dirigida a sentar un precedente, que se exprese como un mal que se impone al reo por la autoridad como consecuencia de un delito (retribución del daño causado), sino también que es obligación del sistema penal la readaptación y reinserción del delincuente al medio social, tomando en cuenta el enfoque del nuevo sistema acusatorio penal que garantiza el respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado y de la víctima, en aplicación correcta de la ley, garantizando la paz social del conjunto de la sociedad, por ello se tomó en cuenta el A.S. N° 355 de 26 de junio de 2009, que establece que el fin de la pena es el de resocializar y readaptar al encausado, considerando que el acusado en una persona relativamente joven sin antecedentes penales ni policiales, es menester que reciba una pena condigna dentro de los alcances precedentemente señalados, sanción con la cual podrá cumplirse el fin de la pena, que no necesariamente debe ser rígida o severa para las personas que no hacen del delito, una forma habitual de vida; toda vez, que al ser el imputado una persona relativamente joven, puede moderar su conducta, siendo por ello menester de los administradores de justicia sancionar estas conductas, erradicando las falsedades de manera que aprendan a respetar las mismas y puedan vivir en armonía, estando el estado obligado a preservar a través de sus instituciones, los derechos y garantías de los ciudadanos, procurando la correcta aplicación de la ley, buscando una pacífica convivencia.

II.2. De la apelación restringida.

Contra la referida sentencia, el imputado Hugo Paco Mariscal interpuso recurso de apelación restringida, bajo los siguientes argumentos:

En el primer motivo, denuncia defecto formal de la sentencia por la inobservancia de las reglas previstas para los requisitos y redacción de la sentencia; alegando que se hubiera infringido el art. 360-1 del Cód. Pdto. Pen., dado que en su parte considerativa, en su redacción se hizo mención a los jueces ciudadanos, siendo que correctamente durante la sustanciación de todo el trámite del juicio oral en la constitución del tribunal, nunca intervinieron jueces ciudadanos, sino fueron tres jueces técnicos que incluso refrendaron no sólo la sentencia, sino varios decretos anteriores, cursantes en el cuaderno de acusación de acuerdo a la aplicación legal de la reforma imperada por la L. N° 586, que ya no considera la sustanciación de juicios penales, la participación de jueces ciudadanos.

Con relación a la expresión de sus datos personales, conforme a la última posibilidad del art. 360-1 del Cód. Pdto. Pen., como requisito formal de redacción de la Sentencia, señala que tampoco implicaba que se debía transcribir in extenso su declaración testifical prestada ante el tribunal, aspecto sancionado por la utilización de un método prohibido, conforme al art. 93 del Cód. Pdto. Pen.

En el segundo motivo de la apelación, alega defectos absolutos de la Sentencia, previstos por el art. 370-5, 6 y 11 del Cód. Pdto. Pen., habida cuenta que en el punto 3 de la fundamentación fáctica de la sentencia: i) En la primera parte, refiere "...en mérito a la acusación fiscal y acusación particular..." (sic), cuando esta última no debió ser valorada ni tomada en cuenta; toda vez, que en la tramitación del juicio, fue presentada de manera extemporánea; es decir, fuera de plazo con un día, lo que constituye un defecto procedimental; ii) En el mismo punto, se hizo mención a la "institución víctima a través de la Secretaría Departamental de Desarrollo lanzó la convocatoria" (sic), sin especificar cuál de ellas; es decir, si fue la de Desarrollo Social o de Desarrollo Productivo, relación que además no se encuentra de acuerdo al contenido fáctico de ninguna de las dos acusaciones fiscal ni particular, tampoco en la querrela o denuncia (ofertada como prueba por el Ministerio Público), porque esos documentos mencionan que la repartición que lanzó la convocatoria, es la Secretaría Departamental de Desarrollo Social; no obstante, la unidad funcional de la Gobernación que lanzó la Convocatoria es la Secretaría Departamental de Desarrollo Productivo, tal como se puede evidenciar de la documentación introducida a juicio; iii) En su primer párrafo se sostiene que "...mediante informe final de evaluación y recomendación AMPE, recomienda al RPC adjudicar...", resulta ser una contradicción, porque si bien en la acusación fiscal se menciona al Responsable de Procedimientos Administrativos (RPA); sin embargo, conforme a lo preceptuado por el D.S. N° 0181, el término correcto para esta modalidad de contratación ANPE (por la cuantía) el Responsable de Procesos de Contratación (RPC); y, iv) Refiere que de acuerdo al formulario de ingreso de almacenes y conformidad de egreso en el que se evidencia que el acusado y otros dieron fe y firmaron en constancia conforme al siguiente detalle: "...Plantas de Vid Rivier ingresó en una cantidad de 13043 y egreso 21739..."; si bien en este punto, se colocan los datos de acuerdo a las acusaciones; no obstante, que en ambas existe contradicción respecto de dichos datos; es más, en el formulario de ingresos y egresos presentado como prueba por el Ministerio Público, las plantas de Vid Rivier egresaron 13043, contradiciéndose con los datos contenidos en las acusaciones.

Agrega que a fs. 116 vta. se afirma que "...se llegó a cancelar Bs 999.3341, monto descrito en las acusaciones tanto fiscal como particular, que no está de acuerdo y menos en relación a las pruebas descritas y ofrecidas por el Ministerio Público y el acusador particular", como es el monto descrito en el contrato de Bs 999.341 y el cheque emitido; y, cobrado de Bs. 317.959.

Señala que la sentencia incurrió en defectuosa valoración de la prueba, por las siguientes razones: a) La prueba P.D.1 h), refiere a los documentos de cargo expedidos por Marcelino Coronado Mendoza en calidad de RPC, pero no como dice en la Sentencia "Responsable del Proyecto"; b) Respecto a la prueba P.D.1 m), señala que ofreció como prueba a un oficio expedido por el precitado "y otros"; no obstante, que el mismo sólo firma el mencionado y ninguna otra persona más; c) Respecto de la prueba signada como P.D.1 n), refiere el tribunal que la minuta de contrato firma la proveedora Karen Elizabeth Mamani Ancalle y la Gobernación, lo que representa una mala interpretación porque si bien firma la citada, pero en ningún momento refieren que firmó como representante legal de la empresa unipersonal "Todo Agro", de acuerdo al documento; d) Respecto a la prueba P.D.1 o), refiere a un oficio emitido por Marcelino Coronado Mendoza, responsable del Proyecto de Contratación, pero de acuerdo al documento referido es RPC; e) Respecto a la prueba P.D.4 b), se menciona sólo a un extracto bancario, pero el tribunal no refiere que dicho extracto es parte de la documentación de respaldo de la nota de 25 de noviembre de 2013, en la cual la Jefa de Tesorería y Crédito Público del Gobierno Autónomo de Chuquisaca, informó a la Directora del Área de Finanzas del Gobierno Autónomo del Departamento de Chuquisaca, que se procedió a la emisión del cheque 33144 por un importe de Bs 317.959 que fue cobrado el 2 de mayo de 2012. No obstante, el tribunal sólo valoró discrecionalmente su documentación de respaldo de la nota y no así la misma nota, la cual acredita que solamente se llegó a pagar a Karen Elizabeth Mamani Ancalle, Bs 317.959 y no los montos a los que se refieren el Ministerio Público y la parte acusadora; f) En la última parte de la segunda conclusión de la Sentencia, se señala: "...hecho acreditado por la declaración testifical de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental..."; empero, revisada el Acta de audiencia de juicio oral, en ningún momento las testigos Aurelia Ojeda Vela de Zárate y Norma Chavarría Flores, refirieron nada respecto a las conclusiones a las que arribó el fallo de mérito; g) En la tercera conclusión refiere que se tiene evidenciado por memorándum S.D.D.P –RPA 100/2011 de 25 de julio, expedido por el Responsable del Proyecto Contratación, cuando lo correcto es el RPC; h) En la última parte de la Tercera Conclusión de la Sentencia, el Tribunal valora "hecho acreditado por la declaración testifical de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental..." y revisada el Acta de audiencia de juicio, Norma Chavarría Flores, en su declaración testifical, en ningún momento refirió nada sobre hechos que acrediten para fundar dicha conclusión; i) En la cuarta conclusión de la Sentencia, se refiere que se emitió el memorándum S.D.D.P –RPA 066/11 de 18 de octubre de 2011, expedido por Marcelino Coronado Mendoza, responsable del proyecto de contratación, pero de acuerdo a dicho documento el mencionado resulta ser "Responsable de Procesos de Contratación (RPA)"; j) En la cuarta conclusión de la sentencia se señala: hecho acreditado por la declaración testifical de Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental..." y revisada el acta de audiencia de juicio, Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, en sus declaraciones testificales en ningún momento refirieron a ningún hecho para fundar dicha

conclusión; k) Lo mismo con relación a la última parte de la cuarta conclusión y a la última parte de la quinta conclusión de la sentencia; y, l) A fs. 123 vta. se refiere que a consecuencia de lo analizado se obtuvo desembolsos de Bs '317.9595' y Bs. 682.035, pero este último monto no ha sido probado y ni siquiera toman en cuenta siquiera la nota de 25 de noviembre de 2013.

No se encuentra en la sentencia, el hecho criminoso descrito en forma circunstanciada, tampoco refiere el tiempo y lugar de la comisión del delito atribuido a su persona. En síntesis, no explica cómo se llegó al razonamiento y convencimiento de que su persona hubiera aparecido en los ambientes de almacenes con el formulario de ingreso y egreso, ya elaborado para hacer firmar los documentos supuestamente fraguados y/o falsos, no refiere en forma correcta y circunstanciada el cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal de falsedad Ideológica. El tribunal aplica e interpreta erróneamente los alcances de dicha previsión legal, debido a la errónea calificación de los hechos que realiza para llegar a la tipicidad del hecho acusado.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, resolvió el recurso de apelación restringida, por auto de vista impugnado, que declaró improcedente el recurso planteado y mantiene incólume la sentencia apelada, con los siguientes argumentos: En cuanto al primer motivo, sostiene que el impugnante confundió los requisitos que debe contener toda sentencia penal, enumerados en el art. 360 del Cód. Pdto. Pen., con las reglas que deben observarse al momento de su redacción y su lectura, detallados por el art. 361 del mismo Código, que es a lo que se refiere el defecto acusado en el recurso en examen y descrito en el art. 370-10 del Cód. Pdto. Pen., de lo que se concluye que el impugnante invocó un defecto incongruente con los fundamentos del primer motivo de su apelación, sin tomar en cuenta, además que los defectos de redacción o simples guarismos, como los señalados en el primer motivo, de ninguna manera importan defecto absoluto previsto en la art. 169 del Cód. Pdto. Pen., ni ameritan la nulidad de la sentencia apelada; puesto que, los errores que puntualiza, constituyen simplemente lapsus calamis del tribunal a quo, pues como correctamente lo precisa el propio apelante, en la sustanciación de la etapa de juicio y la emisión de la sentencia, no integró el tribunal de juicio ningún juez ciudadano, que sólo fue sustanciado y resuelto por tres jueces técnicos que conforman dicho tribunal. Por lo puntualizado y concluido, la primera sub reclamación carece de mérito y deviene en improcedente.

Respecto a la segunda sub reclamación el presente motivo, cabe precisar que la declaración brindada en audiencia por el imputado es parte de la fundamentación probatoria descriptiva; y con ello, no se infringe el art. 93 del Cód. Pdto. Pen. invocado, debe tenerse presente que el impugnante, decidió de manera voluntaria prestar su declaración ante el tribunal de juicio y al haberse ese acto enmarcado en la ley, el tribunal se encuentra obligado a tenerla, considerarla y valorarla en su integridad; y, no sólo en lo que le fuera favorable al acusado, precisamente cumpliendo con el requisito inserto en el art. 360-2 del Cód. Pdto. Pen., no advirtiendo que en su recepción, transcripción y luego valoración, el a quo hubiera incurrido en las causales de prohibición establecidas por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen., que más bien pese a ser genérica "adquiera mayor relevancia tratándose de su declaración informativa brindada ante el fiscal del proceso, y están vinculadas y que a la declaración en juicio, normada expresamente por el art. 346 del Cód. Pdto. Pen.; que es lo que en definitiva se ha aplicado y cumplido en el caso de la declaración brindada en juicio (sic)" por el apelante.

Con relación al segundo motivo del recuso, pretende el apelante que el tribunal de alzada ingrese a revalorizar prueba compulsada por el a quo, así como que revea los hechos previamente establecidos por el tribunal de juicio, atribución con la que no cuenta el tribunal de alzada, conforme se dispuso en los AA.SS. Nos.166/2013-RRC de 13 de junio y 176/2013-RRC de 24 de junio y del análisis de la Sentencia, en sus límites no se advierte que en la labor desplegada en la Sentencia, hubiera incurrido en falta de fundamentación probatoria alegada en el recurso de apelación; puesto que, expuso en debida forma, primero la fundamentación probatorio descriptiva de toda la prueba producida en juicio, asignándole el valor probatorio correspondiente a cada una de ellas, para luego proceder a valorar intelectual y conjuntamente todo ese acervo probatorio, explicando por qué le otorgar determinado valor a algunos elementos probatorios y por qué no a otros, especificando qué hechos se demostraron con ellos y cuáles no, no siendo evidente que el tribunal de juicio hubiera valorado la acusación particular, pues sólo se refirió a la querrela, pero dejando claramente establecido que la misma, no constituye prueba, sino sólo una pretensión de parte. Por lo que, carece de coherencia y pertinencia, además de mérito el reclamo recién efectuado en el recurso en examen, en relación a la supuesta extemporaneidad en la presentación de la acusación particular y su consideración; puesto que; ese hecho debió haber sido reclamado antes de la sustanciación del juicio oral, e incluso antes de la dictación de la sentencia, habiendo precluido dicho derecho.

Respecto a que la Sentencia y las acusaciones fiscal y particular contendrían afirmaciones incongruentes entre sí, se advierte que el auto de apertura de juicio de 11 de noviembre de 2015, se abrió teniendo en cuenta los hechos fácticos alegados en ambas acusaciones, los que fueron resumidos y reproducidos en la fundamentación fáctica de la Sentencia apelada (numeral 3), determinando esencialmente que el impugnante, conjuntamente los otros coimputados César Wilson Rodríguez y Norma Chavarría Flores, el 5 de noviembre de 2011, dieron fe y firmaron el formulario de ingreso de los Plantines de Vid a los Almacenes se entiende a la Gobernación de Chuquisaca, ubicados en el pasaje Gandarillas s/n, zona la Madona, en el detalle y cantidad que refiere la Sentencia apelada y que de igual manera, existía otro documento también de 5 de noviembre de 2011, suscrito a horas 16:00 en la ciudad de Camargo, sobre tal recepción en instalaciones del CETA de San Roque y que éstos serían los documentos fraguados; ellos, porque aparte de no poder efectuarse ese mismo acto en dos lugares distintos y distantes (Sucre y Camargo), tampoco coincidía la cantidad de plantines entregados, con los efectivamente egresados y que además existía un documento privado suscrito; posteriormente, de compromiso de entrega de los Plantines de Vid faltantes, así como la otorgación de una póliza de garantía de entrega del 3%, que nunca se cumplió por parte de la persona que se adjudicó dicho contrato. Hecho fáctico que así resumido y sometido a juicio penal y que de manera ordenada y fundamentada, en base a la prueba producida, se concluyó que habían sido demostrados, cual emerge de las conclusiones primera, segunda y tercera; y fundamentalmente, de la conclusión cuarta de la Sentencia, concluyendo que el imputado fue partícipe de la comisión de la contratación de los Plantines de Vid, que a firma del acta de entrega de las mismas el 5 de noviembre de 2011 en esta ciudad, cuando en la misma fecha, también se había labrado y firmado otra acta en la ciudad de Camargo, hecho que era imposible realizar por la distancia existente entre Sucre y Camargo, careciendo de relevancia la supuesta incongruencia en la

denominación al RPC, como responsable del proceso de contratación, o la confusión incurrida en la modalidad empleada en el proceso de contratación ANP, o respecto de la condición profesional o no del ahora impugnante, así como respecto de la suma verdaderamente cancelada a la propietaria de la empresa contratada; puesto que, esos hechos no son los que configuran el ilícito juzgado en sí, sino los supra resumidos y que fueron contrastados por al a quo y de los cuáles no se advierte infracción al principio de congruencia previsto por el art. 362 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, el imputado no fue hallado culpable y menos condenado por un hecho distinto al acusado en ambas acusaciones. Por lo que, el segundo motivo deviene en improcedente.

En relación a la primera reclamación, que en la sentencia no exista la relación circunstanciada del hecho delictivo atribuido, ya se estableció a momento de resolver el motivo segundo del recurso, principalmente en la fundamentación fáctica y en la conclusión cuarta de la sentencia recurrida, que se identifica el hecho atribuido y establecido como comprobado al impugnante con indicación de lugar y fecha.

En cuanto a la segunda sub reclamación del presente motivo, relativa a la supuesta errónea aplicación de la norma sustantiva penal contenida en el art. 199 del Cód. Pdto. Pen., porque en el proceso no se habría acreditado que el apelante fue quien insertó la información falsa en el documento público acusado de falso, o que hubiere hecho insertar y no sabe cómo el tribunal llega a esa conclusión y tampoco sabe con quién hizo insertar esos datos falsos; se advierte que el Tribunal de Sentencia, en la fundamentación jurídica de la Sentencia apelada, luego de analizar lo establecido por los arts. 14, 20, 165 y 199 del Cód. Pen., si bien, en el penúltimo párrafo del acápite 5, el a quo no especifica "con quien hizo" el imputado insertar los datos falsos; sin embargo, puntualiza respecto de dos hechos trascendentales cuando refiere: a) La suscripción de dos documentos suscritos simultáneamente en Sucre y Camargo, en el mismo día y a la misma hora, que dan cuenta de entrega de la totalidad de Plantines cuando ello no era verdad; y, b) Esgrimiendo esa falsa información, gestionó pagos. Tales hechos que están detalladamente expuestos como probados en las conclusiones cuarta y séptima de la sentencia, sobre los que el tribunal de alzada carece de competencia para revisarlos, reconsiderarlos o restablecerlos, cual dispone la doctrina legal aplicable emanada por el Tribunal Supremo de Justicia. Empero, de lo referido en ambas conclusiones no se encuentra que el a quo hubiera incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, pues las alegaciones del apelante no son acogibles, dado que la Sentencia emerge de las conductas atribuidas al acusado que se adecúan al ilícito atribuido.

III. Verificación de vulneración de derechos y/o garantías constitucionales

En el caso presente, la imputada denuncia que el tribunal de alzada: 1) No hubiera ejercido el control de legalidad de la sentencia, la que habría utilizado su declaración informativa so pretexto de sus datos personales, como única prueba para determinar su condena, infringiendo lo preceptuado por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen.; 2) Incurrió en falta de pertinencia, por incongruencia externa e interna al no haber respondido a todos los puntos impugnados y de manera genérica hubiera señalado que la sentencia no incurrió en falta de fundamentación; y, 3) Incurrió en fundamentación arbitraria, dado que en la sentencia no se encuentra el hecho criminoso descrito en forma circunstanciada y no se evidenció que su persona hubiera insertado o hecho insertar información falsa en documento público. En consecuencia, corresponde dilucidar si los extremos denunciados son no evidentes, a fin de dejar sin efecto el fallo impugnado o declarar infundado el recurso intentado.

III.1. Respecto a la denuncia de falta de control de legalidad.

En el primero de los motivos denunciados por el recurrente, el recurrente alega que el tribunal de alzada no ejerció el control de legalidad de la sentencia, validando defectos absolutos no susceptibles de convalidación, debido a su arbitraria motivación en relación a su reclamo de inobservancia de lo preceptuado por los arts. 370-10 del Cód. Pdto. Pen. relacionado al 360-1 del mismo cuerpo legal, al haberse utilizado su declaración informativa con el pretexto de sus datos personales, como única prueba para determinar su condena, infringiendo lo preceptuado por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen.

Con relación a dicha denuncia, el auto de vista respondió que la declaración brindada en audiencia por el imputado es parte de la fundamentación probatoria descriptiva; y con ello, no se infringió el art. 93 del Cód. Pdto. Pen. Invocado, teniendo presente que el impugnante decidió de manera voluntaria prestar su declaración ante el tribunal de juicio y al haberse ese acto enmarcado en la ley, el tribunal se encontraba obligado a tenerla, considerarla y valorarla en su integridad y no sólo en lo que le fuera favorable al acusado, precisamente cumpliendo con el requisito inserto en el art. 360-2 del Cód. Pdto. Pen., sin advertir que en su recepción, transcripción y luego valoración, el a quo hubiera incurrido en las causales de prohibición establecidas por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen., que más bien pese a ser genérica adquirió mayor relevancia, tratándose de su declaración informativa brindada ante el fiscal del proceso y estar vinculadas y que a la declaración en juicio, normada por el art. 346 del Cód. Pdto. Pen., que es el aplicado y cumplido en el caso de la declaración brindada en juicio por el apelante.

Previo a ingresar al análisis de la problemática planteada en este primer motivo, resulta necesario revisar las concepciones sobre los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia, otorgados por la doctrina y jurisprudencia. En ese sentido, se tiene lo siguiente:

El derecho a la defensa es definido como el: "...derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano" (Gimeno Sendra, Vicente, El derecho de defensa en "Constitución y proceso", Madrid, 1988, página 89), se constituye en un derecho básico del ciudadano de rango constitucional y de protección especial, pues la C.P.E. establece en el art. 109-I que: "Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección", motivo por el cual en su art. 115-II señala que: "El estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones" y el art. 119-II prevé que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa.

Esto significa que dentro del proceso penal, la función defensiva le corresponde a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho delictivo, lo que implica que en cualquier ordenamiento jurídico penal en el que se reconozcan derechos y garantías de manera

inevitable, ha de reconocerse el derecho al imputado de ejercer el derecho a la defensa reconocido constitucionalmente y por tratados internacionales, habida cuenta que: "El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho a defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal" (Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc S.R.L., 1993, página 151).

En el ordenamiento interno, el art. 5 del Cód. Pdto. Pen. establece que el imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados Internacionales vigentes y ese Código le reconocen desde el primer acto del proceso hasta su finalización, entendiéndose como primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito; en esa lógica, el ejercicio del derecho a la defensa se proyecta en bloque en todo el ámbito procesal penal, siendo la defensa expansiva y polivalente; habida cuenta, que se encuentra reconocida en una fase del proceso como en otra, incluida la investigativa pues: "La defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso, de manera particularmente intensa, durante la investigación, ya que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa". (Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc S.R.L., 1993, página 158).

En cuanto se refiere a los alcances del derecho a la defensa, el Tribunal Constitucional, a partir de la S.C. N° 1534/2003-R de 30 de octubre manifestó que es la: "...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos; interpretación constitucional, de la que se extrae que el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal".

Respecto a la presunción de inocencia, el art. 116-I de la C.P.E., establece: "Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado"; por su parte, el art. 6 del Cód. Pdto. Pen. determina: "Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada. No se podrá obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo y su silencio no será utilizado en su perjuicio. La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad. En el caso del rebelde, se publicarán únicamente los datos indispensables para su aprehensión".

Con relación a lo mismo, el A.S. N° 055/2012-RRC de 4 de abril, señaló: "La presunción de inocencia, constituye un derecho fundamental reconocido por el art. 116-I de la C.P.E., que está en estricta concordancia con el art. 6 del Cód. Pdto. Pen.; principio que representa una garantía procesal insoslayable para todos, la que se constituye en la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio. Por ello en un proceso no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena.

Esta garantía, es la que inspira al proceso penal de un estado democrático de derecho, por ello, el imputado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el contrario, es el Estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito y la responsabilidad del imputado en un proceso seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal, oportunidad en la que se hará cesar esta presunción a través de las pruebas".

Debe añadirse que la vulneración del debido proceso, del que es elemento el principio-garantía de presunción de inocencia, concurre ante la inexistencia de actividad probatoria suficiente, generada por el titular de la acción penal, quien no hubiese acreditado la existencia de los elementos constitutivos y específicos del delito y la autoría; pues en contrario, se debe verificar que dicha actividad se haya llevado a cabo con total respeto a los derechos, principios y garantías procesales y constitucionales que rigen el juicio oral, exigiendo al juez o tribunal valorar la prueba conforme las reglas de la sana crítica conforme dispone el art. 173 Cód. Pdto. Pen., a través de la emisión de una resolución que debe estar basada únicamente en prueba legalmente obtenida y que ésta sea suficiente para generar en el juzgador la convicción sobre la existencia del hecho punible, así como la participación y responsabilidad penal del imputado en el hecho acusado.

En resumen para que dicha garantía sea vulnerada y merezca un reparo procesal, se deberá acreditar u observar la existencia de los siguientes elementos: 1) Siendo los acusadores fiscal y particular los titulares de la acción penal, éstos no hayan cumplido con la carga de la prueba que debe ser producida en audiencia de juicio oral, para ello esta prueba debe ser legal y/o lícita, obtenida en apego a las garantías procesales y constitucionales; y, 2) No exista prueba que acredite la existencia de los elementos específicos del tipo penal, la participación del imputado y su grado de culpabilidad.

En ese sentido, el A.S. N° 426/2014 de 28 de agosto, refirió que: "El principio de presunción de inocencia, implica que a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva. De igual forma, la presunción de inocencia se mantiene viva en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce de un proceso llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla.

El derecho a la presunción de inocencia comprende: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea

suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción.

No obstante el desarrollo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es pertinente sentar algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención, pues como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter porque no se trata solamente de un derecho subjetivo, sino también de una institución objetiva, dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional. A ello se añade que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo. De ahí que, en el ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales – como la detención preventiva o detención provisional –, sin que ello signifique su afectación: porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción iuris tantum y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria”.

Sobre la fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica de las resoluciones judiciales.

El A.S. N° 248/2012-RRC de 10 de octubre, razonó lo siguiente: “Concluido el juicio oral, corresponde al juez o Tribunal de Sentencia, emitir la Sentencia que corresponda a través de una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, lo que supone la precisión del conjunto de hechos que se tienen por ciertos o debidamente probados con los requisitos de claridad y precisión; la transcripción sintética pero completa del contenido de la prueba; la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, esto es la labor de adecuación o no del hecho al presupuesto normativo; y, la aplicación de la pena; sólo así, se permitirá que los sujetos procesales y cualquier persona que lea la Sentencia, comprenda de dónde obtiene el juez o tribunal, la información que le permite llegar a una conclusión, sólo de esta manera, la sentencia se explica por sí sola; incurriéndose en fundamentación insuficiente por la ausencia de cualquiera de los elementos o requisitos señalados; por ende, en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., cuidando además, de no caer en contradicción entre su parte dispositiva o entre ésta y la parte considerativa, puesto que de ser así, se incurriría en la previsión del art. 370-8 del Cód. Pdto. Pen.”.

Con dichos insumos, corresponde a continuación analizar los elementos denunciados por el recurrente. En ese orden, de la revisión de antecedentes se tiene que en la audiencia de juicio oral de 4 de febrero de 2016 el Presidente del Tribunal de Sentencia, “...convocó al acusado y le explicó del proceso que se le sigue en su contra, de los derechos y garantías que la Constitución Política del Estado y las leyes le reconocen en su favor, advertido de ello se le consulta si va a prestar su declaración; el acusado manifiesta su voluntad de declarar” (sic). Así a continuación se procedió a recibir la declaración que voluntariamente aceptó deponer el imputado, ante el Tribunal de Sentencia en el verificativo oral quien prestada su declaración, a continuación pasó a absolver las preguntas del fiscal, del querellante, de la defensa y del propio tribunal.

A continuación, el a quo dictó la Sentencia N° 05/2016 en la que consignó como primer Subtítulo, “Datos personales del imputado”, los cuáles en efecto los pasó a detallar y a continuación en un punto aparte, prosiguió a transcribir la declaración realizada por el precitado en la audiencia de juicio oral.

A estas alturas del análisis, corresponde señalar que la declaración del imputado es considerada como un medio de defensa eficaz para oponerse al poder punitivo del Estado, se trata de un derecho constitucional, consagrado tanto en los instrumentos internacionales como en la propia Constitución Política del Estado y las leyes del Estado Plurinacional de Bolivia. Así entre otras normas, el art. 5 del Cód. Pdto. Pen. establece que el imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados Internacionales vigentes y el Código de Procedimiento Penal le reconocen, desde el primer acto del proceso hasta su finalización y según la jurisprudencia desarrollada en la S.C. N° 1534/2003-R de 30 de octubre, este derecho alcanza a cuatro ámbitos: El derecho a ser escuchado en el proceso, a presentar prueba, a hacer uso de los recursos y a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal.

A ello se debe sumar la presunción de inocencia, como presupuesto que acompaña al procesado durante todo el proceso penal, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada, precisamente por ello no se puede obligar al imputado a declarar contra sí mismo, de conformidad a lo establecido por el art. 93 del CPP, en cuyo texto determina que en ningún caso se exigirá juramento al imputado, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o instigarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos tendientes a obtener su confesión.

De lo manifestado, es posible concluir que la sola declaración del imputado, de ningún modo puede fundar condena alguna; puesto que, la culpabilidad o no del mismo, se deberá determinar de acuerdo con las pruebas suficientes que acrediten la existencia de los elementos específicos del tipo penal, su participación y grado de culpabilidad, no constituyendo tal declaración, un medio probatorio.

Así, revisadas las actuaciones procesales, es posible identificar en estricto cumplimiento de la normativa procesal penal vigente que una vez instalada la audiencia de juicio oral y cumplida con la etapa incidental, conforme dispone el art. 346 del Cód. Pdto. Pen., se procedió a convocar al acusado a efectos de tomársele su declaración ante el Tribunal de Sentencia, a quien previamente se le hicieron conocer sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, advertido de lo cual, Hugo Paco Mariscal manifestó de manera libre, su voluntad de declarar; por tanto, no se encuentra ningún elemento o actuado ilegal o arbitrario de parte de los administradores de justicia a cargo de esta etapa procesal, al contrario su comportamiento se rigió y ciñó de manera, legal y correcta a las normas legales en vigencia, tampoco se detecta que se le hubiera coaccionado y doblegado su intención de otorgar su versión de los hechos; al contrario, el imputado declaró lo que consideró conveniente, pasando a ser interrogado en el orden establecido por la precitada norma, de inicio por el fiscal, luego por el abogado del

querellante, su defensor y finalmente por los miembros del Tribunal de Sentencia. Posterior a ello, se prosiguió con la celebración de la audiencia de juicio, pasándose a recepcionar las pruebas ofrecidas por las partes, sus conclusiones así como réplicas.

Puestas así las cosas corresponde analizar la Sentencia de mérito, en la cual se acredita tal como se señaló precedentemente, que en la primera parte, luego de la consignación de los datos personales del acusado, en un párrafo siguiente, se pasó a transcribir la declaración del imputado, prestada durante la audiencia de juicio oral y ante el mismo Tribunal de Sentencia, lo que de ningún modo transgrede norma legal alguna; al contrario, cumple con el mandato contenido en el art. 360-2 del Cód. Pdto. Pen., que con relación a los requisitos de la sentencia, entre otros dispone que la misma, deberá consignar la enunciación del hecho y circunstancias que hubieran sido objeto del juicio, como en el caso sería la declaración del imputado prestada en la propia audiencia de juicio oral. La cual indudablemente, a continuación no puede ser la que determine la culpabilidad o no del encausado.

Verificados los fundamentos de la sentencia, es posible determinar que en ningún momento se fundó condena contra el imputado, basada en su declaración depuesta; al contrario, su conducta derivó del análisis y valoración de las pruebas ofrecidas en el mismo juicio oral, concluyendo que: "...de la prueba analizada precedentemente, se demuestra que todos los actos desplegados por el acusado ha sido con el firme propósito de favorecer a la representante legal de todo agro..., tenía pleno conocimiento de las consecuencias de su actuar" (sic); agregando más adelante: "...que los miembros del tribunal en forma unánime votaron por la culpabilidad de Hugo Paco Mariscal, respecto al delito de falsedad ideológica agravada, previsto en el art. 199, puesto que la prueba desfilada en juicio ha sido suficiente para generar en el tribunal, la convicción sobre la participación y culpabilidad del acusado en el delito..." (sic).

De todo lo descrito, se puede concluir finalmente que la denuncia del recurrente no tiene asidero legal alguno, tampoco responde a la veracidad de los hechos, pues el tribunal de alzada sí realizó un adecuado control de legalidad de la sentencia, respondiendo de manera motivada que la declaración brindada voluntariamente por el imputado, en la audiencia de juicio oral, fue insertada en el fallo de mérito como parte de la fundamentación probatoria descriptiva; y por lo tanto, no infringió lo preceptuado por el art. 93 del Cód. Pdto. Pen. Extremo que por las razones explicadas recientemente resulta evidente; puesto que, en ningún momento la inclusión de tal declaración en la sentencia constituyó el óbice para declarar la culpabilidad del encausado, sino se la transcribió como bien lo señaló el tribunal de alzada, como parte de la fundamentación probatoria descriptiva de la misma, al constituir la misma una circunstancia objeto del juicio; diferente hubiese sido que ante la falta de pruebas, tal declaración hubiera fundado la condena, lo que no ocurrió en el caso de autos.

Por lo señalado, al no encontrarse vulneración alguna a los derechos invocados como lesionados por parte del recurrente, como la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, los cuales al contrario fueron resguardados en su ejercicio por parte de los Vocales, el presente motivo debe ser declarado sin mérito alguno.

III.2. En cuanto a la denuncia de incongruencia.

En el segundo motivo objeto del presente análisis, el recurrente denuncia que el auto de vista incurrió en incongruencia externa e interna, dado que a su criterio, no hubiera dado respuesta a todos los puntos reclamados y de manera genérica concluyó con que no existiría falta de fundamentación de la sentencia, pues pese a haber consignado los puntos objeto de impugnación en la primera parte del fallo, a continuación no fundamentó ni motivó sobre todos ellos; no obstante, que precisó como defectuosamente valoradas las pruebas P.D.1.m), así como las declaraciones testimoniales de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriel Cuellar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zarate, Norma Chavarría Flores y la "prueba documental", y que en momento de los hechos era egresado de la carrera de Ingeniería Civil y no profesional, como erróneamente hubiera afirmado la Sentencia.

Previo al análisis de fondo del problema planteado por el recurrente, resultará de mucha utilidad revisar los puntos de impugnación denunciados por el peticionado, en su recurso de apelación restringida, el que reclama la presencia de defectos absolutos de la Sentencia, contenidos en el art. 370-5, 6 y 11 del Cód. Pdto. Pen., por las siguientes razones:

En el punto 3 de la fundamentación fáctica de la sentencia: I) En la primera parte, refiere "...en mérito a la acusación fiscal y acusación particular..." (sic), cuando esta última no debió ser valorada ni tomada en cuenta; toda vez, que en la tramitación del juicio fue presentada de manera extemporánea; es decir, fuera de plazo con un día, lo que constituye un defecto procedimental; II) En el mismo punto, se hizo mención a la "institución víctima a través de la Secretaría Departamental de Desarrollo lanzó la convocatoria" (sic), sin especificar cuál de ellas; es decir, si fue la de Desarrollo Social o de Desarrollo Productivo, relación que además no se encuentra de acuerdo al contenido fáctico de ninguna de las dos acusaciones fiscal ni particular, tampoco en la querrela o denuncia (ofertada como prueba por el Ministerio Público), porque esos documentos mencionan que la repartición que lanzó la convocatoria, es la Secretaría Departamental de Desarrollo Social; no obstante, la unidad funcional de la Gobernación que lanzó la Convocatoria es la Secretaría Departamental de Desarrollo Productivo, tal como se puede evidenciar de la documentación introducida a juicio; III) En su primer párrafo se sostiene que: "...mediante informe final de evaluación y recomendación AMPE, recomienda al R.P.C. adjudicar...", resulta ser una contradicción, porque si bien en la acusación fiscal se menciona al Responsable de Procedimientos Administrativos (RPA); sin embargo, conforme a lo preceptuado por el D.S. N° 0181, el término correcto para esta modalidad de contratación ANPE (por la cuantía) el Responsable de Procesos de Contratación (RPC); y, IV) Refiere que de acuerdo al formulario de ingreso de almacenes y conformidad de egreso en el que se evidencia que el acusado y otros dieron fe y firmaron en constancia conforme al siguiente detalle: "...Plantas de Vid Rivier ingresó en una cantidad de 13043 y egreso 21739..."; si bien en este punto, se colocan los datos de acuerdo a las acusaciones; no obstante, que en ambas existe contradicción respecto de dichos datos, es más en el formulario de ingresos y egresos presentado como prueba por el Ministerio Público, las plantas de Vid Rivier egresaron 13043, contradiciéndose con los datos contenidos en las acusaciones. Agrega que a fs. 116 vta., se afirma que: "...se llegó a cancelar Bs. 9993341, monto descrito en las acusaciones tanto fiscal como particular que no está de acuerdo y menos en relación a las pruebas descritas y ofrecidas por el Ministerio Público y el acusador particular", como es el monto descrito en el contrato de Bs 999.341 y el cheque emitido y cobrado de Bs 317.959.

Señala que la sentencia incurrió en defectuosa valoración de la prueba, por las siguientes razones: a) La prueba P.D.1 h), refiere a los documentos de cargo expedidos por Marcelino Coronado Mendoza en calidad de RPC, pero no como dice en la sentencia "Responsable del Proyecto"; b) Respecto a la prueba P.D.1 m), señala que ofreció como prueba a un oficio expedido por el precitado "y otros"; no obstante, que el mismo sólo firma el mencionado y ninguna otra persona más; c) En relación de la prueba signada como P.D.1 n), refiere el tribunal que la minuta de contrato firma la proveedora Karen Elizabeth Mamani Ancalle y la Gobernación, lo que representa una mala interpretación porque si bien firma la citada, pero en ningún momento refieren que los hizo como representante legal de la empresa unipersonal "Todo Agro", de acuerdo al documento; d) Respecto a la prueba P.D.1 o), refiere a un oficio emitido por Marcelino Coronado Mendoza, responsable del Proyecto de Contratación, pero de acuerdo al documento referido es RPC; e) Sobre la prueba P.D.4 b), se menciona sólo a un extracto bancario, pero el tribunal no refiere que dicho extracto es parte de la documentación de respaldo de la nota de 25 de noviembre de 2013, en la cual la Jefa de Tesorería y Crédito Público del Gobierno Autónomo de Chuquisaca, informó a la Directora del Área de Finanzas del Gobierno Autónomo del Departamento de Chuquisaca, que se procedió a la emisión del cheque 33144 por un importe de Bs 317.959.- que fue cobrado el 2 de mayo de 2012. No obstante, el tribunal sólo valoró discrecionalmente su documentación de respaldo de la nota y no así la misma nota, la cual acredita que solamente se llegó a pagar a Karen Elizabeth Mamani Ancalle, Bs 317.959 y no los montos a los que se refieren el Ministerio Público y la parte acusadora; f) En la última parte de la segunda conclusión de la Sentencia se señala: "...hecho acreditado por la declaración testifical de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zarate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental..."; empero, revisada el Acta de audiencia de juicio oral, en ningún momento las testigos Aurelia Ojeda Vela de Zarate y Norma Chavarría Flores, refirieron nada respecto a las conclusiones a las que arribó el fallo de mérito; g) En la tercera conclusión refiere que se tiene evidenciado por memorándum S.D.D.P –RPA 100/2011 de 25 de julio, expedido por el Responsable del Proyecto Contratación, cuando lo correcto es el RPC; h) En la última parte de la Tercera Conclusión de la Sentencia el Tribunal valora: "hecho acreditado por la declaración testifical de Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental..." y revisada el acta de audiencia de juicio, Norma Chavarría Flores, en su declaración testifical, en ningún momento refirió nada sobre hechos que acrediten para fundar dicha conclusión; i) En la cuarta conclusión de la sentencia, se refiere que se emitió el memorándum S.D.D.P –RPA 066/11 de 18 de octubre de 2011, expedido por Marcelino Coronado Mendoza como Responsable del Proyecto de Contratación, pero de acuerdo a dicho documento, el mencionado resulta ser "Responsable de Procesos de Contratación (RPA)"; j) En la cuarta conclusión de la Sentencia se señala: hecho acreditado por la declaración testifical de Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zárate, Norma Chavarría Flores y la prueba documental..." y revisada el Acta de audiencia de juicio, Mario Desiderio Gutiérrez Espada, Gabriela Cuéllar Balcera, Aurelia Ojeda Vela de Zarate, en sus declaraciones testificales en ningún momento refirieron a ningún hecho para fundar dicha conclusión; k) Lo mismo con relación a la última parte de la cuarta conclusión y a la última parte de la quinta conclusión de la sentencia; y, l) A fs. 123 vta. se refiere que: "a consecuencia de lo analizado se obtuvieron desembolsos de Bs 317.9595 y Bs 682.035", pero este último monto no ha sido probado y ni siquiera se tomó en cuenta siquiera la nota de 25 de noviembre de 2013.

A la denuncia plasmada en el recurso de apelación restringida, el auto de vista respondió con los siguientes argumentos jurídicos legales:

Si bien el apelante hace una simple alusión a que en la sentencia se hubiera incurrido en "defecto absoluto, por la concurrencia de los defectos de la sentencia previstos por los incs. 5, 6 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que están referido a que 'no exista fundamentación o que ésta sea insuficiente'; así como que la sentencia 'se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba' y en al 'inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación'; se concluye inicialmente que de manera defectuosa acusa conjuntamente tres defectos de la sentencia, previstos independientemente por su diversidad en el art. 371 del Cód. Pdto. Pen., que por ello ameritan ser abordados y expuestos en motivos individuales; a objeto de que el tribunal de alzada, resuelva cada defecto con suficiencia congruencia y pertinencia, en el marco de las alegaciones puntuales que respecto a cada uno de ellos plantee el apelante; y a su vez, existen denuncias de otros supuestos que son totalmente independientes.

Más adelante añade el auto de vista, que el apelante pretende que el tribunal de alzada ingrese a revalorizar prueba compulsada por el a quo, así como que revea los hechos previamente establecidos por el tribunal de juicio, atribución con la que no cuenta el tribunal de alzada, conforme se dispuso en los AA.SS. Nos. 166/2013-RRC de 13 de junio y 176/2013-RRC de 24 de junio y del análisis de la sentencia, en sus límites no se advierte que en la labor desplegada en la sentencia, hubiera incurrido en falta de fundamentación probatoria alegada en el recurso de apelación; puesto que, expuso en debida forma, primero la fundamentación probatoria descriptiva de toda la prueba producida en juicio, asignándole el valor probatorio correspondiente a cada una de ellas, para luego proceder a valorar intelectual y conjuntamente todo ese acervo probatorio, explicando por qué le otorga determinado valor a algunos elementos probatorios y por qué no a otros, especificando qué hechos se demostraron con ellos y cuáles no, no siendo evidente que el tribunal de juicio hubiera valorado la acusación particular, pues sólo se refirió a la querrela, pero dejando claramente establecido que la misma, no constituye prueba, sino sólo una pretensión de parte. Por lo que, carece de coherencia y pertinencia, además de mérito el reclamo recién efectuado en el recurso en examen, en relación a la supuesta extemporaneidad en la presentación de la acusación particular y su consideración; puesto que, ese hecho debió haber sido reclamado antes de la sustanciación del juicio oral, e incluso antes de la dictación de la Sentencia, habiendo precluido dicho derecho.

Respecto a que la sentencia y las acusaciones fiscal y particular contendrían afirmaciones incongruentes entre sí, se advierte del auto de apertura de juicio de 11 de noviembre de 2015, que se abrió teniendo en cuenta los hechos fácticos alegados en ambas acusaciones, que fueron resumidos y reproducidos en la fundamentación fáctica de la Sentencia apelada (numeral 3), determinando esencialmente que el impugnante, conjuntamente los otros co-imputados César Wilson Rodríguez y Norma Chavarría Flores, el 5 de noviembre de 2011, dieron fe y firmaron el formulario de ingreso de los Plantines de Vid a los Almacenes –se entiende a la Gobernación de Chuquisaca-, ubicados en el pasaje Gandarillas s/n, zona la Madona, en el detalle y cantidad que refiere la sentencia apelada, y que de igual manera, existía otro documento también de 5 de noviembre de 2011, suscrito a horas 16:00 en la ciudad de Camargo, sobre tal recepción en instalaciones del CETA de San

Roque y que éstos serían los documentos fraguados; ellos, porque aparte de no poder efectuarse ese mismo acto en dos lugares distintos y distantes (Sucre y Camargo), tampoco coincidía la cantidad de Plantines de Vid entregados, con los efectivamente egresados y que además existía un documento privado suscrito posteriormente, de compromiso de entrega de los Plantines de Vid faltantes, así como la otorgación de una póliza de garantía de entrega del 3%, que nunca se cumplió por parte de la persona que se adjudicó dicho contrato. Hecho fáctico que así resumido y sometido a juicio penal y que de manera ordenada y fundamentada, en base a la prueba producida se concluyó que habían sido demostrados, cual emerge de las conclusiones primera, segunda y tercera; y fundamentalmente, de la conclusión cuarta de la Sentencia, concluyendo que el imputado fue partícipe de la comisión de la contratación de los Plantines de Vid, que a firma del acta de entrega de las mismas, el 5 de noviembre de 2011 en esta ciudad, cuando en la misma fecha, también se había labrado y firmado otra Acta en la ciudad de Camargo, hecho que era imposible realizar por la distancia existente entre Sucre y Camargo; careciendo de relevancia la supuesta incongruencia en la denominación al RPC, como responsable del proceso de contratación, o la confusión incurrida en la modalidad empleada en el proceso de contratación ANP, o respecto de la condición profesional o no del ahora impugnante, así como respecto de la suma verdaderamente cancelada a la propietaria de la empresa contratada; puesto que, esos hechos no son los que configuran el ilícito juzgado en sí, sino los supra resumidos y que fueron contrastados por al a quo y de los cuáles no se advierte infracción al principio de congruencia previsto por el art. 362 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, el imputado no fue hallado culpable y menos condenado por un hecho distinto al acusado en ambas acusaciones. Por lo que, el segundo motivo deviene en improcedente.

Así descritos los motivos que impulsaron al apelante a plantear su recurso de alzada y los argumentos empleados por el auto de vista para dar respuesta a la impugnación, corresponde ingresar al análisis de fondo de lo denunciado a efectos de verificar si en efecto, los vocales incurrieron en incongruencia interna y externa, no sin antes revisar lo que implica este presupuesto jurídico.

Incongruencia omisiva y derecho de acceso a la justicia.- Una de las finalidades del Estado boliviano, de conformidad a lo estipulado por el art. 9-4 de la C.P.E., es garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos en la Constitución, entre los que se encuentra consagrado en su art. 115-I, el derecho de acceso a la justicia, el cual relieves la protección oportuna y efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, por parte de los jueces y Tribunales de Justicia, conforme el siguiente texto: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". De lo señalado, se tiene que el precitado derecho tiene distintas dimensiones; y por tanto, a partir de él se materializa el ejercicio de otros derechos derivados como son: el libre acceso al proceso, la defensa, el pronunciamiento judicial sobre las pretensiones planteadas, a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas y el uso de los recursos previstos por ley.

En ese contexto constitucional, abordando esta vez el núcleo esencial de la incongruencia y más específicamente la llamada incongruencia omisiva o fallo corto, como parte del derecho de acceso a la justicia, se concluye que se incurre en este defecto (citra petita o ex silentio), cuando una autoridad jurisdiccional omite pronunciarse sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., temática que fue desarrollada por este Tribunal Supremo de Justicia en el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, en cuyo texto se refirió lo siguiente: "...debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la Resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la Resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada.

La incongruencia omisiva quebranta el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del Tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual, "...sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo (Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416).

Igualmente, refiere el versado Couture, que: 'El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*' (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo - Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300).

Lo anterior significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. textualmente refiere: 'Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución', se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada".

Entonces por regla general, en protección de los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, las autoridades jurisdiccionales están constreñidas a dar respuesta motivada a todos y cada uno de los agravios denunciados por la partes; en caso de alzada,

será obligatorio para el tribunal que resuelve la apelación, circunscribir sus resoluciones a los aspectos cuestionados en la resolución, conforme dispone el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., un razonamiento contrario implicaría vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

Labor de control de logicidad por parte del tribunal de alzada ante la denuncia de errónea valoración de la prueba y la obligación de la carga argumentativa del apelante.

Aunque la apreciación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas (intangibilidad de la prueba y de los hechos), de la sentencia son inatacables en apelación restringida; empero, están sujetas al control de logicidad a cargo del tribunal de apelación, que verificará a tiempo de resolver el recurso de apelación restringida, el proceso lógico seguido por el juzgador en su razonamiento a través del examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, cotejando si en su fundamentación se observaron las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

Pues bien, el juzgador debe observar los principios lógicos supremos o leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y otorgan base cierta para determinar cuáles son; necesariamente verdaderos o falsos. A decir del profesor De la Rúa, las leyes del pensamiento son leyes a priori que están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. (De la Rúa, Fernando. Teoría General del Proceso. Editorial Depalma, Buenos Aires 1991. Pág. 154-158).

Asimismo, en relación a las leyes de la psicología, el Tribunal o Juez tiene el deber de aplicarlas en la valoración de las pruebas, no siendo necesario que indique cuál sea el procedimiento psicológico empleado, además de aplicar las normas de la experiencia, que son los juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (Arroyo, Gutiérrez José Manuel y Rodríguez, Campos Alexander. Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal. Editorial Jurídica Continental. San José-Costa Rica 2003. 2da. Edición. Pág. 91).

En el ordenamiento jurídico boliviano, el sistema de valoración de la sana crítica, se encuentra establecido en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., que refiere: "El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida", lo que implica que el juzgador debe observar las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia en la emisión de la sentencia, que podrá ser impugnada, cuando la parte considere que no fueron aplicadas correctamente.

Consiguientemente, ante la denuncia de errónea valoración de la prueba por la incorrecta aplicación de las leyes del pensamiento humano respecto a la sana crítica, que además deberá contener necesariamente la identificación de cuáles los elementos de prueba incorrectamente valorados, así como la solución pretendida, el tribunal de alzada verificará si los argumentos y conclusiones de la sentencia, reúnen los requisitos para ser considerados lógicos y de evidenciar el reclamo, determinará la nulidad de la sentencia y la reposición del juicio, ante la prohibición de corregir directamente el defecto, conforme dispone el art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; en cambio de resultar incorrecta la denuncia, dispondrá su rechazo y confirmará lo resuelto en sentencia por el a quo.

Este entendimiento ha sido ampliamente desarrollado en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, que señala: "El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuales son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia y no referirse a actuaciones procesales sin incidencia directa en la resolución de mérito, la inobservancia de estas reglas emergentes de lo expresamente determinado en la ley adjetiva penal deberán ser observadas por los tribunales que conocen el recurso de apelación restringida previamente a admitirse los recursos por estos motivos y en caso de no ser debidamente subsanada la observación referida, los tribunales deberán declarar inadmisibles los recursos por este motivo, en cuyo caso no podrán reiterarse estos argumentos en el recurso de casación.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural.

Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez”.

Por lo señalado precedentemente, el tribunal de alzada tiene la obligación de efectuar la labor de control de logicidad ante la denuncia de errónea valoración de la prueba, como también resulta inexcusable para el recurrente señalar e identificar qué elementos de prueba fueron incorrectamente valorados y cuál la solución que pretende; es decir, precisar qué partes de la decisión incurrieron en errores lógico-jurídicos en el que se aplicaron de manera inadecuada las reglas de la sana crítica, con el correspondiente análisis lógico buscado y no referirse a aspectos procesales que no vayan a tener incidencia en el fondo del litigio.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo motivo ahora analizado, relativo a que el tribunal de alzada hubiera incurrido en incongruencia interna y externa al no haber dado respuesta a las denuncias contenidas en el segundo agravio de la apelación restringida, otorgando una contestación general, pese a que en dicho recurso se denunció que el tribunal de sentencia habría incurrido en valoración defectuosa de la prueba, apartándose de los cánones legales de razonabilidad y equidad, resulta necesario distinguir las denuncias efectuadas por el entonces apelante en su segundo agravio, las cuáles se pueden clasificar en dos puntos: 1) El primero referido a los reclamos del Punto 3 de la fundamentación fáctica de la Sentencia, sintetizados en los cuatro incisos detallados anteriormente; y, 2) El segundo circunscrito a la supuesta defectuosa valoración de la prueba (11 incisos).

Ahora bien, ingresando al análisis del primer punto relativo al reclamo del Punto 3 de la fundamentación fáctica de la sentencia, es posible evidenciar que las denuncias contenidas en cada uno de los incisos, merecieron respuesta por parte del tribunal de alzada: i) En lo atinente a la supuesta valoración de la acusación particular que hubiera sido presentada fuera de plazo, se le señaló que no es: “...evidente, que el tribunal de Juicio hubiera ‘valorado la acusación particular’ pues sólo se ha referido a querrela, pero dejando claramente establecido que la misma, no constituye prueba, sino, que es una pretensión de parte”, agregando más adelante: “Que, así mismo, este tribunal concluye, que carece de coherencia y pertinencia, además de mérito, el reclamo recién efectuado en el recurso en examen, en relación a la supuesta ‘extemporaneidad en la acusación particular y su consideración por el a quo’, puesto que ese hecho, debió haber sido reclamado antes de la sustanciación del juicio oral, e incluso, antes de la dictación de la Sentencia ahora apelada, habiendo precluido ese derecho del hoy impugnante, por haber consentido el hecho, ya que recién reclama o formula observación en el recurso en examen”; ii), iii) Con relación a las reclamaciones contenidas en ambos incisos, se le señala que carece de: “...relevancia la supuesta ‘incongruencia’ en que supuestamente hubiera incurrido el Tribunal al denominar al responsable del proceso de contratación (RPC), como responsable del proyecto de contratación en lugar de ‘proceso de contratación’, o la confusión también incurrida en la modalidad empleada en el proceso de contratación (ANP), o respecto de la condición profesional o no del ahora impugnante, así como respecto de la suma verdaderamente cancelada a la propietaria de la empresa contratada; puesto que esos hechos no son los hechos que configuran el ilícito juzgado en sí (...); aspectos por los cuales, tampoco se advierte que el A quo hubiera incurrido en la infracción del principio de congruencia” (sic) iv) Sobre la denuncia de supuesta contradicción entre las acusaciones fiscal y particular, el auto de vista sostiene lo siguiente “...se advierte que el Auto de apertura de juicio de 11 de noviembre de 2015, cursante de fs. 53-54, que el juicio se ha aperturado teniendo en cuenta los hechos fácticos alegados en ambas acusaciones, los que fueron resumidos y reproducidos en la fundamentación fáctica de la sentencia apelada (numeral 3), determinando esencialmente que el hoy impugnante, conjuntamente los otros coimputados César Wilson Rodríguez y Norma Chavarría Flores, en 5 de noviembre de 2011, dieron fe y firmaron el formulario de ingreso de los Plantines de Vid a los Almacenes –se entiende de la Gobernación de Chuquisaca-, ubicados en el pasaje Gandarillas S/N, Zona la Madona, en el detalle y cantidad que refiere la Sentencia apelada, y que de igual manera, existía otro documento también de fecha 5 de noviembre de 2011, suscrito a horas 16:00, en la ciudad de Camargo, sobre tal recepción en instalaciones del CETA de San Roque y que éstos serían los documentos fraguados; ello, porque aparte de no poder efectuarse ese mismo acto en dos lugares distintos y distantes (Sucre y Camargo, tampoco coincidía la cantidad de Plantines de Vid entregados, con los efectivamente egresados y que además existía un documento privado suscrito posteriormente, de compromiso de entrega de los Plantines de Vid faltantes, así como la otorgación de una póliza de garantía de entrega por el 3%, que nunca se cumplió por parte de la persona que se adjudicó dicho contrato; hecho fáctico resumido y esencial, que fue el que sometió a juicio penal y que de manera ordenada y fundamentada, en base a la prueba producida se concluyó que habían sido demostrados cual emerge de las conclusiones primera, segunda, tercera, y fundamentalmente, de la conclusión cuarta de la sentencia, concluyendo que el impugnante fue partícipe de la comisión de contratación de los Plantines de Vid, que ha firma del acta de entrega de las mismas, en 5 de noviembre de 2011 de esta ciudad, cuando en la misma fecha, también se habían labrado y firmado otra Acta en la ciudad de Camargo, hecho que era imposible realizar, por la distancia existente entre Sucre y la ciudad de Camargo...” (sic); “careciendo de relevancia la supuesta ‘incongruencia’ en que supuestamente hubiera incurrido el tribunal” (sic).

De los argumentos extraídos y glosados precedentemente del auto de vista impugnado, es posible determinar que lo denunciado por el recurrente, carece de veracidad; puesto que, todas las denuncias contenidas en este primer punto de su recurso de apelación restringida, fueron motivadamente atendidas por el tribunal de alzada, el que actuó conforme a la normativa legal vigente y en resguardo de los derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, no evidenció agravio alguno que hubiere ocasionado un detrimento en los intereses del recurrente y menos que habría repercutido en su situación jurídica.

En el segundo punto de impugnación de este segundo motivo, el recurrente cuestiona la valoración de la prueba, reputándola de defectuosa por parte del Tribunal de Sentencia, con relación a lo cual resulta necesario aclarar al recurrente, que de conformidad con la

doctrina desarrollada precedentemente; en cuanto, a la labor de control de logicidad por parte del tribunal de alzada, ante la denuncia de errónea valoración de la prueba, es responsabilidad de dicha instancia jurisdiccional, verificar a tiempo de resolver el recurso, si el proceso lógico seguido por el juzgador en su razonamiento se ajustó a las reglas de la sana crítica, la lógica, la psicología y la experiencia, en la fundamentación de la sentencia; extremo que no debe ser confundido con la labor de revalorización; puesto que, se ingresaría a un ámbito reservado únicamente para los jueces y tribunales de sentencia, al ser esa una función de su exclusiva competencia. Empero, para permitir que los vocales cumplan con su tarea de controlar la valoración probatoria realizada por el a quo, requieren que el recurrente señale e identifique a tiempo de plantear su recurso de casación, qué elementos de prueba fueron incorrectamente valorados y cuál es la solución que pretende, identificando en qué partes de la decisión inferior, se incurrieron en errores lógico jurídicos y se aplicaron de manera inadecuada las reglas de la sana crítica, con el correspondiente análisis lógico perseguido.

En la especie, no obstante que en el motivo apelado se identificó la supuesta prueba que hubiera sido objeto de defectuosa valoración; sin embargo, resulta imposible detectar una carga argumentativa suficiente que evidencie que dicha prueba mereció una valoración incorrecta y menos cuáles son las reglas de la sana crítica que no se hubieran cumplido en dicha labor ni la solución pretendida, requisitos indispensables que sin duda materializarán la trascendencia necesaria que demuestre que la labor de valoración probatoria de la Sentencia, no fue correcta y que además de ello, implica un defecto absoluto que de haberse realizado de otro modo, el resultado del fallo hubiera sido distinto.

En conclusión, de lo transcrito y relatado, es posible detectar que la denuncia de defectuosa valoración probatoria realizada por el recurrente, incurrió en insuficiente técnica recursiva; por lo tanto, luego no es posible que se pretenda exigir que el tribunal de alzada, corrija dicha omisión; puesto que, para lograr dicho cometido, tendría que revalorizar la prueba a efectos de determinar si la misma fue debidamente valorada por el a quo, teniendo que investigar de oficio cuáles son las reglas de la sana crítica que no se cumplieron, así como la solución pretendida por el apelante. Competencia que no tiene conferida por las normas penales en vigencia.

Cabe señalar que el defecto en la apelación fue acarreado también a casación, dado que en su recurso, menos especifica dichas exigencias, es más dicha impugnación se limita a denunciar incongruencia omisiva por parte del tribunal de alzada, extremo que no resulta evidente; puesto que, si bien de manera general, se otorga una respuesta, señalando que el apelante pretende que dicho tribunal: "...ingrese a revalorizar la prueba compulsada por el a-quo con atribución propia, así como a rever los hechos también previamente establecidos por el tribunal de juicio, atribución con la que no cuenta este tribunal de alzada, conforme lo tiene establecido la uniforme doctrina legal emanada de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia..." (sic); pese a lo cual, a continuación otorgó una respuesta razonable a los puntos impugnado en la medida de sus posibilidades legales, debido a la falta de insumos necesarios que le permitan cumplir con su labor de control de logicidad en la valoración probatoria, desplegada por el Tribunal de Sentencia.

Lo que demuestra no ser evidente que el tribunal de alzada hubiera omitido dar una respuesta a la denuncia sobre defectuosa valoración probatoria en la que hubiera incurrido el tribunal de la causa; con relación a lo cual, no es posible pretender una respuesta de oficio, que abunde en su fundamentación, dado que como se señaló no se cuentan con los elementos necesarios mínimos para ello, desconociendo cuál es a criterio del recurrente con relación a la defectuosa valoración de la prueba que hubiera dado lugar a una condena injusta, no siendo aceptable desde el punto de vista jurídico, que en casación el recurrente pretenda que las autoridades jurisdiccionales que a su turno vienen conociendo el proceso penal, acojan los fundamentos jurídicos expuestos y de oficio resuelvan el mismo, dado que varias etapas no gozan de dicha competencia, razón por la cual el presente motivo deviene en infundado.

III.3. Sobre la denuncia de fundamentación arbitraria.

En el tercer motivo, el recurrente denuncia que el tribunal de apelación incurrió en fundamentación arbitraria, porque reiteró la motivación de la sentencia, sobre aspectos que nunca se pudo tener certeza por la falta de acervo probatorio del hecho endilgado, construyendo hechos que nunca ocurrieron sobre dos aspectos: i) Que la Sentencia no describe el hecho criminoso en forma circunstanciada; y, ii) No demostró que su conducta se subsumió al tipo penal atribuido a su persona.

De la revisión de los elementos denunciados en el tercer motivo del recurso de apelación restringida, se tiene que el recurrente acudió a los siguientes argumentos:

No se encuentra en la sentencia, el hecho criminoso descrito en forma circunstanciada, tampoco refiere el tiempo y lugar de la comisión del delito atribuido a su persona. En síntesis, no explica cómo llegó al razonamiento y convencimiento de que su persona hubiera aparecido en los ambientes de almacenes con el formulario de ingreso y egreso ya elaborado para hacer firmar los documentos supuestamente fraguados y/o falsos, no refiere en forma correcta y circunstanciada el cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal de falsedad ideológica. El tribunal aplica e interpreta erróneamente los alcances de dicha previsión legal, debido a la errónea calificación de los hechos que realiza para llegar a la tipicidad del hecho acusado.

A lo demandado, el auto de vista respondió, bajo el argumento que en relación a la primera reclamación, que en la sentencia no exista la relación circunstanciada del hecho delictivo atribuido, ya se estableció a momento de resolver el motivo segundo del recurso, principalmente en la fundamentación fáctica y en la conclusión cuarta de la sentencia recurrida, que se identifica el hecho atribuido y establecido como comprobado al hoy impugnante, con indicación de lugar y fecha.

En cuanto a la segunda sub reclamación del presente motivo, relativa a la supuesta errónea aplicación de la norma sustantiva penal contenida en el art. 199 del Cód. Pdto. Pen., porque en el proceso no se habría acreditado que el apelante fue quien insertó la información falsa en el documento público acusado de falso, o que hubiere hecho insertar y no sabe cómo el tribunal llega a esa conclusión y tampoco sabe con quién hizo insertar esos datos falsos; el tribunal de alzada estableció que el Tribunal de Sentencia, en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, luego de analizar lo establecido por los arts. 14, 20, 165 y 199 del Cód. Pen., si bien en el penúltimo párrafo del acápite 5, el a quo no especifica "con quien hizo" el imputado insertar los datos falsos; puntualiza respecto de dos hechos trascendentales cuando refiere: a)

La suscripción de dos documentos suscritos simultáneamente en Sucre y Camargo, en el mismo día y a la misma hora, que dan cuenta de entrega de la totalidad de Plantines cuando ello no era verdad; y, b) Esgrimiendo esa falsa información, gestionó pagos. Tales hechos que están detalladamente expuestos como probados en las conclusiones Cuarta y Séptima de la Sentencia, sobre los que el tribunal de alzada carece de competencia para revisarlos, reconsiderarlos o restablecerlos, cual dispone la doctrina legal aplicable emanada por el Tribunal Supremo de Justicia. Empero, de lo referido en ambas conclusiones no se encuentra que el a quo hubiera incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, pues las alegaciones del apelante no son acogibles, dado que la Sentencia emerge de las conductas atribuidas al acusado que se adecúan al ilícito atribuido.

Sobre la debida fundamentación y motivación de los fallos.- El mandato contenido en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., dispone que los Jueces y tribunales de justicia están obligados a expresar en sus resoluciones, los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones, así como citar las normas que sustentan la parte resolutive o dispositiva del fallo, fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes. Es una premisa consolidada por este Órgano de justicia ordinaria; que todas las resoluciones, entre ellas las emitidas por el tribunal de alzada deben cumplir con esta exigencia constitucional, emitiendo criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentra en el recurso de casación, en virtud a lo establecido por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

En ese orden, el A.S. N° 248/2012-RRC de 10 de octubre, determinó la siguiente doctrina legal: "Concluido el juicio oral, corresponde al Juez o Tribunal de Sentencia, emitir la Sentencia que corresponda a través de una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, lo que supone la precisión del conjunto de hechos que se tienen por ciertos o debidamente probados con los requisitos de claridad y precisión; la trascripción sintética pero completa del contenido de la prueba; la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, esto es la labor de adecuación o no del hecho al presupuesto normativo; y, la aplicación de la pena; sólo así, se permitirá que los sujetos procesales y cualquier persona que lea la sentencia, comprenda de dónde obtiene el juez o tribunal, la información que le permite llegar a una conclusión, sólo de esta manera, la sentencia se explica por sí sola; incurriéndose en fundamentación insuficiente por la ausencia de cualquiera de los elementos o requisitos señalados; por ende, en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., cuidando además, de no caer en contradicción entre su parte dispositiva o entre ésta y la parte considerativa, puesto que de ser así, se incurriría en la previsión del art. 370-8 del Cód. Pdto. Pen."

Asimismo, los AA.SS. Nos. 342 de 28 de agosto de 2006, 207 de 28 de marzo de 2007 y 319/2012 de 4 de diciembre entre otros, han establecido que toda resolución debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica; I) Expresa, porque se debe señalar los fundamentos que sirvieron de soporte para sustentar su tesis, sin remisión a otros actos procesales; II) Clara, en sentido que el pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y claro, no dejando lugar a dudas sobre las ideas que expresa el juzgador; iii) Completa, debiendo abarcar los hechos y el derecho; iv) Legítima, ya que debe basarse en pruebas legales y válidas. Para que exista legitimidad en la denuncia de valoración defectuosa de la prueba en la sentencia, el tribunal de alzada debe realizar el análisis de iter lógico por el que se evidencie la correcta o incorrecta valoración de la prueba efectuada por el juez a quo; y, v) Lógica, que es el requisito transversal que afecta a los otros requisitos, debiendo la motivación en términos generales ser coherente y debidamente derivada o deducida, pero utilizando las máximas de la experiencia, la psicología y las reglas de la sana crítica.

La obligación de fundamentar las resoluciones es extensible a los tribunales de alzada, los que también deben observar el cumplimiento de los requisitos esenciales de claridad, completitud, legitimidad, logicidad y de ser expresa, respecto de los puntos de agravio denunciados a fin de emitir una resolución formal y materialmente válida. Así lo estableció el A.S. N° 49/2012 de 16 de marzo, al determinar lo siguiente: "De acuerdo al entendimiento ratificado por el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, es una premisa consolidada que todo auto de vista se encuentre debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida, además de revisar de oficio si existen defectos absolutos, en cuyo caso, es necesario que en la fundamentación se vierta los criterios jurídicos del porqué dicho acto se considera defecto absoluto y qué principios, derechos o garantías constitucionales fueron afectados.

De la doctrina legal aplicable contenida en los autos supremos glosados precedentemente, es posible determinar que el derecho a una debida fundamentación es un elemento esencial del debido proceso, se encuentra consagrado en los arts. 115-II, 117-I y 180 de la C.P.E.; se trata del derecho de todo ciudadano a contar con resoluciones debidamente motivadas, de tal manera que brinden certeza de su contenido y alcances de la decisión asumida.

Tiene la finalidad de precautelar el juzgamiento adecuado, justo, equitativo, oportuno, efectivo y eficaz de los ciudadanos, asegurando que toda persona involucrada en un proceso, reciba del órgano competente o administradores de justicia, la protección oportuna de sus derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, materializada en una decisión justa y ecuánime. Dichos presupuestos constituyen un límite para el poder del estado frente al individuo; y por tanto, constriñe a las autoridades públicas a desarrollar sus actividades ajustadas al cumplimiento del núcleo esencial o duro del debido proceso en su triple dimensión, sometidas siempre entre otros, al principio de legalidad, como elemento componente del anterior, ajustando su actividad al acatamiento irrevocable de lo que la ley manda.

Dicho ello, corresponde a continuación analizar si el auto de vista incurrió en una arbitraria fundamentación, tal como denuncia el recurrente, o si al contrario cumplió con los cánones establecidos por la jurisprudencia legal emanada por este Tribunal Supremo de Justicia, estableciéndose que tribunal de alzada no incurrió en una insuficiente fundamentación; puesto que, respecto a la primera sub reclamación del motivo ahora analizado, otorgó una respuesta razonablemente motivada al apelante, mostrando en qué parte de la sentencia de mérito se estableció la determinación circunstanciada del hecho delictivo atribuido a su persona, como sería en la Conclusión Cuarta de dicho fallo, donde se identificaría "...el hecho atribuido y establecido como comprobado al impugnante, con indicación de lugar y fecha; y, que no es otro que el

apelante, conjuntamente con otros coimputados, César Wilson Rodríguez y Norma Flores, el 5 de noviembre de 2011, dieron fe y firmaron el formulario de ingreso de los plantines de vid a los Almacenes –se entiende de la Gobernación de Chuquisaca, ubicados en el pasaje Gandarillas S/N, Zona la Madona, en el detalle y cantidad que refiere la sentencia apelada; y que de igual manera, existe otro documento, también de 5 de noviembre de 2011, suscrito a hrs. 16:00, por los otros imputados en la ciudad de Camargo, en instalaciones del CETA de San Roque, y que esos serían los documentos fraguados...” (sic).

Si bien en el recurso de casación se amplían los argumentos expuestos en el recurso de apelación restringida, los descritos precedentemente constituyen una respuesta a lo expresamente reclamado en alzada y el hecho de que el tribunal de alzada hubiera dado respuesta, extrayendo los argumentos contenidos en el fallo de mérito, no implica de modo alguno una falta de fundamentación, al contrario las autoridades jurisdiccionales, mientras cumplan con las exigencias mínimas establecidas por la norma legal y la jurisprudencia legal, tienen la libertad de estructurar su fallo, de la forma que consideren conveniente, no existiendo impedimento alguno, en replicar lo señalado en la resolución inferior, como una forma de demostrar que la reclamación efectuada por las partes, carece de mérito. En cuanto a la denuncia sobre la determinación de hechos que nunca ocurrieron sin existencia previa del acervo probatorio, es un elemento que no puede ser analizado directamente en el presente recurso de casación, al no haber sido denunciado correctamente en apelación, privando al tribunal de alzada que hubiera podido realizar el control de logicidad de la misma, por lo que al circunscribirse la labor del Tribunal Supremo de Justicia, a la revisión de las argumentaciones expuestas en el auto de vista, en el caso no es posible constatar una situación no verificada por los vocales.

Finalmente, respecto a la segunda sub reclamación en sentido que el Tribunal de juicio no hubiera arribado al razonamiento y convencimiento de que su persona se hubiera aparecido en los ambientes de almacenes con el formulario de ingreso y egreso ya elaborado, para hacer firmar tales documentos supuestamente fraguados y/o falsos, sin referir de forma correcta y circunstanciada el cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal de falsedad ideológica; por lo que, ante la inexistencia de un elemento constitutivo del tipo, no acreditado en juicio, no existiría la comisión del delito, el auto de vista procedió a señalar los lugares en los cuales, figuraría en la sentencia, la supuesta omisión reclamada por el apelante, como sería en el penúltimo párrafo del acápite 5 de la misma, pasando a transcribir la parte pertinente y agregando más adelante que si bien el a quo, no especifica “con quien hizo” el imputado insertar los datos faltos; sin embargo, puntualizó al respecto, dos hechos trascendentales, enumerando y explicando a continuación los mismos como: 1) La suscripción de dos documentos suscritos simultáneamente en Sucre y Camargo, en el mismo día y a la misma hora que dan cuenta de la entrega de la totalidad de los plantines, cuando ello no era verdad; y, 2) Esgrimiendo esa falta información, gestionó pagos. Hechos que señala se encuentran detalladamente expuestos como probados en las conclusiones cuarta a séptima de la sentencia, establecidos como probado por el tribunal de juicio, sobre los cuales reconoce que el tribunal de alzada, carece de competencia para revisar y reconsiderar o restablecer. Concluyendo con que el a quo, no incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva y que las alegaciones del apelante no resultan acogibles dado que de la sentencia, a su criterio emerge con absoluta claridad, cuáles las conductas atribuidas al acusado y por qué se adecúan al ilícito atribuido.

Fundamentación razonable y completa que no demuestra la contradicción señalada por la parte recurrente, pues si bien de un lado, señala que no cuenta con atribución para revisar los hechos expuestos como probados en la Sentencia, a continuación afirma que no se hubiera incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, extremos ambos que de ningún modo, constituyen contravención alguna.

En consecuencia, en el presente motivo tampoco se encuentra que el tribunal de apelación hubiera vulnerado derechos ni garantías constitucionales invocados por el recurrente.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Hugo Paco Mariscal.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



295

Ministerio Público y otro c/ Mario Garnica Guillen y otros
Estafa y estelionato
Distrito: Cochabamba

AUTO DE VISTA

Cochabamba, 19 de agosto de 2019.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, dentro el proceso penal seguido por el Ministerio Público y acusación particular de Cresencio Tapia Rivas, Luzminda Fernández Urbano, Gregorio Choque Reynaga y Bernardo Huallpa Argote contra Mario Garnica Guillen, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, por los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados en los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., los demás antecedentes procesales, y.

CONSIDERANDO: Dentro el referido proceso penal el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, pronunció Sentencia leída íntegramente en "19 de junio de 2012", por la que declaró a los imputados Mario Garnica Guillen, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, autores y culpables de la comisión de los delitos de Estafa y Estelionato, previstos y sancionados en los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., imponiéndoles a cada uno la pena privativa de libertad de cuatro (4) años de presidio que deberán cumplir en la Cárcel Pública "San Sebastián" varones de la ciudad de Cochabamba, con costas y reparación de la responsabilidad civil a favor del Estado y la parte acusadora, una vez que la sentencia adquiera ejecutoria.

Esta resolución fue apelada por los imputados Mario Garnica Guillén, por escrito de fs. 1200-1210; así como Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, por memorial de fs. 1214-1222, recursos que al cumplir con lo dispuesto por los arts. 407, 408 y 409 del Cód. Pdto. Pen., se admiten, pasándose a resolver los aspectos cuestionados de la resolución impugnada.

I.1.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por el imputado Mario Garnica Guillen.

El apelante interpone recurso de apelación restringida contra la Sentencia N° 14/12, por los fundamentos que a continuación detalla:

I.1.1.- (De la nulidad de la Sentencia N° 14/12 por defectos absolutos y vulneración de derechos y garantías constitucionales).

Si bien resulta cierto que el juicio oral, público y contradictorio concluyó en 19 de abril de 2012 tal cual señala la propia sentencia en cuanto a la celebración del juicio oral; sin embargo; la lectura íntegra de la Sentencia N° 14/12, fue verificada en la audiencia pública de 19 de junio de 2012, tal cual se puede advertir del acta de audiencia de lectura de la sentencia a cuya conclusión le fue notificada la sentencia, de lo que se puede establecer que la Sentencia N° 14/12 no fue concluida en su fundamentación y redacción dentro los tres días posteriores a la dictación de la parte resolutive que tuvo lugar en 19 de abril de 2012, quebrantando lo dispuesto en el art. 361 del Cód. Pdto. Pen., resultando absolutamente evidente la infracción al debido proceso, a la justicia pronta, oportuna, transparente y sin dilaciones, aspectos garantizados en el art. 115-II de la C.P.E., puesto que la lectura íntegra de la Sentencia N° 14/12 fue realizada después de dos meses de la dictación de la parte resolutive, actuación contraria a lo previsto en la Doctrina Legal, entre otros, por el AS. N° 131, de 13 de mayo de 2005, dictado por la Sala Penal Primera de la entonces Corte Suprema de Justicia, estableciendo que: "...Doctrina legal aplicable. Que, el respeto al debido proceso pasa por cumplir los actos procesales, debiendo los sujetos procesales observar las acciones que les compete. En el caso de autos, el sujeto procesal que dirime el conflicto penal es el juez o tribunal de sentencia que se encuentra obligado a cumplir con el plazo legal para pronunciar sentencia; corrientemente, concluida la deliberación inmediatamente el juez o tribunal deberá redactar y firmar la sentencia, sin interrupción dando lectura en la misma audiencia. Sin embargo, por la complejidad del proceso y lo avanzado de la hora, el juez o tribunal puede adoptar el mismo procedimiento que para los casos normales, con la única diferencia de que la redacción y la lectura de la sentencia, deberá realizarse en el plazo máximo de tres días computables a partir de la lectura de la parte resolutive de la sentencia, momento en que también las partes se darán por notificadas, en la sala de audiencia. El incumplimiento de éste plazo es causal de pérdida de competencia, porque vulnera el debido proceso, aspecto que tiene mayor relevancia tratándose de la responsabilidad del director del proceso que es el juez a Tribunal de Sentencia.

La vulneración del debido proceso por incumplimiento del plazo la redacción y lectura de la sentencia constituye un defecto absoluto no siendo susceptible de enmienda conforme prescriben los arts. 1, 130, 16-9-3 y 370-10 del Cód. Pdto. Pen. Concordante con el art. 16-IV de la C.P.E. Debiendo el Tribunal de Apelación, aplicando el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., anular la sentencia..., y disponer la reposición del juicio oral y público encomendando su realización a otro juez o Tribunal de Sentencia".

Por lo que corresponde que el tribunal de apelación anule la Sentencia N° 14/12, ordenando la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia conforme a lo previsto en el art. 413 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2.- (Respecto a los defectos de la sentencia habilitantes de la apelación restringida).

I.1.2.1.- De la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 337 Cód. Pen.) El Tribunal de Sentencia de Quillacollo, en el Considerando V. asume que Cresencio Tapia Rivas, sería propietario a título hereditario de unos terrenos de la extensión superficial de 202.846.00 ms². ubicado en la zona de Licenciada, Anocaraire de Vinto de la Provincia Quillacollo, aseveración que a la postre utiliza para pretender, justificar la condena por el presunto delito de estelionato; pero qué embargo, al remitirse a la prueba signada como MP-P22 consistente en la escritura de venta a favor de los esposos Mariano Tapia y Damiana Rivas, misma que se encontraría registrada en dependencias de DD.RR. a fs. 248 y Ptda. 337 del Libro Primero de Propiedad de la Provincia Quillacollo, en 14 de abril del 1941, resulta claro que el Tribunal de Sentencia, al dictar sentencia condenatoria incurre en errónea aplicación de la ley sustantiva, puesto que, si bien la prueba documental signada como MP-P22, consiste en un testimonio de escritura pública de venta de un inmueble a favor de los padres del querellante Cresencio Tapia Rivas, ello no significa que Cresencio Tapia Rivas, ipso facto sea propietario del referido inmueble, ya que por disposición expresa del art. 1538 del Cód. Civ. para que se tenga por acreditado el supuesto derecho propietario de Cresencio Tapia Rivas por presunta sucesión hereditaria, resultaría imprescindible que el referido querellante registre el correspondiente auto de declaratoria de herederos en las dependencias de DD.RR., previo pago de los impuestos sucesorios sobre el referido inmueble, no siendo suficiente que Cresencio Tapia Rivas haya obtenido el auto de declaratoria de herederos de 26 de Febrero del año 1996, cuyo Testimonio N° 006 de 27 de julio de 2010, se encuentra signada como prueba MP-P23, sino que para que dicho auto de declaratoria de herederos pueda ser opuesta frente a terceros, resulta necesario que adquiera publicidad mediante su correspondiente inscripción en las oficinas de DD.RR., por lo que al haber asumido que Cresencio Tapia Rivas es propietario del inmueble en cuestión, sin que ése aspecto se haya acreditado conforme a la normativa legal vigente, el tribunal a quo, habría incurrido en errónea aplicación de, ley sustantiva, puesto que para que el delito de estelionato previsto y sancionado en el art. 337 del Cód. Pen., se encuentre configurado plenamente, resulta indispensable que el querellante acredite, en primer lugar, ser legítimo propietario conforme a las previsiones legales; y en segundo lugar, que su persona haya otorgado dicho inmueble mediante contrato de venta o arrendamiento, aspecto que en el caso no ha sido demostrado, puesto que ni la acusación fiscal, ni la acusación particular, han acreditado que el supuesto derecho propietario de Cresencio Tapia Rivas, se encuentre registrado en las dependencias de DD.RR., y menos se ha demostrado que su persona haya otorgado en venta, arrendamiento o que haya constituido gravámenes sobre dicho inmueble.

Por otro lado, es importante aclarar que las formas de disposición a las que se refiere el art. 337 del Cód. Pen. Como la venta, el arrendamiento o la constitución de gravámenes sobre el inmueble en cuestión, debieron ser acreditados de manera objetiva y por los medios idóneos, puesto que la normativa contenida en el Cód. Civ. en su art. 584, señala que: "La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa a transfiere atm derecho al comprador por un precio en dinero", de igual modo, el art. 685 del compilado legal señalado, establece: "El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes concede a la otra el uso o goce temporal de una cosa mueble o inmueble a cambio de un canon"; de modo que la presunta venta, o en su caso, el presunto arrendamiento debieron ser acreditados por la acusación, mediante prueba documental que acredite la celebración de los contratos de compra venta, arrendamiento o los contratos mediante los cuales se habría constituido gravámenes sobre el inmueble en cuestión, lo cual no habría ocurrido por lo que el tribunal a quo, al haber dictado sentencia condenatoria por el supuesto delito de estelionato, sin que se hayan acreditado los elementos constitutivos del referido delito, ha incurrido en aplicación errónea de la norma sustantiva penal del art. 337 del Cód. Pen., más aún cuando ningún elemento de prueba acredita que su persona haya suscrito o perfeccionado contrato alguno que comprometa al inmueble de presunta propiedad de Cresencio Tapia Rivas. Concurrente a lo anterior, resulta importante dejar establecido que, de la prueba documental de la acusación signadas como MP-p12; MP-P13; MP-P14; MP-P15; MP-P16; MP-P19; MP-P 20 entre otras, se tiene que, el inmueble alegado como de propiedad de Cresencio Tapia Rivas, se encuentra sujeto a un proceso administrativo de Saneamiento ante la Dirección departamental del Instituto Nacional de Reforma Agraria; siendo así, se debe observar , normativa legal vigente que rige en cuanto a los procesos de saneamiento, tal es así que, el art. 64 de la L. N° 1715 (INRA) establece: "(Objeto) El saneamiento es el procedimiento técnico jurídica transitoria destinado a regularizar y perfeccionar el derecho de propiedad agraria y se ejecuta de oficio o a pedido de parte"; concurrentemente, el art. 66 de la referida normativa especial, señala: "(Finalidades). El saneamiento tiene las siguientes finalidades:

1. La titulación de las tierras que se encontrarían cumpliendo la función económica social a función social definidas en el art. 22 de esta ley por lo menos dos (2) años antes de su publicación, aunque no cuenten can trámites agrarios que los respaldan, siempre y cuando no afecten derechos legalmente adquiridos por terceros; mediante procedimiento de adjudicación simple o de dotación, según sea el caso.

2. El catastro legal de la propiedad agraria.

3. La conciliación de conflictos relacionados con la posesión y propiedad agraria.

4. La titulación de procesos agrarias en trámite.

5. La anulación de títulos afectados de vicios de nulidad absoluta.

6. La convalidación de títulos afectados de vicios de nulidad relativa. Siempre y cuando la tierra cumpla la función económico-social.

7. La certificación de saneamiento de la propiedad agraria, cuando corresponda.

Del análisis de las disposiciones legales señaladas se tiene que, el proceso administrativo de saneamiento, es un procedimiento cuyo objeto es la regularización y perfeccionamiento de la propiedad agraria y que entre sus finalidades se encuentran, entre otras la titulación de tierras que se encuentren cumpliendo la función económico social y la conciliación de conflictos relacionados con la posesión y propiedad agrarias; en ese entendido, si partimos de la premisa de que el proceso administrativo de Saneamiento está destinado al perfeccionamiento y regularización del derecho de propiedad agrario y seguidamente que, el inmueble alegado como de propiedad de Cresencio Tapia Rivas, se encuentra sujeto a un proceso de saneamiento simple, llegamos a la ineludible conclusión de que el inmueble reclamado por el querellante Cresencio Tapia Rivas, no se encuentra regularizado o perfeccionado conforme a ley, pues no otra cosa significa que el proceso de

saneamiento aún se encuentre pendiente de resolución definitiva a ser dictada dentro ese proceso administrativo; por lo que nuevamente, el Tribunal de Sentencia, al haber asumido como propietario del inmueble en cuestión a Cresencio Tapia Rivas, sin que haya concluido el trámite del proceso administrativo de saneamiento en el que se resolverá la titularidad del inmueble, ha incurrido en errónea aplicación de la norma sustantiva penal contenida en el art. 337 del Cód. Pen., al haber dictado sentencia condenatoria por el delito de estelionato sin que se tenga acreditado el legal, absoluto y legítimo derecho propietario del querellante sobre el inmueble en cuestión. De la errónea aplicación de la norma sustantiva (art. 335 del Cód. Pen.)

De igual modo, el Tribunal de Sentencia, al haber dictado sentencia condenatoria por el delito de estafa previsto y sancionado en el art. 335 del Cód. Pen., ha incurrido en errónea aplicación de la norma sustantiva penal, puesto que, basándose en meras presunciones de carácter subjetivo, sin base en prueba legal que haya sido judicializada, asume que los imputados, entre ellos su persona, habría realizado cobros ilegales por la venta y disposición de lotes de terreno que se encontrarían dentro el inmueble que presuntamente le correspondía al querellante Cresencio Tapia Rivas; sin embargo, de la observación de los recibos cursantes en el proceso como prueba MP P11, que además de ser una prueba ilícita y violatoria de derechos y garantías fundamentales, dichos recibos no consignan la identidad de la persona que recibe los montos de dineros, además de que ninguno de dichos recibos establece que, la suma cancelada sea por concepto de compra venta de terrenos, por lo que los recibos adjuntos como prueba MP P11, al no haber sido reconocidos en sus firmas y rúbricas por sus otorgantes, carecen de todo valor legal y menos pueden ser opuestos frente a terceros; por lo que el Tribunal de Sentencia, al haber sustituido la plena prueba necesaria para dictar una sentencia condenatoria, con simples conjeturas y presunciones subjetivas al haberlos condenado por el delito de estafa, sin que se haya demostrado objetivamente la disposición patrimonial y el perjuicio de las presuntas víctimas y que esa disposición patrimonial haya ido en directo beneficio económico de su persona y de los demás imputados y que además ese presunto beneficio económico indebido haya sido obtenido con engaños o artificios, habría incurrido en errónea aplicación de la norma legal sustantiva del art. 335 del Cód. Pen., puesto que al dar por acreditado que su persona habría realizado cobros indebidos por servicios que la Honorable Alcaldía cubría con el PDA, sin que éste hecho haya sido acreditado de manera alguna o que tales presuntos recursos económicos hayan sido obtenidos bajo argumento de entrega de títulos sobre lotes de terreno, se los habría condenado por un hecho inexistente, sin prueba legal y en base a meras presunciones, apreciaciones y suposiciones de carácter subjetivo, quebrantando el principio de legalidad y verdad material que rige en la administración de justicia ordinaria, como lo establece el art. 180-I de la C.P.E.

Respecto a la falta de materia justiciable por conciliación con valor de cosa juzgada y última ratio del proceso penal. El proceso penal, por sus características punitivas y sancionadoras tiene carácter de última ratio, es decir que antes de la aplicación de una condena por presuntos hechos ilícitos, es importante que el Tribunal de Sentencia discierna, si no existe algún otro mecanismo legal para la solución del conflicto que se pretende someter a juicio y así evitar la intervención estatal en asuntos particulares que no ameritan ni justifican el procesamiento Penal; es así que en el caso el propio tribunal a quo en la misma Sentencia N° 14/12, reconoce la existencia de un acta de conciliación de 07 de noviembre de 2005 suscrito en dependencias de la Dirección Departamental del INRA, prueba signada como MP P 29, en la que el propio querellante Cresencio Tapia Rivas, se compromete que a la conclusión del proceso de saneamiento sobre el inmueble transferirá la totalidad del inmueble a favor de las personas socias de Carmen los Andes que se encuentren posesionadas en el inmueble, acta de conciliación que conforme a las previsiones de la L. N° 1770 de Arbitraje y Conciliación, que en su art. 85 señala: "(Carácter y función) La conciliación podrá ser adoptada por las personas naturales o jurídicas, para la solución de mutuo acuerdo de cualquier controversia susceptible de transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial.": así mismo, el art. 92 de la referida L. N° 1770, señala: "(Conclusión y efectos) I. El procedimiento concluirá con la suscripción de un documento llamado acta de conciliación, que incorpore el acuerdo celebrada por las partes y especifique en forma expresa los derechos y obligaciones a cargo de cada una de ellas, II. El acta de conciliación surtirá los efectos jurídicos de transacción y tendrá entre las partes y sus sucesores a título universal la calidad de cosa juzgada, para fines de su ejecución forzosa. "5 en ese entendido tenemos que en el proceso que nos ocupa, se ha procesado y se ha sancionado un aspecto que ya fue dilucidado en vía de conciliación ante una institución pública como es la Dirección Departamental del INRA y que éste acuerdo conciliatorio que es de pleno conocimiento del tribunal tiene fuerza y valor de cosa juzgada para su ejecución forzosa"; por lo que considera que el Tribunal de Sentencia mediante la Sentencia N° 14/12, está penalizando un aspecto estrictamente contractual plasmado en un acta de conciliación y anticipando la sanción penal a un eventual incumplimiento del acuerdo conciliatorio, por lo que también considera que no existía materia justiciable a ser considerada y juzgada en la vía penal, puesto que el cumplimiento y ejecución de los acuerdos conciliatorios están exclusivamente reservados a los jueces en materia civil.

Bajo estos argumentos el apelante sostiene que el tribunal a-quo incurrió en el defecto de la Sentencia previsto en el núm. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2.2.- Respecto a la falta de individualización de los sujetos pasivos de la acción penal. La falta de precisa individualización de los sujetos pasivos de la acción penal en el caso, puesto que si bien la Sentencia N° 14/12 en el Considerando V. señala textualmente: "...el propietario Cresencio Tapia Rivas, interpuso procesos tanto en INRA como en la vía ordinaria penal, llegando a enterarse el año 2004 la designación de otros dirigentes entre ellos Mario Garnica Guillen, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe, Ángel Saavedra y Eulogio Galarza como dirigentes de las personas que se encuentran asentadas ilegalmente en los terrenos en conflicto"; de modo que se les atribuye la comisión de los ilícitos de estafa y estelionato; sin embargo, no es menos evidente que la Sentencia N° 14/12, no precisa la forma en que cada uno de los imputados, entre ellos su persona, ha adecuado la conducta y accionar a los tipos penales antes señalados, incurriendo con ello en omisión de la debida individualización de los sujetos pasivos de la presente acción penal, dado que bajo la óptica de la garantía de presunción de inocencia constitucionalmente reconocido y en el sistema penal acusatorio, la debida individualización no solo se refiere a la indicación de la identidad de las personas sujetas a proceso; sino que, entendiendo en sentido amplio la disposición contenida en el art. 370-2 del Cód. Pdto. Pen., se refiere también a la necesaria individualización participativa de cada uno de los imputados y la correspondiente subsunción y adecuación de sus conductas individuales a los tipos penales, de modo que la sentencia para ser tenida como válida, debe establecer de

manera expresa y con total claridad, de qué modo el accionar, la conducta de cada uno de los imputados ha incurrido en la calificación típica prevista y sancionada por la Ley penal sustantiva, aspecto que no cumple la Sentencia N° 14/12, puesto que de manera general y sin precisión alguna se les atribuye la comisión de los delitos de estafa y estelionato, sin establecer, individualizar la manera y el modo en que individual accionar resultaría un hecho típicamente antijurídico, culpable y legalmente reprochable, por lo que la Sentencia N° 14/12 no cumple con exigencia dispuesta en el núm. 2 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., siendo así que omite una debida fundamentación individualizada de la presunta culpabilidad y participación delictiva que se les pretende atribuir, de manera general, a todos los imputados.

I.1.2.3.- Sentencia basada en medios y elementos probatorios no incorporados legalmente a juicio e incorporados por su lectura en violación de las normas procesales. La Sentencia N° 14/12, dictada por el Tribunal de Sentencia se basa entre otros en la prueba signada como MP P11, consistente en simples recibos que al margen de no contener un reconocimiento de firmas, la identificación de la persona que realiza los cobros de esos dineros, han sido ilegalmente incorporados al proceso y considerados en sentencia, puesto que, los recibos signados como prueba MP-P11, al constituir documentos de carácter eminentemente privado, supone que para que éstos surtan efectos contra terceros y para ser tenido como prueba, debieron haber sido reconocidos en sus firmas y rúbricas por sus otorgantes conforme establecen los arts. 1297, 1300 y 1301 del Cód. Civ., lo cual no ha ocurrido en el caso, pero que sin embargo de esas deficiencias, y ausencia de eficacia, el Tribunal de Sentencia las considera como prueba válida; al margen de ello, dichos recibos, al ser documentos privados cuya tenencia supone estar bajo el dominio de las personas que entregan y reciben los montos de dinero, no existiendo evidencia alguna de que tales recibos hayan sido suscritos o firmados por su persona y tratándose de personas ajenas al proceso quienes supuestamente habrían entregado esos montos de dinero, los recibos signados como prueba MP P11, debieron haber sido obtenidos mediante secuestro o incautación autorizada mediante orden judicial fundamentada, orden secuestro o incautación que jamás habría sido expedida en el caso, por lo que resulta extraño que el tribunal haya considerado tales documentos como prueba de cargo para pretender fundamentar la Sentencia condenatoria, cuando debió haberse preguntado es ¿De dónde o como obtuvo el querellante o el representante del ministerio público aquellos recibos, si las personas que entregan los dineros son personas diferentes a los que se consideran víctimas dentro el presente proceso?; no existiendo explicación lógica a ésta ilegalidad, sin considerar el art. 25-I y II de la C.P.E. que establece el carácter de inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial; de lo que se concluye que, tales recibos, al haber sido presentados e incorporados al proceso sin que hayan sido incautados o secuestrados por orden judicial competente, constituyen prueba ilícitamente obtenida, entendimiento concordante con el art. 333 del Cód. Pdto. Pen.; en ese entendido, teniendo en cuenta que los recibos signados como prueba MP-P11, al no estar contemplados ni comprendidos en ninguna de las previsiones del citado art. 333, han sido ilegalmente incorporados al proceso, sin guardar las formalidades y exigencias legales y fuera de ello, en ningún momento del juicio se los habría interrogado si estaban dispuestos a declarar sobre la autenticidad, como tampoco la parte acusadora en ningún momento habría acreditado la autenticidad por algún otro medio o elemento de prueba, como ningún momento hubieran sido exhibidos o presentados a sus personas como imputados, o a los testigos, para ,que los reconozcan o informen sobre ellos con lo que se han vulnerado las disposiciones legales contenidas en los arts. 216 y 217 del Cód. Pdto. Pen.; por lo que se ha viciado la sentencia con el defecto previsto en el núm. 4 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2.4.- De la falta e insuficiente fundamentación de la sentencia.

La Sentencia N° 14/12 dictada por el tribunal a-quo, no contiene una debida fundamentación respecto a los hechos sometidos a juicio, la prueba que acrediten los hechos y la forma en que los imputados, hayan incurrido en la comisión de los delitos que se les atribuye, incurriendo en simples generalizaciones, suposiciones y apreciaciones de carácter subjetivo reemplazando debida y adecuada fundamentación por afirmaciones confusas y sin relevancia alguna, tal es así qué, en el Considerando V de la Sentencia N° 14/12, por ejemplo: a) se designaron dirigentes (sin precisar quiénes serían esos dirigentes) quienes se habrían encargado de sonsacar dineros; b) que los dirigentes (sin individualización participativa precisa) atribuyéndose ser dueños de los terrenos a título de dirigentes de los loteadores habrían realizado actos de disposición ilegal de terrenos en fracciones de 300 ms2. en calidad de venta sin entregar recibo alguno; sin embargo, posteriormente se les atribuye haber extendido los recibos signados como prueba MP P11, lo cual resulta absolutamente ilógico y contradictorio; c) que los dirigentes de la Asociación Carmen Los Andes conformado por los imputados, no habrían presentado los respectivos informes o rendición de cuentas, como si el proceso penal que nos ocupa fuera un medio o mecanismo legal para exigir esa rendición de cuentas extrañada por el Tribunal de Sentencia; d) la Sentencia N° 14/12 refiere a un derecho de posesión que supuestamente ejercía Cresencio Tapia Rivas sobre un inmueble y que el mismo habría sido avasallado por loteadores, como si el presente proceso tratase de un hecho delictivo de despojo o de perturbación de posesión; con lo que se constata que la Sentencia N° 14/12 hace referencia aspectos confusos e irrelevantes y omite una debida y adecuada fundamentación respecto a los hechos sometidos a juicio, la prueba que acredite esos hechos y la debida individualización participativa de cada uno de los imputados, por lo que omite una debida y adecuada fundamentación quebrantando uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho que es el debido proceso en su componente de debida y adecuada fundamentación tanto fáctica como jurídica; más aún cuando no se explica de manera razonada y coherente, de qué forma su actuar y conducta se acomodaría a las prohibiciones legales de los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., incurriendo en infracción y defecto de la Sentencia previsto en el num. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2.5.- De la sentencia basada en hechos inexistentes y valoración defectuosa de la prueba. Que no existe indicio y menos prueba plena alguna que acredite que los recibos signados como prueba MP-P11 hayan sido otorgados por su persona, así como tampoco existe evidencia y menos prueba plena que acredite que haya suscrito contratos o realizado transferencias y ventas de terrenos dentro el inmueble que se presume de propiedad de Cresencio Tapa Rivas, y menos que haya recibido un beneficio económico indebido, por lo que la Sentencia N° 14/12 se basa en hechos inexistentes y no acreditados por la parte acusadora, puesto que la carga de la prueba es de responsabilidad de la acusación, como prevé el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., aspecto con el que se ha incurrido en la previsión del núm. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que en inobservancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen. la Sentencia N° 14/12 contiene una amplia lista de la prueba documental tanto de la acusación como de la defensa; sin embargo, omite explicar de manera razonada y fundamentada, de qué manera esa prueba lleva al Tribunal de Sentencia a la ineludible conclusión de la existencia de los hechos y la participación ilícita de sus personas como autores o partícipes de los

delitos de estafa y estelionato, pues simplemente se limita a realizar una lista de la prueba documental sin explicar qué elementos constitutivos de los tipos penales se obtienen de cada una de las documentales señaladas, además de omitir la explicación razonada y fundamentada de las razones por las que la prueba de descargo no ha sido considerada o valorada, que solo se la menciona pero no se efectúa una debida y adecuada fundamentación de las razones por las que no se las considera y valora, dado que en el contenido de la sentencia no se encuentra la fundamentación de la prueba de descargo al margen de todo ello, resulta inexplicable que habiéndose realizado la inspección de visu al lugar, como prueba de descargo, este acto de inspección ni siquiera ha sido mencionado y menos considerado o valorado en la Sentencia N° 14/12, incurriéndose con todo ello en infracción del debido proceso en su componente de debida y adecuada fundamentación de las resoluciones, recayendo esa omisión en el defecto absoluto de la sentencia previsto en el núm. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen. con vulneración de derechos y garantías constitucionales sancionados como defectos de carácter absoluto por el núm. 3 del art. 169 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2.6.- De la contradicción de la sentencia entre la parte dispositiva y la parte considerativa. De la revisión de la Sentencia N° 14/12, en el Considerando IV, en lo que respecta a la descripción de la prueba testifical de cargo de la acusación particular, se tiene que Eva Flores Portillo, declaró que (Textualmente): "... en las reuniones se indicaba que el gringo no debe ingresar al terreno porque es un loteador, que se utilizaba dinamitas para atemorizar al gringo que era Mario Garnica....", de igual modo, se tiene que la testigo Luzminda Fernández Urbano, en su declaración, habría manifestado que (textualmente): "...que hacían vigilia todos los días para impedir que el gringo, que llamaban así a Mario Garnica ingrese a la zona..."; es decir que la Sentencia N° 14/12 en su parte considerativa, lo considera como el gringo que no debía entrar al terreno y que se utilizaban dinamitas para atemorizarlo; sin embargo, en la parte dispositiva, se lo condena por presuntamente haber sido un dirigente que organizaba a la gente para impedir que el mismo gringo entre al terreno, ¿Cómo se explica esta insalvable contradicción?; todos los aspectos reclamados en el presente recurso, simplemente dan cuenta de la falta de un adecuado análisis de los elementos que rodean al proceso que nos ocupa, no otra cosa significa que se hayan incurrido en contradicciones e incoherencias como las que se señala, habiéndose incurrido en el defecto de la sentencia previsto en el núm. 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., al existir graves contradicciones entre la parte considerativa y la parte dispositiva de la sentencia.

I.1.2.7.- De la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación. De la revisión tanto de la acusación fiscal y de la acusación particular que conforme al art. 342 del Cód. Pdto. Pen., son la base del juicio y que la sentencia, debe responder congruentemente a los aspectos sometidos a juzgamiento y no apartarse de la base del juicio; sin embargo que la acusación fiscal ni la acusación particular hayan observado la presunta falsedad o la supuesta ilegalidad respecto al trámite de la personalidad jurídica de la Asociación Agropecuaria "Carmen Los Andes", la Sentencia N° 14/12, en su Considerando V señala (textualmente): "...por lo que en criterio de los miembros del tribunal se habría cometido el delito de falsedad ideológica, por las declaraciones falsas efectuadas en un instrumento público como es la personería de la Asociación Agropecuaria Carmen de los Andes, por lo que corresponde la remisión de los antecedentes del proceso y la cancelación de dicha personería tramitada ante la Notaría de Gobierno de la Ex prefectura ahora Gobernación..."; es decir que la Sentencia N° 14/12 dictada por el Tribunal de Sentencia, sin que este aspecto haya sido sometido a juzgamiento por la acusación fiscal ni particular, sin jurisdicción ni competencia se pronuncia sobre una supuesta falsedad ideológica y cancelación de la personería de la Asociación Carmen Los Andes, que jamás fue solicitada por ninguna de las partes, invadiendo ámbitos de la administración pública ajenos a las atribuciones que la ley confiere a los Tribunales de Sentencia, al margen de que al señalar que, corresponde la cancelación de la personería Jurídica de la Asociación Carmen Los Andes, el Tribunal de Sentencia dictó una Sentencia ajena a la base del juicio constituida por la acusación fiscal y particular; así mismo, habría dictado sentencia sin juicio previo, afectando los intereses de la persona jurídica en cuestión y de los asociados que constituyen miembros de dicha asociación, sin haberles dado la oportunidad del derecho a la defensa, con lo que, al margen de haber incurrido en el defecto de la sentencia previsto en el núm. 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., se ha infringido y vulnerado la garantía del debido proceso y a la defensa, establecidos en los arts. 115 y 117 de la C.P.E.

Bajo estos fundamentos y previa cita de los precedentes contradictorios invocando la doctrina legal, solicita al tribunal de alzada, advirtiendo las infracciones detalladas, anule la sentencia recurrida y ordene la reposición del juicio por otro tribunal de sentencia; o en su caso, dicte nueva sentencia con carácter absolutorio conforme a lo previsto en el art. 413 del Cód. Pdto. Pen.

I.2.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por los imputados Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez.

Los nombrados imputados bajo fundamentos de agravio similares a los presentados por el co-imputado Mario Garnica Guillen, dan cuenta de la existencia de:

Primero.- Defectos absolutos y vulneración de derechos y garantías constitucionales respecto a la fecha de celebración del juicio y la lectura íntegra de la sentencia.

Segundo.- Defectos de la sentencia habilitantes de la apelación restringida:

I.2.1.- Errónea aplicación de la ley sustantiva, respecto de los arts. 337, 335 del Cód. Pen., la falta de materia justiciable por conciliación con valor de cosa juzgada y última ratio del proceso penal, previstos en el núm. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen. como inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva.

I.2.2.- Falta de individualización de los sujetos pasivos de la acción penal, la Sentencia N° 14/12 de manera general y sin precisión alguna les atribuye la comisión de los delitos de estafa y estelionato, sin establecer o individualizar la manera y el modo en que su individual accionar resultaría un hecho típicamente antijurídico, culpable y legalmente reprochable, por lo que sentencia no cumple con la exigencia dispuesta en el núm. 2 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., ya que omite la debida fundamentación individualizada de la presunta culpabilidad y participación delictiva que se les atribuye, de manera general, a todos los imputados.

I.2.3.- Sentencia basada en medios y elementos probatorios no incorporados legalmente a juicio e incorporados por su lectura en violación de las normas procesales. Teniendo en cuenta que los recibos signados como prueba MP-P11, al no estar contemplados ni comprendidos en ninguna de las previsiones del art. 333 del Cód. Pdto. Pen., han sido ilegalmente incorporados al proceso, sin guardar las formalidades y exigencias legales y fuera de ello, en ningún momento del juicio se los interrogó sobre la autenticidad de dichos documentos; así mismo, se tiene que la parte acusadora en ningún momento ha acreditado la autenticidad de dichos documentos por algún otro medio o elemento de prueba, como era su obligación conforme a lo previsto en el art. 6 del Cód. Pdto. Pen.; con lo que se habrían vulnerado las disposiciones legales contenidas en los arts. 216 y 217 del Cód. Pdto. Pen.; por lo que, al haberse incorporado al proceso y considerado en sentencia la prueba signada como MP P11, se ha incurrido en vulneración y violación de las disposiciones constitucionales previstas en el art. 25-I y II, legales señaladas, viciando la Sentencia con el defecto previsto en el núm. 4 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

I.2.4.- La falta e insuficiente fundamentación de la sentencia. En el Considerando V de la Sentencia N° 14/12, se pueden advertir afirmaciones confusas y contradictorias, como por ejemplo que: a) se designaron dirigentes (sin precisar quiénes serían esos dirigentes) quienes se habrían encargado de sonsacar dineros; b) que los dirigentes (sin individualización participativa precisa) atribuyéndose ser dueños de los terrenos a título de dirigentes de los loteadores habrían realizado actos de disposición ilegal de terrenos en fracciones de 300 ms2. en calidad de venta sin entregar recibo alguno; sin embargo, posteriormente se les atribuiría haber extendido los recibos signados como prueba MP P11, lo cual resulta ilógico y contradictorio; c) que los dirigentes de la Asociación Carmen Los Andes conformado por los imputados, no habrían presentado los respectivos informes o rendición de cuantas, como si el proceso penal fuera un medio o mecanismo legal para exigir este cumplimiento; d) la Sentencia N° 14/12 refiere a un derecho de posesión que supuestamente ejercía Cresencio Tapia Rivas sobre un inmueble y que el mismo habría sido avasallado por loteadores, como si el presente proceso tratase de un hecho delictivo de despojo o de perturbación de posesión; incurriendo en infracción y defecto de la sentencia previsto en el num. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

I.2.5.- La sentencia basada en hechos inexistentes y valoración defectuosa de la prueba. Relativas a la prueba MP-P11, que no existe evidencia y menos prueba plena que acredite que hayan suscrito contratos o realizado transferencias y ventas de terrenos dentro el inmueble que se presume de propiedad de Cresencio Tapia Rivas, y menos que hayan recibido un beneficio económico indebido, por lo que la Sentencia N° 14/12 se basa en hechos inexistentes y no acreditados por la parte acusadora, incurriendo en infracción prevista en el núm. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., sosteniendo en este mismo punto el incumplimiento del art. 124 del mismo cuerpo procesal de leyes, recayendo esa omisión en el defecto absoluto de la sentencia previsto en el núm. 6 del art. 370 de Cód. Pdto. Pen.

I.2.6.- La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación. El tribunal a-quo al margen de señalar que, corresponde la cancelación de la personería Jurídica de la Asociación Carmen Los Andes, dictó una Sentencia ajena a la base del juicio constituida por la acusación fiscal y particular; así mismo, habría dictado Sentencia sin juicio previo afectando los intereses de la persona jurídica en cuestión y de los asociados que constituyen miembros de dicha asociación, sin haberles dado la oportunidad del derecho a la defensa, con lo que, al margen de haber incurrido en el defecto de la sentencia previsto en el núm. 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., habría infringido y vulnerado la garantía del debido proceso y a la defensa, establecidos en los arts. 115 y 117 de la C.P.E.

Efectúan la misma cita doctrinal y el mismo petitorio que el co-imputado Mario Garnica.

II.- Fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal de alzada sobre las apelaciones restringidas interpuestas por los imputados Mario Garnica Guillen y Los Imputados Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez.

Para resolver este caso, inicialmente es pertinente tomar en cuenta lo determinado por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., el cual dispone que los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución impugnada, extremo interpretado por la jurisprudencia constitucional establecida en la S.C. N° 2523/2010-R de 19 de noviembre que señala: "La competencia que tiene el tribunal de alzada en las resoluciones que emita en grado de apelación, están determinadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., que señala: 'los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución'.

Conforme a dicha norma, la jurisprudencia constitucional en la S.C. N° 068212004-R de 6 de mayo, señaló que: (...) toda resolución dictada en apelación, no solo por disposición legal sino también por principio general, debe sujetarse a los puntos de apelación expuestos por la parte apelante, que se entiende deben estar relacionados con lo discutido ante el juez a quo...". Esto tiene relación con el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007 que determina: "...es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito (...)"sic.

De ello se entiende que el tribunal de alzada debe circunscribirse a los aspectos observados o impugnados por las partes, y las mismas, tienen la obligación de señalar de forma concreta, donde constan los errores lógicos jurídicos precisando la solución que se pretende de ese análisis lógico, no obstante de ello, el tribunal de alzada tiene la obligación de pronunciarse sobre cada observación, entendimiento que es asumido por el A.S. N° 351/2013 de 27 de diciembre del 2013 que dice: "(...) significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada y motivada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutorios serán fundamentados, expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., textualmente refiere..."sic., es decir que la labor de un tribunal de alzada radica en revisar todos los aspectos impugnados, pero para este fin, el apelante también tiene que cumplir los requisitos determinados en la doctrina legal aplicable descrita líneas arriba.

En similar sentido el A.S. N° 777/2013 de 23 de diciembre del 2013 ha determinado como doctrina legal aplicable que: "(...) El sistema judicial de valoración de la prueba penal vigente en el país otorga a los jueces y tribunales de sentencia la libre valoración de las pruebas; sin embargo, esta libre valoración puede ser sujeta a control por parte del tribunal de alzada control que debe ser ejercida de conformidad a

critérios lógicos-objetivos verificando que la sentencia sea explicada de manera racional, por lo que la conclusión a la que puede arribar el tribunal de alzada debe estar precedida de una exhaustiva verificación y demostración del cumplimiento o incumplimiento de las reglas de la sana crítica, debiéndose demostrar de manera objetivamente verificable en caso de sostener que existió defectuosa valoración de las pruebas que la sentencia se halla constituida por inferencias no razonables que no son deducidas de las pruebas y de la sucesión conclusiones que en base a ellas se van determinando, no pudiendo concluirse en alzada sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad penal del procesado sin antes demostrar suficientemente que tal declaración no derivó de elementos verdaderos ni suficientes, no pudiendo constituir una sentencia materialmente justa ni formalmente correcta aquella que en alzada derive de premisas falsas o de la revalorización de las pruebas. El control sobre la valoración de la prueba debe verificar objetivamente si el procedimiento seguido por el juez o tribunal de instancia fue lógico, razonable, valorativo y teleológico; en caso de establecer que la valoración o apreciación de la prueba fue efectuada con infracción de las reglas jurídicas que regulan la forma y contenido de la motivación o que los juicios vertidos sobre las pruebas no responden al procedimiento descrito precedentemente, deberá cumplir con la obligación de explicar y exponer los motivos o razones jurídicas que justifiquen la infracción de las reglas de apreciación que se deduzcan. Al respecto, también corresponde precisar que, naturalmente, el control jurídico que debe desarrollar el tribunal de apelación sobre la valoración y apreciación de las pruebas, así como la motivación de las razones que llevan a la conclusión de dicho control en alzada, deberá ser efectuado de manera legítima, es decir, deberá realizarse y fundarse respectivamente, en elementos de prueba que sean objetivamente verificables en los antecedentes del proceso y no fundarse en presunciones subjetivas del tribunal." sic.

Bajo el lineamiento establecido, así como la revisión puntual de los escritos de apelación se puede advertir que ambas impugnaciones son similares, salvo por un punto específico en la impugnación de Mario Garnica Guillen que será analizado de manera puntual, por lo demás se efectuará la fundamentación conjunta de los agravios, como sigue:

I.1.1 y I.2.1.- En ambas apelaciones se consigna este fundamento de agravio de nulidad de la Sentencia N° 14/12 por defectos absolutos y vulneración de derechos y garantías constitucionales. En la que se reclama en lo fundamental que el juicio oral, público y contradictorio concluyó en 19 de abril de 2012 tal cual señalaría la propia sentencia en cuanto a la celebración del juicio oral; sin embargo; la lectura íntegra de la Sentencia N° 14/12, fue verificada en la audiencia pública de "19 de junio de 2012", de acuerdo al acta de audiencia de lectura de la sentencia a cuya conclusión fueron notificados los imputados ahora apelantes, de lo que se establece que Sentencia N° 14/12 no fue concluida en su fundamentación y redacción dentro los tres días posteriores a la dictación de la parte resolutoria que tuvo lugar en 19 de abril de 2012, quebrantando lo dispuesto en el art. 361 del Cód. Pdto. Pen., resultando absolutamente evidente la infracción al debido proceso, a la justicia pronta, oportuna, transparente y sin dilaciones, aspectos garantizados en el art. 115-II de la C.P.E., actuación contraria a lo previsto en la doctrina legal, entre otros, por el A.S. N° 131, de 13 de mayo de "2005", que indica: "La vulneración del debido proceso por incumplimiento del plazo, la redacción y lectura de la sentencia constituye un defecto absoluto no siendo susceptible de enmienda conforme prescriben los arts. 1, 130, 16-9-3 y 370-10 del Cód. Pdto. Pen. Concordante con el art. 16-IV de la C.P.E. Debiendo el tribunal de apelación, aplicando el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., anular la sentencia.... y disponer la reposición del juicio oral y público encomendando su realización a otro juez o Tribunal de Sentencia". Al respecto corresponde indicar a este tribunal de apelación que la Doctrina Legal respecto al principio que busca hacer efectivo que el proceso se desenvuelva sin dilaciones indebidas, que no ocasione la dispersión de la prueba y su valoración, situación que ha sido esbozada en el A.S. N° 239, de 1 de agosto de 2005, toda vez, que los principios procesales tienen un objeto y un fin, de ahí que la interrupción más allá de los límites razonables expresamente señalados en la norma penal, sustraen de la necesaria credibilidad a los fallos judiciales; el fallo en forma inmediata impide que los jueces se vean influenciados por factores externos a lo vivido en el debate, para que la única influencia en la decisión sea lo que haya quedado impregnado en las retinas y en el sentido auditivo de los jueces que emiten el decisorio, por otra parte permite el desarrollo del principio de publicidad y asegura fundamentalmente que el juez pueda extraer de manera inmediata, sin que sean determinantes las limitaciones humanas como la memoria, para precisar los elementos de prueba que han de sustentar su resolución. Posteriormente el A.S. N° 536/2013 de 23 de octubre, que establece la siguiente doctrina legal: "En lo que hace a los recesos de la audiencia de juicio oral como causa de interrupción de la misma, los tribunales deberán considerar en atención al principio de continuidad la reanudación inmediata de juicio en las horas hábiles posteriores a la determinación del receso y ante la imposibilidad fáctica de hacerlo en espacios cortos de tiempo justificar en derecho dicha imposibilidad, consecuencia de ello, la reanudación de audiencias que no son inmediatas en tiempo en relación a la última actuación, no implica la infracción per se del principio de continuidad si existe motivo legítimo que impide la reanudación inmediata de la audiencia del juicio oral y se encuentra debidamente justificada en causas de fuerza mayor y dentro del plazo máximo establecido para la suspensión de audiencias, ocurriendo lo propio cuando se trate del señalamiento de nueva audiencia por los motivos de suspensión que sobrepasen los diez días fundados en circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que justifiquen dejar en suspenso el plazo establecido en el art. 336 del Cód. Pdto. Pen.

Siendo obligación inexcusable el demostrar objetivamente la vulneración de derechos fundamentales para disponerse la nulidad de actos procesales, el tribunal de alzada a tiempo de resolver el recurso de apelación restringida fundada en la infracción del principio de continuidad del juicio oral, deberá realizar el examen y ponderación de todas y cada una de las determinaciones de receso y suspensión de audiencias dispuestas por la autoridad jurisdiccional en el caso concreto, para establecer de manera fundada y motivada si se transgredió o no el principio de continuidad, para ello, en principio debe verificar y examinar la clase y la medida de esas demoras a efecto de valorar si la demora afecta al principio de inmediación, sea por evidenciarse la dispersión de la prueba o bien porque la demora imposibilitó al tribunal de juicio pronunciar la sentencia de mérito en base a la relación directa tenida con la prueba, teniendo un efecto determinante en el fallo; en su defecto, no existiendo violación de los principios de celeridad e inmediación, corresponde pronunciarse sobre el fondo de los aspectos cuestionados de la sentencia. Los errores o inobservancias del procedimiento, serán calificados como lesivos a la garantía del debido proceso y, consiguientemente, anulables, solo en aquellos casos en los que tengan trascendencia, es decir, cuando los defectos procedimentales provoquen indefensión material y además sea determinante para la decisión judicial adoptada en el proceso, de manera tal que de no haberse producido dicho defecto el resultado sería otro, no teniendo ningún sentido disponer se subsanen los defectos Procedimentales en los que

habría incurrido, cuando al final de ellos se arribara a los mismos resultados a los que ya se arribó mediante el acto, pues en este último caso se produciría un resultado adverso al sentido y esencia de la garantía del debido proceso, ya que simplemente demoraría la sustanciación del proceso judicial para llegar al mismo resultado..." Doctrina legal citada en el A.S. N° 371/2014-RRC de 08 de agosto, que indica: "... dado que su razonamiento jurídico y verificación del agravio denunciado no cumplió con la doctrina señalada por el A.S. N° 536/2013, que en el caso presente se emitió para resolver justamente la defectuosa o incompleta fundamentación del A.V. N° 47/2009, compeliendo al tribunal de alzada a establecer los motivos de la suspensión de las audiencias de juicio a objeto de verificar una posible transgresión del principio de continuidad y afectación del principio de inmediación, verificando cuáles las causas que las generaron y si las mismas son atribuibles a la imputada, al Ministerio Público, a la acusación o al tribunal, determinando si tales recesos o suspensiones provocaron la dispersión de la prueba con un efecto determinante sobre el fallo. Este accionar de parte de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, no sólo implica el incumplimiento de la doctrina legal establecida en el A.S. N° 536/2013 de 23 de octubre, sino una reiterada inobservancia a la doctrina legal emitida por este tribunal, pese a su obligatoriedad dada su finalidad de uniformar la jurisprudencia en materia penal; en cuyo mérito, corresponde al tribunal de alzada emitir nueva resolución y a tiempo de resolver la denuncia relativa a la vulneración del principio de continuidad, observar la doctrina contenida en el anterior auto supremo emitida en la causa, así como los criterios desarrollados en el acápite III.3. de la presente resolución, a los fines de establecer si las suspensiones y recesos del juicio oral, violaron o no los principios de celeridad e inmediación y si el eventual defecto resulta trascendental; es decir, si colocó al justiciable en estado de indefensión y determinar un resultado probablemente distinto en la decisión judicial; teniendo en cuenta además que el proceso penal no es formalista, sino finalista, con el propósito de que las autoridades judiciales, impartan justicia en el caso concreto, sin más limitaciones que la verdad material de los hechos como premisa básica, los derechos fundamentales, las garantías constitucionales y la legalidad como segunda proposición, de modo que concluya con una resolución justa desde la perspectiva de la realidad material y los derechos de los sujetos procesales".

En función a la doctrina legal en actual vigencia, se debe destacar que el sólo incumplimiento de plazos para las suspensiones de audiencia del juicio oral o la lectura íntegra de la sentencia fuera del plazo de los tres días no implica per se la vulneración de los principios de continuidad, celeridad e inmediación, es imprescindible establecer si esta interrupción más allá del plazo previsto en la norma resulta trascendental, de modo que pueda generar indefensión o determinar que el resultado sea distinto; al respecto de la revisión de antecedentes se establece en el acta de la audiencia de juicio oral de fs. 1130 a 1168, que el, mismo se inició en 23 de marzo de 2012 y se desarrollo durante varios días con los recesos correspondientes para concluir el día jueves 19 de abril de 2012, que el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, luego de emitir la parte resolutive de la sentencia, en la parte final de la fs. 1167 vta. indico: "... Y se señala día y hora de audiencia para la Lectura íntegra de la sentencia, previa suspensión de los plazos procesales que bienes corriendo considerando que este Tribunal de Sentencia es el único de todo el sector de Valle Bajo, que hace sumamente imposible dictar la sentencia íntegra en el plazo establecido por ley, debido que este tribunal lleva acabo dos juicios orales al día y cautelares, haciendo un esfuerzo sobre humano, para brindar una justicia pronta y al no contar con un funcionario de apoyo como auxiliar, por lo que se señala para el día jueves 03 de mayo de 2012 p.m., Hrs. 17:00 p.m. Quedando notificadas las partes y los jueces ciudadanos con el presente señalamiento", luego se tiene el acta de lectura de sentencia a fs. 1169 que en la parte introductoria de identificación en la fecha consigna "19 de junio de 2012", sin embargo en la parte final de la misma Acta se hace constar como, fecha de lectura íntegra "03 de mayo de 2012 a Hrs. 17:30 p.m." así también la sentencia en la parte inicial identifica que la sentencia se dicto a la conclusión del juicio oral en 19 de abril de 2012 y la lectura íntegra se la realizó el 03 de mayo del mismo año a Hrs. 17:30 y las notificaciones con la Sentencia a las partes se efectuó en 19 de junio de 2012. De estos antecedentes se establecen dos aspectos:

Primero que evidentemente la sentencia una vez emitida en su parte dispositiva, fue leída íntegramente fuera del plazo máximo de tres días que establece el art. 361 segundo párrafo del Cód. Pdto. Pen., que para ello el tribunal a-quo alego la suspensión de plazos por las recargadas tareas como justificativo de fuerza mayor, sin que ninguna de las partes hubiera hecho observación alguna que conste en el acta correspondiente. Segundo, que aún de no haberse cumplido el plazo antes mencionado, existe imprecisión en la fecha real de la lectura íntegra de la sentencia, si fue el 03 de mayo o 19 de junio de 2012, empero, se debe destacar que los apelantes que alegan la vulneración de los principios procesales de celeridad, continuidad e inmediación, no fundamentan de qué manera esta inobservancia procesal respecto al cumplimiento el plazo hubiera incidido de manera trascendental, de modo que les haya ocasionado indefensión o que el resultado del fondo fuera diferente, teniendo por el contrario este tribunal de alzada que, habiéndose ya emitido la parte dispositiva de la sentencia inmediatamente después de concluida la deliberación, no estima evidente que esta inobservancia procesal sea trascendental, de modo que genere nulidad, sino un apercibimiento a los servidores judiciales por el incumplimiento de plazos y la imprecisión de las fechas de realización del acto de lectura de Sentencia.

Consiguientemente en función de la Doctrina Legal en actual vigencia, las impugnaciones por este punto carecen de mérito.

I.1.2 y I.2.2.- Respecto a los defectos de la sentencia:

I.1.2.3 y I.2.2.3.- Sentencia basada en medios y elementos probatorios no incorporados legalmente a juicio e incorporados por su lectura en violación de las normas procesales. La Sentencia N° 14/12, dictada por el Tribunal de Sentencia se basa entre otros en la prueba signada como MP P11, consistente en simples recibos que al margen de no contener un reconocimiento de firmas, la identificación de la persona que realiza los cobros de esos dineros, han sido ilegalmente incorporados al proceso y considerados en sentencia, puesto que, los recibos signados como prueba MP-P11, al constituir documentos de carácter eminentemente privado, supone que para que éstos surtan efectos contra terceros y para ser tenido como prueba, debieron haber sido reconocidos en sus firmas y rúbricas por sus otorgantes conforme establecen los arts. 1297, 1300 y 1301 del Cód. Civ., lo cual no ha ocurrido en el caso, pero que sin embargo de esas deficiencias, y ausencia de eficacia, el Tribunal de Sentencia las considera como prueba válida, cuando en ningún momento del juicio se los habría interrogado si estaban dispuestos a declarar sobre la autenticidad, como tampoco la parte acusadora en ningún momento habría acreditado la autenticidad por algún otro medio o elemento de prueba, como ningún momento hubieran sido exhibidos o presentados a sus personas como imputados, o a los testigos, para que los reconozcan o informen sobre ellos con lo que se han vulnerado las disposiciones legales contenidas en los arts. 216,

217 y 333 del Cód. Pdto. Pen. y 25 de la C.P.E.; por lo que se ha viciado la sentencia con el defecto previsto en el núm. 4 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen. Al respecto corresponde invocar la uniforme jurisprudencia constitucional, por la que resulta ineludible que la parte apelante, hubiera reclamado oportunamente el saneamiento de los defectos de procedimiento y efectuar reserva de recurrir, en esa línea se tiene entre otras la S.C. N° 1708/2003-R de 23 de noviembre, que arguye que para dar base al recurso de apelación restringida apoyado en la existencia de algún defecto de procedimiento durante la celebración de la audiencia de juicio, debe cumplirse ineludiblemente con la previsión legal del art. 407 del Cód. Pdto. Pen. en su segundo acápite.

Así: "...III.4 El art. 407 Cód. Pdto. Pen. señala que el recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley; y que tratándose de defectos de procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo los casos de nulidad absoluta o vicios de la sentencia conforme a lo previsto por los arts. 169 y 370 Cód. Pdto. Pen. En el caso que se examina, los vocales de la sala penal co-recurridos, a tiempo de dictar el A.V. N° 30/2003 de 12 de abril, resolviendo la apelación restringida en contra de la sentencia interpuesta por el recurrente, advirtieron que éste no reclamó oportunamente los defectos de procedimiento en el curso del juicio ni efectuó reserva de recurrir, por lo que circunscribieron su análisis respecto a la supuesta inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, habiendo determinado con plenitud de jurisdicción y competencia que el tribunal a quo hizo correcta aplicación ...". El tribunal de alzada considera necesario hacer mención a la doctrina legal aplicable emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante A.S. N° 115 de 31 de enero de 2007, que ha establecido: "Que los incidentes interpuestos sobre exclusión probatoria dentro de/juicio oral se resolverán por el Tribunal de Sentencia, teniendo éste la facultad de resolver conjuntamente el asunto de fondo en la sentencia o mediante un auto dentro de juicio oral, en este caso, la parte procesal afectada o que no se encuentre de acuerdo con dicha resolución, deberá anunciar interponer recurso de apelación restringida, vale decir, que al tiempo de recurrir de apelación restringida la sentencia, impugnará la resolución que resolvió el incidente de exclusión probatoria. En caso de que el recurrente haya equivocado el anuncio del recurso y haya interpuesto recurso de apelación incidental, su derecho de impugnación habrá precluido, por no haber anunciado el recurso de apelación restrictiva, en caso de haber anunciado el recurso de apelación restrictiva y no haber cuestionado la resolución sobre exclusión probatoria dentro del recurso de apelación restringida, habrá precluido también dicho derecho". Bajo la jurisprudencia y doctrina legal glosada, ingresando al análisis de la impugnación realizada por el apelante con este fundamento, de la revisión del Acta de Juicio oral que corre de fs. 1130-1168 se advierte que ninguno de los imputados apelantes efectuó ninguna observación a la incorporación de la prueba del Ministerio Público MP P-11 consistente en recibos de pago, devolución, aportes y otros a fs. 29 que previa descripción y lectura fue admitida como prueba de; Ministerio Público, como consta concretamente a fs. 1139 vta., es más durante las declaraciones de algunos testigos como Luzminda Fernández Urbano y Ángel Vallejos Ramos mencionaron éstos recibos y por ello les fueron exhibidas a los mismos bajo el código MP P-11 para su reconocimiento, por cuya razón las aseveraciones de agravio no son evidentes, al no haberse reclamado en el momento procesal oportuno para su incorporación bajo la figura de exclusión probatoria en la que pudo haber realizado todas las observaciones y alegaciones que ahora pretende en la apelación restringida, habiendo precluido su derecho para reclamar ante este tribunal de alzada, conforme establece la jurisprudencia y doctrina legal respecto al defecto de sentencia previsto en el art. 370-4 Cód. Pdto. Pen., por lo que no se apertura la competencia de este tribunal de alzada con referencia al reclamo respecto a la existencia de prueba no incorporada lealmente al juicio y porque no es evidente que la prueba MP P-11 no haya sido primero ofrecida, solicitada para su judicialización, descrita e incorporada para su consideración en la audiencia de juicio oral en presencia de las partes, entre estas los actuales apelantes, asegurando el contradictorio eficiente, en tal sentido los agravios por este punto no tienen mérito. 1

I.1.2.4. y I.2.2.4- La falta e insuficiente fundamentación de la sentencia. La Sentencia N° 14/12 dictada por el Tribunal a-quo, no contiene una debida fundamentación respecto a los hechos sometidos a juicio, la prueba que acrediten los hechos y la forma en que los imputados, hayan incurrido en la comisión de los delitos que se les atribuye, incurriendo en simples generalizaciones, suposiciones y apreciaciones de carácter subjetivo reemplazando la debida y adecuada fundamentación por afirmaciones confusas y sin relevancia alguna, tal es así que, en el Considerando V de la Sentencia N° 14/12, por ejemplo: a) se designaron dirigentes (sin precisar quiénes serían esos dirigentes) quienes se habrían encargado de sonsacar dineros; b) que los dirigentes (sin individualización participativa precisa) atribuyéndose ser dueños de los terrenos a título de dirigentes de los loteadores habrían realizado actos de disposición ilegal de terrenos en fracciones de 300 m2 en calidad de venta sin entregar recibo alguno; sin embargo, posteriormente se les atribuye haber extendido los recibos signados como prueba MP P11, lo cual resulta absolutamente ilógico y contradictorio; c) que os de la Asociación Carmen Los Andes conformado por los imputados, no habrían presentado los respectivos informes o rendición de cuentas, como si el proceso penal que nos ocupa fuera un medio o mecanismo legal para exigir esa rendición de cuentas extrañada por el Tribunal de Sentencia; d) la Sentencia N° 14/12 refiere a un derecho de posesión que supuestamente ejercía Cresencio Tapia Rivas sobre un inmueble y que el mismo habría sido avasallado por loteadores, como si el presente proceso tratase de un hecho delictivo de despojo o de perturbación de posesión; con lo que se constata que la Sentencia N° 14/12 hace referencia a aspectos confusos e irrelevantes y omite una debida y adecuada fundamentación respecto a los hechos sometidos a juicio, la prueba que acredite esos hechos y la debida individualización participativa de cada uno de los imputados, por lo que omite una debida y adecuada fundamentación quebrantando uno de los pilares fundamentales del estado constitucional de derecho que es el debido proceso en su componente de debida y adecuada fundamentación tanto fáctica como jurídica; más aún cuando no se explica de manera razonada y coherente, de qué forma su actuar y conducta se acomodaría las prohibiciones legales de los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., incurriendo en infracción Y defecto de la sentencia previsto en el núm. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto este Tribunal de Alzada considera necesario indicar que el A.S. N° 65/2012-RA de 19 de abril establece: "De manera específica la sentencia penal que pone fin al acto de juicio debe contener la necesaria motivación que exige de parte del juez o Tribunal de Sentencia desarrollar una actividad fundamentadora o motivadora del fallo que comprende varios momentos; a saber: la fundamentación descriptiva, la fundamentación fáctico, la fundamentación analítica o intelectual y la fundamentación jurídica.

En la fundamentación descriptiva la autoridad judicial debe proceder a consignar cada elemento probatorio útil, mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido, dejando constancia en el caso de la prueba testifical de las ideas principales y pertinentes que se extraen de la declaración del testigo, procurando no hacer una transcripción literal de la declaración; siendo también aplicable este criterio con relación a los peritos que puedan concurrir personalmente a la audiencia de juicio. En el caso de la prueba documental y pericial, esta fundamentación descriptiva quedará cumplida al dejarse constancia de los datos más relevantes de esta prueba con mayor énfasis de las conclusiones atinentes o relevantes del caso.

La fundamentación fáctica es el momento en el cual debe establecerse cuales los hechos estimados como probados; es decir, el establecimiento de los que positivamente se tengan por demostrados de conformidad con los elementos probatorios que hayan sido incorporados legalmente en la audiencia de juicio; esta fundamentación es necesaria, pues de ella posteriormente se procederá a extraer las consecuencias jurídicas fundamentales y establecer en su caso la responsabilidad penal de/imputado o su absolución; siendo esencial que en esta fundamentación se proceda a efectuar una descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos establecidos como verdaderos.

El tercer momento es la fundamentación analítica o intelectual, en la que no sólo se trata de apreciar cada elemento de juicio en su individualidad, sino de aplicar conclusiones obtenidas de un elemento a otro, lo que implica, una apreciación en el conjunto de toda la prueba judicializada. En este momento, la autoridad judicial competente de emitir una sentencia deberá dejar constancia de los aspectos que le permitieron concluir en el caso de las declaraciones testificales porque consideró coherente, incoherente, consistente o inconsistente, veraz o falsa la declaración de los testigos, es decir, expresar tanto las razones que se tiene para creer a alguno o algunos de los testimonios, como las razones que se tiene para rechazar o desechar otro u otros; similar tarea deberá ser desarrollada respecto a la prueba documental y pericial, debiendo dejarse constancia sobre el merecimiento o desmerecimiento de cada prueba así como su relevancia o no.

La fundamentación jurídica, es el momento en el cual el juez o tribunal a partir de la identificación de los aspectos fácticos atribuidos en la acusación y previo análisis de las distintas posibilidades argumentativas debatidas por las partes, opta racionalmente por una de ellas, precisando por qué considera que los hechos deben ser subsumidos en tal o cual norma sustantiva; no siendo suficiente la mera enunciación del tipo o tipos penales atribuidos al imputado y en su caso de una somera indicación de los aspectos necesarios relativos a la teoría del delito que resulten aplicables; el juez o tribunal deberá establecer por qué estima que se está ante una acción típica, lo que importa la concurrencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal en cuestión; además, de antijurídica, culpable y finalmente sujeta a una sanción.

Por último deberá procederse a la motivación en el momento de la individualización de la pena precisando las razones que justifican su aplicación al caso concreto".

Sobre la valoración de la prueba en base al sistema de libre convicción o sana crítica racional, José Cafferata Nores ("La prueba en el proceso penal", Edit. Depalma, Buenos Aires, 19118, p.42) dice que este sistema se caracteriza por la concurrencia de dos aspectos:

1. El juez pronuncia su decisión sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.
2. Se impone a los jueces la obligación de motivar sus resoluciones, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

El citado autor también dice que ello requiere la concurrencia de las siguientes dos operaciones intelectuales:

- a. La descripción del elemento probatorio; lo que significa que en la sentencia se deberá precisar el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo, concretamente, el dato probatorio, pues sólo así será posible verificar si la conclusión a que arriba deriva racionalmente de esas probanzas invocada en su sustento.
- b. La valoración crítica de esa descripción, que permite verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez o tribunal para arribar a determinadas conclusiones ha sido cumplido con respeto a las reglas de la sana crítica racional; lo que puede viabilizar, a posteriori, el control de calidad de la sentencia.

De lo anterior se puede colegir que la valoración de las pruebas es tan solo una fase o un momento de la motivación de la sentencia, ciertamente la más importante, porque cobra relevancia para la ponderación de los elementos probatorios que se han producido en el debate, pudiendo los principios que la gobiernan incidir en la forma en que se aplica la ley sustantiva y la imposición de la pena.

En tal sentido, más que una frase común, constituye un principio la afirmación de que: "la sentencia debe bastarse a sí misma". Esto significa que el contenido del fallo, debe ser manifiesto, es decir, comprensivo de todas las circunstancias que lo integran formalmente. De ahí que como decía Fernando de la Rúa. "... el juez no puede suplirla (la motivación) por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso o reemplazarla por una alusión global de la prueba rendida...".

Por ello es indispensable no sólo que la sentencia exponga el hecho acusado, sino que también el fallo debe contener una adecuada fundamentación probatoria descriptiva que sirva de base a la posterior motivación intelectual. En efecto, sobre la fundamentación probatoria descriptiva y la fundamentación probatoria intelectual, el autor Francisco Dall'Annese (Falta de Fundamentación de la Sentencia y Violación de las Reglas de la Sana Crítica, en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, diciembre de 1992, año 4, N° 6) dice que: "La motivación probatoria de la sentencia debe hacerse a dos niveles: fundamentación descriptiva, que supone la transcripción de la prueba recibida de viva voz y con intermediación; y la fundamentación intelectual que es la valoración de la prueba que se ha realizado en el fallo. Si se incluye en la resolución únicamente el sumario de la prueba (sin valorar), habrá falta de fundamentación intelectual; y a la inversa, si solo se incluye la apreciación del material probatorio sin transcribirlo previamente, habrá falta de fundamentación descriptiva".

Es por tal razón que el fallo debe contener una adecuada fundamentación descriptiva que sirva de base a la posterior motivación intelectual. Para ello, en la fundamentación descriptiva es indispensable la consignación de cada elemento probatorio judicializado mediante

una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido. Esta manera de proceder hará de la sentencia un documento que se baste por sí mismo, y no solo tendrá el valor de informar a las partes, al público y las instancias superiores acerca de lo ocurrido en la audiencia del juicio oral, sino que permitirá a estas últimas sobre todo a los tribunales de alzada, controlar las conclusiones y la consistencia o inconsistencia que se hace de ellas al apreciarlas y estimarlas en su peso probatorio.

Ahora bien, en el caso de autos se puede advertir que, el tribunal a-quo realizó una fundamentación descriptiva de las pruebas describiendo el contenido de cada una de ellas, se advierte también que al momento de realizar la fundamentación probatoria intelectual del conjunto de las pruebas producidas en el debate del juicio oral, en función al valor correspondiente a estos elementos de prueba incorporados al juicio, efectuando la concatenación de las mismas (prueba esencial), así como la fundamentación jurídica, siendo esta concreta, suficiente y racional a la conclusión final a la que arriba el Tribunal de Sentencia para emitir la sentencia condenatoria, conforme determina el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., encaminadas a esclarecer la existencia del hecho objeto de juicio, la existencia de los delitos y la responsabilidad penal de los imputados, de cuyo examen bajo razonamientos lógicos y respaldados por la prueba esencial que se menciona han llevado al tribunal a-quo a determinar que en el caso existirían suficientes pruebas que llevaron al convencimiento del tribunal a-quo sobre la responsabilidad penal; por un lado, del delito de estafa, cuyo análisis resulta inadecuado; empero no es correcta la fundamentación que se efectúa respecto del delito de estelionato, en el cual existe defecto en la aplicación de la norma sustantiva penal y consiguientemente en la labor intelectual, conforme se precisara más adelante, por lo que este aspecto deberá ser retomado en una fundamentación final conjunta.

I.1.2.5. y I.2.2.5- La sentencia basada en hechos inexistentes y valoración defectuosa de la prueba. Que no existe indicio y menos prueba plena alguna que acredite que los recibos signados como prueba MP-P11 hayan sido otorgados por su persona, así como tampoco existe evidencia y menos prueba plena que acredite que haya suscrito contratos o realizado transferencias y ventas de terrenos dentro el inmueble que se presume de propiedad de Cresencio Tapia Rivas, y menos que haya recibido un beneficio económico indebido, por lo que la Sentencia N° 14/12 se basa en hechos inexistentes y no acreditados por la parte acusadora, puesto que la carga de la prueba es de responsabilidad de la acusación, como prevé el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., aspecto con el que se ha incurrido en la previsión del núm. 6 del art. 370 relacionada con el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., ya que omite explicar de manera razonada y fundamentada, de qué manera esa prueba lleva al Tribunal de Sentencia a la ineludible conclusión de la existencia de los hechos y la participación ilícita de sus personas y como autores o partícipes de los delitos de estafa y estelionato, sin explicar qué elementos constitutivos de los tipos penales se obtienen de cada una de las documentales señaladas, además de omitir la explicación razonada y fundamentada de las razones por las que la prueba de descargo no ha sido considerada o valorada, que solo se la menciona pero no se efectúa una debida y adecuada fundamentación de las razones por las que no se las valora; al margen de todo ello, resultaría inexplicable que habiéndose realizado la inspección de visu al lugar, como prueba de descargo, este acto de inspección ni siquiera ha sido mencionado y menos considerado o valorado en la Sentencia N° 14/12, incurriéndose con todo ello en infracción del debido proceso en su componente de debida y adecuada fundamentación de las resoluciones y el defecto de sentencia previsto en el núm. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen. con vulneración de derechos y garantías constitucionales que generan nulidad por el núm. 3 del art. 169 del Cód. Pdto. Pen.

Establecido esto, corresponde invocar la Doctrina Legal establecida en el A.S. N° 33, de 9 de junio de 2011, que instituye que el fallo de segunda instancia debe adecuarse a los puntos apelados y resolverse conforme a lo previsto en el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., en los siguientes términos: "En merito a lo previsto por los arts. 396-3 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; el tribunal de segunda instancia está en la obligación de adecuar las resoluciones que dicte a los puntos apelados por las partes, a los aspectos cuestionados de la resolución apelada. Que los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva no la anulará pero serán corregidos, en la nueva sentencia así como los errores u omisiones formales y los que se refieran a la imposición o el cómputo de las penas conforme el art. 414 del Cód. Pdto. Pen." De lo que resulta que el tribunal de alzada no puede ingresar a valorar nuevamente las pruebas producidas y judicializadas en audiencia para establecer los hechos, conductas y circunstancias calificadas en juicio oral bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad. Así también es pertinente indicar el A.S. N° 074/2013-RRR de 19 de marzo, que establece: "III.2. Las cuestiones de hecho no son atendibles en apelación restringida. En el sistema procesal penal boliviano, solamente los jueces y Tribunales de Sentencia pueden analizar los hechos contenidos en las acusaciones (pública o particular) y dispuestas al debate contradictorio en juicio oral, motivo propio del enjuiciamiento, en vistas al principio de intangibilidad de los hechos. Son cuestiones de hecho, en general, las referencias a las comportamientos humanos que, se hallan conceptualizados por las normas jurídicas aplicables a cada caso en particular; es decir, aquellas conductas acaecidas en el mundo material susceptibles de ser subsumidas a tipos penales. Los hechos acreditados en criterio del juez o Tribunal de Sentencia, quedan inmutables y no pueden ser modificados en ninguna etapa del proceso, tampoco pueden ser introducidos nuevos hechos que no hayan sido determinados por esa instancia. Al respecto, en virtud de los arts. 407 y ss. del Cód. Pdto. Pen., la competencia del tribunal de apelación en lo que respecta al recurso de apelación restringida, se circunscribe al análisis de denuncias basadas exclusivamente en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal; de ahí que, el control a ser ejercido en apelación restringida por parte de los tribunal de apelación, se circunscribe, simplemente, a la aplicación del derecho y a la legitimidad de la sentencia". En ese entendido los apelantes tienen que atacar la logicidad de la sentencia impugnada en lo que atañe a la actividad probatoria y su relación con la vulneración de las reglas de la sana crítica racional, las que están constituidas por los principios de la lógica (de no contradicción, tercero excluido, razón suficiente y de identidad), la experiencia común y de la psicología; aspectos que cumple parcialmente la sentencia impugnada, siendo necesaria una fundamentación conjunta respecto de la aplicación errónea penal en la que también se ve comprometida la labor hermenéutica efectuada por el tribunal a-quo que se efectuara al final.

I.1.2.6. La contradicción de la sentencia entre la parte dispositiva y la parte considerativa. Observación que efectúa de manera puntual el apelante Mario Garnica Guillen, sosteniendo que en el Considerando IV de la sentencia, en la descripción de la prueba testifical de cargo de la acusación particular, se tiene que Eva Flores Portillo, declaró que (Textualmente): "... en las reuniones se indicaba que el gringo no debe ingresar al terreno porque es un loteador, que se utilizaba dinamitas para atemorizar al gringo que era Mario Garnica...", de igual modo, se

tiene que la testigo Luzminda Fernández Urbano, en su declaración, habría manifestado que (textualmente): "...que hacían vigilia todos los días para impedir que el gringo, que llamaban así a Mario Garnica ingrese a la zona..."; es decir que la Sentencia N° 14/12 en su parte considerativa, consideraría al apelante Mario Garnica como el gringo que no debía entrar al terreno y que se utilizaban dinamitas para atemorizarlo; sin embargo, en la parte dispositiva, se lo condena por presuntamente haber sido un dirigente que organizaba a la gente para impedir que el mismo gringo entre al terreno, siendo que esta sería una contradicción insalvable; habiendo incurrido en contradicciones e incoherencias que se encuentran previstos en el defecto de sentencia establecido en el núm. 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., al existir graves contradicciones entre la parte considerativa y la parte dispositiva de la sentencia. En la invocación que efectúa el nombrado apelante en este agravio, de manera aislada hace una cita descontextualizada de un parte de la prueba testifical, haciendo inferir que existe una contradicción respecto de un elemento puntual que no tiene mayor relevancia en lo que atañe al convencimiento desglosado en los fundamentos de hecho y de derecho que contiene la sentencia que dan explicación del por qué se decide en la parte dispositiva por la condena de los imputados, salvando claro esta lo relacionado a la aplicación del art. 337 del Cód. Pdto. Pen., por lo que su agravio no tiene mérito.

1.1.2.7 y 1.2.2.6.- La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación. De la revisión tanto de la acusación fiscal y de la acusación particular que conforme al art. 342 del Cód. Pdto. Pen., son la base del juicio y que la Sentencia, debe responder congruentemente a los aspectos sometidos a juzgamiento y no apartarse de la base del juicio; sin embargo que la acusación fiscal ni la acusación particular hayan observado la presunta falsedad o la supuesta ilegalidad respecto al trámite de la personalidad jurídica de la Asociación Agropecuaria "Carmen Los Andes", la Sentencia N° 14/12, en su Considerando V señala (textualmente): "...por lo que en criterio de los miembros del tribunal se habría cometido el delito de falsedad ideológica, por las declaraciones falsas efectuadas en un instrumento público como es la personería de la Asociación Agropecuaria Carmen de los Andes, por lo que corresponde la remisión de los antecedentes del proceso y la cancelación de dicha personería tramitada ante la Notaría de Gobierno de la Ex prefectura ahora Gobernación..."; es decir que la Sentencia N° 14/12 dictada por el Tribunal de Sentencia, sin que este aspecto haya sido sometido a juzgamiento por la acusación fiscal ni particular, sin jurisdicción ni competencia se pronuncia sobre una supuesta falsedad ideológica y cancelación de la personería de la Asociación Carmen Los Andes, que jamás fue solicitada por ninguna de las partes, el tribunal a-quo al margen de señalar que, corresponde la cancelación de la personería Jurídica de la Asociación Carmen Los Andes, dictó una sentencia ajena a la base del juicio constituida por la acusación fiscal y particular; así mismo, habría dictado sentencia sin juicio previo afectando los intereses de la persona jurídica en cuestión y de los asociados que constituyen miembros de dicha asociación, sin haberles dado la oportunidad del derecho a la defensa, con lo que, incurre en el defecto de sentencia previsto en el núm. 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., infringido y vulnerado la garantía del debido proceso y a la defensa, establecidos en los arts. 115 y 117 de la C.P.E. En función a este agravio, de la revisión de los antecedentes, en específico del requerimiento conclusivo de acusación y de la acusación particular, se puede establecer que efectivamente los elementos concernientes a la persona jurídica que constituiría la Asociación Agropecuaria "Carmen Los Andes", que en función al análisis de las pruebas el tribunal a-quo habría determinado que la misma se constituye en el mecanismo utilizado para la concreción de las actividades ilícitas de los dirigentes de los asentamientos ilegales bajo el mismo denominativo, habiendo establecido Considerando IV, que se habría cometido el delito de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, indicando la remisión de los antecedentes y la cancelación de dicha personería jurídica; sobre el particular, en función al art. 329 del Cód. Pdto. Pen. que establece: "(Objeto). El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación; en forma contradictoria, oral, pública y continua, para la comprobación del delito y la responsabilidad del imputado, con plenitud de jurisdicción", concordante con el art. 342 del mismo cuerpo adjetivo de leyes que determina: (Base del juicio) El juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o la del querellante, indistintamente. Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio. En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación...", de ello se evidencia que el agravio establecido en este punto sí tiene mérito, toda vez que el objeto del juicio no tenía entre los puntos a probar la ilegalidad de la acción o uso de la personería jurídica de la Asociación "Carmen Los Andes" y menos el tribunal a quo tenía o tiene la capacidad para determinar la cancelación de la personería jurídica, sin embargo el haber reparado en que existió una utilización fuera de los alcances determinados para esta personería jurídica es admisible, lo que no implica ejercitar acciones directas de una eventual sanción a la misma, las que deben necesariamente ser objeto de investigación ante las autoridades administrativas u ordinarias competentes, a través de la formalización de una eventual denuncia, y no hacer este tipo de alusiones, las que no tienen sin embargo mayor eficacia al no estar determinada en la parte dispositiva, sin embargo da cuenta de que en lo que concierne a este punto hubo una falta al principio de congruencia, pero que no afecta el fondo de lo resuelto y en función al principio de trascendencia no justifica una nulidad total o parcial de la sentencia impugnada.

Hasta este punto, habiendo respondido a los fundamentos de agravio de los apelantes, se pasa a examinar los motivos de apelación previstos en los puntos 1.1.2.1 y 1.2.2.1.- De la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 337 Cód. Pen.) El Tribunal de Sentencia de Quillacollo, en el Considerando V. asume que Cresencio Tapia Rivas, sería propietario a título hereditario de unos terrenos de la extensión superficial de 202.846.00 ms2. ubicado en la zona de Licenciada, Anocaraire de Vinto de la Provincia Quillacollo, sin que ése aspecto se haya acreditado conforme a la normativa legal vigente, el tribunal a-quo, habría incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, puesto que el delito de estelionato previsto en el art. 337 del Cód. Pen., se configure resulta indispensable que el querellante acredite, en primer lugar, ser legítimo propietario conforme a las previsiones legales; y en segundo lugar, que los imputados apelantes hayan otorgado dicho inmueble mediante contrato de venta o arrendamiento, aspecto que en el caso no ha sido demostrado, puesto que ni la acusación fiscal, ni la acusación particular, han acreditado que el supuesto derecho propietario de Cresencio Tapia Rivas, se encuentre registrado en las dependencias de DD.RR., y menos se ha demostrado que los imputados hayan otorgado, en venta, arrendamiento o que haya constituido gravámenes sobre dicho inmueble, que la presunta venta, o en su caso, el presunto arrendamiento debieron ser acreditados por la acusación, mediante prueba documental que acredite la celebración de los contratos de compra venta, arrendamiento o los contratos mediante los cuales se habría constituido gravámenes sobre el inmueble en cuestión, lo cual no habría ocurrido por lo que el tribunal a-quo, al haber dictado sentencia

condenatoria por el supuesto delito de estelionato, sin que se hayan acreditado los elementos constitutivos del referido delito, ha incurrido en aplicación errónea de la norma sustantiva penal del art. 337 del Cód. Pen., que además el inmueble alegado como de propiedad de Cresencio Tapia Rivas, se encuentra sujeto a un proceso administrativo de Saneamiento ante la Dirección Departamental del Instituto Nacional de Reforma Agraria; procedimiento cuyo objeto es la regularización y perfeccionamiento de la propiedad agraria y que entre sus finalidades se encuentran, entre otras la titulación de tierras que se encuentren cumpliendo la función económico social y la conciliación de conflictos relacionados con la posesión y propiedad agrarias; en ese entendido, el inmueble alegado como propiedad de Cresencio Tapia Rivas, se encuentra sujeto a un proceso de saneamiento simple, llegamos a la ineludible conclusión de que el inmueble reclamado por el querellante Cresencio Tapia Rivas, no se encuentra regularizado o perfeccionado conforme a ley, por lo que nuevamente, el Tribunal de Sentencia, al haber asumido como propietario del inmueble en cuestión a Cresencio Tapia Rivas, sin que haya concluido el trámite del proceso administrativo de saneamiento en el que se resolverá la titularidad del inmueble, ha incurrido en errónea aplicación de la norma sustantiva penal contenida en el art. 337 del Cód. Pen., al haber dictado sentencia condenatoria por el delito de estelionato sin que se tenga acreditado el legal, absoluto y legítimo derecho propietario del querellante sobre el inmueble en cuestión.

De la errónea aplicación de la norma sustantiva, art. 335 del Cód. Pen., el Tribunal de Sentencia, habría incurrido en errónea aplicación de la norma sustantiva penal, puesto que, basándose en meras presunciones de carácter subjetivo, sin base en prueba legal que haya sido judicializada, asume que los imputados, habrían realizado cobros ilegales por la venta y disposición de lotes de terreno que se encontrarían dentro el inmueble que presuntamente le correspondería al querellante Cresencio Tapia Rivas; sin embargo, de la observación de los recibos cursantes en el proceso como prueba MP P11, que además de ser una prueba ilícita y violatoria de derechos y garantías fundamentales, dichos recibos no consignan la identidad de la persona que recibe los montos de dineros, además de que ninguno de dichos recibos establece que, la suma cancelada sea por concepto de compra venta de terrenos, por lo que los recibos adjuntos como prueba MP P11, al no haber sido reconocidos en sus firmas y rúbricas por sus otorgantes, carecen de todo valor legal y menos pueden ser opuestos frente a terceros; por lo que la sentencia condenatoria, con simples conjeturas y presunciones subjetivas por el delito de estafa, sin que se haya demostrado objetivamente la disposición patrimonial y el perjuicio de las presuntas víctimas y que esa disposición patrimonial haya ido en directo beneficio económico de los demás imputados y que además ese presunto beneficio económico indebido haya sido obtenido con ardid, engaños o artificios, habría incurrido en errónea aplicación de la norma legal sustantiva del art. 335 del Cód. Pen.

Respecto a la falta de materia justiciable por conciliación con valor de cosa juzgada y última ratio del proceso penal. El proceso penal, en el caso el propio tribunal a-quo en la Sentencia N° 14/12, reconoce la existencia de un Acta de Conciliación de 07 de noviembre de 2005 suscrito en dependencias de la Dirección Departamental del INRA, prueba signada como MP P29, en la que el propio querellante Cresencio Tapia Rivas, se compromete que a la conclusión del proceso de Saneamiento sobre el inmueble transferirá la totalidad del inmueble a favor de las personas socias de Carmen Los Andes que se encuentren posesionadas en el inmueble, acta de conciliación que conforme a las previsiones de la L. N° 1770 de Arbitraje y Conciliación, art. 85 tiene fuerza y valor de cosa juzgada para su ejecución forzosa; por lo que el Tribunal de Sentencia con la Sentencia N° 14/12, está penalizando un aspecto estrictamente contractual plasmado en un acta de conciliación y anticipando la sanción penal a un eventual incumplimiento del acuerdo conciliatorio, por lo que también considera que no existía materia justiciable a ser considerada y juzgada en la vía penal, puesto que el cumplimiento y ejecución a ser los acuerdos conciliatorios están exclusivamente reservados a los jueces en materia civil. Bajo estos argumentos el apelante sostiene que el tribunal a-quo incurrió en el defecto de la sentencia previsto en el núm. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Este defecto de sentencia se presenta cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o lo que es lo mismo, ha creado cauces paralelos a los establecidos en la Ley, conforme prevé las SS.CC. Nos.1056/2003-R y 1146/2003-R de 12 de agosto; de ello se entiende que la inobservancia de la Ley sustantiva implica:

1) La no aplicación correcta de los presupuestos sustantivos implica la aplicación de una ley derogada (aplicación de una ley inaplicable); inaplicación de una ley vigente (inaplicación de una ley aplicable);

2) Interpretación errónea de los preceptos de la ley sustantiva (mala aplicación de la Ley aplicable).

La errónea aplicación de la ley sustantiva se presenta cuanto la autoridad judicial aplica la norma de manera errónea, las SS.CC. Nos. 727/2003 y 1075/2003 señala que la norma sustantiva puede ser erróneamente aplicada por:

a) Errónea calificación de los hechos (tipicidad).- La calificación del delito se entiende como la apreciación que cada una de las partes hace de los hechos, de las leyes aplicables y de la resultante relacionada al acusado, cuando no se califica adecuadamente, se genera una errónea calificación de la ley sustantiva, porque la adecuación de la conducta humana a la descripción objetiva del o de los delitos acusados, debe ser correcta y exacta. A ese efecto el art. 413 atribuye al ad-quem la facultad de que cuando sea evidente, que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, resolverá directamente el tribunal de alzada.

b) Errónea concreción del marco penal.- Implica una forma de errónea aplicación de la ley penal sustantiva (SS.CC. Nos. 727/2003-R de 3 de junio y 1075/2003 de 24 de julio).

c) Errónea fijación judicial de la pena.- Se refiere a la individualización de la responsabilidad penal de cada individuo, tomando en cuenta las atenuantes y agravantes que establece la ley penal sustantiva en los arts. 37, 38, 39 y 40 a momento de imponer la pena expresando de manera obligatoria los fundamentos en que basan su determinación, la omisión constituye un defecto, pues es esencial el equilibrio y la proporcionalidad que debe existir ere la culpabilidad y la punición.

Establecido esto, a mérito de los reclamos idénticos efectuados por los apelantes con relación a la errónea aplicación de la ley sustantiva penal, la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; corresponde referir que el mismo debe ser analizado de manera conjunta con los agravios contenidos en los puntos I.1.2.2 y I.2.2.2.- Respecto a la falta de individualización de los sujetos pasivos de la acción

penal, que los apelantes alegan por la falta de individualización de los sujetos pasivos de la acción penal en el caso, puesto que si bien la Sentencia N° 14/12 en el Considerando V. señala textualmente: "...el propietario Cresencio Tapia Rivas, interpuso procesos tanto en INRA como en la vía ordinaria penal, llegando a enterarse el año 2004 la designación de otros dirigentes entre ellos Mario Garnica Guillen, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe, Ángel Saavedra y Eulogio Galarza como dirigentes de las personas que se encuentran asentadas ilegalmente en los terrenos en conflicto"; de modo que se les atribuye la comisión de los ilícitos de estafa y estelionato; sin embargo, en la Sentencia N° 14/12, no precisa la forma en que cada uno de los imputados habría adecuado la conducta y accionar a los tipos penales antes señalados, incurriendo con ello en omisión de la debida individualización de los sujetos pasivos de la presente acción penal, dado que bajo la óptica de la garantía de presunción de inocencia constitucionalmente reconocido y en el sistema penal acusatorio, la debida individualización no solo se refiere a la indicación de la identidad de las personas sujetas a proceso; sino que, entendiendo en sentido amplio la disposición contenida en el art. 370-2 del Cód. Pdto. Pen., se refiere también a la necesaria individualización participativa de cada uno de los imputados y la correspondiente subsunción y adecuación de sus conductas individuales a los tipos penales, de modo que la sentencia para ser tenida como válida, debe establecer de manera expresa y con total claridad, de qué modo el accionar, la conducta de cada uno de los imputados ha incurrido en la calificación típica prevista y sancionada por la Ley penal sustantiva, aspecto que no cumpliría la Sentencia N° 14/12.

De la revisión de la sentencia objeto de apelación se tiene que el tribunal a quo en el Considerando III de fundamentación probatoria establece que en función de al art. 173 del Cód. Pdto. Pen., luego de la deliberación de manera unánime los siguientes hechos probados: "Primera.- Se tiene probado que el querellante Cresencio Tapia Rivas, es dueño y propietario a título hereditario de unos terrenos de la extensión superficial de 202.846.00 ms²., ubicado en la zona de Licenciada Anocaire de Vinto de la provincia de Quillacollo, con los siguientes límites..., siendo posesionado en el mismo el año 1.996, mediante una sentencia pronunciada por el Juez 2° de Instrucción en lo Civil de Quillacollo, dentro un proceso penal incoado contra el primer dirigente avasallador y loteador de la Asociación Carmen de los Andes representado por Miguel Arias Canchari, encontrándose desde entonces en pacífica posesión y continuada por dos años de la posesión. Segundo.- También se tiene probado que al poco tiempo de la posesión pacífica de terrenos descrito en punto precedentes, el propietario Cresencio Tapia Rivas, por segunda vez fue sorprendido, con la presencia de personas antiguas y nuevas asentadas ilegalmente en el terreno, personas que volvieron en masa para ocupar dichos terrenos, designando dirigentes en asamblea en forma consecutiva, asumiendo el cargo con la promesa del saneamiento de sus lotes, hasta la respectiva entrega de sus títulos del propiedad, quienes se encargaron de sonsacar sistemáticamente los para luego desaparecer, por lo que ante dichos avasallamientos de tierras, el propietario Cresencio Tapia Rivas, interpuso proceso tanto en INRA como en la vía ordinaria penal, llegando a enterarse el año 2004 la designación de otros dirigentes entre ellos: Mario Garnica Guillen, Adres Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe, Ángel Saavedra y Eulogio Galarza (conocido como Freddy) Galarza como dirigentes de las personas que se encuentran asentadas ilegalmente en los terrenos en conflicto. Tercero.- Se tiene probado a través de las pruebas de cargo que dichos dirigentes atribuyéndose ser dueños de dichos terrenos a título de ser dirigentes de los loteadores, procedieron con la afiliación de más de 510 personas, empezando con actos de disposición ilegal de terrenos en fracciones de 300 ms²., en calidad de venta, obligándoles a las personas a construir en los plazos de 10 a 20 días sin entregar recibo alguno, venta de lotes que se realizaron en la suma de 3.000 hasta 5.000 \$us., logrando reunir una gran cantidad de personas y con ese conjunto de personas empezaron a realizar los trámites de saneamientos de tierras en las Oficinas de INRA de la ciudad de Cochabamba, con la denominación OTB "Carmen de los Andes". Cuarto. Bajos estas circunstancias el propietario de los terrenos avasallados Cresencio Tapia Rivas, tomó conocimiento de la demanda de saneamiento de tierras en las oficinas de INRA, oponiéndose a dicha trámite de saneamiento sin haber sido oído ni logrado el reconocimiento de su derecho, habiéndose pronunciado resolución de primera instancia a favor de los ahora querellados y la una Asociación Carmen de los Andes. Quinto. Que, ante la resolución desfavorable el querellante Cresencio Tapias Rivas, interpuso la demanda contenciosa ante el Tribunal Agrario Nacional, instancia que culminó con la revocatoria de todo el trámite de saneamiento realizado por los dirigentes de la Asociación Carmen de los Andes, estableciendo que el querellante Cresencio Tapia Rivas, es el único titular de los predios situados en la zona de Licenciada de Anocaire. Sexto. No obstante de esta realidad jurídica de una resolución pronunciada por la máxima instancia Agraria, sobre el derecho propietario de tierras agrícolas ahora ocupado ilegalmente por los afiliados de la Asociación Carmen de los Andes, bajo el pretexto de llegar a una conciliación, distraendo a los ahora querellantes, nuevamente iniciaron un trámite de saneamiento en las Oficinas de INRA y la fecha los nombrados querellados continúan con el cobro irregular de montos de dineros por la venta de terrenos mediante recibos pagados por los querellantes: Isabel Cayoja Rocha, Luzminda Fernández, Bernardo Huallpa Argollo y Gregorio Choque Reynaga y otras personas, bajo el argumento de que la titulación se encuentra por buen camino y que el mismo Presidente Evo Morales Ayma, hará entrega de los títulos de propiedad, convocando a funcionarios subalternos de INRA, para dar credibilidad, por lo que un grupo de personas continua aportando dineros con la ilusión de contar con un título de propiedad, bajo amenaza que si no cumplían con los aportes exigidos por la Directiva Carmen de los Andes, serían pasibles a la imposición de multas y una serie de humillaciones, advertencias como el de ser expulsados y el decomiso de sus vivienda. Séptimo. Se tiene probado a la fecha, los querellantes no cuentan con ningún título de propiedad, desconociéndose el destino de los dineros aportados y que los dirigentes de la Asociación Carmen de los Andes conformado por: Mario Garnica Guillen, Adres Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe, Ángel Saavedra y Freddy Galarza, no prestaron sus respectivos informes o rendición de cuentas, limitándose a entregar un plano de lote con un costo de 200 Bs para cada uno de los afiliados. Octavo. También se tiene probado, la organización y el trámite de la personería jurídica ante la Notaria de Gobierno de Cochabamba, de la conformación de la personería jurídica de la Asociación Agropecuaria "Carmen de los Andes", con el objeto de constituir y fundar una asociación civil de desarrollo, con objetivos principales de implementación, mejoramiento y la optimización de la actividad agrícola, comercial, la industria, ganadería y procesamiento de productos extraídos de las mismas, actividades, determinando una acción política dirigida a la mejora y rendimiento óptimo de las actividades agroindustriales, a la cabeza de Miguel Arias Canchari en calidad de presidente y otros miembros directorio con una nómina de 141 afiliados, se tiene que esta personería jurídica fue utilizada ilegalmente, para actividades de asentamientos humanos clandestinos en predios privados, con posesión y distribución arbitraria e ilegal de lotes de terrenos, con desarrollo de actividades totalmente contrario a los fines que persigue dicha asociación agropecuaria, por lo que criterio de los miembros del tribunal, se habría cometido el delito de falsedad ideológica, por las declaraciones falsas efectuadas en un instrumento público como lo es la personería de la Asociación Agropecuaria Carmen de los Andes, por lo que corresponde la

remisión de los antecedentes del proceso y la cancelación de dicha personería tramitada ante la notaría de gobierno de la ex prefectura ahora gobernación, Novena.- Que los imputados no tienen antecedentes policiales, ni judiciales, padre de familia y dedicados a actividades lícitas".

Efectuadas estas conclusiones, en el Considerando IV de la sentencia el tribunal a-quo realiza una fundamentación descriptiva de la prueba judicializada por las partes entre éstas la prueba de los imputados apelantes, testifical y literal, habiéndose también precisado entre las pruebas de las partes la inspección de visu correspondiente, para luego efectuar la fundamentación intelectual, desarrollada en el Considerando V. bajo las reglas de la sana crítica y el análisis individual y de conjunto de la prueba esencial, en la que el tribunal a-quo establece la concurrencia de los elementos de convicción de los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados en los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., para todos los acusados a quienes sostiene que actuaron de manera conjunta para la comisión de éstos delitos, que en la fundamentación jurídica del Considerando VI de la sentencia, se tiene que: "el art. 335 del Cód. Pen., que tiene como nomen iuris "estafa" indica: 'El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y con multa de setenta a doscientos días'. Se entiende que la estafa es un delito de resultado, va dirigida a la disposición patrimonial de la víctima sin lo cual le faltaría un elemento constitutivo del tipo, se consume en el momento en que se despliegan los medios dirigidos a engañar o hacer caer en error a la víctima, para que esta realice disposición de su patrimonio que le cause perjuicio, es decir daño de disminución de su patrimonio. Aspecto legal en la que han incurrido los imputados, al exigir pagos ilegales de montos de dineros para beneficio propios, ocultando que INRA Nacional había anulado el trámite de saneamiento efectuado por Carmen Los Andes, asimismo ocultaron la conciliación que habían firmado con Cresencio Tapia Rivas, cobrando sumas de dineros con planos ilegales, sin ninguna aprobación, con solo sellos de las alcaldía obtenidos ilegalmente cobran de dineros que cobraban cuotas por trabajos realizados por la alcaldía municipal el POA que tienen en la zona y otros actos más.

Que el art. 337 del Cód. Pen. que tiene como nomen iuris "Estelionato" indica 'El que vendiere o gravare como bienes libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados y el que vendiere, gravare o arrendare, como propios, bienes ajenos, será sancionado con privación de libertad de uno a cinco años' la figura del estelionato se configura cuando se vende, grava o arrienda como propios bienes ajenos, este delito se comete en el momento de realizar los actos establecidos en el Código Penal. Aspecto legal, en la que también incurrieron los imputados, al realizar ventas de lotes de terrenos con el argumento de dotaciones cobrando sumas de dineros con pago, como conceptos de pagos de ingreso y pagos mensuales, cobrando montos de dineros por concepto de cambio de nombres de los lotes vendidos, como entidades públicas fiscalizadoras, otorgando lotes a personas que después la vendía en montos altos de dineros en dólares, los imputados, obraban por si solos, conjuntamente y por medio de otros, en fin los imputados eran dueños y señores de Carmen los Andes y obraban sin ninguna restricción como loteadores, sin rendir cuentas a nadie". (sic)

Ahora bien, en función a los fundamentos de agravio, corresponde precisar que, respecto a la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de estelionato, a partir de las conclusiones a las que arriba el tribunal a-quo, teniendo presente que la sentencia constituye una unidad lógica que se va estructurando teniendo como base la acusación fiscal y particular, en función a la prueba judicializada en juicio oral, público y contradictorio, de donde se establecen los hechos probados, se efectúa la fundamentación descriptiva, intelectual y jurídica, que no pueden ser considerados como estancos separados, sino parte de un razonamiento lógico, de la cual efectivamente se advierte que existe imprecisiones en la valoración y determinación respecto del delito de estelionato que dan cuenta de la errónea aplicación de la ley sustantiva en la incorrecta subsunción en la tipificación de la conducta de los imputados en el delito mencionado, teniendo presente que es evidente que si bien se tiene en cuenta el derecho propietario espectaculo que le asistiría por la vía sucesoria a Cresencio Tapia Rivas, de acuerdo a las formalidades legales este no fue perfeccionado y registrado en oficinas de Derechos Reales, sin embargo ello no impide establecer válidamente que los predios que fueron objeto de asentamiento y "loteamiento" ilegal resultan ser ajenos a la propiedad de los acusados en el presente caso, empero tampoco se tiene como elemento comprobado objetivamente bajo las formalidades de la normativa civil, la constitución contractual de una transferencia a título de venta, la constitución de algún gravamen o arrendamiento, que se encuentre debidamente respaldado y registrado en las oficinas de registro público de los bienes inmuebles, lo hace que al no estar adecuadamente cumplidos y demostrados éstos elementos objetivos del tipo penal de estelionato, efectivamente cuando menos se genera duda respecto de su existencia; en ese entendido la tipificación que efectúa el tribunal a-quo de la conducta de los imputados, que como se tiene probado y precisado en los fundamentos de hechos probados, a través de la prueba descrita y la fundamentación intelectual de la prueba esencial, actuaron en concomitancia bajo el mismo objetivo, desplegando actividades en distribución de tareas dentro de los alcances previstos en el art. 20 del Cód. Pen., en calidad de autores y copartícipes del ilícito, no de estelionato; sino el de estafa, básicamente porque actuaron de manera que generaron engaño doctrinalmente comprendido como: "todo comportamiento positivo en el que se falsea la verdad en lo que se hace, dice o promete y que encierra una concreta y adecuada potencialidad psico-causal para sumergir a otro en error, despertándole una creencia ilusoria", conforme se ha fundamentado abundantemente por el tribunal a-quo, en la parte descriptiva e intelectual que determina entre los fundamentos de la Sentencia apelada, que los predios en cuestión son de propiedad ajena a los dirigentes debidamente individualizados e identificados, a través de la prueba testifical y documental de cargo y descargo en las personas de los imputados Mario Garnica Guillen, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, quienes desplegaron acciones objetivas y positivas de exacción de montos de dineros diferentes por distintos conceptos a las personas asentadas en el sector donde operaba el directorio Carmen de los Andes del cual eran directivos, llegando a efectuar los cobros con presión y amenaza, en beneficio propio o de terceros, dado que no se conoce el destino de los dineros que recolectaban por diferentes conceptos, a los ocupantes de los referidos lotes de terreno, conforme se ha precisado en los hechos probados de la prueba testifical y documental, no siendo la única prueba aislada la documental codificada como MP P-11, ya que esta conclusión surgen de la comunidad de la prueba esencial precisada por el tribunal a-quo, en ese entendido, no es evidente que no existan los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, que fue correcta y adecuadamente aplicado en el caso de autos por el tribunal a-quo.

Con respecto a la existencia de un acuerdo conciliatorio, este elemento constituye parte del despliegue de instrumentos para lograr inducir en error a los "aportantes" y "asentados" de los predios ocupados ilegalmente, el que se encuentra en otra esfera de aplicación del derecho ajena al presente, que en el juzgamiento penal se analiza la conducta dolosa desplegada por los imputados y actuales apelantes que se tiene suficientemente determinada por el tribunal a quo, en ese entendido este fundamento de agravio es parcialmente procedente, pues se evidencia que el Tribunal de Sentencia resolvió este caso, estableciendo los hechos probados a partir del análisis de la prueba, el que debería en la subsunción y calificación del hecho efectuar una labor hermenéutica que pueda bajo la fundamentación necesaria establecer la tipificación correcta como respuesta de los razonamientos lógicos empleados, que en el caso no son respaldados en su totalidad conforme ya se tiene precisado, para lo cual debió recurrir a la teoría finalista del delito y determinar cuál era la finalidad que perseguía la conducta desplegada por los imputados, en ese sentido se advierte, que no hay una correcta labor exegética en las operaciones lógicas que se efectúan en la sentencia. En este punto es preciso tener presente en función del citado art. 420 del Cód. Pdto. Pen., la doctrina legal emitida por el Tribunal Supremo de Justicia de la Nación en el A.S. N° 714/2015-RRC-L de 12 de octubre, que determina:

"III.3. Sobre la facultad del tribunal de alzada de emitir nueva sentencia.

Antes de ingresar al análisis del recurso en cuestión, resulta pertinente señalar que sobre esta temática, el A.S. N° 660/2014-RRC de 20 de noviembre, sentó la siguiente doctrina legal aplicable: "...este tribunal entiende que no siempre la modificación de la situación jurídica del imputado implica un descenso al examen de la prueba y a los hechos, pues ello no sucede cuando lo que se discute en esencia no son los hechos establecidos por el juzgador; sino, la adecuación o concreción de esos hechos al marco penal sustantivo, ya sea por el imputado que sostiene que el hecho por el que se lo condeno no constituye delito por falta de alguno de sus elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y que lógicamente no implique modificación de los hechos mediante la revalorización de la prueba, o por el acusador que, ante la absolución del imputado plantea que esos hechos demostrados y establecidos en sentencia, sí se subsumen en alguna conducta prohibida por el Código Penal. En consecuencia, en estos casos el tribunal de alzada no tiene necesidad alguna de valorar prueba (lo que se reitera le está vetado), por cuanto los hechos ya están establecidos en sentencia y no son objeto de discusión, correspondiéndole únicamente verificar si el trabajo de subsunción o adecuación del hecho acreditado fue correcta o no, entonces, de advertir que el juez incurrió en error al adecuar la conducta del imputado, ya sea por haber establecido la absolución o determinando la condena en forma indebida, tiene plena facultad para enmendar el mismo, sin necesidad de anular la Sentencia, puesto que el error se cometió en la operación lógica del juzgador y no en la valoración de la prueba que dio lugar al establecimiento de los hechos tenidos como probados; consiguientemente, no es razonable ni legal que se repita el juicio únicamente para que otro juez realice una correcta subsunción del hecho.

En tal sentido, a tiempo de ratificar el concepto rector de que el tribunal de alzada no puede cambiar la situación del imputado como consecuencia de la revalorización de la prueba o de la modificación de los hechos probados en juicio; debe concebirse la posibilidad en el supuesto de que se advierta y constate que el Juez o Tribunal de Sentencia, incurrió en errónea aplicación de la norma sustantiva, que el tribunal de alzada en estricta aplicación del art. 413 último párrafo del Cód. Pdto. Pen. y con base a los hechos probados y establecidos en Sentencia, en los casos de que éstos no sean cuestionados en apelación o de serio se concluya que fue correcta la operación lógica del juzgador en la valoración probatoria conforme a la sana crítica, pueda resolver en forma directa a través del pronunciamiento de una nueva sentencia, adecuando correctamente la conducta del imputado al tipo penal que corresponda, respetando en su caso la aplicación del principio iura novit curia, ya sea para condenar al imputado o en su caso, para declarar su absolución, de no poder subsumirse la conducta al o los tipos penales, por no ser punible penalmente el hecho o porque no reúne todos los elementos de delito.

En consecuencia, este tribunal considera necesario establecer la siguiente sub regla: El tribunal de alzada en observancia del art. 413 última parte del Cód. Pdto. Pen., puede emitir nueva sentencia incluso modificando la situación del imputado de absuelto a condenado o de condenado a absuelto, siempre y cuando no proceda a una revalorización de la prueba, menos a la modificación de los hechos probados en juicio al resultar temas intangibles, dado el principio de inmediatez que rige el proceso penal boliviano; supuestos en los cuales, no está eximido de dar estricta aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., esto es, fundamentar suficientemente su determinación, ya sea para la absolución o condena del imputado y respectiva imposición de la pena".

Ahora bien, considerando además los principios que regulan el régimen de nulidades, se establece que la relevancia de la omisión identificada, radica en el hecho de que una vez que se pronuncie el tribunal de apelación respecto a los demás reclamos efectuados por el recurrente, conforme lo desarrollado en el apartado III.3 de este auto supremo, de verificarse sólo la errónea aplicación de la norma sustantiva en la que habría incurrido el Tribunal de Sentencia, el tribunal de alzada podría eventualmente emitir una nueva sentencia conforme plantea el recurrente, siempre cuando no proceda a una revalorización de la prueba y menos a la modificación de los hechos probados en juicio, al tener plena facultad para enmendar el supuesto error en el que habría incurrido el tribunal de juicio, sin necesidad de anular la sentencia, ello, siempre y cuando el error se hubiere cometido en la operación lógica del juzgador y no en la valoración de la prueba que habría dado lugar al establecimiento de los hechos tenidos como probados; en consecuencia, establecidos los hechos, resultaría irrazonable que se repita el juicio...".

Bajo este entendimiento, corresponde a este tribunal de alzada concluir que habiéndose dado respuesta a los fundamentos de agravio reclamados, de los cuales tienen mérito los defectos de sentencia previstos en los núms. 1, 5, 6 y 11 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., consecuentemente, al haberse establecido que este tribunal de alzada sin que efectúe una nueva valoración de la prueba, sobre los fundamentos expuestos por el tribunal a-quo, respetando los hechos objeto del juicio oral, así como la facultad de valoración de la prueba como una atribución de los jueces y tribunales de mérito, en función a los hechos probados que ya se tienen glosados precedentemente, corresponde a este tribunal de alzada proceder al pronunciamiento de una nueva sentencia, bajo la lógica que de la prueba recibida en audiencia de juicio oral, en función de la circunstancia fáctica contenida en la acusación fiscal y particular en relación de los hechos probados en juicio oral que los imputados debidamente individualizados e identificados, a través de la prueba testifical y documental de cargo y descargo en las personas de los imputados Mario Garnica Guillen, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, en

los predios en cuestión que son de propiedad ajena a los nombrados dirigentes, los que desplegaron acciones objetivas y positivas de exacción de diferentes montos de dineros por distintos conceptos a las personas asentadas en el sector donde operaba el directorio Carmen de los Andes del cual -se reitera- eran directivos, llegando a efectuar los cobros con presión y amenaza, en beneficio propio o de terceros, dado que no se conoce el destino de los dineros que recolectaban por diferentes conceptos, a los ocupantes de los referidos lotes de terreno, conforme se ha precisado en los hechos probados en los puntos particularmente tercero y sexto, como de la prueba testifical y documental, no siendo la única prueba aislada la documental codificada como MP P-11, ya que esta conclusión surge de la comunidad de la prueba esencial precisada por el tribunal a quo, en la fundamentación descriptiva intelectual y jurídica, en ese entendido, es evidente que se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, dado que todas las acciones y conducta estaba dirigida a la finalidad de consumir el delito indicado, siendo que el carácter ajeno de los terrenos, la condición de dirigentes y con capacidad de influir en sus representados, alegando la tramitación de un derecho propietario inexistente, y otros, los imputados de manera conjunta se dieron a la tarea de determinar la disposición patrimonial de dineros en diferentes montos a los ocupantes ilegales de los mencionados predios, en provecho propio o de terceros; sin embargo, no concurre similar convencimiento, con relación al delito de estelionato, conforme al razonamiento que ya se tiene precisado, por lo que en función al art. 365 del Cód. Pdto. Pen. corresponde la absolución por este tipo penal.

Establecido esto, teniendo presente la finalidad de la pena establecida en el art. 25 del Cód. Pdto. Pen., de enmienda y resocialización, además de la prevención especial, en función a las condiciones personales, sociales, y familiares, así como los efectos y consecuencias del delito, teniendo presente a las víctimas y la conducta dolosa probada respecto de todos los actos desplegados y ejecutados de manera conjunta de los imputados; en contraste a su favor, el no tener antecedentes previos en la comisión de hechos delictivos, por lo que corresponde la imposición de la pena media agravada para cada uno de los imputados de tres años y seis meses de reclusión en la cárcel pública, mas la multa de 250 días multa a razón de 2 Bs. por día.

Resueltos así los fundamentos de agravio y habiendo dado en parte mérito a la apelación restringida formulada por los imputados, con la consiguiente emisión directa de una nueva Sentencia, bajo los argumentos explanados precedentemente.

POR TANTO: La Sala Penal Primera de la R. Corte Superior de Justicia de Cochabamba ahora Tribunal Departamental de Justicia, declara parcialmente PROCEDENTE los recursos de apelación restringida interpuestos por Mario Garnica Guillen y Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca Y Ángel Saavedra Cortez; por lo que de conformidad a lo previsto en el art. 413 último párrafo del Cód. Pdto. Pen., bajo los fundamentos probatorios que constan en la sentencia apelada y esta resolución se emite nueva sentencia, declarando a los imputados: Mario Garnica Guillen, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez, autores y culpables de la comisión del delito de estafa, previsto y sancionado en el art. 335 del Cód. Pen., en aplicación del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., imponiendo a cada uno de los imputados la pena de tres (3) años y seis (6) meses de reclusión que deberán cumplir en la Cárcel Pública de "San Pablo" varones de Quillacollo, más 250 días multa a razón de Bs. 2 por día, la imposición de costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia; y a los mismos imputados, sentencia absolutoria por el delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., en aplicación del art. 365-2 del Cód. Pdto. Pen.

Se advierte a las partes que esta resolución es susceptible del recurso de casación en el plazo de cinco días siguientes a su legal notificación, de conformidad a lo previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relatora: Dra. Nuria G. Gonzales Romero.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Nuria G. Gonzales Romero.- Karem Lorena Gallardo Sejas.

Ante mí: Abg. Luz Nahir Acebey Arispe.- Secretaria.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memoriales presentados el 11 y 31 de octubre de 2016, cursantes de fs. 1389 a 1392 vta. y 1420 a 1431, Cresencio Tapia Rivas y Gregorio Choque Reinaga; y, Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Ángel Saavedra Cortez y Eulogio Galarza Huanca, interponen recursos de casación, impugnando el Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, de fs. 1359 a 1376 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por los vocales Nuria Gisela Gonzales Romero y Karen Lorena Gallardo Sejas, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, Cresencio Tapia Rivas, Gregorio Choque Reinaga, Luzminda Fernández Urbano y Bernardo Huallpa Argote contra los recurrentes, por la presunta comisión de los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 14/12 de 3 de mayo de 2012 (fs. 1171 a 1189), el Tribunal de Sentencia de Quillacollo del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a los imputados Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Ángel Saavedra Cortez y Eulogio Galarza Huanca, autores de los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cuatro años de presidio, con costas y responsabilidad civil a favor del estado y la parte acusadora.

Contra la mencionada Sentencia, los imputados Mario Garnica Guillén (fs. 1200 a 1210 vta.), Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez (fs. 1214 a 1222 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de

Cochabamba, que declaró parcialmente procedentes los recursos de apelación restringida interpuestos por los imputados Mario Garnica Guillen, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza y Ángel Saavedra Cortez y en aplicación al art. 413 último párrafo del Cód. Pdto. Pen., dictó nueva Sentencia, declarando a los imputados aludidos, autores del delito de estafa, previsto y sancionado en el art. 335 del Cód. Pen., imponiendo a cada uno la pena de tres años y seis meses de reclusión, más doscientos cincuenta días multa a razón de Bs 2.- por día, así como la imposición de costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia. Asimismo, los declaró absueltos de responsabilidad y pena por el delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.

I.1.1. Motivos de los recursos de casación.

De los memoriales de los recursos de casación y del A.S. N° 23/2017-RA de 20 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

I.1.1.1. Del recurso de los querellantes Cresencio Tapia Rivas y Gregorio Choque Reinaga.

Previo referencia de antecedentes y que el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los alcances de la normativa procesal penal, no encontrándose previsto en el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., la posibilidad de que el tribunal de apelación cambie en forma directa la determinación de la condena a absolución del imputado, debido a que para ello se requiere imprescindiblemente valorar la prueba, debiendo el tribunal de apelación aplicar lo dispuesto por el art. 414 citado, aseveran que el auto de vista recurrido, en el punto I.1.2.6, expresa que la testigo Eva Flores Portillo, declaró: "En las reuniones se indicaba que el gringo no debe ingresar al terreno porque es un loteador, que se usaba dinamitas para atemorizar al gringo que era Mario Garnica...la testigo Luzminda Fernández Urbano señala Que hacían vigilia todos los días para impedir que el gringo que llamaban así a Mario Garnica ingrese a la zona" (sic).

Por otra parte, en los puntos I.2.1 y I.2.2.1 de dicha resolución, el tribunal de apelación hace referencia a que en el considerando quinto de la sentencia asume que Cresencio Tapia Rivas sería propietario a título hereditario de unos terrenos de la extensión superficial de 200.000 m2, ubicada en la zona de "licenciada Anocaraire-Vinto" de la provincia de Quillacollo, sin que se haya acreditado conforme a la normativa vigente. También, advirtió que existen imprecisiones en la valoración y determinación respecto al delito de estelionato que dan cuenta de la errónea aplicación de la ley sustantiva en la incorrecta subsunción en la tipificación de la conducta de los imputados en el delito mencionado, teniendo presente que es evidente que si bien se tiene en cuenta el derecho propietario expectatio que le asistiría por la vía sucesoria a Cresencio Tapia Rivas, éste no fue perfeccionado y registrado en oficinas de derechos reales; sin embargo, ello no impide establecer válidamente que los predios que fueron objeto de loteamiento resultan ser ajenos a la propiedad de los acusados, argumentos que—los recurrentes— considerando constituyen revalorización de la prueba judicializada y desfilada en juicio oral.

Finalmente, sostiene que la aludida revalorización de la prueba, por la que el tribunal de apelación dictó sentencia absolutoria por el delito de estelionato a favor de los acusados, constituye defecto absoluto, cambiando la situación de condenados a absueltos, en contradicción de la doctrina legal inserta en los AA.SS. Nos. 200/2012 de 24 de agosto y 011/2013-RRC de 6 de febrero, vulneración al derecho del debido proceso y al principio de intermediación.

I.1.1.2. Del recurso de los imputados Mario Garnica Guillén, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez.

Respecto a la ausencia de fundamentación respecto a la imposición del quantum de la pena, afirman que el auto de vista recurrido, habiéndoles condenado únicamente por el delito de estafa, les aplicó una pena de tres años y seis meses, sin explicación ni fundamentación alguna sobre la correspondencia de dicha pena, lo que consideran contrario a los AA.SS. Nos. 050 de 27 de enero de 2007, 109 de 29 de abril de 2010 y 541 de 18 de noviembre de 2006 que exigen fundamentación, ausente en el auto de vista recurrido, al no explicar lógica, coherente y legalmente las razones por las que se les aplicó una pena de la media legal agravada, lo cual quebranta el principio de legalidad y vulnera su derecho al debido proceso, dejándoles en completo estado de indefensión al no tener certidumbre de los aspectos positivos y negativos que habrían sido compulsados por el Tribunal de apelación al momento de imponerles la pena.

Respecto al defecto absoluto por la omisión del señalamiento de audiencia, para la fundamentación oral del recurso ante el tribunal de apelación, aseveran como grave infracción al debido proceso y a la defensa, aseveran que pese a existir solicitud expresa de su parte en cada uno de los recursos de apelación restringida, para que el tribunal de apelación señale día y hora de audiencia para la fundamentación oral del recurso y para la producción de la prueba ofrecida en alzada, la sala penal dictó directamente el auto de vista recurrido, infringiendo los AA.SS. Nos. 372 de 22 de junio de 2004 y 674/2010 de 17 de diciembre.

I.1.2. Petitorio.

Los recurrentes solicitan se deje sin efecto el auto de vista impugnado, agregando Cresencio Tapia Rivas y Gregorio Choque Reinaga que dicha nulidad sea parcial con relación al delito de estelionato, a efecto de que el tribunal de apelación emita nueva resolución, manteniendo y confirmando la sentencia.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante el A.S. N° 23/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 1438 a 1443, este tribunal admitió los recursos de casación formulados por los querellantes Cresencio Tapia Rivas y Gregorio Choque Reinaga y los imputados Mario Garnica Guillén, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 14/12 de 3 de mayo de 2012, el Tribunal de Sentencia de Quillacollo del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a los imputados Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Ángel Saavedra Cortez y Eulogio Galarza Huanca, autores de los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cuatro años de presidio, con costas y responsabilidad civil a favor del estado y la parte acusadora, bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho relativos a los motivos admitidos:

Según la teoría fáctica de la acusación fiscal, se tiene que Cresencio Tapia sería dueño y propietario a título hereditario de un predio agrícola de 202.846.00 ms²., ubicado en la zona de Licenciada Anocaire de Vinto de la provincia de Quillacollo, utilizado como terreno de pastoreo, en el cual, fue posesionado en 1996, mediante Sentencia Judicial dentro de un proceso incoado contra el loteador Miguel Arias Canchari, desde cuándo, detenta la pacífica posesión y continuada por dos años; sin embargo, los loteadores que se encontraban asentados ilegalmente en su terreno, al verse engañados por Donato Quispe, seguidor de Miguel Arias Canchari, mediante un proceso penal, lograron la detención de estos loteadores. Ante dichos avasallamientos, Cresencio Tapia Rivas, interpuso procesos tanto en el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), como en la vía ordinaria penal, llegando a conocer en el 2004 a nuevas personas que responden a los nombres de Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Ángel Saavedra Cortez y Eulogio Galarza, como dirigentes de las personas que se asentaron ilegalmente en sus terrenos y se atribuyen como dueños de sus terrenos a título de representantes de los loteadores, procediendo a la afiliación de más de quinientas diez personas, quienes bajo recibo, empezaron a vender los terrenos en fracciones de 300 ms²., o en su caso, entregaban lotes, cobrando dineros, obligándoles a construir sin entregarles recibo alguno, vendiéndoles cada lote a \$us. 3.000.- a \$us. 5.000.-, de tal forma que lograron reunión una cantidad de personas y entre todas, iniciaron trámite de saneamiento de tierras en el INRA de Cochabamba, con la denominación de una supuesta Organización Territorial de Base (OTB) "Carmen de los Andes", logrando el saneamiento de las tierras, hasta que su propietario Cresencio Tapia Rivas, planteó una demanda contenciosa ante el Tribunal Agrario Nacional, que culminó con la revocatoria de todo el trámite de saneamiento, estableciéndolo a él como único propietario.

No obstante, a la fecha los nombrados querellados continúan cobrando montos de dinero por la venta de terrenos, los mismos que se pueden constatar mediante los recibos pagados por los querellantes Isabel Cayoja Rocha, Luzminda Fernández, Bernardo Huallpa Argollo y Gregorio Choque Reynaga y de un sin número de personas, bajo el argumento de que la titulación se encontraba por buen camino y que el mismo Presidente Evo Morales Ayma, les iba a ser entrega de los títulos de propiedad; engañando a más de quinientas personas, entregándoles sólo un plano, por el que también pagaron la suma de Bs 200.

Posteriormente, los imputados al tomar conocimiento de que se les interpuso querrela y las publicaciones por los medios de comunicación, planificaron una reunión a las 11:30 del 21 de abril de 2009, "a efecto de tomar represalias contra los que, las víctimas procedieron a agredirles físicamente con patadas, puñetes y a pedradas" (sic); es más, hasta habían planificado su muerte, conduciendo para ese fin a un grupo de personas desde el barrio Kami, en buses a la zona de "Carmen de los Andes", pagados por Mario Garnica y el Directorio, con el único propósito de hacerles desistir de la acción penal interpuesta contra los imputados, objetivo que no se logró, gracias a la intervención policial de Vinto; sin embargo, los loteadores decidieron comisionar a personas que responden a los nombres de Lucio Gómez, Tito Quiroga, Miriam Kekaña, Valero Ichota, Abraham Ventura, Osvaldo Mamani, Martha Choque, Martha Cortez, Pedro Vina, Bismar Garnica, para que inventen procesos penales contra las personas que participaron en las golpizas que les propinaron. Por lo que, el Ministerio Público inició proceso penal contra Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe, Ángel Saavedra y Freddy Galarza, por la comisión de los delitos de estafa y estelionato.

La declaración testifical de cargo de la acusación particular, entre otras, de Eva Flores Portillo, señaló que llegó al Carmen de los Andes, porque le dijeron que ese terreno era del Estado para los residentes de Kami, para los mineros y que constantemente estaban en reuniones, donde se les indicó que el "gringo", que era Mario Garnica, no debe ingresar al terreno porque es un loteador y deberían espantarlo, los hombres con dinamitas y las mujeres con palos, machetes y otros objetos que los dirigentes les instruían usar para cuidar el terreno. Además, los dirigentes les indicaron que deberían construir sus casas en el plazo de veinte a treinta días, que ella construyó la suya, por lo que vive en el lugar, que los dirigentes año tras año, les dicen que los documentos ya saldrán, que están saneando, así los llevaban continuamente a marchas, mitines y bloqueos, inclusive con sus hijos pequeños, para conseguir los lotes, les pidieron dineros que ella canceló, además de cuotas mensuales para cualquier actividad. Asimismo, señaló que Isabel Cayoja fue a oficinas del INRA y allí se enteró que Cresencio Tapia era el dueño y que los dirigentes jamás realizaron rendición de cuentas.

Por su parte, Luzminda Fernández Urbano, señaló que vive en Carmen Los Andes, que llegó al lugar porque había un comunicado en el barrio Kami, sobre la existencia de unos lotes del Estado para la gente pobre que no tenía casa, que los dirigentes presentes les entregarían los lotes, obligándolos a construir en quince o veinte días, caso contrario se les podía quitar el terreno, para lo que tuvo que prestarse dineros del banco y que era mujer sola con tres hijas y hacían vigilia todos los días para impedir que el "Gringo" (Mario Garnica), ingrese a la zona, porque los dirigentes decían que era loteador y se resguardaban los lotes con machetes, picotas en inclusive, los citados llevaron dos cajas de dinamita "para hacer volar al Gringo" (sic), que se pagaba por todo y los llevaban a todas las marchas, reuniones, mitines, a veces sin comer estaban en los actos, mientras que los dirigentes comían y bebían con sus cuotas, fueron obligados a defender al Alcalde Pacífico Otorala, si no iban a las marchas pagaban multas y si no pagaban les quitaban el lote, hicieron llorar a mucha gente, a mujeres solas hicieron proposiciones indecentes y ante su negativa las difamaban, insultaban y agredían, luego cuando ella se casó su esposo también era agredido, le cortaban la luz, el agua, todos los domingos habían reuniones como pretexto para cobrar dineros con el pretexto que faltaba para los trámites que ya estaban saliendo del INRA; con esta esperanza, se pagaban las cuotas que después de las reuniones recaudaban mucho dinero y lo contaban entre ellos, repartíndose el mismo junto a otras personas. Por lo que, cansados de pagar, se constituyeron en el INRA, donde les dijeron que el terreno tenía dueño y era Cresencio Tapia, que este hecho enfureció a los dirigentes, quienes buscaron la forma de sacarlos del lugar por cualquier motivo, incluso los amedrentaban queriendo arrollarlos con sus vehículos cuando los veían por la avenida, teme por su vida y la de

sus hijos, los dirigentes no le daban recibos por las cuotas altas, sólo de las pequeñas, que les iniciaron demandas inventadas para sacarlos del lugar.

El delito de estafa previsto por el art. 335 del Cód. Pen., es de resultado, va dirigido a la disposición patrimonial de la víctima, sin lo cual le faltaría un elemento constitutivo del tipo, se consuma en el momento en que se despliegan los medios dirigidos a engañar o hacer caer en error a la víctima, para que ésta realice disposición de su patrimonio que le cause perjuicio; es decir, daño de disminución de su patrimonio. Aspecto legal en el que incurrieron los imputados, al exigir pagos ilegales de montos de dineros para beneficio propio, ocultando que el INRA había anulado el trámite de saneamiento efectuado por Carmen Los Andes; asimismo, ocultaron la conciliación que habían firmado con Cresencio Tapia Rivas, cobrando sumas de dinero con planos ilegales, sin ninguna aprobación, con sólo sellos de la Alcaldía, obtenidos ilegalmente.

El delito de Estelionato, normado por el art. 337 del Cód. Pen., se configura cuando se vende, grava o arrienda como propios, bienes ajenos se comete en el momento de realizar los actos establecidos en el Código Penal. Aspecto legal en el que, incurrieron los imputados al realizar ventas de lotes de terrenos, con el argumento de dotaciones, cobrando sumas de dinero por pagos de ingreso, mensuales, por concepto de cambio de nombres de los lotes vendidos, como entidades públicas fiscalizadoras, otorgando lotes a personas que después los vendían en montos altos de dinero en dólares. Los lotes obraban por sí solos, conjuntamente y por medio de otros: "en fin los imputados eran dueños y señores de Carmen Los Andes y obraban sin ninguna restricción como loteadores, sin rendir cuentas a nadie" (sic).

Así establecida la participación de los imputados Mario Garnica Guillen, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, en los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., para la imposición de la sanción se debe tomar en cuenta, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, la personalidad del autor en la medida requerida para cada caso, conforme establecen los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., como atenuantes, se tiene que son personas sin antecedentes policiales, judiciales, autores del primer delito, dedicados a actividades ilícitas, por lo que no se les debe imponer la pena máxima, establecida por ley. Como agravante se tiene que son personas, que obraron poniéndose de acuerdo entre ellos, que las víctimas son varias personas que no se encuentran arrepentidos, que utilizan el cargo que tienen y tuvieron para aprovecharse en beneficio propio indebido, por lo que no se les debe imponer la pena mínima establecida por ley, sino una intermedia, cerca de la máxima, por las acciones realizadas por los hechos expuestos precedentemente.

II.2. De la apelación restringida.

Contra la precitada sentencia, los imputados Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez, a su turno, presentaron recursos de apelación restringida.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, resolvió el recurso de apelación restringida, por auto de vista impugnado y en aplicación de lo preceptuado por el último párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., dictó nueva sentencia, declarando a los imputados autores del delito de Estafa, previsto y sancionado en el art. 335 del Cód. Pen., en aplicación del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., imponiendo a cada uno, la pena de tres años y seis meses de reclusión, a cumplir en la Cárcel Pública de "San Pablo" varones de Quillacollo, más doscientos cincuenta días multa a razón de Bs 2. por día, así como la imposición de costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia. Asimismo, los declaró absueltos por el delito de estelionato, tipificado por el art. 337 del Cód. Pen., en aplicación del art. 365-2 del Código Adjetivo Penal, con los siguientes argumentos:

Existen imprecisiones en la valoración y determinación respecto del delito de estelionato, que dan cuenta de la errónea aplicación de la ley sustantiva en la incorrecta subsunción en la tipificación de la conducta de los imputados en el delito mencionado, teniendo presente que es evidente que si bien se tiene en cuenta el derecho propietario expectatio que le asistirá por la vía sucesoria a Cresencio Tapia Rivas, de acuerdo a las formalidades legales, éste no fue perfeccionado y registrado en oficinas de Derechos Reales; sin embargo, ello no impide establecer válidamente que los predios que fueron objeto de asentamiento y "loteamiento" ilegal, resultan ser ajenos a la propiedad de los acusados en el presente caso; empero, tampoco se tiene como elemento comprobado objetivamente bajo las formalidades de la normativa civil, la constitución contractual de una transferencia a título de venta, la constitución de algún gravamen o arrendamiento, que se encuentre debidamente respaldado y registrado en las oficinas de registro público de los bienes inmuebles; por tanto, el no estar adecuadamente cumplidos y demostrados estos elementos objetivos del tipo penal de Estelionato, efectivamente cuando menos se genera duda respecto de su existencia; en ese entendido, la tipificación que efectúa el tribunal a quo de la conducta de los imputados, que como se tiene probado y precisado en los fundamentos de hechos probados, a través de la prueba descrita y la fundamentación intelectual de la prueba esencial, actuaron en concomitancia bajo el mismo objetivo, desplegando actividades en distribución de tareas dentro de los alcances, previstos por el art. 20 del Cód. Pen., en calidad de autores y coparticipes del ilícito, no de estelionato, sino el de estafa, básicamente porque actuaron de manera que generaron engaño.

Consecuentemente, al haberse establecido sin incurrir en una nueva valoración probatoria y respetando los hechos objeto del juicio oral, así como la facultad de valoración de la prueba como una atribución de los jueces y tribunales de mérito, en función a los hechos probados que ya se tienen glosados precedentemente, corresponde en alzada, proceder al pronunciamiento de una nueva Sentencia bajo la lógica que la prueba recibida en audiencia de juicio oral, en función de la circunstancia fáctica contenida en la acusación fiscal y particular en relación de los hechos probados en juicio oral, que los imputados debidamente individualizados e identificados, a través de la prueba testifical y documental de cargo y descargo en las personas de los imputados Mario Garnica Guillen, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, en los predios en cuestión que son de propiedad ajena a los nombrados dirigentes, los que se despliegan acciones objetivas y positivas de exacción de diferentes montos de dineros, por distintos conceptos a las personas asentadas en el sector donde operaba el directorio Carmen de los Andes, del cual, eran directivos, llegando a efectuar los cobros con presión y amenaza, en beneficio

propio o de terceros, dado que no se conoce el destino de los dineros que recolectaban por diferentes conceptos, a los ocupantes de los referidos lotes de terreno, conforme se ha precisado en los hechos probados en los puntos particularmente tercero y sexto, como de la prueba testifical y documental, no siendo la única prueba aislada, la documental codificada como MP P-11, ya que esta conclusión surge de la comunidad de la prueba esencial precisada por el tribunal a quo, en la fundamentación descriptiva intelectual y jurídica, en ese entendido, es evidente que se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, dado que todas las acciones y conducta estaban dirigidas a la finalidad de consumar el delito indicado, siendo que el carácter ajeno de los terrenos, la condición de dirigentes y con capacidad de influir en sus representados, alegando la tramitación de un derecho propietario inexistente; y otros, los imputados de manera conjunta se dieron a la tarea de determinar la disposición patrimonial de dineros en diferentes montos a los ocupantes ilegales de los mencionados precios, en provecho propio o de terceros; sin embargo, no concurre similar convencimiento, con relación al delito de estelionato, conforme al razonamiento que ya se tiene precisado, por lo que en función al art. 365 del Cód. Pdto. Pen., corresponde la absolución por este tipo penal.

Teniendo presente la finalidad de la pena establecida en el art. 25 del Cód. Pdto. Pen., de enmienda y resocialización, además de la prevención especial, en función a las condiciones personales, sociales y familiares, así como los efectos y consecuencias del delito, teniendo presente a las víctimas y la conducta dolosa probada respecto de todos los actos desplegados y ejecutados de manera conjunta de los imputados; en contraste a su favor, el no tener antecedentes previos en la comisión de los hechos delictivos, por lo que corresponde la imposición de la pena media agravada para cada uno de los imputados de tres años y seis meses de reclusión en la cárcel pública, más la multa de doscientos cincuenta días multa a razón de Bs 2 por día.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

En el presente caso los querellantes denuncian que el tribunal de alzada modificó la situación jurídica de los imputados de condenados a absueltos del delito de estelionato manteniendo la condena únicamente por estafa, revalorizando las pruebas judicializadas y desfiladas en juicio oral; por su parte, los imputados refieren en casación que el fallo de alzada no hubiere fundamentado sobre el quantum de la pena como resultado de la agravación del delito de estafa; además, de haberse omitido el señalamiento audiencia de fundamentación oral del recurso de apelación. En consecuencia, en revisión de la resolución dictada por el tribunal de alzada, corresponde dilucidar si los extremos denunciados son evidentes y si constituyen contradicciones con los precedentes contradictorios invocados, a fin de dejar sin efecto el fallo impugnado o declarar infundados los recursos intentados.

III.1. Precedentes contradictorios invocados.

Para el motivo de los querellantes.

A efectos de demostrar la contradicción aludida en el motivo denunciado por los querellantes, relativo a la supuesta imposibilidad de modificar la situación jurídica de los imputados de condenados a absueltos, invocaron el A.S. N° 011/2013-RRC de 6 de febrero, cuya doctrina legal aplicable señala lo siguiente: "El art. 115 de la C.P.E., reconoce el derecho del debido proceso y el acceso a la justicia, al disponer que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, garantizando el Estado el derecho al debido proceso; estos derechos, considerados como la garantía de un procedimiento legal en resguardo de los derechos de las personas en el curso de un proceso judicial, así como el que tiene toda persona de recurrir ante un juez o tribunal superior competente e imparcial, para hacer valer sus pretensiones; son reconocidos por los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 8 y 11; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8; y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.

El tribunal de alzada al resolver el recurso de apelación restringida, tiene el deber de ejercer el control de la valoración de la prueba realizada por el juez o tribunal de sentencia, a efecto de constatar si se ajusta a las reglas de la sana crítica y que se halle debidamente fundamentada; sin embargo, esto no supone un reconocimiento a la posibilidad de que aquel tribunal pueda ingresar a una nueva valoración y en consecuencia cambiar la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa; por cuanto se desconocería los principios rectores de intermediación y contradicción que rigen la sustanciación del juicio penal, incurriendo en un defecto absoluto no susceptible de convalidación emergente de la vulneración de los derechos a la defensa, al debido proceso y de acceso a la justicia; debiendo reiterarse que si bien el art. 413 in fine del Cód. Pdto. Pen., establece que: "Cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente", el alcance de la referida disposición legal, no otorga facultad al tribunal de apelación de hacerlo respecto a temas relativos a la relación de los hechos o a la valoración de la prueba, que al estar sujetos a los principios citados de intermediación y contradicción, propios del sistema procesal acusatorio vigente en el estado boliviano, resultan intangibles".

Con relación a la misma temática, el A.S. N° 200/2012 de 24 de agosto, señaló: "Es necesario precisar, que el recurso de apelación restringida constituye un medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la sentencia, no siendo el medio idóneo que faculte al tribunal de alzada, para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho que es de potestad exclusiva de los jueces o tribunales de sentencia; por ello, si el ad quem, advierte que la sentencia no se ajusta a las normas procesales, con relación a la valoración de la prueba y la falta de fundamentación y motivación, que haya tenido incidencia en la parte resolutive, le corresponde anular total o parcialmente la sentencia, y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal.

Se vulnera los derechos a la defensa y al debido proceso, reconocidos por el art. 115-II de la C.P.E., y existe una inadecuada aplicación de los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen., cuando el tribunal de alzada, revalorizando la prueba rectifica la sentencia, cambiando la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa; decisión que al desconocer los principios de intermediación y contradicción, incurre en defecto absoluto no susceptible de convalidación".

Para el primer motivo del recurso de casación planteado por los imputados.

En el primer motivo denunciado por los imputados relativo a la supuesta ausencia de fundamentación del quantum de la pena, en calidad de precedente contradictorio, citaron el A.S. N° 050 de 27 de enero de 2007, que señala: “La pena se constituye en un factor de cohesión del sistema político-social, gracias a su capacidad de restaurar la confianza colectiva en la seguridad jurídica y la paz social que brinda el ordenamiento legal, renueva la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones y margina cualquier contraproyecto de sociedad, o lo que es lo mismo, garantizar la constitución de la sociedad.

A la vez, es un medio del que se vale el estado, para facilitar al individuo, que por sus actos precedentes se encuentra constreñido a afrontar una sanción legal, a reconsiderar su postura frente a las normas socialmente aceptadas y replantear su conducta respecto a los valores jurídicos protegidos, promoviendo la reinserción social.

Finalmente esta experiencia, cuya publicidad se encuentra garantizada por el sub sistema penal, genera en el común social una premisa de conducta-reacción, que se constituye en el medio de prevención general, como otro fin de la pena.

De ahí que si del conocimiento de un determinado hecho el titular del órgano jurisdiccional llega a determinar que la conducta cumple los presupuestos de la imputación objetiva, le corresponde aplicar la norma secundaria contenida en la sanción penal, parte del decisorio que es de suma importancia para la aceptación del juicio, su credibilidad y el logro de los fines de la pena.

La pena no es el resultado de una simple operación lógica sino de la valorización de los hechos y del imputado mismo; su personalidad, la motivación, etc. Para que la fundamentación tenga poder de convicción se requiere que la sentencia exteriorice el razonamiento del juez. El punto de partida para determinar la pena, es el marco normativo del delito. Luego se tienen que explicar qué aspectos o circunstancias agravan la pena, y cuáles la atenúan. Para el proceso de la determinación de la pena, hay que tomar en cuenta especialmente los hechos precedentes, las circunstancias y las condiciones de vida del imputado. Igualmente las causas que llevaron a la comisión del hecho delictivo y el hecho mismo.

Es facultad del tribunal de alzada, ante la evidencia de que concurren en el fallo de mérito, errores u omisiones formales que se refieran a la imposición o el cómputo de penas, modificar directamente el quantum observando los principios constitucionales y procesales”. Similar razonamiento se expresó en el A.S. N° 109 de 29 de abril de 2010.

Por su parte, el A.S. N° 541 de 18 de noviembre de 2006, estableció que: “Constituye uno de los elementos esenciales del debido proceso la correspondiente fundamentación de las resoluciones, las mismas que deben ser motivadas, individualizando la responsabilidad penal del imputado, tomando en cuenta las atenuantes y agravantes que establece la ley penal sustantiva, a objeto de imponer la sanción, como lo prevé el art. 116-X de la C.P.E.

(...)

Que el Tribunal de casación ha establecido una línea doctrinal concerniente a los aspectos que se deben considerar para determinar el quantum de la sanción imponible a los autores del hecho punible, en este caso de robo agravado (art. 332-1 y 2 del Cód. Pen.), tomando en cuenta las atenuantes y agravantes, considerando la personalidad de cada uno de los autores, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias, los móviles que le impulsaron a la comisión del delito, etc., aspectos que refieren los recurrentes, en la jurisprudencia vinculatoria de la Corte Suprema de Justicia y Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, A.S. N° 99 de marzo de 2005 y Auto de Vista de 16 de diciembre de 2003, y que si bien es cierto que la pena estatuida en el art. 332 del Cód. Pen., es indeterminada, y que la valoración y apreciación de las pruebas es una facultad privativa de los jueces de instancia, esto no les exonera de la obligación de considerar y tomar en cuenta las agravantes o atenuantes que hubieren en favor o en contra del acusado conforme los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., señalando porque razón llegan a esa determinación, pues el omitir dichos razonamientos constituye un defecto absoluto a tenor del art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., y los derechos y garantías, que prevé la Constitución, tratados y convenios, de conformidad con el art. 169-3 del mismo Código...”.

Para el segundo motivo de la casación de los imputados.

En cuanto a la obligación de señalamiento de audiencia de fundamentación oral del recurso de apelación restringida, el A.S. N° 372 de 22 de junio de 2004, precisó que: “Las normas procesales que efectivizan derechos fundamentales que hacen al debido proceso, como el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, son de orden público y de cumplimiento obligatorio; por lo que, por una parte, si se ha solicitado expresamente audiencia de fundamentación del recurso, el tribunal no puede omitir fijar día y hora de la audiencia para tal fin...”.

Concordante con dicho entendimiento, el A.S. N° 674/2010 de 17 de diciembre, en lo pertinente a lo denunciado estimó lo siguiente: “Tomando en cuenta que los arts. 411 y 412 del Cód. Pdto. Pen., establecen una última instancia excepcional para presentar pruebas de descargo que hacen a la defensa buscando la inocencia, absolución o atenuación de la pena, es obligación del juzgador, señalar día y hora de audiencia para la fundamentación cuando ésta fue solicitada expresamente, conforme a las reglas previstas para el juicio oral...”.

III.2. La labor de subsunción penal y su control por el tribunal de alzada.

Una vez glosada la doctrina legal invocada por los recurrentes, previo al análisis de fondo de lo denunciado, resulta útil y necesario, precisar que la doctrina señaló con relación a la obligación de subsunción que debe realizar toda autoridad jurisdiccional a tiempo de emitir un fallo, de los hechos probados con la norma legal aplicable.

En ese orden se tiene que, una vez desarrollada la audiencia de juicio oral, en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al juez o tribunal de sentencia, resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una tarea lógica del aplicador para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se conforma de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el hecho probado, y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la sentencia se justifique objetivamente; además, de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Sólo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que, cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad; por lo tanto, la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del Juez, pero carentes de todo sustento probatorio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al Tribunal de apelación; por ello, la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio, sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera que, los jueces o tribunales, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, de controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.3. Labor de control de logicidad por parte del tribunal de alzada ante la denuncia de errónea valoración de la prueba.

Aunque la apreciación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas (intangibilidad de la prueba y de los hechos) de la sentencia son inatacables en apelación restringida; empero, están sujetas al control de logicidad a cargo del tribunal de apelación, que verificará a tiempo de resolver el recurso de apelación restringida, el proceso lógico seguido por el juzgador en su razonamiento a través del examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, cotejando si en su fundamentación se observaron las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

Pues bien, el juzgador debe observar los principios lógicos supremos o leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y otorgan base cierta para determinar cuáles son necesariamente, verdaderos o falsos. A decir del profesor De la Rúa, las leyes del pensamiento son leyes a priori que están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. (De la Rúa, Fernando. Teoría General del Proceso. Editorial Depalma, Buenos Aires 1991. Pág. 154-158).

Asimismo, en relación a las leyes de la psicología, el tribunal o juez tiene el deber de aplicarlas en la valoración de las pruebas, no siendo necesario que indique cuál sea el procedimiento psicológico empleado; además, de aplicar las normas de la experiencia, que son los juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (Arroyo, Gutiérrez José Manuel y Rodríguez, Campos Alexander. Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal. Editorial Jurídica Continental. San José-Costa Rica 2003. 2da. Edición. Pág. 91).

En el ordenamiento jurídico boliviano, el sistema de valoración de la sana crítica, se encuentra establecido en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., que refiere: "El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida"; lo que implica, que el juzgador debe observar las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia en la emisión de la sentencia, que podrá ser impugnada, cuando la parte considere que no fueron aplicadas correctamente.

Consiguientemente, ante la denuncia de errónea valoración de la prueba por la incorrecta aplicación de las leyes del pensamiento humano respecto a la sana crítica, que además deberá contener necesariamente la identificación de cuáles los elementos de prueba incorrectamente valorados, así como la solución pretendida; el tribunal de alzada, verificará si los argumentos y conclusiones de la sentencia, reúnen los requisitos para ser considerados lógicos, y de evidenciar el reclamo, determinará la nulidad de la sentencia y la reposición del juicio, ante la prohibición de corregir directamente el defecto, conforme dispone el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., en cambio de resultar incorrecta la denuncia, dispondrá su rechazo y confirmará lo resuelto en sentencia por el a quo.

Este entendimiento ha sido ampliamente desarrollado en el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, que señala: "El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los Tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuales son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica, el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia y no referirse a actuaciones procesales sin incidencia directa en la resolución de mérito, la inobservancia de estas reglas emergentes de lo expresamente determinado en la ley adjetiva penal deberán ser observadas por los tribunales que conocen el recurso de apelación restringida previamente a admitirse los recursos por estos motivos y en caso de no ser debidamente subsanada la observación referida, los tribunales deberán declarar inadmisibles los recursos por este motivo, en cuyo caso no podrán reiterarse estos argumentos en el recurso de casación.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural.

Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez".

De lo señalado precedentemente, es posible concluir que el tribunal de alzada tiene la obligación de efectuar la labor de control de logicidad ante la denuncia de errónea valoración de la prueba; pues si bien, no le corresponde realizar la valoración de las pruebas desfiladas en el proceso, por carecer del principio de inmediación; sin embargo, tiene la obligación de verificar que el juzgador hubiere realizado dicha tarea, aplicando las reglas de la sana crítica, la lógica, psicología y experiencia, materializadas en la fundamentación del fallo de mérito; como también resulta inexcusable para el recurrente señalar e identificar qué elementos de prueba fueron incorrectamente valorados y cuál la solución que pretende; es decir, precisar qué partes de la decisión incurrieron en errores lógico-jurídicos en el que se aplicaron de manera inadecuada las reglas de la sana crítica, con el correspondiente análisis lógico buscado; y, no referirse a aspectos procesales que no vayan a tener incidencia en el fondo del litigio; de ser así, el Tribunal de apelación determinará por declarar inadmisibles, si pese a haber otorgado el plazo de tres días para la subsanación del recurso persistió el incumplimiento de lo observado.

Finalmente, por ser de utilidad para el análisis del caso concreto, resulta necesario glosar la doctrina legal contenida en el A.S. N° 450 de 19 de agosto de 2004, que establece lo siguiente: "Que conforme a la normativa legal vigente, la apelación restringida, por su naturaleza y finalidad legal, es esencialmente de puro derecho, motivo por el cual, en su análisis, el Tribunal no puede retrotraer su actividad jurisdiccional a circunstancias, hechos y pruebas fácticas que ya fueron sometidos al control oral, público y contradictorio por el órgano judicial de sentencia. Consecuentemente, no existe la doble instancia y, por ello, el Tribunal de Alzada se encuentra obligado a alguna de las siguientes decisiones: a) Anular total o parcialmente la sentencia ordenando la reposición del juicio por otro juez o tribunal cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; b) Cuando la nulidad sea parcial, indicar el objeto concreto del nuevo juicio; c) Cuando sea evidente que, para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, resolver directamente el caso.

Consecuentemente; 'En aquellos supuestos en que el tribunal de alzada comprueba la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, por cuyo motivo tenga la convicción plena de la culpabilidad del imputado, no es pertinente anular totalmente la sentencia y disponer que se

abra nuevo juicio sino dar cumplimiento a lo establecido por la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., dictando directamente una nueva sentencia que defina la situación jurídica del imputado”.

Los criterios doctrinales legales glosados precedentemente fueron complementados por el A.S. N° 660/2014-RRC de 20 de noviembre, en el cual, se creó una sub regla en sentido que: “El Tribunal de alzada en observancia del art. 413 última parte del Cód. Pdto. Pen., puede emitir nueva sentencia incluso modificando la situación del imputado de absuelto a condenado o de condenado a absuelto, siempre y cuando no proceda a una revalorización de la prueba, menos a la modificación de los hechos probados en juicio al resultar temas intangibles, dado el principio de inmediación que rige el proceso penal boliviano; supuestos en los cuales, no está eximido de dar estricta aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., esto es, fundamentar suficientemente su determinación, ya sea para la absolución o condena del imputado y respectiva imposición de la pena”.

Consiguientemente, el tribunal de alzada, en observancia de lo preceptuado por la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., puede emitir nueva sentencia incluso modificando la situación del imputado de absuelto a condenado o de condenado a absuelto, siempre y cuando no proceda a una revalorización de la prueba, menos a la modificación de los hechos probados en juicio, al resultar temas intangibles, dado el principio de inmediación que rige el proceso penal boliviano; supuestos en los cuales, no está eximido de dar estricta aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; esto es, fundamentar suficientemente su determinación y sea para la absolución o condena del imputado y respectiva imposición de la pena.

III.4 Análisis del recurso de casación de la parte querellante.

Para resolver la problemática planteada en el presente recurso, resulta necesario revisar los antecedentes de la presente causa, que en su primera fase concluyó con la emisión de la Sentencia N° 14/12 de 3 de mayo, que determinó declarar a los imputados Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Ángel Saavedra Cortez y Eulogio Galarza Huanca, autores de los delitos de Estafa y Estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., imponiéndoles la pena de cuatro años de presidio.

Contra la precitada sentencia, los imputados Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez, plantearon recursos de apelación restringida, dando lugar a la emisión del Auto de Vista de 19 de agosto de 2016, que declaró parcialmente procedentes los recursos interpuestos y en aplicación de lo preceptuado por el último párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., dictó nueva sentencia, declarando a los apelantes, autores del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen., imponiendo a cada uno, la pena de tres años y seis meses de reclusión, más doscientos cincuenta días multa a razón de Bs. 2, más costas, daños y perjuicios. Asimismo, los declaró absueltos del delito de Estelionato, previsto y sancionado por el art. 337.

Para modificar la situación jurídica de los imputados, de condenados a absueltos con relación al delito de Estelionato, los Vocales integrantes de la Sala Penal Primera, arribaron a la conclusión que el Tribunal de Sentencia de Quillacollo, asumió que Cresencio Tapia Rivas, sería propietario a título hereditario de los terrenos objeto del litigio, sosteniendo que ese aspecto no se hubiere acreditado conforme a la normativa legal vigente y que el tribunal a quo, habría incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva; puesto que, para que el delito de Estelionato previsto por el art. 337 del Cód. Pen., se configure, resulta indispensable que el querellante acredite; en primer lugar, ser legítimo propietario conforme a las previsiones legales; y en segundo lugar, que los imputados hubieran otorgado dicho inmueble, mediante contrato de venta o arrendamiento, aspecto que a decir del tribunal de alzada, no fue demostrado; puesto que, ni la acusación fiscal ni la particular, habrían acreditado que el supuesto derecho propietario de Cresencio Tapia Rivas, se hubiere registrado en Derechos Reales (DDRR) y menos se demostró que los procesados, hubieran otorgado en venta, arrendamiento o que hubieran constituido gravámenes sobre dicho inmueble, que la presunta venta, o en su caso, el presunto arrendamiento debieron ser acreditados por la acusación mediante prueba documental que acredite la celebración de los contratos de compra venta, arrendamiento o los contratos mediante los cuales, se habría constituido gravámenes sobre el inmueble en cuestión, lo cual no habría ocurrido; por lo que, el tribunal a quo al haber dictado sentencia condenatoria por el supuesto delito de estelionato, sin que se hayan acreditado los elementos constitutivos del referido delito, incurrió en errónea aplicación de la norma sustantiva penal contenida en el art. 337 del Cód. Pen. Agregó que además, el inmueble alegado como de propiedad de Cresencio Tapia Rivas, se encuentra sujeto a un proceso administrativo de saneamiento ante la Dirección Departamental del INRA, procedimiento cuyo objeto es la regulación y perfeccionamiento de la propiedad agraria y que entre sus finalidades se encuentran, entre otras, la titulación de tierras que se encuentren cumpliendo la función económico social y la conciliación de conflictos relacionada con la posesión y propiedad agraria; en ese entendido, concluyó que el inmueble alegado como de propiedad de Cresencio Tapia Rivas, se encuentra sujeto a un proceso de Saneamiento Simple, lo que determina que el inmueble reclamado por el querellante no se encuentra regularizado o perfeccionado conforme a ley, por lo que nuevamente el Tribunal de Sentencia, al haber asumido como propietario del inmueble en cuestión al precitado, sin haber concluido el trámite del proceso administrativo y saneamiento en el que se resolverá su titularidad, hubiere incurrido en errónea aplicación de la norma sustantiva penal, contenida en el art. 337 del Cód. Pen., al haber dictado sentencia condenatoria por el delito de estelionato sin que se tenga acreditado el legal, absoluto y legítimo derecho propietario del querellante sobre el inmueble en cuestión.

Agregando más adelante que existen imprecisiones en la valoración y determinación respecto del delito de Estelionato que dan cuenta de la errónea aplicación de la ley sustantiva en la incorrecta subsunción en la tipificación de la conducta de los imputados en el delito mencionado, teniendo presente que es evidente que, si bien se tiene en cuenta el derecho propietario expectatio que le asistirá por la vía sucesoria a Cresencio Tapia Rivas, de acuerdo a las formalidades legales, éste no fue perfeccionado ni registrado en oficinas de Derechos Reales; sin embargo, ello no impide establecer válidamente que los predios que fueron objeto de asentamiento y “loteamiento” ilegal, resultan ser ajenos a la propiedad de los acusados en el presente caso; empero, tampoco se tiene como elemento comprobado objetivamente bajo las formalidades de la normativa civil, la constitución contractual de una transferencia a título de venta, la constitución de algún gravamen o arrendamiento, que se encuentre debidamente respaldado y registrado en las oficinas de registro público de los bienes inmuebles; por tanto, el no estar adecuadamente cumplidos y demostrados estos elementos objetivos del tipo penal de estelionato, efectivamente cuando menos se

genera duda respecto de su existencia; en ese entendido, la tipificación que efectúa el tribunal a quo de la conducta de los imputados, que como se tiene probado y precisado en los fundamentos de hechos probados, a través de la prueba descrita y la fundamentación intelectual de la prueba esencial, actuaron en concomitancia bajo el mismo objetivo, desplegando actividades en distribución de tareas dentro de los alcances previstos por el art. 20 del Cód. Pen., en calidad de autores y copartícipes del ilícito, no de estelionato, sino el de estafa, básicamente porque actuaron de manera que generaron engaño.

Consecuentemente afirman que, sin incurrir en una nueva valoración probatoria y respetando los hechos objeto del juicio oral, así como la facultad de valoración de la prueba como una atribución privativa de los jueces y tribunales de mérito, en función a los hechos probados que ya se tienen glosados precedentemente, corresponde en alzada, proceder al pronunciamiento de una nueva Sentencia, bajo la lógica que la prueba recibida en audiencia de juicio oral, en función de la circunstancia fáctica contenida en la acusación fiscal y particular en relación de los hechos probados en juicio oral que los imputados debidamente individualizados e identificados, a través de la prueba testifical y documental de cargo y descargo en las personas de los imputados Mario Garnica Guillen, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca, Andrés Quiroga Galarza y Ángel Saavedra Cortez, en los predios en cuestión que son de propiedad ajena a los nombrados dirigentes, los que se despliegan acciones objetivas y positivas de exacción de diferentes montos de dineros, por distintos conceptos a las personas asentadas en el sector donde operaba el directorio Carmen de los Andes, del cual, eran directivos, llegando a efectuar los cobros con presión y amenaza, en beneficio propio o de terceros, dado que no se conoce el destino de los dineros que recolectaban por diferentes conceptos, a los ocupantes de los referidos lotes de terreno, conforme se ha precisado en los hechos probados en los puntos particularmente tercero y sexto, como de la prueba testifical y documental, no siendo la única prueba aislada, la documental codificada como MP P-11, ya que esta conclusión surge de la comunidad de la prueba esencial precisada por el Tribunal a quo, en la fundamentación descriptiva intelectual y jurídica. Así, en ese entendido, es evidente que se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, dado que todas las acciones y conductas estaban dirigidas a la finalidad de consumir el delito indicado, siendo que el carácter ajeno de los terrenos, la condición de dirigentes y con capacidad de influir en sus representados, alegando la tramitación de un derecho propietario inexistente y otros, los imputados de manera conjunta se dieron a la tarea de determinar la disposición patrimonial de dineros en diferentes montos a los ocupantes ilegales de los mencionados precios, en provecho propio o de terceros; sin embargo, no concurre similar convencimiento con relación al delito de estelionato, conforme al razonamiento que ya se tiene precisado, por lo que en función al art. 365 del Cód. Pdto. Pen., corresponde la absolución por este tipo penal.

Puestas así las cosas, corresponde a continuación, ingresar al análisis del auto de vista recurrido, para determinar si las autoridades jurisdiccionales a cargo de su pronunciamiento, contaban con competencia para modificar la situación jurídica de los imputados, quienes en sentencia fueron condenados por los tipos penales de estafa y estelionato y en resolución de alzada, pese a mantener la determinación del a quo en cuanto al delito de estafa; sin embargo, modificó dicha decisión respecto del delito de estelionato, del cual los imputados resultaron absueltos de pena y culpa, habiéndose revocado parcialmente para dicho efecto, el fallo de mérito y dictado nueva sentencia de manera directa.

Para resolver la denuncia planteada, de inicio, corresponde señalar a la parte querellante, que conforme a la doctrina legal establecida y desarrollada por este Tribunal Supremo, el recurso de apelación restringida es un medio legal de impugnación para reclamar errores procesales o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido a tiempo de emitir la Sentencia de mérito; empero, por ninguna razón es un mecanismo competente para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho, dado que ambas cuestiones; es decir, tanto los hechos como la valoración probatoria, son intangibles; por lo tanto, ante el descubrimiento de violaciones de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, en cualquiera de estos dos casos; corresponderá al tribunal de alzada, anular el fallo de mérito y disponer la reposición del juicio por otro tribunal, ello en razón a que la valoración de los hechos y de la prueba es una atribución exclusiva y privativa del Juez o Tribunal de Sentencia, dado que estas autoridades, según sea el caso, gozan de los principios de inmediación y contradicción. Empero, ante la denuncia de errónea, deficiente o falta de valoración probatoria por parte del juez o Tribunal de Sentencia; le corresponderá al tribunal de alzada, realizar el control de logicidad de dicha labor, verificando el proceso lógico seguido por el juzgador en su razonamiento a través del examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la argumentación de la sentencia, cotejando si en su fundamentación se observaron las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia.

Consecuente con dicho criterio, en el antes glosado A.S. N° 450 de 19 de agosto de 2004, se moduló el entendimiento primogenio de prohibición plena de dictar nueva Sentencia directamente y creó una subregla que otorga competencia a las autoridades a cargo de la resolución del recurso de apelación restringida para dictar fallos directamente; empero, con ciertas restricciones imperativas que deben ser acatadas en todos los casos, las cuáles se materializan en la prohibición de modificación de los hechos base de la demanda y la revalorización probatoria; entonces, a partir de dicho criterio, se tiene que, el tribunal de alzada, a tiempo de cumplir con su obligación de revisión de la Sentencia de mérito, según sea el caso, puede asumir la determinación de anular total o parcialmente la sentencia, ordenando la reposición del juicio por otro juez o tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, indicando el objeto concreto del nuevo juicio, en caso de haber dispuesto una nulidad parcial; o bien, podrá resolver el caso directamente cuando no sea necesaria la realización de un nuevo juicio.

En este último supuesto; es decir, si el tribunal de alzada comprueba la inobservancia de la ley o su errónea aplicación; pero sin embargo, tiene la convicción plena de la culpabilidad del imputado, no resulta pertinente anular totalmente la sentencia y disponer un nuevo juicio, sino que debe dictar directamente una nueva sentencia, modificando la situación jurídica del imputado, tal como corroboró el A.S. N° 660/2014-RRC, que en su sub regla estableció que, en aplicación de lo preceptuado por la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., puede inclusive pronunciar un fallo, cambiando la situación jurídica del imputado, de absuelto a condenado o viceversa; empero, dicha atribución, sólo será factible, cuando no resulte necesario realizar una nueva valoración probatoria ni modificar los hechos probados en juicio; puesto que, tal como se señaló precedentemente, ambos aspectos, son impasibles.

En ese orden, la denuncia de los recurrentes Cresencio Tapia Rivas y Gregorio Choque Reinaga, en sentido que el tribunal de alzada no tuviera competencia para revocar directamente una sentencia absolutoria para convertirla en condenatoria, no resulta evidente; puesto que, tal como se demostró precedentemente, por imperio de la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., de acuerdo a los criterios desarrollados en los precitados Autos Supremos, dicha instancia cuenta con la atribución legal de fallar directamente en caso necesario; empero, cuidando que la nueva determinación asumida, no sea el resultado de la modificación de los hechos y menos de una revalorización probatoria, ello en caso de haber obtenido la convicción necesaria sobre la culpabilidad o inocencia del procesado.

Por lo tanto, no se encuentra que el tribunal de alzada hubiere aplicado contradictoriamente los precedentes desarrollados por este Tribunal de Sentencia; pues si bien en ellos, se establece la imposibilidad de dictar sentencia directamente, pero siempre ello lo circunscribe a la labor de valoración probatoria o de los hechos base del juicio; empero, no prohíbe de ningún modo, dicha posibilidad en los casos en los cuales se respeten ambos aspectos.

De lo desarrollado, se tiene que el tribunal de alzada obró de acuerdo a la doctrina legal desarrollada, que estableció concretamente, la emisión de un nuevo auto de vista, de manera directa, dictando nueva sentencia sin necesidad de anular obrados. Así, en el caso, se determinó revocar parcialmente la sentencia y deliberando en el fondo, modificar la situación jurídica de los imputados de condenados a absueltos, declarándolos autores de la comisión del delito de estafa y absolviéndolos por estelionato, por las razones explicadas en el mismo fallo, disponiendo la aplicación de una condena de tres años y seis meses por la forma agravada del citado tipo penal. Determinación que de ningún modo implica vulneración de derecho fundamental ni garantía constitucional alguna.

Pues si bien, el auto de vista realizó el control de logicidad en la valoración probatoria contenida en la sentencia, arribó a la conclusión de que la sentencia no subsumió adecuadamente los hechos al delito de estelionato y aunque se refirió a algunas de las pruebas desfiladas en el juicio oral, sin embargo, no le asignó un nuevo valor; pues si bien, con relación a las mismas, el tribunal de alzada, procedió a realizar su control correspondiente sobre el proceso lógico seguido por el a quo a través del examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, cotejando si en su fundamentación se observaron las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia, se cuidó de no atribuir ningún nuevo valor específico a cada elemento probatorio que demuestre en concreto, una conducta en particular de parte de los imputados, al contrario, preservaron la imposibilidad de no incurrir en una nueva valoración, tal como reconoció en el fallo analizado.

En ese mismo orden, el propio tribunal de apelación reconoce su facultad de emitir sentencia directamente en lo que concierne a la verificación sobre si el trabajo de subsunción o adecuación del hecho acreditado fue correcto o no; así como su imposibilidad material de revalorización probatoria, arribando posteriormente a la conclusión que el a quo incurrió en error al haber adecuado la conducta de los imputados al tipo penal de estelionato; viéndose en la necesidad de pronunciar sentencia, habiendo estimado la innecesaria anulación del juicio oral, al contar con los elementos necesarios para cumplir dicha atribución.

En esa línea de análisis, concluye que los imputados, en los predios en cuestión que son de propiedad ajena a los nombrados dirigentes, desplegaron acciones objetiva y positivas de exacción de diferentes montos de dinero, por conceptos a las personas asentadas en el sector donde operaba el directorio Carmen de los Andes, del cual, se reitera, eran directivos, llegando a efectuar los cobros con presión y amenaza, en beneficio propio o de terceros, dado que no se conoce el destino de los dineros que recolectaban por diferentes conceptos, a los ocupantes de los referidos lotes de terreno, conforme se ha precisado en los hechos probados y en los puntos particularmente tercero y sexto, como la prueba testifical y documental, no siendo la única prueba aislada la documental codificada como MP P-11, ya que esta conclusión surge de la comunidad de la prueba esencial precisada por el Tribunal a quo, en la fundamentación descriptiva, intelectual y jurídica; en ese entendido, es evidente que se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de Estafa, dado que todas las acciones y conducta estaba dirigida a la finalidad de consumir el delito indicado, siendo que el carácter ajeno de los terrenos, la condición de dirigentes y con capacidad de influir en sus representados, alegando la tramitación de un derecho propietario inexistente; y otros, lo imputados de manera conjunta se dieron a la tarea de determinar la disposición patrimonial de dineros en diferentes montos a los ocupantes ilegales de los mencionados predios, en provecho propio o de terceros; sin embargo, no concurre similar convencimiento, con relación al delito de estelionato, respecto del cual, corresponde su absolución.

En consecuencia, por las razones anotadas, no se encuentra razón alguna para desmerecer el auto de vista impugnado, puesto que las autoridades que lo emitieron, no contradijeron de modo alguno, los precedentes invocados por la parte recurrente, al contrario se ocuparon específicamente de la subsunción de la conducta al tipo penal, de acuerdo a los hechos probados en la sentencia y a la prueba valorada, analizado y concluyendo que los elementos probatorios analizados y judicializados durante el juicio oral, son suficientes para fundar una nueva Sentencia directamente en etapa de apelación, sin necesidad de acudir a su revalorización, motivo por el cual el presente recurso deviene en infundado.

III.5. Análisis del recurso de casación de la parte imputada.

Los imputados en su primer motivo alegan que el auto de vista impugnado hubiera incurrido en falta de motivación respecto a la imposición del quantum de la pena, dado que a su decir, la resolución de alzada les condenó únicamente por el delito de estafa y por ello, les aplicó la pena de la media legal agravada de tres años y seis meses sin explicación ni fundamentación alguna sobre la correspondencia de dicha pena.

De la revisión de los argumentos empleados en el auto de vista, se puede verificar que en cuanto a la imposición de la pena, partió su análisis de la finalidad de la pena establecida en el art. 25 del Cód. Pdto. Pen., de enmienda y resocialización, además de la prevención especial en función a las condiciones personales, sociales y familiares, así como los efectos y consecuencias del delito, teniendo presente a las víctimas y la conducta dolosa probada respecto de todos los actos desplegados y ejecutados de manera conjunta por los imputados; en contraste a su favor, el no tener antecedentes previos en la comisión de los hechos delictivos, por lo que concluyó que correspondía la

imposición de la pena media agravada para cada uno de los imputados de tres años y seis meses de reclusión en la cárcel pública, más la multa de doscientos cincuenta días multa a razón de Bs 2 por día.

Para haber arribado a dicha conclusión, señaló que como se tiene probado y precisado en los fundamentos de hecho probados en la sentencia, a través de la prueba descrita y la fundamentación intelectual de la prueba esencial, que los imputados actuaron en concomitancia bajo el mismo objetivo, desplegando actividades en distribución de tareas dentro de los alcances previstos por el art. 20 del Cód. Pen., en calidad de autores y coparticipes del ilícito, no de estelionato, sino el de estafa, básicamente porque actuaron de manera que generaron engaño doctrinalmente; puesto que, tal como se fundamentó en la Sentencia apelada, los predios en cuestión son de propiedad ajena a los dirigentes debidamente individualizados e identificados, a través de la prueba testifical y documental de cargo y descargo en las personas de los imputados, quienes desplegaron acciones objetivas y positivas de exacción de montos de dinero, por distintos conceptos a las personas asentadas en el sector, donde operaba el directorio Carmen de los Andes, del cual eran directivos, llegando a efectuar cobros con presión y amenaza, en beneficio propio o de terceros, dado que no se conoce el destino de los dineros que recolectaban por diferentes conceptos a los ocupantes de los referidos lotes de terreno, conforme se precisó en los hechos probados de la prueba testifical y documental, no siendo la única prueba aislada, la documental codificada como MP-P11, ya que de esta conclusión surge de la comunidad de la prueba esencial precisada por el Tribunal a quo en la fundamentación descriptiva, intelectual y jurídica. En ese entendido, señaló que es evidente que se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, dado que todas las acciones y conductas estaban dirigidas a la finalidad de consumir el delito indicado, siendo que el carácter ajeno de los terrenos, la condición de dirigentes y con capacidad de influir en sus representados, alegando la tramitación de un derecho propietario inexistente; y otros, los imputados de manera conjunta, se dieron a la tarea de determinar la disposición patrimonial de dineros en diferentes montos a los ocupantes ilegales de los mencionados predios, en provecho propio o de terceros.

Previo al análisis de fondo de lo denunciado, resulta conveniente acudir a los fundamentos jurídicos contenidos en el A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero, que en su parte pertinente señaló lo siguiente: "...los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., establecen que el juez, para determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales, debe tomar en cuenta los siguientes factores: a) La personalidad del autor, b) La mayor o menor gravedad del hecho y, c) Circunstancias y las consecuencias del delito.

III.2.2. Pautas para la fijación de la pena

Debe agregarse que la fundamentación es una exigencia inexcusable tanto para que el condenado sepa por qué ha recibido tal o cual pena en su condena, así como para que el Tribunal de apelación valore adecuadamente los fundamentos de la pena impuesta y en su caso determine los correctivos necesarios. En consecuencia el juez está obligado a exponer las circunstancias que para él han sido determinantes en la fijación de la pena expresando por qué y cómo consideró tal o cual atenuante o agravante.

Como se ha desarrollado en el punto anterior, el Código Penal Boliviano establece reglas generales que deben ser observadas por el juez a tiempo de determinar la pena, debiendo reconocerse que la práctica en los tribunales de justicia del país, demuestran que, cada juez tiene su propio procedimiento, siendo sin embargo deseable a fin de garantizar la plena vigencia de la seguridad jurídica, contar con pautas de determinación judicial de la pena. En este contexto, es interesante la propuesta de la profesora y consultora internacional Rosaly Ledezma Jemio, que para el efecto propone los siguientes parámetros: 1) Establecer el mínimo y el máximo legal del tipo penal; 2) Verificar la existencia de modificaciones al tipo penal, como la concurrencia de atenuantes o agravantes en el tipo. Si se tratara de un concurso real o ideal debe determinarse la escala legal aplicable, con el concurso; 3) Establecer el grado de desarrollo del delito, si se ha consumado o se trata de una tentativa; 4) Determinar las implicaciones en la fijación de la pena según la calidad de autor, instigador, cómplice necesario, cómplice no necesario; 5) Verificar la existencia de atenuantes especiales previstas por el art. 39 del Cód. Pen., considerando como parámetro de determinación el inc. 3 del referido artículo; 6) Verificar la existencia de atenuantes generales observando lo dispuesto por el art. 40 del Cód. Pen.; 7) Determinar la personalidad del autor y las circunstancias del hecho considerando las establecidas por el art. 38 del Cód. Pen., pudiéndose al efecto analizar: la personalidad del autor art. 38-1 a) las condiciones especiales del hecho art. 38-1 b), la gravedad del hecho art. 38-2, las consecuencias del hecho y la situación de la víctima -art. 37-1; 8) Contraponer las circunstancias agravantes generales y atenuantes, las circunstancias que aconsejen una mayor o menor penalidad; y, 9) Valorar todas las circunstancias en su conjunto y determinar la pena. Todo ese análisis debe esencialmente realizarse sobre la consideración de los fines constitucionales de la pena y en el caso concreto".

Dentro de dicho marco, se puede sostener que, el juez o tribunal que fija una pena tiene la obligación de someterse a los lineamientos establecidos en el marco penal previsto para cada tipo penal, correspondiendo al tribunal de apelación, ejercer el control en cuanto a la determinación de la pena y ante la constatación de su incumplimiento, sin necesidad de anularla y sin ordenar la reposición del juicio por otro tribunal, realizar de manera directa una fundamentación complementaria para modificar el quantum de la pena en caso de considerarlo necesario.

Finalmente, debe agregarse que la fundamentación es una exigencia inexcusable tanto para que el condenado sepa por qué ha recibido tal o cual pena en su condena, así como para que el tribunal de apelación valore adecuadamente los fundamentos de la pena impuesta y en su caso determine los correctivos necesarios. En consecuencia, el juez está obligado a exponer las circunstancias que para él han sido determinantes en la fijación de la pena expresando por qué y cómo consideró tal o cual atenuante o agravante.

Establecido el ámbito de análisis del presente motivo, corresponde ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada, circunscrita a la falta de fundamentación del auto de vista, en lo que respecta a la imposición de la pena, que se traduce en la imposición de la media legal agravada previsto para el delito de estafa atribuido.

Con relación al tema estrictamente denunciado en el presente recurso de casación, resulta pertinente señalar que cualquier fallo emitido, debe ser comprendido como una unidad integral; por lo tanto, resulta necesario revisar todos los argumentos de los que se valió para determinar el decisorio de una o de otra manera.

Así en el caso concreto, se evidencia que a tiempo de realizar la subsunción de la conducta de los imputados se hizo un análisis aunque no ampuloso, pero suficiente sobre su personalidad, afirmando que tal como se demostró, sus acciones y conductas estaban dirigidas a la finalidad de consumir del delito indicado, analizando a continuación, la condición de dirigentes de los imputados y su capacidad de influir en sus representados, alegando la tramitación de un derecho propietario inexistente; además, de su accionar de manera conjunta. Agregando sobre el particular, más adelante en la misma resolución, que se tiene presente la condición de las víctimas y la conducta dolosa probada, respecto de todos los actos desplegados y ejecutados de manera conjunta por los imputados; en contraste a su favor, de no tener antecedentes previos en la comisión de hechos delictivos, por lo que a criterio de los Vocales, correspondía la imposición de la pena media agravada para cada uno de los imputados.

Ahora bien, efectuando una compulsa de los antecedentes anotados, esta Sala Penal advierte que el tribunal de apelación, analizando los argumentos contenidos en la sentencia y en los recursos de apelación restringida, emitió nueva sentencia, dentro del marco constitucional y normativo que fue desarrollado en la presente resolución; y en todo caso, en observancia de la doctrina legal establecida en los autos supremos invocados como precedentes, ya que se consideró la finalidad de la pena establecida en el art. 25 del Cód. Pen., como es la enmienda y resocialización, además de la prevención especial, en función a las condiciones personales, sociales y familiares, así como los efectos y consecuencias del delito, teniendo en cuenta las condiciones positivas y negativas tanto de las víctimas como de los imputados; consecuentemente, no se advierte contradicción alguna en la que hubiera incurrido el tribunal de apelación al emitir el auto de vista impugnado en relación a la doctrina legal contenida en los precedentes invocados, ya que si bien la fundamentación no es ampulosa; empero, permite comprender las razones que fueron valoradas por el tribunal de alzada, al momento de definir la problemática referida al quantum de la pena a imponer a los imputados.

En cuanto se refiere al segundo motivo, los motivos a analizarse, los imputados denuncian que el tribunal de alzada hubiera omitido señalar audiencia para la fundamentación oral de su recurso interpuesto, pese a su expresa solicitud de señalamiento.

De la revisión del cuaderno procesal, es posible verificar que a tiempo de la presentación del recurso de apelación restringida, los imputados Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez, en el Otrosí Tercero de su memorial de interposición, expresaron que conforme a lo dispuesto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., su recurso sería fundamentado oralmente ante el Tribunal de alzada, para lo cual, pidieron a la Sala Penal competente que, una vez radicada la causa se sirva señalar día y hora para la fundamentación oral.

En virtud a lo señalado, mediante decreto de 20 de julio de 2016, el Presidente de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, señaló audiencia de fundamentación oral de la apelación restringida, solicitada por los imputados Mario Garnica Guillén Huanca, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Eulogio Galarza Huanca y Ángel Saavedra Cortez, para el viernes 22 de julio de 2016 a horas 9:30 a.m., con noticia de partes.

Posteriormente, el día y hora señalados, se llevó a cabo la señalada audiencia, en la cual, una vez instalada, la secretaria procedió a informar sobre la presencia de la representante del Ministerio Público y la incomparecencia de los acusadores particulares y la parte acusada, pese a su respectiva notificación. Por lo cual, los vocales señalaron que la ausencia de quien solicitó la audiencia, no importaba la deserción del recurso de apelación restringida, sino que conforme establece el art. 412 del Cód. Pdto. Pen., se dio por precluida la oportunidad de fundamentación de quién solicitó dicha actuación, no sin antes aclarar que, los fundamentos que se encuentran por escrito en el memorial de apelación restringida, así como los contenidos en la respuesta y los antecedentes aparejados, serán considerados para la emisión del auto de vista que corresponda, dentro del término establecido por ley y con la cual, las partes serán legalmente notificadas; en consecuencia, se ordenó que por secretaría de cámara se pase el expediente para el sorteo correspondiente en el día.

Así, una vez sorteado el expediente, mereció el Auto de Vista pronunciado el 19 de agosto del precitado año.

De lo brevemente relatado, es posible verificar la falta de veracidad en la denuncia interpuesta por los recurrentes, puesto que a decir de ellos, no se hubiera señalado y menos celebrado la audiencia de fundamentación oral del recurso de apelación restringida, extremo que tal como se acreditó en los párrafos precedentes y que reflejan la verdad material del cuaderno procesal, no resulta ser evidente, puesto que mediante Decreto de 20 de julio de 2016, el tribunal de alzada, respondiendo a la petición expresa de los apelantes imputados, fijó día y hora de audiencia para la fundamentación oral del recurso de alzada; la cual, se celebró el día y hora señalados. Verificativo oral al que no asistieron los impugnantes.

Conforme a lo expuesto, no resulta coherente ni leal con el proceso, que no obstante la verificación del señalamiento y celebración de la audiencia para fundamentación oral del recurso de alzada y la incomparecencia de los peticionantes, luego sea denunciada como una omisión, pretendiendo la nulidad del Auto de Vista impugnado, faltando a la verdad de los hechos procesales.

En consecuencia, en el presente motivo, tampoco se encuentra que el tribunal de apelación hubiera contradicho los precedentes legales desarrollados por este tribunal, entre ellos, los invocados por los recurrentes.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por Cresencio Tapia Rivas y Gregorio Choque Reinaga; y, Mario Garnica Guillén, Andrés Quiroga Galarza, Pantaleón Quispe Quispe, Ángel Saavedra Cortez y Eulogio Galarza Huanca.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



296

Ministerio Público c/ Vitalio Pacheco Characayo
Tráfico de sustancias controladas
Distrito: Cochabamba

AUTO DE VISTA

Cochabamba, 26 de agosto de 2016.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia N° 42/14 de 19 de noviembre de 2014, cursante a fs. 109 a 112, dentro el proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Vitalio Pacheco Characayo, por el delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la L. N° 1008, los antecedentes procesales, y.

CONSIDERANDO: Dentro el referido proceso penal, el Tribunal de Sentencia N° 2 de Villa Tunari, por unanimidad de sus miembros falla en función del art. 365 del Cód. Pdto. Pen. dictando sentencia condenatoria contra el imputado Vitalio Pacheco Characayo, por la comisión del delito de transporte de sustancias controladas, previsto y sancionado en el art. 55 de la L. N° 1008, imponiéndole la pena de ocho (8) años de presidio que deberá cumplir en la pública de "San Pedro" de Sacaba, más la multa de 1.000 días a razón de Bs 1 (un) día, con costas y responsabilidad civil averiguables en ejecución de sentencia solicitada la explicación, complementación y enmienda por el nombrado imputado por Resolución de 02 de febrero de 2015 se corrigió el apellido materno del imputado por "Characayo", como consta a fs. 118.

Esta resolución fue apelada por el imputado Vitalio Pacheco Characayo mediante escrito cursante a fs. 124 a 127; recurso que cumple con lo dispuesto por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., por lo que se ADMITE, pasándose a resolver los aspectos cuestionados de la resolución.

I.- Fundamentos de la apelación restringida interpuesta por el imputado Vitalio Pacheco Characayo.

El apelante sostiene que la sentencia impugnada signada con el N° 42/2014, le ocasiona manifiesto agravio, pues lo condena a sufrir una pena inmerecida de 8 años de presidio en el Centro Penitenciario de San Pedro de Sacaba y una multa de 1.000 días a razón de 1 Bs por día, por la supuesta comisión del delito de transporte de sustancias controladas, sin considerar los principios procesales de ley expresa, taxatividad, favorabilidad, seguridad jurídica, oralidad, inmediación que deben acoger al principio del in dubio pro reo, así como las circunstancias atenuantes previstas en los arts. 38, 40 del Cód. Pen., incurriendo por ello en inobservancia de la ley penal sustantiva, razón por la cual acude ante el tribunal ad quem pidiendo que, valorando en el fondo del asunto procedan a anular la sentencia impugnada ordenen la reposición del juicio por otro tribunal, y/o en su caso, aplicando los principios procesales señalados, procedan a dictar sentencia absolutoria enmarcada en derecho declarándolo absuelto del delito sentenciado, petición que respalda en previsión de los arts. 169-3 y 370-5 todos ellos del Cód. Pdto. Pen., los cuales habilitan el presente recurso conjuntamente los precedentes contradictorios que se exponen, invoca también el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica (derecho al acceso a una justicia pronta y efectiva) arts. 7, 13, 221, 222, 250 de la L. N° 1970, 109, 115, 118-III de la C.P.E., bajo los siguientes fundamentos:

I.1.- Violación de derechos y garantías constitucionales por ilegal valoración de la prueba.

En la sentencia impugnada, se viola el derecho de presunción de inocencia, el derecho del debido proceso, la seguridad jurídica, el principio elemental pro homine, no se respeta en absoluto el principio de legalidad de la prueba con los presupuestos de contradicción e inmediación de la misma derivando por ende un juicio inquisitivo no permitido por nuestro actual procedimiento, ello se deduce del mismo reconocimiento de la sentencia en su subtítulo de testigos de cargo del ministerio público, (Considerando II), donde se manifiesta que la presencia de testigos al presente es imposible. Por ende, no se ha conocido un solo testigo que haya labrado todas las actas, en consecuencia el principio de inmediación de la prueba también se fractura, puesto que muchas actas se introducen por su lectura por ende, también en el caso de autos, el principio de inmediación de la prueba conjuntamente con el principio de contradicción fueron vulnerados, por ende la valoración de la prueba ha obedecido a la sana crítica y la legalidad, por el contrario pudiendo en la valoración de la prueba se viola el derecho al debido proceso. A este hecho se suma que, al momento de realizar la valoración de la prueba bajo el principio penal de libre valoración de la prueba, el tribunal a-quo hizo un incorrecto abuso exagerado de este principio elemental, puesto que no es concebible desde ningún punto de vista que, se pueda tener como prueba legal la prueba documental sin que la misma por lo menos haya sido ratificada por un solo testigo, pese que la jurisprudencia exige que, la prueba testifical debe ser valorada por lo menos de dos testigos que deben ser contestes y uniformes en su declaración, puesto que la prueba documental nunca fue sometido al principio de inmediación ni manera contradicción menos al de oralidad, hecho que no se acostumbró a realizar ni en el sistema inquisitivo, puesto que hasta en este sistema era condición sine qua non la valoración

de la prueba documental con la ratificación de la prueba testifical. Al respecto cita los A.S. N° 90, de 31 de marzo de 2005, Sala Penal I, (G.J. N° 1915, marzo 2005, pág. 465-566), A.S. N° 726 de 26 de noviembre de 2004, Sala Penal. Como jurisprudencia vinculante menciona la doctrina legal aplicable: A.S. N° 368 de 17 de septiembre de 2005, Sala Penal I, A.S. N° 122 de 24 de abril de 2006 Sala Penal II, A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2006 Sala Penal, por lo expuesto, Interna solicita se deje sin efecto la sentencia impugnada y se ordene la reposición del juicio por otro tribunal que respete las normas elementales de la recepción de la prueba y la valoración de la misma siguiendo las reglas de la sana crítica y la legalidad que exige la norma.

I.2.- Inexistencia o insuficiencia de fundamentación jurídica en sentencia, art. 370-5 Cód. Pdto. Pen.

Si bien lo expresado ut supra, corresponde al mismo punto apelado empero lo precedentemente expuesto expresa agravio respecto al derecho a la dignidad con relación al debido procesamiento, con relación no solo a la insuficiencia de fundamentación jurídica sino también a otros aspectos inherentes al mismo. La sentencia apelada incurre al igual en una incipiente fundamentación legal puesto que no expresa con claridad cuáles serían los motivos de hecho y derecho que hicieron concluir que sea autor del delito de transporte de sustancias controladas, puesto que en el bus que viajaba, se encontraban también otras 3 personas, a las cuales pudo haber pertenecido la sustancia ilegal encontrada, tampoco la sentencia hace referencia a la estrategia de defensa, ni a su declaración, menos los hechos probados por el apelante ni los hechos no probados; la relación jurídica de la sentencia es escasa e incongruente, no respeta los principios de coherencia ni de claridad, por ende al margen de existir una insuficiente fundamentación también la sentencia adolece de la individualización que exige la ley, no siendo suficiente hacer la individualización de la pena para suplir esta omisión pues la ley exige la individualización del caso, o lo que es lo mismo el grado de participación de su persona en el caso juzgado. Tampoco existe una relación de causalidad entre la prueba y el hecho acusado puesto que la sentencia tan solo se ha limitado a realizar una simple relación de los elementos probatorios, por lo que nos encontramos frente a una sentencia incompleta.

En este sentido la abundante línea jurisprudencial ha sido elocuente al expresar que la fundamentación de la sentencia en su motivación debe cumplir con los siguientes requisitos: ser expresa, clara, completa, legítima y lógica. No pudiendo ésta ser reemplazado por la simple relación de los elementos probatorios, este razonamiento se halla plasmado en la doctrina legal aplicable A.S. N° 342 de 28 de agosto de 2006 Sala Penal II, A.S. N° 207 DE 28 de marzo de 2007, Sala Penal II, A.S. N° S de 26 de enero de 2007, Sala Penal 11, A.S. N° 314 de 25 de agosto de 2006, Sala Penal II, A.S. N° 256 de 26 de julio de 2006, Sala Penal II, "A.S. N° 166 de 12 de mayo de 2005, el Tribunal Constitucional a través de la S.C. N° 1369/04-R al respecto señala: "cuando un juez omite la motivación de una resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el porqué de la parte dispositiva de un fallo o resolución". Por lo que la aplicación que pretende es que se anule la sentencia impugnada y se ordene el reenvío por ante otro Tribunal de Sentencia, para que emita resolución fundamentada, que de cabal cumplimiento de los arts. 124 y 398 de la L. N° 1970, y velando que no se incurra en violación a derechos y garantías constitucionales tal cual lo establecen también los arts. 8-2-h) de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica), 14-5 de la L. N° 2119 de 11 de septiembre de 2000 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) lo cual al sentir de dicha normativa constituye "una exigencia del ordenamiento de los Derechos Humanos".

Teniendo presente que el apelante solicitó la fundamentación oral, se señaló audiencia para este fin, sin embargo el peticionante no se hizo presente como consta a fs. 136.

II.- Fundamentos jurídicos de la resolución del tribunal de alzada sobre la apelación restringida interpuesta por el imputado Vitalio Pacheco Characayo.

Para resolver el presente caso, inicialmente es pertinente tomar en cuenta lo determinado por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., el cual dispone que los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución impugnada, extremo interpretado por la jurisprudencia constitucional establecida en la S.C. N° 2523/2010-R de 19 de noviembre que señala: "La competencia que tiene el tribunal de alzada en las resoluciones que emita en grado de apelación, están determinadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., que señala: "los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución.

Conforme a dicha norma, la jurisprudencia constitucional en la S.C. N° 0682/2004-R de 6 de mayo, señaló que "(...) toda resolución dictada en apelación, no sólo por disposición legal sino también por principio general, debe sujetarse a los puntos de apelación expuestos por la parte apelante, que se entiende deben estar relacionados con lo discutido ante el juez a quo...". Esto tiene relación con el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007 que determina: "...es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito (...)"sic.

De ello se entiende que el tribunal de alzada debe circunscribirse a los aspectos observados o impugnados por las partes, y las mismas, tienen la obligación de señalar de forma concreta, donde constan los errores lógicos jurídicos precisando la solución que se pretende de ese análisis lógico, no obstante de ello, el tribunal de alzada tiene la obligación de pronunciarse sobre cada observación, entendimiento que es asumido por el A.S. N° 351/2013 de 27 de diciembre del 2013 que dice: "(...) significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada y motivada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., textualmente refiere..."sic., es decir que la labor de un tribunal de alzada radica en revisar todos los aspectos impugnados, pero para este fin, el apelante también tiene que cumplir los requisitos determinados en la doctrina legal aplicable descrita líneas arriba.

En similar sentido el A.S. N° 777/2013 de 23 de diciembre del 2013 ha determinado como doctrina legal aplicable que: "(...) El sistema judicial de valoración de la prueba penal vigente en el país otorga a los jueces y tribunales de sentencia la libre valoración de las pruebas; sin embargo, esta libre valoración puede ser sujeta a control por parte del tribunal de alzada control que debe ser ejercida de conformidad a criterios lógicos-objetivos verificando que la sentencia sea explicada de manera racional, por lo que la conclusión a la que puede arribar el tribunal de alzada debe estar precedida de una exhaustiva verificación y demostración del cumplimiento o incumplimiento de las reglas de la sana crítica, debiéndose demostrar de manera objetivamente verificable en caso de sostener que existió defectuosa valoración de las pruebas que la sentencia se halla constituida por inferencias no razonables que no son deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en base a ellas se van determinando, no pudiendo concluirse en alzada sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad penal del procesado sin antes demostrar suficientemente que tal declaración no derivó de elementos verdaderos ni suficientes, no pudiendo constituir una sentencia materialmente justa ni formalmente correcta aquella que en alzada derive de premisas falsas o de la revalorización de las pruebas. El control sobre la valoración de la prueba debe verificar objetivamente si el procedimiento seguido por el juez o tribunal de instancia fue lógico, razonable, valorativo y teleológico; en caso de establecer que la valoración o apreciación de la prueba fue efectuada con infracción de las reglas jurídicas que regulan la forma y contenido de la motivación o que los juicios vertidos sobre las pruebas no responden al procedimiento descrito precedentemente, deberá cumplir con la obligación de explicar y exponer los motivos o razones jurídicas que justifiquen la infracción de las reglas de apreciación que se deduzcan. Al respecto, también corresponde precisar que, naturalmente, el control jurídico que debe desarrollar el tribunal de apelación sobre la valoración y apreciación de la prueba, así como la motivación de las razones que llevan a la conclusión de dicho control en alzada, deberá ser efectuado de manera legítima, es decir, deberá realizarse y fundarse respectivamente, en elementos de prueba que sean objetivamente verificables en los antecedentes del proceso y no fundarse en presunciones subjetivas del tribunal." sic.

Bajo el lineamiento establecido, así como la revisión puntual del escrito de apelación se pasa considerar y resolver los puntos de agravio:

Con referencia al primer fundamento de agravio concerniente al punto I.1.- Violación de derechos y garantías constitucionales por ilegal valoración - de la prueba. En la que el apelante sostiene que la sentencia impugnada, viola el derecho de presunción de inocencia, el derecho del debido proceso, la seguridad jurídica, el principio elemental pro homine, no se respeta en absoluto el principio de legalidad de la prueba con los presupuestos de contradicción e inmediación de la misma derivando por ende en un juicio inquisitivo no permitido por nuestro actual procedimiento, ello se deduce del mismo reconocimiento de la sentencia en su subtítulo de testigos de cargo del Ministerio Público, (Considerando II), donde se manifiesta que la presencia de testigos al presente es imposible. Por ende, no se ha conocido un solo testigo que haya labrado todas las actas, en consecuencia el principio de inmediación de la prueba también se fractura, puesto que muchas actas se introducen por su lectura, por ende, también en el caso de autos, el principio de inmediación de la prueba conjuntamente con el principio de contradicción fueron vulnerados, por ende la valoración de la prueba ha obedecido a la sana crítica y la legalidad, por el contrario en la valoración de la prueba se viola el derecho al debido proceso. A este hecho se suma que, al momento de realizar la valoración de la prueba bajo el principal penal de libre valoración de la prueba, el tribunal a-quo hizo un incorrecto abuso exagerado de este principio elemental, puesto que no es concebible desde ningún punto de vista que, se pueda tener como prueba legal la prueba documental sin que la misma por lo menos haya sido ratificada por un solo testigo, pese que la jurisprudencia exige que, la prueba testifical debe ser valorada por lo menos de dos testigos que deben ser contestes y uniformes en su declaración, puesto que la prueba documental nunca fue sometido al principio de inmediación ni contradicción menos al de oralidad, hecho que no se acostumbró a realizar ni en el sistema inquisitivo, puesto que hasta en este sistema era condición sine qua non la valoración de la prueba documental con la ratificación de la prueba testifical. Al respecto, teniendo presente que el apelante sostiene que el defecto de sentencia que alude constituye un defecto absoluto, al respecto la Doctrina Legal señala que: "...Las normas procesales son de orden público y por consiguiente de cumplimiento obligatorio; si en obrados se observan defectos de procedimiento que constituyen defectos absolutos y atentan derechos fundamentales, deben ser corregidos de oficio por el tribunal de alzada o el de casación en ejercicio de la facultad conferida por el art. 15 de la L.O.J., aunque el recurrente no hubiera efectuado reclamo oportuno para su saneamiento, facultad que está restringida para casos donde se encuentren violaciones flagrantes al debido proceso y existan defectos absolutos que determinen nulidad. Además en ningún fallo puede omitirse la fundamentación del mismo, no pudiendo ser reemplazado por la simple relación de documentos o la mención de los requerimientos de las partes; tampoco puede existir incongruencia y contradicción entre los fundamentos expuestos en la parte considerativa con la resolutive", José H. Gutiérrez Guerra como doctrina menciona: "... Son defectos absolutos, cuando en la sentencia no existen razones ni criterios sólidos que fundamenten la valoración de las pruebas, omisión que se constituye en defecto insalvable porque genera incertidumbre a los imputados, defecto que se inscribe en la previsión del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., porque atenta al debido proceso, proclamados en el art. 16-II y IV de C.P.E...".

Al respecto, también se debe tener presente que, el A.S. N° 149, de 17 de marzo de 2008 refiere: "No es suficiente la simple enunciación del defecto absoluto, sin que el recurrente cumpla con la obligación de proveer los antecedentes de hecho generadores de recurso, detallar con precisión la restricción o disminución del derecho o garantía, precisando el mismo y finalmente explicar el resultado dañoso emergente del defecto, así como las consecuencias procesales cuya relevancia tengan connotaciones de orden constitucional, sin que ello exima al recurrente de realizar la respectiva invocación de los precedentes contradictorios". (sic).

Asimismo debe tenerse presente lo dispuesto por el A.S. N° 326/2013-RRC de 06 de diciembre de 2013 el cual señala que "(...) no es aceptable, que el tribunal de alzada determine la nulidad de la sentencia porque se habría observado la exclusión probatoria en juicio oral de algunas literales, sin que, fundamente de qué forma dichas pruebas pueden afectar esencialmente en la condena o absolución del imputado, vulnerando el derecho al debido proceso y defensa; entendimiento que es reflejado en este proceso, en la doctrina legal aplicable inmersa en el A.S. N° 133/2013-RRC de 20 de mayo, en el que la magistratura suprema estableció, que el tribunal de alzada se limitó a enunciar las pruebas "A-13" y "A-14" y refirió que fueron ofrecidas anteladamente, sin fundamentar la trascendencia que la exclusión de ellas hubiera tenido en la

decisión final, y si esas pruebas por sí mismas tenían la capacidad y suficiencia de afectar el resultado final de la sentencia; esta carencia es convalidada por el tribunal de alzada, que sin aplicar su propio razonamiento, por el contrario obrando contradictoriamente al criterio de que lo sustancial prevalece respecto a la forma; debió observar los principios que estructuran el trámite penal, como la especificidad o legalidad, trascendencia y convalidación (...).

En el caso de autos el apelante sostiene que la ausencia de testigo de cargo y la introducción de prueba documental consistente en informes, en lo esencial constituye violación de derechos y garantías constitucionales por ilegal valoración de la prueba, al no haber observado los principios de inmediación, sana crítica, viola el derecho de presunción de inocencia, el derecho del debido proceso, la seguridad jurídica, el principio elemental pro homine, no se respeta en absoluto el principio de legalidad de la prueba con los presupuestos de contradicción e inmediación de la misma derivando por ende en un juicio inquisitivo no permitido por nuestro actual procedimiento, pese que la jurisprudencia exige que, la prueba testifical debe ser valorada por lo menos de dos testigos que deben ser contestes y uniformes en su declaración. Para el análisis de este fundamento de agravio en la compulsa de los antecedentes con el fundamento de agravio este tribunal de alzada encuentra que existen dos aspectos que deben ser puntualizados:

Primero, de acuerdo al acta de juicio oral de fs. 106-108 se advierte que en el momento procesal previsto para la producción de la prueba ofrecida por las partes, para su introducción al juicio oral, con las formalidades inherentes a su judicialización, el representante del Ministerio Público sostuvo que por el tiempo transcurrido no contaba con la presencia de sus testigos de cargo, por lo que solicitó la incorporación de la prueba literal codificadas como MP-1 hasta la MP-21 y la evidencia MP-E-1, que verificado el ofrecimiento oportuno de las mismas bajo las reglas de la publicidad y contradictorio se puso a la vista de las partes y concedió el uso de la palabra a las mismas, a su turno el abogado defensor del imputado, con el uso de la palabra dijo que no formulaba exclusión probatoria contra ninguna de las pruebas presentadas por el Ministerio Público, consiguientemente no resulta correcto el reclamo que formula el apelante en este punto de su impugnación, toda vez que el mismo no hizo ninguna observación a ninguna de las pruebas judicializadas bajo las reglas del sistema acusatorio, no mencionó la ausencia de los testigos como un elemento que imposibilitaba el ingreso de alguna prueba ofrecida por la parte acusadora pública, ni hizo mención a la conculcación de derecho o garantía constitucional, conforme le estaba permitido en función del art. 172 del Cód. Pdto. Pen., habiendo en consecuencia en el orden procesal precluido su derecho, que aún de esta omisión analizando el agravio en cuestión, el apelante tampoco fundamentó adecuadamente en su recurso la relevancia o trascendencia respecto de la decisión asumida por el tribunal a quo en ausencia de la prueba testifical de cargo, limitándose a invocar derechos y garantías constitucionales y principios procesales sin efectuar la especificación correspondiente en su recurso, en ese entendido su impugnación con este argumento carece de mérito.

Segundo.- Corresponde también puntualizar que de acuerdo a los fundamentos de la sentencia apelada, en ella se advierte la existencia de una actividad valorativa descriptiva, intelectual y jurídica, no siendo evidente el extremo que la jurisprudencia exige que, la prueba testifical debe ser valorada por lo menos de dos testigos que deben ser contestes y uniformes en su declaración, teniendo presente que el sistema procesal de valoración de la prueba conforme establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen. es el de la sana crítica racional coherente con la libertad probatoria establecida en el art. 171 del mismo cuerpo procesal de leyes, que en el mismo no requiere de la precisión numérica de determinada prueba como la que pretende se entienda a título de jurisprudencia por el apelante respecto a la necesidad de contar con dos testigos contestes y uniformes, propios del sistema de valoración de la prueba tasada, que es ajena a la dinámica valorativa vigente en la L. N° 1970, sobre el particular el A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril, establece: "... es preciso recordar que el sistema penal boliviano, en el que rige el principio acusatorio, reconoce la libre valoración probatoria en los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., basado únicamente en la sana crítica del juzgador, cuyos componentes configuradores son las reglas de la lógica y la experiencia, encontrándose aquél obligado a fundamentar las razones por las que asignó determinado valor a la prueba producida en juicio. En ese entendido, se tiene que no existe la prueba legal o tasada, donde es la ley la que asigna específico valor a prueba concreta.

Sobre el tema, resulta imperioso exponer el criterio sentado por este tribunal a través del A.S. N° 014/2013-RRC de 6 de febrero, emitido en un caso, en el que se constató que el tribunal de alzada al dejar sin efecto la sentencia recurrida, se alejó de la doctrina legal asumida en cuanto a la libre valoración de la prueba, por cuanto contrariamente a lo asumido por aquél, se corroboró que la resolución de instancia no obró simplemente en referencia a la pruebas introducidas sino más al contrario estableció con precisión los hechos acreditados, efectuando la debida fundamentación descriptiva tanto de la prueba de cargo como de descargo y también desarrolló la fundamentación intelectual, precisando las razones por las cuales otorgó credibilidad a las pruebas de cargo, estableciendo las coincidencias existentes entre las declaraciones de los testigos, así como las razones que justificaban la falta de precisión de fechas de los hechos objeto del juicio, conforme la explicación brindada por la perito de cargo; así como valoró las declaraciones de los testigos de descargo y de la perito ofrecida por la defensa, llegando a las conclusiones expuestas en su propio texto. En ese entendido, previa referencia a la doctrina legal sentada en el A.S. N° 131 de 31 de enero de 2007, estableció que el juzgador es libre para obtener su convencimiento, lejos del sistema de la prueba tasada, asumiendo el de la sana crítica; empero, delimitando los márgenes de acción en los que el juez o tribunal deba enmarcar su decisorio a los principios de la lógica y los principios generales de la experiencia, bien pudiendo entonces el que juzga, afianzar su convencimiento no en el número de pruebas o testigos introducidos al juicio, sino más bien en torno a su pleno convencimiento conducido por su recto entendimiento; tal es así que la clarificación de culpabilidad recae en aquella firme convicción y la eficacia que ejerza sobre ella la producción probatoria, a cuyo efecto sentó el siguiente entendimiento doctrinal: "Una vez introducida la prueba de cargo y descargo al proceso, desarrollados los actos y pasos procesales inherentes a la sustanciación del juicio oral, realizados los actos de cierre por las partes y clausurado el debate, corresponde al juez o tribunal dictar una sentencia, cimentada en la decisión asumida en la deliberación, sobre la base de lo visto, oído y percibido en la audiencia de juicio, efectuando la labor de valoración e interpretación siguiendo las reglas de la sana crítica, apreciando individual e integralmente las pruebas desfiladas y sometidas a la contradicción ante sus sentidos. Aquellas expresiones y la exposición de las razones que hacen a la decisión asumida permitirá al tribunal de alzada, establecer si la sentencia recurrida responde a cánones de racionalidad en la decisión sobre los hechos sometidos al debate de juicio, o bien entrar en la corrección de la aplicación del derecho con el objetivo de que sea

posible su control por los órganos judiciales superiores competentes, para evitar toda posible arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, ofrecer satisfacción al derecho de los ciudadanos del Estado a la tutela judicial efectiva. Es así que, el tribunal de alzada al resolver el recurso de apelación restringida, tiene el deber, dentro de un juicio de legalidad, de ejercer el control de la valoración de la prueba realizada por el juez o Tribunal de Sentencia, a efecto de constatar si se ajusta a las reglas de la sana crítica y contenga una debida fundamentación; además, que las conclusiones contenidas en la sentencia no sean contradictorias o conducentes a un absurdo lógico en desmedro de la parte imputada, no correspondiendo la anulación de la sentencia, por ende la reposición del juicio, cuando aquella contiene la debida fundamentación fáctica, descriptiva e intelectual, conforme las exigencias previstas en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., por tanto expresa la razonabilidad y motivación de parte del tribunal o Juez de Sentencia" (resaltado propio). En ese sentido se advierte que el tribunal a-quo en aplicación de los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen. efectuaron la labor de valoración de la prueba, teniendo presente la multiplicidad de elementos probatorios que fueron introducidos a juicio bajo la oralidad y contradicción de los sujetos procesales, determinando su valor probatorio de manera individual y en conjunto, precisando la prueba esencial por la que arribo al convencimiento sobre la responsabilidad penal del imputado apelante, respecto a la comisión del delito de transporte de sustancias controladas y no así del tráfico de sustancias controladas por el que fuera inicialmente acusado, en ese sentido se verifica que no existe vulneración a derechos, ni garantías mencionados por el apelante, en la comprensión equivocada que tiene respecto del sistema de valoración de la prueba que corresponde a la denominada "prueba tasada", por lo que la impugnación por este aspecto también carece de mérito.

Con relación al fundamento de agravio 1.2.- Inexistencia o insuficiencia de fundamentación jurídica en sentencia, art. 370-5 Cód. Pdto. Pen., este tribunal de alzada considera necesario indicar que el A.S. N° 65/2012-RA de 19 de abril establece: "De manera específica la sentencia penal que pone fin al acto de juicio debe contener la necesaria motivación que exige de parte del juez o Tribunal de Sentencia desarrollar una actividad fundamentadora o motivadora del fallo que comprende varios momentos; a saber: la fundamentación descriptiva, la fundamentación fáctica, la fundamentación analítica o intelectual y la fundamentación jurídica.

En la fundamentación descriptiva la autoridad judicial debe proceder a consignar cada elemento probatorio útil, mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido, dejando constancia en el caso de la prueba testifical de las ideas principales y pertinentes que se extraen de la declaración del testigo, procurando no hacer una transcripción literal de la declaración; siendo también aplicable este criterio con relación a los peritos que puedan concurrir personalmente a la audiencia de juicio. En el caso de la prueba documental y pericial, esta fundamentación descriptiva quedará cumplida al dejarse constancia de los datos más relevantes de esta prueba con mayor énfasis de las conclusiones atinentes o relevantes del caso.

La fundamentación fáctica es el momento en el cual debe establecerse cuales los hechos estimados como probados; es decir, el establecimiento de los que positivamente se tengan por demostrados de conformidad con los elementos probatorios que hayan sido incorporados legalmente en la audiencia de juicio; esta fundamentación es necesaria, pues de ella posteriormente se procederá a extraerlas consecuencias jurídicas fundamentales y establecer en su caso la responsabilidad penal del imputado o su absolución; siendo esencial que en esta fundamentación se proceda a efectuar una descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos establecidos como verdaderos.

El tercer momento es la fundamentación analítica o intelectual, en la que no sólo se trata de apreciar cada elemento de juicio en su individualidad, sino de aplicar conclusiones obtenidas de un elemento a otro, lo que implica, una apreciación en el conjunto de toda la prueba judicializada. En este momento, la autoridad judicial competente de emitir una sentencia deberá dejar constancia de los aspectos que le permitieron concluir en el caso de las declaraciones testificales porque: consideró coherente, incoherente, consistente o inconsistente, veraz o falsa la declaración de los testigos, es decir, expresar tanto las razones que se tiene para creer a alguno o algunos de los testimonios, como las razones que se tiene para rechazar o desechar otro u otros; similar tarea deberá ser desarrollada respecto a la prueba documental y pericia, debiendo dejarse constancia sobre el merecimiento o desmerecimiento de cada prueba así como su relevancia o no.

La fundamentación jurídica, es el momento en el cual el juez o tribunal a partir de la identificación de los aspectos fácticos atribuidos en la acusación y previo análisis de las distintas posibilidades argumentativas debatidas por las partes, opta racionalmente por una de ellas, precisando por qué considera que los hechos deben ser subsumidos en tal o cual norma sustantiva; no siendo suficiente la mera enunciación del tipo o tipos penales atribuidos al imputado y en su caso de una somera indicación de los aspectos necesarios relativos a la teoría del delito que resulten aplicables; el juez o tribunal deberá establecer por qué estima que se está ante una acción típica, lo que importa la concurrencia de los elementos descriptivo y normativos del tipo penal en cuestión; además, de antijurídica, culpable y finalmente sujeta a una sanción.

Por último deberá procederse a la motivación en el momento de la individualización de la pena precisando las razones que justifican su aplicación al caso concreto." Sobre el particular sobre la valoración de la prueba en base al sistema de libre convicción o sana crítica racional, José Cafferata Nores ("La prueba en el proceso penal", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1988, p.42) dice que este sistema se caracteriza por la concurrencia de dos aspectos:

1. El Juez pronuncia su decisión sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.
2. Se impone a los jueces la obligación de motivar sus resoluciones, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

El citado autor también dice que ello requiere la concurrencia de las siguientes dos operaciones intelectuales:

- a. La descripción del elemento probatorio; lo que significa que en la sentencia se deberá precisar el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo, concretamente, el dato probatorio, pues sólo así será posible verificar si la conclusión a que arriba deriva racionalmente de esas probanzas invocadas en su sustento.

b. La valoración crítica de esa descripción, que permite verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez o tribunal para arribar a determinadas conclusiones ha sido cumplido con respeto a las reglas de la sana crítica racional; lo que puede viabilizar, a posteriori, el control de calidad de la sentencia.

De lo anterior se puede colegir que la valoración de las pruebas es tan solo una fase o un momento de la motivación de la sentencia, ciertamente la más importante, porque cobra relevancia para la ponderación de los elementos probatorios que se han producido en el debate, pudiendo los principios que la gobiernan incidir en la forma en que se aplica la ley sustantiva y la imposición de la pena.

En tal sentido, más que una frase común, constituye un principio la afirmación de que: "la sentencia debe bastarse a sí misma". Esto significa que el contenido del fallo debe ser manifiesto, es decir, comprensivo de todas las circunstancias que lo integran formalmente. De ahí que como decía Fernando de la Rúa. "... el juez no puede suplirla (la motivación) por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso o reemplazarla por una alusión global de la prueba rendida...".

Por ello es indispensable no sólo que la Sentencia exponga el hecho acusado, sino que también el fallo debe contener una adecuada fundamentación probatoria descriptiva que sirva de base a la posterior motivación intelectual. En efecto, sobre la fundamentación probatoria descriptiva y la fundamentación probatoria intelectual, el autor Francisco Dall'Anese (Falta de Fundamentación de la Sentencia y Violación de las Reglas de la Sana Crítica, en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, diciembre de 1992, año 4, N° 6) dice que: "La motivación probatoria de la Sentencia debe hacerse a dos niveles: fundamentación descriptiva, que supone la transcripción de la prueba recibida de viva voz y con intermediación; y la fundamentación intelectual que es la valoración de la prueba que se ha realizado en el fallo. Si se incluye en la resolución únicamente el sumario de la prueba (sin valorar), habrá falta de fundamentación intelectual; y a la inversa, si solo se incluye la apreciación del material probatorio sin transcribirlo previamente, habrá falta de fundamentación descriptiva".

Es por tal razón que el fallo debe contener una adecuada fundamentación descriptiva que sirva de base a la posterior motivación intelectual. Para ello, en la fundamentación descriptiva es indispensable la consignación de cada elemento probatorio judicializado mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido. Esta manera de proceder hará de la Sentencia un documento que se baste por sí mismo, y no solo tendrá el valor de informar a las partes, al público y las instancias superiores acerca de lo ocurrido en la audiencia del juicio oral, sino que permitirá a estas últimas, sobre todo a los tribunales de alzada, controlar las conclusiones y la consistencia o inconsistencia que se hace de ellas al apreciarlas y estimarlas en su peso probatorio.

Ahora bien, en el caso de autos, se alega el agravio respecto al derecho a la dignidad con relación al debido procesamiento, que la sentencia apelada incurriría en una incipiente fundamentación legal puesto que no expresa con claridad cuáles serían los motivos de hecho y derecho que hicieron concluir que sea autor del delito de transporte de sustancias controladas, puesto que en el bus que viajaba, se encontraban también otras 3 personas, a las cuales pudo haber pertenecido la sustancia ilegal encontrada, tampoco la Sentencia hace referencia a la estrategia de defensa, ni a su declaración, menos los hechos probados por el apelante ni los hechos no probados; la relación jurídica de la sentencia es escasa e incongruente, no respeta los principios de coherencia ni de claridad, por ende al margen de existir una insuficiente fundamentación también la sentencia adolece de la individualización que exige la ley, no siendo suficiente hacer la individualización de la pena para suplir esta omisión pues la ley exige la individualización del caso, o lo que es lo mismo el grado de participación de su persona en el caso juzgado; que tampoco existiría una relación de causalidad entre la prueba y el hecho acusado puesto que la sentencia tan solo se habría limitado a realizar una simple relación de los elementos probatorios, por lo que constituiría una sentencia incompleta.

Contrastados los agravios con la sentencia objeto de la impugnación, se establece -como se dijo- que en la misma existe la motivación suficiente, aún de no ser ampulosa, es precisa y clara al determinar los hechos probados por el Ministerio Público y no probados, estableciendo con claridad, en las conclusiones que arriba en función a la prueba aportada por las partes, (teniendo presente que el imputado se acogió a su derecho de guardar silencio y por el tiempo transcurrido habría renunciado a su prueba de descargo a través de su defensa técnica, como consta del acta de la audiencia de juicio oral), que: "Que, a criterio de este tribunal estos aspectos doctrinales y legales son en los que el actuar del acusado Vitalio Pacheco Characayo se ha adecuadamente y no al tráfico de sustancias controladas como se acusa por el Ministerio Público, más aún cuando la propia acusación fiscal no ha probado que el imputado haya sido la persona que adquirió, compró, acopió, almacenó los 11 kilos de cocaína, quedando probado únicamente que el acusado fue sorprendida en circunstancias en que se transportaba la sustancia en el bus de la Empresa América Unidos, toda vez que el misma estaba en el asiento N° 23 del vehículo y la droga en el buzón y, siendo que al sentir del art. 20 del Cód. Pen. "son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan su cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso" por estos aspectos los miembros de este tribunal han llegado a la convicción de que en el caso presente la acción final del acusado Vitalio Pacheco Characayo, se subsume en el art. 55 de la L. N° 1008, por lo que es de aplicación el principio de *lura Novit Curia* al haberse transgredido la prohibición contenida en el art. 55 de la L. N° 1008 consecuentemente este tribunal adjudica el hecho acusado una calificación jurídica distinta a la formulada sobre cuya base se abrió el juicio", de lo que se tiene que el tribunal a-quo si efectuó una valoración descriptiva e intelectual del conjunto de la prueba esencial conforme determina el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., para posteriormente efectuar la fundamentación jurídica con la cita de las disposiciones legales correspondientes, no siendo evidente que la misma sea incongruente u omisiva toda vez que de manera voluntaria, se reitera el imputado se abstuvo de declarar y no aportó prueba, consiguientemente la sentencia se basa en razonamientos lógicos y respaldados por la prueba esencial que se menciona han llevado a la conclusión al tribunal a quo a determinar la responsabilidad penal del imputado en el delito de transporte de sustancias controladas, en consecuencia la impugnación en este punto también carece de mérito.

Para concluir, corresponde invocar la Doctrina Legal constituida en el A.S. N° 33, de 9 de junio de 2011, que establece que el fallo de alzada debe adecuarse a los puntos apelados y resolverse conforme a lo previsto en el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., en los siguientes términos: "En mérito a lo previsto por los arts. 396-3 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; el tribunal de segunda instancia está en la obligación de adecuar las resoluciones que dicte a los puntos apelados por las partes, a los aspectos cuestionados de la resolución apelada. Que los errores de derecho

en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva no la anulará pero serán corregidos, en la nueva sentencia así como los errores u omisiones formales y los que se refieran a la imposición o el cómputo de las penas conforme el art. 414 del Cód. Pdto. Pen.", por lo que en estricta aplicación de la normativa invocada y la Doctrina Legal aplicable al caso concreto se establece que la sanción accesoria que se asigna al imputado de días multa en 1000 días a razón de Bs 1 por día, no corresponde a los parámetros legales establecido en el art. 29 del Cód. Pen. actual vigencia, en función a la modificación establecida por la L. N° 1768 de 10 de marzo de 1997, que asigna como sanción máxima 500 días multa, en ese sentido corresponde corregir de manera directa y proporcional a la pena principal de privación de libertad, en 100 días multa a razón de 3 Bs. por día.

Habiendo sido analizados los fundamentos de agravio en su totalidad de manera conjunta por estar directamente relacionados entre sí, en observancia y cumplimiento del art. 398 del Cód. Pdto. Pen., en cuya consecuencia corresponde declarar la improcedencia de la apelación restringida y confirmar la Sentencia venida en apelación.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida interpuesto por Vitalio Pacheco Characayo, se CONFIRMA la sentencia apelada, con la única modificación de la sanción accesoria de días multa que es de Bs 100 a razón de Bs 3 (tres) por día, en aplicación de los arts. 414 del Cód. Pdto. Pen. y 29 del Cód. Pen.

Se advierte a las partes que tienen el plazo de cinco días para interponer el recurso de casación, computable desde la notificación con la presente resolución, conforme establece el art. 417 de Cód. Pdto. Pen.

Vocal Relatora: Dra. Nuria G. Gonzales Romero.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Nuria G. Gonzales Romero.- Karem Lorena Gallardo Sejas.

Ante mí: Abg. Luz Nahir Acebey Arispe.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 31 de octubre de 2016, cursante de fs. 151 a 153 vta., Vitalio Pacheco Characayo, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, de fs. 137 a 143, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, integrada por las vocales Nuria Gonzales Romero y Karem Lorena Gallardo Sejas, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por el art. 48 con relación al art. 33-m) de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (L. N° 1008).

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 42/14 de 19 de noviembre de 2014 (fs. 109 a 112), el Tribunal Segundo de Sentencia de Villa Tunari del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Vitalio Pacheco Characayo, autor de la comisión del delito de transporte de sustancias controladas, previsto y sancionado por el art. 55 de la L. N° 1008, imponiendo la pena de ocho años de presidio, más mil días multa a razón de Bs. 1 por día, con costas y responsabilidad civil.

Contra la mencionada sentencia, el imputado Vitalio Pacheco Characayo, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 124 a 127), resuelto por Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, con la única modificación de la sanción accesoria de días multa, consistente en cien días a razón de Bs 3, por día, motivando la formulación del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 24/2017-RA de 20 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el tribunal de apelación intentó convalidar la incorporación ilegal de actas, que no habían sido incorporadas al proceso mediante la declaración de testigos, argumentando que el recurrente no había promovido exclusiones probatorias; asimismo, señala el recurrente que se intenta convalidar dicho acto ilegal mediante el uso desmedido de la sana crítica, cuando dicho sistema de valoración probatoria está fundado en el principio de legalidad y la experiencia, indica que contrario a lo alegado por el tribunal de apelación, la exclusión probatoria no es un mecanismo para reclamar la carencia de prueba testifical, pues el medio oportuno sería a decir de éste, la fundamentación de alegatos. Para sustentar su recurso invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 014/2015 de 6 de febrero.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el Auto de Vista impugnado.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 24/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 164-165 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Vitalio Pacheco Characayo, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 42/14 de 19 de noviembre de 2014, el Tribunal Segundo de Sentencia de Villa Tunari del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, declaró a Vitalio Pacheco Characayo, autor de la comisión del delito de Transporte de Sustancias Controladas, previsto y sancionado por el art. 55 de la L. N° 1008, de acuerdo a los siguientes argumentos:

Los hechos generadores del proceso penal y que dieron lugar a la emisión de la sentencia condenatoria, se remiten al 26 de abril de 2007, cuando efectivos policiales en un control rutinario en la tranca de UMOPAR Locotal Provincia Chapare, a la 01:30 proceden a la requisa del vehículo de servicio público perteneciente a la empresa "América Unidos", procedente de Shinaota con destino a Cochabamba; en la revisión, se observó un bulto de yute color celeste conteniendo maní, pero con un peso excesivo que no correspondía con lo supuestamente llevado, lo que despertó sospechas por lo que se convocó al propietario del mismo, identificándose como Vitalio Pacheco Charayo, quien demostró en el interrogatorio bastante nerviosismo además de incurrir en contradicciones, hasta admitir que él era el propietario del bulto, luego de vaciar el mismo se logró observar que entre el maní se encontraba hábilmente escondida gran cantidad de cuerpos esféricos cubiertos con pegamento (poxipol), así como varias unidades de nueces, que una vez abiertos se logra encontrar en su interior una sustancia blanquecina con color y olor característico a cocaína, pues una vez realizada la prueba de campo y pesaje correspondiente se estableció que se trataba de 531 cuerpos esféricos con un peso de 498 gramos de cocaína, en estado seco y 69 nueces con un peso de 10 Kilos con 700 gramos de cocaína en estado seco, haciendo un total de 11 kilos con 198 gramos de la citada sustancia controlada.

II.2. De la Apelación Restringida del imputado.

Conforme al memorial cursante de fs. 124 a 127, en lo que concierne al motivo traído en casación se alegó la vulneración de derechos y garantías constitucionales por la ilegal valoración de la prueba, señalando que la Sentencia impugnada violó su derecho a la presunción de inocencia, el debido proceso, la seguridad jurídica y el principio del pro homine, al no haberse respetado en absoluto el principio de legalidad de la prueba respecto de los presupuestos de contradicción e intermediación, pues se tendría que respecto de los testigos de cargo del Ministerio Público en el considerando II de la Sentencia impugnada, se manifiesta que la presencia de éstos en el proceso era imposible, situación que generó que no se conozca a un solo testigo que haya labrado todas las actas; puesto que, muchas de estas debieron introducirse por su lectura, reitera vulnerándose el principio de intermediación conjuntamente al de contradicción, no siendo posible que bajo el argumento de libre valoración se pueda considerar prueba documental, sin que haya sido ratificada por un solo testigo, pues en todo caso debiera considerarse que de acuerdo a la jurisprudencia la prueba testifical para tener valor, por lo menos debe contener dos testigos que sean contestes y uniformes.

II.2. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba constituida en Tribunal de alzada, declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia apelada de acuerdo a los siguientes argumentos:

En cuanto a la denuncia de vulneración de derechos y garantías constitucionales por ilegal valoración de la prueba debiera considerarse dos aspectos: i) Primero, que de acuerdo al acta de juicio oral se advierte que en el momento procesal previsto para la producción de prueba ofrecida por las partes para su introducción en juicio oral con las formalidades inherentes a su judicialización, el representante del Ministerio Público sostuvo que por el tiempo transcurrido no contaba con la presencia de sus testigos de cargo, por lo que solicitó la incorporación de la prueba literal codificada como MP-1 hasta la MP-21 y la evidencia MP-E-1, verificado su ofrecimiento oportuno bajo las reglas de la publicidad y contradictorio, expresando se puso a la vista de las partes y se concedió el uso de la palabra, abogado defensor del imputado que NO formulaba exclusión probatoria contra ninguna de las pruebas presentadas por el Ministerio Público; consiguientemente, no resulta correcto el reclamo formulado por la parte apelante, al no haber efectuado observación alguna a ninguna de las pruebas judicializadas bajo las reglas del sistema acusatorio; tampoco, se mencionó la ausencia de los testigos como un elemento que imposibilitaba el ingreso de alguna prueba ofrecida por el Ministerio Público, ni hizo mención a la conculcación de derecho o garantía constitucional, conforme lo estaba permitido en función al art. 172 del Cód. Pdto. Pen., habiendo en consecuencia en el orden procesal precluido su derecho. Aun de esta omisión analizado el agravio del apelante, tampoco fundamentó adecuadamente la relevancia o trascendencia respecto de la decisión asumida por el tribunal a quo, ante la ausencia de la prueba testifical de cargo limitándose a invocar derechos y garantías constitucionales y principios procesales sin efectuar la especificación correspondiente en su recurso; en ese sentido, la impugnación con este argumento carecía de mérito; y, ii) Como segundo elemento se puntualizó que de acuerdo a los fundamentos de la sentencia apelada, se advirtió la existencia de actividad valorativa descriptiva, intelectual y jurídica, no siendo evidente el extremo alegado por el recurrente respecto de que la jurisprudencia exige que la prueba testifical debe ser valorada por los menos de dos testigos que sean contestes y uniformes en su declaración, teniendo presente que el sistema procesal de valoración de la prueba conforme establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., es el de la sana crítica y racional, coherente con la libertad probatoria establecida en el art. 171 de la norma procesal penal, destacando que no se requiere de la precisión numérica de determinada prueba, como la que pretende se entienda a título de jurisprudencia por el apelante respecto de la necesidad de contar con dos testigos contestes y uniformes, propios del sistema de valoración de la prueba tasada, que resulta ajena a la dinámica valorativa vigente en la L. N° 1970, debiendo tenerse presente al respecto lo desarrollado por el A.S. N° 256/2015-RRC de 10 de abril.

Concluye que el Tribunal a quo en aplicación de los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., efectuaron la labor de valoración de la prueba, teniendo presente la multiplicidad de elementos probatorios que fueron introducidos a juicio bajo la oralidad y contradicción de los sujetos procesales, determinando su valor probatorio de manera individual y en conjunto, precisando la prueba esencial, por la que arribó al convencimiento sobre la responsabilidad penal del imputado, respecto de la comisión del delito de transporte de sustancias controladas y no así por el de tráfico de sustancias controladas, por el que fue inicialmente acusado; en ese sentido, se verificó la inexistencia de vulneración de

derechos o garantías mencionados, denotando en todo caso la comprensión equivocada del apelante respecto del sistema de valoración de la prueba que corresponde a la denominada "prueba tasada", por lo que la impugnación por este aspecto también carece de mérito.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado

En el caso presente la parte imputada denuncia que el tribunal de apelación intentó convalidar la incorporación ilegal de actas, que no habían sido incorporadas al proceso mediante la declaración de testigos, con el argumento de que el recurrente no promovió exclusiones probatorias; asimismo, señala el recurrente que se intenta convalidar dicho acto ilegal mediante el uso desmedido de la sana crítica, cuando dicho sistema de valoración probatoria está fundado en el principio de legalidad y la experiencia; argumento que a decir del recurrente resulta errado, ya que la exclusión probatoria no es un mecanismo para reclamar la carencia de prueba testifical, pues el medio oportuno sería a decir de éste, la fundamentación de alegatos.

III.1. Del precedente invocado por el imputado.

Para sustentar su recurso invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 014/2015 de 6 de febrero, que de acuerdo a la base de datos de este Tribunal en realidad corresponde al 014/2013-RRC de 6 de febrero habiendo existido error en la mención del año de su pronunciamiento; resolución emitida dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y otra contra FEPR, por la presunta comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, teniéndose como antecedente la denuncia de que el tribunal de apelación al momento de emitir el auto de vista impugnado, realizó una mala interpretación de lo expresado por el Tribunal de Sentencia en torno a la valoración de los elementos de prueba producidos en juicio oral, desconociendo la comunidad probatoria admitida en aquel acto, siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

"Una vez introducida la prueba de cargo y descargo al proceso, desarrollados los actos y pasos procesales inherentes a la sustanciación del juicio oral, realizados los actos de cierre por las partes y clausurado el debate, corresponde al juez o tribunal dictar una sentencia, cimentada en la decisión asumida en la deliberación, sobre la base de lo visto, oído y percibido en la audiencia de juicio, efectuando la labor de valoración e interpretación siguiendo las reglas de la sana crítica, apreciando individual e integralmente las pruebas desfiladas y sometidas a la contradicción ante sus sentidos.

Aquellas expresiones y la exposición de las razones que hacen a la decisión asumida permitirá al tribunal de alzada, establecer si la sentencia recurrida responde a cánones de racionalidad en la decisión sobre los hechos sometidos al debate de juicio, o bien entrar en la corrección de la aplicación del derecho con el objetivo de que sea posible su control por los órganos judiciales superiores competentes, para evitar toda posible arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, ofrecer satisfacción al derecho de los ciudadanos del estado a la tutela judicial efectiva.

Es así que, el tribunal de alzada al resolver el recurso de apelación restringida, tiene el deber, dentro de un juicio de legalidad, de ejercer el control de la valoración de la prueba realizada por el juez o Tribunal de Sentencia, a efecto de constatar si se ajusta a las reglas de la sana crítica y contenga una debida fundamentación; además, que las conclusiones contenidas en la sentencia no sean contradictorias o conducentes a un absurdo lógico en desmedro de la parte imputada, no correspondiendo la anulación de la sentencia, por ende la reposición del juicio, cuando aquella contiene la debida fundamentación fáctica, descriptiva e intelectual, conforme las exigencias previstas en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., por tanto expresa la razonabilidad y motivación de parte del tribunal o Juez de Sentencia".

III.2. Análisis del caso concreto.

Estando el precedente contradictorio relacionado a la problemática planteada, corresponde tener presente que el tribunal de alzada a tiempo de pronunciarse sobre el agravio referido a la presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales, lo hizo enfocado en dos aspectos esenciales: i) Un primer elemento que, el recurrente a tiempo de la incorporación de las actas que las tacha de ilegales, no efectuó oposición alguna a su introducción y producción en juicio; por lo tanto, cualquier reclamo posterior hubiese precluido; y, ii) Un segundo aspecto que, de la verificación y control legal de la prueba, se advirtió que en la resolución impugnada se cumplió con los parámetros de legalidad establecidos en la norma procesal penal; es decir, que en ella se advirtió la existencia de actividad valorativa descriptiva, intelectual y jurídica no advirtiéndose ningún defecto como erradamente alegó la parte recurrente; pero además, el Tribunal de alzada observó que no resulta evidente que para establecer una verdad histórica de los hechos se requiera de dos o más testigos contestes y uniformes, pues lo correcto es la aplicación del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., referido a la sana crítica en la valoración probatoria, esto con estrecha relación de lo previsto en el art. 171 de la norma procesal penal señalada. En conclusión, el Tribunal de alzada estableció que en la sentencia apelada se dio cumplimiento estricto a los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., efectuándose la labor de valoración de la prueba, teniéndose presente la multiplicidad de elementos probatorios que fueron introducidos a juicio, cumpliéndose con la oralidad y contradicción de los sujetos procesales, determinando su valor probatorio de manera individual y en conjunto, precisando la prueba esencial por la que arribó al convencimiento sobre la responsabilidad penal del imputado, por lo que la impugnación carecía de mérito.

Al respecto, analizados los argumentos expuestos por el tribunal de alzada y lo manifestado por el recurrente, se tiene que efectivamente el imputado pretende retrotraer etapas procesales, pues su argumento de que la exclusión probatoria no era un mecanismo idóneo para reclamar la carencia de prueba testifical, resulta contrario a la parte principal de su denuncia en la que de manera expresa alega "la ilegal incorporación de actas que no fueron incorporadas a juicio mediante la declaración de testigos"; es decir, que este aspecto tiene estrecha relación con la exclusión probatoria, pues si consideraba el recurrente que la incorporación de actas por su lectura sin la presencia de prueba testifical o la del funcionario que las labró, constituía una vulneración a la norma y principalmente a sus derechos y garantías constitucionales, estaba en la obligación de formular la correspondiente exclusión probatoria y al no hacerlo efectivamente precluyó su derecho, como adecuadamente lo estableció el Tribunal de alzada, debiendo considerarse al respecto lo desarrollado en el A.S. N° 46 de 07 de marzo de 2006, que precisó: "Para evitar las impugnaciones en Casación sobre hechos pasados y derechos precluidos; las partes en las etapas

preparatorias, intermedia del juicio oral o de los recursos y en ejecución de sentencia deben ejercer las acciones que en cada acto procesal que se encuentran previstos y los recursos que en cada etapa procesal se prevén, la omisión de uno de ellos tiene el efecto jurídico de no retroceder al acto consumado por la preclusión del derecho de la parte que no ha ejercido las acciones o recursos legales oportunamente.

(..) en la etapa preparatoria las partes directamente controlan las actividades de la investigación, cuando consideran que se ha vulnerado un precepto legal o norma constitucional tienen previsto interponer las excepciones o incidentes y los recursos ante el fiscal y ante el juez de instrucción que tiene la facultad de controlar la legalidad y constitucionalidad de las funciones del fiscal e investigador durante la investigación. En el juicio oral, como en el caso de autos, las partes pueden interponer las excepciones, incidentes, o recursos, o hacer reserva de recurrir contra las resoluciones dictadas durante el juicio oral. En la etapa de los recursos: el de apelación restringida sirve para el control de puro derecho sobre los actos procesales y la actividad jurisdiccional, excepto en el recurso incidental donde se puede acompañar pruebas para que el tribunal de alzada pueda valorar las mismas y dictar la resolución respectiva; mientras que el recurso de casación se encuentra diseñado para uniformar la jurisprudencia penal y evitar la interpretación y aplicación contradictoria de normas adjetivas y sustantivas"; de lo señalado, se advierte que el recurrente no activó oportunamente los mecanismos de defensa que el propio ordenamiento jurídico le reconoce en su condición de imputado, por lo que pretender cuestionar una actividad probatoria respecto a la cual no formuló reclamo oportuno resulta hasta malicioso.

A mayor abundamiento deberá tenerse presente respecto a la preclusión a falta de activación de los derechos de las partes lo sostenido por Edgardo Pallares: "Es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercido oportunamente y en la forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido, alguna obligación de la misma naturaleza". También explica este autor: "que el término judicial es el tiempo en que un acto procesal debe llevarse a cabo para tener eficacia y valor legal"; consiguientemente, queda absolutamente claro que el recurrente pretende deslindar su negligencia en el Tribunal de alzada cuando en el momento oportuno (exclusiones probatorias) no observó la forma de introducción de la prueba documental.

Finalmente, a la observación del recurrente de que se pretendería convalidar dicho acto ilegal - introducción de prueba - mediante el uso desmedido de la sana crítica, cuando este sistema de valoración probatoria está fundado en el principio de legalidad y la experiencia; corresponde ratificar en pleno el argumento señalado por el Tribunal de alzada, cuando refiere que el sistema procesal de valoración de la prueba conforme establece el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., es el de la sana crítica y racional, coherente con la libertad probatoria establecida en el art. 171, del mismo código desatacando que no se requiere de la precisión numérica de determinada prueba, como la que pretende se entienda a título de jurisprudencia por el apelante respecto de la necesidad de contar con dos testigos contestes y uniformes, propios del sistema de valoración de la prueba tasada, que resulta ajena a la dinámica valorativa vigente en la L. N° 1970, conclusión que de ninguna manera contradice la doctrina legal aplicable del precedente contradictorio invocado y menos vulnera norma legal alguna, pues este tribunal asume que el sistema de la sana crítica, otorga a las partes la libertad de escoger los medios de prueba para comprobar sus pretensiones, ya sea la hipótesis acusatoria como la tesis de defensa; en tal sentido, las características fundamentales de la sana crítica son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos o sobre el valor que debe otorgarse a cada prueba, de modo que el Juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento; consiguientemente, no advirtiéndose contradicción alguna entre el precedente invocado y la resolución impugnada, el recurso de casación deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Vitalio Pacheco Characayo, cursante de fs. 151 a 153 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



297

Ministerio Público y otro c/ Jose Luis Antezana Paz Torrico
Incumplimiento de deberes y otro
Distrito: Pando

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 25 de octubre del 2016, cursante de fs. 83 a 85, Juan Carlos Cuellar Zurita Fiscal de Materia de la Fiscalía Corporativa Anticorrupción de Pando, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 13 de octubre de 2016, de fs. 79 y vta., pronunciado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, integrada por los

vocales Germán Miranda Guerrero y Juan Pereira Olmos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y el Gobierno Autónomo de Pando contra José Luis Antezana Paz Torrico, por la presunta comisión de los delitos de Incumplimiento de deberes y uso indebido de bienes y servicios públicos, previstos y sancionados por los arts. 154 del Cód. Pen. y 26 de la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz (L. N° 004), respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 23/2016 de 28 de junio (fs. 13 a 16 vta.), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a José Luis Antezana Paz Torrico, autor de la comisión del delito de uso indebido de bienes y servicios públicos, previsto y sancionado por el art. 26 de la L. N° 004, imponiendo la pena de tres años de privación de libertad, más costas, daños y perjuicios, siendo declarado absuelto de pena y culpa por el delito de Incumplimiento de deberes, tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., imponiendo el pago de costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia.

Contra la mencionada Sentencia, el imputado José Luis Antezana Paz Torrico (fs. 24 a 33), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por Auto de Vista de 13 de octubre de 2016, dictado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, que declaró procedente el recurso y anuló la sentencia apelada, con reposición del juicio por el Tribunal Segundo de Sentencia del Distrito Judicial de Pando, motivando la formulación del recurso de casación sujeto al presente análisis.

I.1.1. Motivo del recurso.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 44/2017-RA de 20 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el tribunal de apelación incurrió en falta de fundamentación a tiempo de anular la sentencia por presunta falta de valoración intelectual de la prueba, soslayando por esta razón el principio de legalidad, debido proceso, fundamentación motivación y seguridad jurídica; pues el auto de vista, había argumentado que el ad quo no cumplió con el mandato de lo previsto por los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., al no asignar valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, manifestando que dicho error constituye defecto absoluto que amerita la nulidad al no tener el ad quem facultad para valorar prueba. Alega que lo que correspondía al tribunal de alzada, era identificar qué reglas de la sana crítica fueron infringidos en la valoración de los documentos presentados como prueba y que sirvieron para la condena del imputado; alega también, que el tribunal de apelación en el fundamento usado para anular la sentencia, no consideró la relevancia constitucional del defecto observado. Haciendo referencia posteriormente a los hechos que motivaron el inicio de la acción penal contra el acusado José Luis Antezana Paz Torrico, argumentando que los defectos en los que fundó el imputado su recurso de apelación no tienen relevancia constitucional; y por lo tanto, el ad quem incurrió en contravención del principio de legalidad y derecho al debido proceso, porque no fundamentó de manera suficiente, expresa y específica sobre los motivos que determinaron la anulación de la sentencia condenatoria, incurriendo en violación del debido proceso, derecho a la fundamentación, principio de legalidad, incurriendo en defecto absoluto no susceptible de convalidación conforme a lo previsto por el inc. 3 del art. 169 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido y se remita los antecedentes nuevamente ante el Tribunal Departamental de Pando, para que la Sala Penal emita nuevo auto de vista conforme a derecho y la doctrina legal realizada.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. 44/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 94 a 97, este Tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 23/2016 de 28 de junio de 2016, el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a José Luis Antezana Paz Torrico, autor de la comisión del delito de uso indebido de bienes y servicios públicos, previsto y sancionado por el art. 26 de la L. N° 004, imponiendo la pena de tres años de privación de libertad, más costas, daños y perjuicios. Por otro lado, declaró su absolución por el delito de incumplimiento de deberes, tipificado por el art. 154 del Cód. Pen., imponiendo el pago de costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia, con base a los siguientes entendimientos:

En su apartado III. punto 2 refiere que: la documental MP1, evidencia que la motocicleta fue entregada al acusado, para fines establecidos en el mismo acta; la documental MP2, demuestra que la referida moto fue robada de un domicilio particular; la Prueba MP3, acredita que la mencionada motocicleta es de propiedad de la Prefectura del Departamento de Pando; la prueba MP4, acredita la falta de la motocicleta que fuere entregada al ahora acusado; la MP5, acredita la pérdida de la referida motocicleta; la documental MP8, consiste en el informe del acusado, donde denuncia que la mencionada motocicleta fue prestada a un profesor y fue robada la misma y que asume la responsabilidad de resarcir el daño, finalmente determina que las declaraciones de José Luis Antezana Sosa, Toribio Andrés Pocoaca Callisaya y Richard Germán Pilco Escobar, son de personas que conocen y saben del proceso por lo tanto son idóneas y creíbles.

Con esa previa descripción, concluye respecto al delito de uso indebido de bienes y servicios, que el acusado José Luis Antezana Paz Torrico, recibió del Gobierno Autónomo de Pando motocicletas para que previo reacondicionamiento sean distribuidas a núcleos educativos de Cobija Pando, dentro del marco y en observancia de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (D.S. N° 181),

quedando el mismo como único responsable de la guarda y tenencia de las motocicletas entregadas; empero, una de las motocicletas entregadas fue dispuesta en beneficio de un tercero, José Luis Antezana Sosa, quién es hijo del acusado, otorgando de esta manera un fin distinto al cual estaban destinadas, porque las mismas eran de propiedad del estado y que fueron entregados al acusado en su condición de administrador de bienes y servicios de SEDUCA, por lo que la conducta del acusado se adecua al delito de uso indebido de bienes y servicios en calidad de autor de conformidad al art. 20 del Cód. Pen., si bien la defensa alega que la persona a quién prestó la motocicleta es profesor y que fuera entregado a solicitud verbal, las motocicletas debían ser distribuidas a núcleos educativos de Cobija Pando y no hay ninguna constancia de entrega de motocicleta a algún núcleo educativo al cual estaba destinado. Por lo que, llega a la conclusión que el acusado configuró su conducta al tipo penal de uso indebido de bienes y servicios, estableciendo la existencia del hecho y la participación del acusado en su calidad de autor, con conocimiento y voluntad del hecho, porque en su calidad de funcionario público tenía la obligación de observar las disposiciones legales contenidas en la L. N° 1178 y el D.S. N° 181, normas que rigen la administración de los bienes del Estado.

II.2. De la apelación restringida.

El imputado formuló recurso de apelación restringida, denunciando errónea aplicación de la ley sustantiva, con base al art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. pues a su criterio, en ningún momento su conducta se hubiera adecuado al tipo penal condenado, indicó que el Ministerio Público no habría presentado documento o manual de funciones en el que se demuestre que lo realizado estaba fuera de sus atribuciones; y por otra parte, señala que existiría una oferta de devolver o reponer la motocicleta, concluyendo que no se habría configurado el tipo penal acusado, porque el bien no fue utilizado en beneficio propio, sino en función de apoyar a un funcionario de SEDUCA.

Por otro lado, invocando el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., indica que la sentencia de basa en hechos inexistentes y no acreditados, en una valoración defectuosa de la prueba, señalando que en la sentencia no existe una referencia precisa a los hechos probados y valoración de la prueba que determine que evidentemente se produjo el delito de uso indebido de bienes y servicio, además de haberse eliminado la valoración íntegra de la prueba documental de descargo y pronunciado sólo sobre algunas pruebas de descargo sin otorgarles valor probatorio, concurriendo los defectos previstos por el art. 370-3 y 5 del Cód. Pdto. Pen. Por último, denuncia la vulneración del principio de legalidad, el debido proceso y el derecho a una resolución debidamente fundamentada.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró procedente el recurso de casación del imputado, anuló la sentencia y dispuso la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia, con el siguiente argumento:

El Tribunal de Sentencia no menciona la prueba en que basa sus afirmaciones, que si bien se hace la fundamentación descriptiva de la prueba; empero, no hace la fundamentación intelectual o valorativa de la prueba, reitera que no se habría expresado el valor probatorio otorgado a las pruebas admitidas legalmente en juicio, se habría hecho afirmaciones respecto a cómo sucedió el hecho sin mencionar un solo elemento probatorio, para concluir señalando que no se habría cumplido con lo establecido por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., porque no se asignó el valor correspondiente a cada uno de las pruebas.

III. Verificación de denuncia de vulneración de derechos y garantías constitucionales

En el caso presente el representante del Ministerio Público denuncia la vulneración de derechos y garantías constitucionales, alegando falta de fundamentación en el auto de vista recurrido, por cuanto el tribunal de alzada anuló la sentencia emitida en la causa sin establecer de manera suficiente, expresa y específica sobre los motivos de esa decisión, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones judiciales, para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas, debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectual de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)".

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia

entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutive de la misma, caso contrario la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.2. Análisis del caso en concreto.

Conforme se dejó sentado en el Auto de Admisión 44/2017-RA de 20 de enero, el recurso de casación presentado por el Ministerio Público, fue admitido ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización a los fines de verificar si efectivamente el tribunal de alzada incurrió en falta de fundamentación al anular la sentencia emitida en la presente causa ordenando la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia, sin establecer de manera suficiente, expresa y específica los motivos de esa decisión; a cuyo fin, resulta menester identificar en primer término las denuncias formuladas por la parte imputada en su recurso de apelación restringida, advirtiéndose que a través del citado medio de impugnación, denunció aparte de la inobservancia o errónea aplicación de la ley con base al inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., la falta de referencia precisa a los hechos probados y valoración de la prueba, al no precisarse en la sentencia cuál la prueba aportada en el juicio que generó la convicción de que el imputado, actuó fuera de las funciones y atribuciones que tenía; que la sentencia omitió pronunciarse sobre las cuestiones debatidas; que eliminó la valoración integral de toda la prueba de descargo sin otorgarles valor probatorio; y efectuar una transcripción parcial de la prueba testifical de cargo como de descargo; deviniendo en que la sentencia según el planteamiento del imputado contenga una fundamentación contradictoria e insuficiente y que la sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados; denunciando en definitiva los defectos previstos por el art. 370-3, 5 y 6 del Cód. Pdto. Pen.

Ahora bien, el tribunal de alzada resolvió anular la sentencia con base a las siguientes afirmaciones: El tribunal de sentencia efectuó sus propias apreciaciones de hecho sin mencionar la prueba en que basan sus afirmaciones, lo que no resulta evidente del contenido de la sentencia al evidenciarse que en acápite III. punto 2 subtítulo adecuación típica y valoración de la prueba, de manera muy concisa realiza la fundamentación descriptiva de la prueba documental y testifical, precisando un conjunto de aspectos fácticos conforme el detalle siguiente: "la documental MP1, evidencia que la motocicleta fue entregada al acusado, para fines establecidos en el mismo acta; la documental MP2, demuestra que la referida moto fue robada de un domicilio particular; la Prueba MP3, acredita que la mencionada motocicleta es de propiedad de la Prefectura del Departamento de Pando; la prueba MP4, acredita la falta de la motocicleta que fuere entregada al ahora acusado; la MP, acredita que la pérdida de la referida motocicleta; la documental MP8, consiste en el informe del acusado, donde denuncia que la mencionada motocicleta fue prestada a un profesor y fue robada la misma y que el mismo asume la responsabilidad de resarcir el daño, finalmente determina que las declaraciones de José Luis Antezana Sosa, Toribio Andrés Pocoaca Callisaya y Richard Germán Pilco Escobar, son de personas que conocen y saben del proceso por lo tanto son idóneos y creíbles", es decir de la glosa precedente, se evidencia de manera objetiva que el Tribunal de Sentencia identificó la prueba que sustentaba cada una de sus afirmaciones de carácter fáctico, advirtiéndose incluso que en dicho acápite identifica las razones por las cuales no tomó en cuenta determinadas pruebas como el acta de declaración informativa del imputado, teniendo en cuenta el principio de la no autoincriminación o el certificado del SERESI en sentido no haber aportado mayor elemento que el registro, denotando conclusiones que expresan una fundamentación intelectual de parte del Tribunal de Sentencia.

Además, el tribunal de alzada concluyó que no se efectuó una fundamentación intelectual o valorativa de las pruebas, al no asignarse valor a ninguno de los elementos de prueba, conclusión que conforme denuncia la parte recurrente resulta genérica y sin que se halle precedida de las razones o motivos para asumirla, más si se considera que el imputado en su recurso de apelación restringida específicamente alegó ese defecto con relación a la prueba de descargo y no así con relación a todos los elementos de prueba como comprendió el tribunal de alzada, advirtiéndose que los planteamientos del apelante fueron genéricos, sin que dicho extremo sea advertido por el tribunal de alzada que en vulneración a los derechos y garantías que tiene el ministerio público como sujeto procesal dentro del presente proceso, asumió una decisión carente de motivación conforme se denuncia en el recurso de casación sujeto a análisis, lo que determina que resulte fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el Auto de Vista de 13 de octubre de 2016, que cursa a fs. 79 y vta., disponiendo que la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nueva auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus Presidentes, pongan en conocimiento de los Jueces en materia Penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



298

Ministerio Público c/ Fadir Benegas Vaca
Tráfico de sustancias controladas
Distrito: Pando

AUTO DE VISTA

Cobija, 18 de octubre de 2016.

VISTOS: En recurso de apelación la Sentencia N° 34/2015, de 23 de julio de 2015, dictada por el Tribunal de Sentencia N° 2, dentro del proceso penal que, por la supuesta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, sigue el Ministerio Público en contra de Fadir Benegas Vaca.

RESULTANDO: A través de la mencionada resolución el tribunal declara culpable al nombrado acusado, condenándolo a la pena de 10 años de privación de libertad, forma de resolver que apela éste con el siguiente fundamento:

1. Defecto absoluto porque el mandamiento de secuestro era para sustancias controladas, no para el vehículo; no participó del micro aspirado, lo que viola su derecho a la defensa. Al margen de aquello el vehículo participó de un acto de adiestramiento de canes en 6 de mayo de 2014, lo que quiere decir que cuando se hizo el micro aspirado en 21 de mayo, ya está desprecintado, por tanto la prueba contaminada, lo que constituye defecto absoluto.

2. Otro defecto es que el Dr. René Zambrana no participó en el proceso.

3. Errónea aplicación de la ley sustantiva porque no se encontró sustancia controlada en su domicilio, fue por eso que se forzó el micro aspirado de su vehículo, prueba que fue contaminada. La fiscalía no ha demostrado ninguno de los presupuestos del art. 33-m) de la L. N° 1008.

4. La sentencia se basa en hechos inexistentes y valoración defectuosa de la prueba de cargo porque: De la declaración de la testigo Gloria Amparo Paco Salazar, quien dice que el desprecintado del vehículo se realizó en horas de la tarde, se deduce que en el momento que se realizó el micro aspirado, sin la presencia de su persona como imputado, la movilidad ya estaba sin precinto; el testigo Joel Torrico Padilla dice que en el micro aspirado estuvo el recurrente con su abogado, lo que es mentira, pero el tribunal le creyó.

5. Defectuosa valoración de la prueba documental porque se llevaron la movilidad sin cumplir las formalidades de ley; la MP 4, MP 5, MP 15 y MP 6, consistentes en el acta de secuestro, precintado e inventario, no demuestra la comisión del delito acusado; la MP 7, MP 8, MP 9 y MP 10, consistentes en el oficio al IDIF, resolución fiscal, acta de juramento y aceptación, requerimiento y realización del micro aspirado, se valoraron de forma defectuosa porque no se tomó en cuenta la prueba legal de descargo presentada y producida en juicio (CD) donde se constata el desprecintado del vehículo secuestrado y que como imputado no participó en el mismo.

6. La sentencia es solamente una transcripción del acta del registro del juicio, careciendo de fundamentación.

CONSIDERANDO:

(i).- En cuanto a la fecha del desprecintado del vehículo, de la revisión del acta del juicio no se constata que se haya planteado incidente de actividad procesal defectuosa que cuestione la admisión del informe del IDIF por los defectos que se mencionan, sino se cuestionó la admisión no corresponde tenerlo como defecto, sino ver la valoración en virtud de su admisión al proceso.

(ii).- En cuanto a la participación del Juez René Zambrana, no consta su firma en la sentencia, por lo que el cuestionamiento no tiene asidero.

(iii).- Se asegura que hubo errónea aplicación de la ley sustantiva porque: 1) No se encontró sustancia controlada, fue por eso que se forzó el micro aspirado de su vehículo, prueba que fue contaminada y 2) La fiscalía no ha, demostrado ninguno de los presupuestos del art. 33-m) de la L. N° 1008.

Sobre el primer punto para los Jueces queda, claro que no- se enconce sustancia controlada en la requisita del inmueble, pero también es claro que encontró residuos de cocaína en el vehículo secuestrado. Del punto 2 la fiscalía dice claramente en sus concusiones que, por haberse encontrado residuos de cocaína se demostró que en el vehículo se transportó esa sustancia. El transporte de sustancias controladas es un presupuesto del delito de tráfico previsto en el art. 33-m) de la L. N° 1008.

(iv).- En cuanto a que la sentencia se basa en hechos inexistentes por defectuosa Valoración de la declaración de la testigo Gloria Amparo Paco Salazar y Joel Torrico Padilla, si bien no queda claro el momento del desprecintado, Joel Torrico indica que en el micro aspirado estuvo presente el imputado con su abogado, hecho que éste desmiente al decir que no estuvo presente ni él ni su abogado, sin embargo el tribunal valora dicha declaración dando por sentado que sí estuvieron presentes. Si el recurrente dice que esa versión no es cierta, tiene las

vías correspondientes para aclarar la situación, ya que este tribunal de apelación no puede contradecir la valoración de los jueces de primera instancia porque implicaría revalorizar la prueba, lo que no está permitido.

Si el acusado estuvo presente en el micro aspirado como concluyen los Jueces, era en ese momento que debió reclamar la desprecintación anticipada del vehículo, lo que debió constar en el acta respectiva.

(v).- También se dice que hubo defectuosa valoración de la prueba documental porque se llevaron el vehículo motorizado ilegalmente; porque no demuestran la comisión del delito acusado y porque no se tomó en cuenta la prueba de descargo como es el CD donde se constata que el desprecintado se hizo días antes del micro aspirado.

Sobre la ilegalidad. del secuestro del vehículo el recurrente no expresa los agravios o los hechos que implican la ilegalidad, por lo que no se puede dar respuesta sobre el mérito de este cuestionamiento:

En cuanto a que no se tomó en cuenta el CD que demuestra el desprecintado anticipado del vehículo secuestrado al haber sido utilizado en un operativo y acto de exhibición de adiestramiento de canes, realizados antes del micro aspirado, los Jueces categóricamente dicen que no se trata de la misma vagoneta porque la del video no cuenta con llanta de auxilio como la secuestrada; los retrovisores de la vagoneta del video son cromados, los de la secuestrada son negros; en la vagoneta del video no se observa rasguños como en la secuestrada y que la vagoneta del video tiene el parabrisas intacto, no clisado o rajado en dos lugares como la secuestrada.

Sobre este punto, por un lado, el tribunal tiene suficientes motivos para entender que se los quiso inducir a error como ellos mismos sostienen; por otro lado, la forma de valorar el contenido CD no puede ser cuestionado por este tribunal de apelación al no constatarse violación de los principios y reglas de la sana crítica, además de estar impedidos de revalorizar la prueba.

(vi).- Respecto a que la sentencia carece de fundamentación, en el punto 4.1 se despliega la fundamentación de derecho, en el punto 5.1 se realiza la valoración de la prueba testifical de cargo, en el 5.2 la testifical de descargo, en el 5.3 la valoración de la prueba documental de cargo, en el 5.4 la documental de descargo y la prueba material, en el punto 6 se determina la verdad histórica en base a la valoración de toda la prueba. De lo verificado emerge que la sentencia tiene fundamentación de derecho, de la prueba y de los hechos, más la motivación, lo que descarta razón del reclamo.

POR TANTO: La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 411 del Cód. Pdto. Pen., admite el recurso, declara IMPROCEDENTE la apelación, en consecuencia CONFIRMA la sentencia apelada.

Las partes tienen el plazo de cinco días para hacer uso del recurso de casación.

Regístrese notifíquese.

Fdo.- Dres.: Ponciano Ruiz Quispe.- Juan U. Pereira Olmos.

Ante mí: Abg. Dolly Romero Saavedra.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 27 de octubre del 2016, cursante de fs. 46 a 49 vta., Fadir Vanegas Vaca, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 18 de octubre de 2016, pronunciado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, integrada por los vocales Ponciano Ruiz Quispe y Juan Pereira Olmos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al 33-m) de la Ley de Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (L. N° 1008).

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 34/2015 de 23 de julio (fs. 9 a 14 vta.), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Fadir Benegas Vaca, autor del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 2008, imponiendo la pena de diez años de presidio, así como la imposición de diez mil días multa a razón de Bs. 1 y la confiscación definitiva a favor del estado de un vehículo.

Contra la mencionada sentencia, el imputado interpuso recurso de apelación restringida (fs. 20 a 22 vta.), resuelto por Auto de Vista de 18 de octubre de 2016, dictado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, que declaró improcedente el recurso y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 46/2017-RA de 20 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.O.J.

El recurrente denuncia que el tribunal de alzada no se pronunció respecto de los siguientes defectos absolutos -art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.- de la Sentencia: a) El mandamiento de allanamiento, autorizaba el secuestro de sustancias controladas y no así de vehículos; sin embargo, una vez que le fue secuestrado el suyo no fue precintado, por ello tampoco existiría un acta de desprecintado, denunció que el vehículo en cuestión participó de un adiestramiento de canes el 6 de mayo del 2014, lo cual lo llevó a afirmar que la prueba obtenida en su mérito fue contaminada. b) La vulneración a su derecho a la defensa, porque no fue notificado para que participe del micro-aspirado de su vehículo, que tuvo lugar el 21 de mayo de 2014, c) El Dr. René Zambrana no sería miembro del Tribunal de Sentencia, por ello tampoco

participó en la etapa de juicio, ni mucho menos en la deliberación de la Sentencia; sin embargo, figura como tal, por el contrario Diego Rocha autor del voto disidente, participó del juicio y fue quien le otorgó valor a la prueba del acusado consistente en un video relacionado al hecho.

Invocando la línea jurisprudencial contenida en el A.S. N° 176/2013, referido a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva como adjetiva, expresa que los defectos de la sentencia art 370 del Cód. Pdto. Pen.- expuestos en su apelación eran los siguientes:

Existió inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva como de la adjetiva, conforme prevé el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., pues la sentencia cuestionada estableció una condena por el delito de tráfico de sustancias controladas, previsto en los arts. 48 con relación al 33-n) de la L. N° 1008, cuando el Ministerio Público a través de su prueba documental y testifical no logró comprobar que el recurrente haya producido, fabricado, poseído, vendido, donado, transportado las mismas, por lo que debió operar la duda razonable establecida en el art. 7 del Cód. Pdto. Pen., máxime cuando existe Voto Disidente de uno de los miembros del Tribunal de Sentencia; en consecuencia, debió haberse dictado una sentencia absoluta conforme prevé el art. 363-2 de la misma norma adjetiva.

La Sentencia se basó en hechos inexistentes o no acreditados, además de una valoración defectuosa de la prueba, conforme el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., ya que las atestaciones de Gloria Amparo Paco Salazar y Joel Torrico Padilla, al afirmar la primera que el desprecintado del vehículo se realizó en horas de la tarde y que desconoce cómo se precintó y a su turno el segundo al afirmar que el micro aspirado se realizó el 21 de mayo con la presencia del fiscal, abogado y acusado, constituyen prueba o elementos no incorporados legalmente a juicio que debe ser sancionados con nulidad; asimismo, las pruebas MP2, MP4, MP5, MP6, MP7, MP8, MP9, MP10 y MP15 consistentes en informes policiales, actas de secuestro, desprecintado, inventario de vehículo, informe de realización de micro aspirado, fueron valoradas de manera subjetiva y defectuosa, sin tomarse en cuenta la prueba de descargo presentada y producida en juicio, consistente en un "CD" concordante con la declaración de la perito respecto al desprecintado.

Invocando el A.S. N° 504/2007 de 11 de octubre refirió que, la Sentencia controvertida no es más que una transcripción del acta del juicio oral, careciendo de fundamento objetivo en contravención al art. 124 del Cód. Pdto. Pen., específicamente carece de fundamento de hecho, fundamentación de la pena y respecto del valor que otorgado a la prueba de descargo, considerando por ello la vulneración del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.; por último, cuestionó que los vocales no se hayan pronunciado respecto de la Disidencia de uno de los miembros del Tribunal de Sentencia.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita a este Tribunal Supremo de Justicia, revocar la resolución impugnada.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 46/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 57 a 60, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Fadir Benegas Vaca, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 34/2015 de 23 de julio, el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Fadir Benegas Vaca, autor del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al 3-n) de la L. N° 2008, imponiendo la pena de diez años de presidio, así como la imposición de diez mil días multa a razón de Bs 1 y la confiscación definitiva a favor del Estado de un vehículo, al concluir que el 29 de abril de 2014 a hrs. 17:00 aproximadamente, se había allanado el domicilio ubicado en el Barrio Cacique, procediendo al secuestro de un vehículo tipo vagoneta, color negro, marca Toyota con placa brasilera ELF-5037, que había sido precintado, permaneciendo en ese estado hasta el 21 de mayo del mismo año, cuando la perito Gloria Paco Salazar, procedió al micro aspirado, cuyo resultado había dado positivo para cocaína, hechos probados con la prueba MP5 y MP-11.

Por otro lado, de las pruebas MP-11, MP-12, MP-6, MP-20, MP-4 y PD-2, se establecería diferencias entre la vagoneta secuestrada y la usada el 6 de mayo del 2014, en la demostración de capacidades de los canes adiestrados por los miembros de UMOPAR, demostrando que no se trataría del mismo vehículo como alega la defensa del imputado.

En el punto 7 de la sentencia, previa referencia a la última parte del art. 359 del Cód. Pdto. Pen., se deja constancia que por mayoría de votos del tribunal se determinó que el imputado es autor del delito de tráfico de sustancias controladas, tipificado por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008, por lo cual le imponen la pena mínima de diez años de presidio, tomando en cuenta los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., pues el sentenciado tendría antecedentes penales, el no haberse determinado la cantidad de sustancias controladas, que es trabajador del Gobierno Autónomo Municipal de Pando y tomando en cuenta su edad de veinte nueve años y que se le debe dar la opción de cambiar el rumbo de su vida y su reinserción social.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

El imputado alega que la sentencia es injusta y lo deja en estado de indefensión al contener una hipótesis no respaldada y contradicciones en la fundamentación, conforme lo descrito por el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., al existir inobservancia y violación de derechos y garantías constitucionales, conforme lo previsto por el art. 169-3 de la norma adjetiva penal, defectos absolutos que existirían por los siguientes hechos: a) Que no había estado presente en el precintado y desprecintado del vehículo secuestrado en su domicilio, que en juicio no se había presentado el acta de desprecintado, que no participó del micro aspirado porque no se le notificó para dicho acto, vulnerando su derecho a la defensa, que la supuesta prueba de micro aspirado del 21 de mayo del 2014, estaría contaminada porque el vehículo del cual se obtuvo la

prueba había sido utilizado en un simulacro de adiestramiento de canes el 6 de mayo del 2014, llevado a cabo en dependencias de UMOPAR-Cobija; y, b) Que René Zambrana, quien firmaría la sentencia no había participado del juicio y deliberación de la sentencia.

Denuncia errónea aplicación de la norma sustantiva, defecto de Sentencia previsto por el inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., porque tomando en cuenta lo dispuesto por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008, el Ministerio Público en juicio no había probado que el recurrente hubiera producido, fabricado, poseído, vendido, donado transportado u otra forma de la comisión del delito por el cual se le condenó, es más la prueba documental y testifical del acusador establecería que en el allanamiento no habían encontrado ninguna sustancia prohibida, secuestrando su vehículo para forzar el micro aspirado, prueba que además estaría contaminada y de la cual no había participado. En el mismo motivo denuncia el recurrente que existe contradicción en la prueba documental de cargo con la de descargo, pues la orden de allanamiento no sería para el secuestro del vehículo y su posterior micro aspirado, por lo que señala que debió aplicarse el art. 363-2 del Cód. Pdto. Pen. Refiere también que si se quería forzar su conducta, ésta debió adecuarse al delito de transporte de sustancias controladas y no al delito de tráfico, en aplicación de lo dispuesto por el art. 115 de la C.P.E., pues no existiría ni una sola prueba de la comisión del delito condenado.

Alega que la sentencia también incurrió en el defecto previsto por el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., pues la declaración testifical de Gloria Amparo Paco Salazar, había referido que no participó del precintado y Joel Torrico Padilla, había manifestado que en el micro aspirado además del fiscal había participado el recurrente y su abogado, cuando éstos no habían sino ni notificados para el acto y no participaron del mismo; asimismo, de la prueba MP2 se tendría que no se encontró sustancia controlada en su domicilio y que sin las formalidades de ley se llevaron su movilidad, que las pruebas MP4, MP15, MP5 y MP6 no serían las actas de inventario donde se detalla llanta de auxilio, raspado lateral y otros, ninguna demostraría la existencia del hecho por el cual se le condenó, que las pruebas MP7, MP8, MP9 y MP10 serían pruebas valoradas de manera defectuosa, porque el DC presentado como prueba de descargo, concordante con la declaración del perito que refirió no saber del desprecintado más que por fotografías y la cual además no existe en acta; demostrarían que la sentencia se basó en hechos inexistentes y en valoración defectuosa de la prueba.

Denuncia que la sentencia también incurre en el defecto previsto por el inc. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., refiere que la sentencia es una simple transcripción del acta de registro de juicio oral, carecería de fundamento objetivo al condenarle sin prueba que demuestre el delito acusado, carecería de fundamento del hecho, de la pena y valoración individual de la prueba, omitiendo lo establecido por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, por auto de vista impugnado, declaró admisible e improcedente el recurso de apelación restringida del imputado y confirmó la sentencia impugnada, bajo los siguientes argumentos, contenidos en el segundo considerando:

En cuanto al primer defecto de sentencia, el tribunal de apelación argumentó que el recurrente no planteó incidente de actividad procesal defectuosa a fin de cuestionar la admisión del informe del IDIF, por los defectos denunciados.

Respecto a la supuesta falta de participación en juicio y deliberación de la sentencia del juez René Zambrana, el Tribunal de apelación refiere que dicha firma no consta en la sentencia.

Sobre la supuesta errónea aplicación de la norma sustantiva, dividido en dos aspectos; el primero referido, a que al no encontrarse sustancia controlada se había forzado el micro aspirado de su vehículo la cual sería prueba contaminada; y el segundo aspecto, referido a que la fiscalía no demostró ningún presupuesto del art. 33-m) de la L. N° 1008, el tribunal de alzada, concluye señalando respecto al primer aspecto que sería evidente que no se encontró ninguna sustancia controlada en el inmueble; sin embargo, se había encontrado residuos de cocaína en el vehículo secuestrado. Respecto al segundo hecho, el tribunal ad quem alega que la fiscalía argumentó que al encontrarse residuos de cocaína se demostró que el vehículo transportó dicha sustancia y que el transporte es un presupuesto del delito de tráfico, previsto en el art. 33-m) de la L. N° 1008.

Sobre la denuncia fundada en que la sentencia se basa en hechos inexistentes, por defectuosa valoración de las declaraciones testificales de cargo, el ad quem refiere que el imputado tiene las vías correspondientes para aclarar el hecho que considera no es cierto en cuanto a la supuesta participación de su abogado y el imputado en el micro aspirado del vehículo secuestrado, hecho que el tribunal de apelación no podría realizar porque no tendría facultad para contradecir la valoración del tribunal de mérito, lo cual implicaría revaloración de la prueba, por lo que si estuvo en dicho acto, debió reclamar en ese momento sobre el desprecintado anticipado del vehículo y hacer constar en el acta respectiva.

En cuanto a la denuncia de defectuosa valoración de la prueba por ilegal secuestro del vehículo, el recurrente no habría expresado los agravios o los hechos que implican esa ilegalidad, por lo que el tribunal de alzada refirió que no puede dar respuesta sobre dicho aspecto. Respecto a la falta de consideración del CD, que demostraría el desprecintado anticipado del vehículo secuestrado antes del micro aspirado, el de alzada alega que el a quo categóricamente dijo que no se trata del mismo vehículo, además que el ad quem tendría suficientes motivos para entender que se quiso inducir al de mérito en error, además que la forma de valoración del CD no podría ser cuestionado al no constatarse la violación de principios y reglas de la sana crítica y por estar impedidos de revalorar la prueba.

En cuanto, a la supuesta falta de fundamentación de la sentencia, el tribunal de apelación señaló que en el punto 4.1 se desplegó la fundamentación de derecho, en el 5.1 se había realizado la valoración de la prueba testifical de cargo, en el 5.2 la valoración testifical de descargo, en el 5.3 la valoración de la prueba documental, en el 5.4 valoración de la documental de descargo y prueba material y en el 6, se había determinado la verdad histórica con base a la valoración de la prueba, por lo que concluyó señalando que la sentencia tiene fundamentación de derecho, de la prueba y los hechos.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con los precedentes invocados

En el caso presente, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización e invocación de precedentes ante la denuncia de incongruencia omisiva y falta de fundamentación en el auto de vista impugnado al resolver el recurso de apelación restringida, por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3 de la L.O.J. y 419 del CPP, las Salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un Auto de Vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo.

El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., preceptúa: “Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el Auto de Vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance”. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: “Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar.”

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios, será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución, dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen.

III.2. Análisis del caso concreto.

El recurrente en casación denuncia que el tribunal de apelación no se pronunció sobre la denuncia de defectos absolutos; al respecto, revisado el auto de vista, conforme lo descrito en los incs. a) y b) del acápite II.3 de la presente resolución, se establece que el Tribunal de apelación argumentó que el recurrente no planteó incidente de actividad procesal defectuosa cuestionando la admisión del informe del IDIF por los defectos denunciados; por otro lado, en cuanto a la firma del Juez René Zambrana, estableció que el mismo no firma la sentencia apelada.

Estos argumentos, resolvieron los aspectos cuestionados por el apelante en el primer motivo de su recurso de apelación restringida, a través del cual alegó que en la sentencia existiría inobservancia y violación de derechos y garantías constitucionales conforme a lo previsto por el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., porque el imputado no había participado en el precintado y desprecintado del vehículo secuestrado, además de no existir acta del último acto, que no participó del micro aspirado porque no se le notificó, vulnerando su derecho a la defensa, que el vehículo objeto del micro aspirado había sido desprecintado antes de dicho acto para ser usado el 6 de mayo del 2014 en un simulacro de adiestramiento de canes y que el Juez René Zambrana, quien supuestamente firmaría la Sentencia, no había participado del juicio y deliberación de la causa.

Previo a resolver el motivo de casación, es conveniente hacer referencia a lo establecido por este Tribunal a través de varios Autos Supremos, entre ellos el 164/2016-RRC de 21 de abril: “En virtud de este principio de legalidad, los tribunales del alzada asumen competencia funcional, únicamente sobre los aspectos cuestionados de la resolución, conforme lo dispuesto por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y el art. 17-II de la L.O.J., disposiciones legales inspiradas en el principio de limitación, en virtud del cual el tribunal de alzada no puede desbordar la propuesta formulada por el impugnante en su recurso de apelación restringida; es decir, que, el ad quem, sólo debe pronunciarse sobre los motivos de impugnación en los que se fundó el recurso de apelación restringida, sin tener la posibilidad de suplir, rectificar o complementar las falencias en que incurra el recurrente a tiempo de impugnar una sentencia, y sin que pueda considerar motivos en los cuales no se fundó el recurso de apelación, aun cuando se trate de defectos absolutos, pues en caso de existir éstos, necesariamente deben ser motivo de apelación por parte del impugnante y en caso de no serlo, los mismos se tendrían por consentidos.

El incumplimiento a las normas adjetivas penales referidas precedentemente, por falta de circunscripción del tribunal de alzada a los motivos que fundaron el recurso de apelación restringida; se traduce en una incongruencia que implica vulneración del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, principio que impone a la autoridad judicial, pronunciarse sólo sobre los motivos que fundaron un recurso de apelación.

En cuanto a las formas de vulneración de este principio, tenemos en primer lugar, el pronunciamiento *ultra petita*, que hace incongruente la resolución del tribunal de alzada, por pronunciarse sobre aspectos no demandados o que no fueron motivo de apelación, desbordando los límites de su competencia a aspectos no cuestionados y los cuales llegan firmes ante el de alzada; este hecho también conocido como exceso de jurisdicción, vulnera el debido proceso por violación del principio de legalidad, pues al pronunciarse el ad quem, sobre aspectos en los que no se fundó el recurso de apelación restringida, se impide a la parte contraria a contestar de forma fundamentada, conforme lo dispuesto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., hecho que amerita la nulidad de la resolución por constituir defecto absoluto conforme lo dispuesto por el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

Otra forma de incongruencia de una resolución y que también vulnera el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, es la falta de pronunciamiento sobre todos los motivos en los que se fundó un recurso de apelación restringida, conocido como pronunciamiento *infra petita*

o citra petita o incongruencia omisiva, el cual también constituye un defecto absoluto conforme lo dispuesto por el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., al dejar al impugnante en incertidumbre sobre el resultado del motivo planteado en apelación.”

De la jurisprudencia descrita, se tiene que existe dos formas de incongruencia por inobservancia de lo previsto por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., una porque la resolución de alzada resuelve más de lo pedido; y otra, porque no resuelve todos los aspectos puesto a su competencia; en el caso de autos, el recurrente denuncia el segundo supuesto; es decir, que el Tribunal de alzada habría incurrido en incongruencia omisiva al no resolver la denuncia de defectos absolutos; empero, conforme lo descrito en el párrafo primero y segundo del presente análisis, se tiene que el tribunal de apelación contrario a lo alegado por el recurrente, resolvió la denuncia fundada en la existencia de defectos absolutos en la Sentencia, la cual presuntamente provendría del hecho de que el imputado no había participado del precintado, desprecintado y micro aspirado del vehículo secuestrado sin orden judicial y que además constituiría una prueba contaminada por el supuesto uso del vehículo antes de la fecha del micro aspirado; si bien los argumentos del imputado en el recurso de apelación restringida, están dirigidos a demostrar que el Ministerio Público en la obtención de las pruebas MP5 y MP11, no había cumplido con las formas y condiciones para su validez, dichos defectos procesales por disposición del art. 167 del Cód. Pdto. Pen., pueden ser convalidados como ocurrió en el caso de autos; pues que conforme lo establecido por el Tribunal de apelación, el imputado en la etapa de producción de prueba, no opuso incidente de actividad procesal defectuosa y dicha actitud pasiva de la defensa del imputado, permitió que las pruebas cuya licitud es cuestionada, sean incorporadas al proceso para su posterior valoración, etapa en la cual el Tribunal de Sentencia, no puede hacer juicios de valor en cuanto a la licitud o no de las pruebas judicializadas, teniendo la obligación de valorar toda la prueba incorporada al proceso.

Asimismo, se debe aclarar al recurrente que no es posible que el tribunal de apelación ejerza control sobre la licitud de las pruebas cuestionadas, porque al no haber planteado el imputado exclusión probatoria, el a quo no emitió ninguna resolución que resuelva dicho incidente; y tampoco, existe reserva de apelación ante un posible rechazo de las exclusiones probatorias que debieron ser planteadas en etapa de producción de prueba, por lo que no se activaron los mecanismos y formas procesales para que el tribunal de apelación pueda ejercer control sobre la correcta o incorrecta incorporación de la prueba en juicio.

Finalmente, en cuanto a la supuesta firma de un juez técnico de nombre René Zambrana en la Sentencia, sin que éste hubiera participado del juicio y deliberación de la sentencia, el tribunal de apelación, también estableció que la denuncia no es evidente conforme constata este máximo tribunal, concluyéndose que no es evidente que el Tribunal de alzada, hubiera incurrido en incongruencia omisiva y vulneración principio tantum devolutum quantum appellatum del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., pues además de establecerse que los motivos de apelación efectivamente fueron resueltos, se advierte que las conclusiones de alzada se encuentran debidamente fundamentadas y corresponden a los datos del proceso.

Ahora bien, del contenido del recurso sujeto a análisis, se evidencia que en casación, el imputado denunció la existencia de contradicción entre el auto de vista y el A.S. N° 176/2013-RRC de 24 de junio, que fue emitido dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y otra contra LMF y otros, por la presunta comisión del delito de violación en estado de inconciencia, que tuvo como relación fáctica, la constatación por parte del tribunal de casación, que el tribunal de apelación revaloró la prueba efectuando un análisis de la misma y llegando a la conclusión que existió el delito y estableció responsabilidad penal de los tres imputados, vulnerando de esa manera los principios del proceso penal como el de intermediación, contradicción, legítima defensa y prohibición de doble instancia.

El precedente descrito, fue invocado por el imputado a tiempo de alegar la supuesta contradicción entre éste y el auto de vista a tiempo de resolver la denuncia de errónea aplicación de la norma sustantiva, pues se le había condenado por el delito de tráfico de sustancias controladas, sin que se hubiera probado ninguna de las circunstancias establecidas por el art. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008. Evidenciándose, que no existe una situación fáctica análoga entre la relación fáctica del precedente –revaloración de prueba- y el motivo resuelto por el tribunal de apelación, referido a la errónea aplicación de la norma sustantiva, pues como se estableció en el acápite II.1 de la presente resolución, el supuesto fáctico análogo en materia sustantiva, debe ser similar, requisito que en el caso de autos no se cumple porque la resolución que se observa es la resolución de la supuesta errónea aplicación de la norma sustantiva, en cambio el precedente invocado resolvió una actividad procesal defectuosa, por lo que este tribunal se halla impedido de ejercer su función unificadora de jurisprudencia.

De igual manera, no existe situación fáctica análoga entre los hechos que motivaron la emisión de la doctrina legal emitida por el precedente invocado y el segundo aspecto cuestionado en el motivo de casación en análisis, pues en éste el imputado denuncia que la Sentencia se basó en hechos inexistentes y no acreditados, en cambio el precedente invocado tuvo como hecho generador de su doctrina legal aplicable, la revaloración de prueba por parte del tribunal de apelación, en vulneración de los principios procesales de intermediación, contradicción, legítima defensa y prohibición de segunda instancia. Por lo que al ser hechos diferentes, este Tribunal no puede ejercer su función nomofiláctica.

Por último, el recurrente denuncia que la Sentencia carece de fundamento de hecho, de la pena y de valoración de la prueba de descargo, agregando que el Tribunal de apelación no se pronunció respecto a la disidencia de uno de los miembros del Tribunal; a cuyo fin, invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 504/2007 de 11 de octubre, que fue dictado dentro del proceso penal seguido por GEC de Q contra JBC, por la presunta comisión del delito de Estafa, a través del cual este Tribunal Supremo, declaró el recurso de casación infundado, razón por la cual, al no contener doctrina legal susceptible de ser contrastada con el auto de vista impugnado, este tribunal se halla impedido de ejercer su función unificadora de jurisprudencia, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de casación.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Fadir Vanegas Vaca.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



299

Ministerio Público y otro c/ Pamela Elizabeth Calderón Vildozo

Estafa

Distrito: Chuquisaca

AUTO DE VISTA

Sucre, 28 de octubre de 2016.

VISTOS: En apelación restringida la Sentencia N°9/2016 de 11 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia en lo Penal N°1 de la Capital (fs. 1496-1513), en el juicio penal seguido por el Ministerio Público y Elena Calderón Navarro, contra Pamela Elizabeth Calderón Vildozo, por el delito de "Estafa", previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.; los antecedentes remitidos, las normas legales pertinentes; y.

CONSIDERANDO: Que desarrollado el juicio oral referido supra, en los términos que informa el acta correspondiente, el tribunal de la causa pronunció la Sentencia N° 09/2016 (fs. 1496-1513), en la que declaró a Pamela Elizabeth Calderón Vildozo, autora de la comisión del delito de estafa, imponiéndole la pena de cinco años de reclusión a cumplir en el Penal de San Roque, de la ciudad de Sucre, más el pago de ciento cincuenta días multa a razón de bolivianos diez por día, con costas, más daños y perjuicios a calificarse en ejecución de sentencia.

Que la referida sentencia, es impugnada vía apelación restringida por Pamela Elizabeth Calderón Vildozo, con los fundamentos expuestos en el memorial de fs. 1536-1593 vta.; que corrido en traslado es respondido por el Ministerio Público, en los términos del memorial de fs. 1599-1600 vta., y por la acusadora particular, con los fundamentos del memorial de fs. 1601-1606 vta., ordenando el a-quo la remisión ante el tribunal de alzada, que se cumple cual consta del oficio de fs. 1613 y registro del sistema informático IANUS de fs. 1614, que asigna la causa a esta Sala Penal Segunda, en la que se emite el decreto de fs. 1615, en el que se observa el recurso planteado por incumplimiento de requisitos impuestos por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., otorgando, en aplicación del art. 399 primer párrafo del Cód. Pdto. Pen., el plazo de tres días para subsanar las observaciones bajo apercibimiento de rechazo; presentando la parte apelante en dicho mérito, memorial de subsanación que corre a fs.1620-1624 vta., dentro del plazo legal otorgado; radicándose la causa en esta Sala Penal Segunda conforme se evidencia del decreto de fs. 1625, señalándose la audiencia de fundamentación oral solicitada oportunamente, la que se desarrolla en los términos que informa el acta de fs. 1647-1648 vta., a cuya conclusión se dispone la continuidad del trámite, procediéndose al sorteo oportuno de la causa, cual emerge del sello que cursa a fs. 1666 vta., emitiéndose en consecuencia la presente resolución de alzada.

CONSIDERANDO: Que por los efectos emergentes, corresponde primer término formular juicio de admisibilidad, considerando lo dispuesto por los arts. 394, 396-3 -requisitos generales-, 407 y 408 todos del Cód. Pdto. Pen.-requisitos específicos de apelación restringida-. En ese orden, de la revisión de antecedentes se tiene que: a) la acusada fue notificada con la Sentencia el 5 de mayo de 2016 a horas 15:10 (fs. 1517), presentando memorial de apelación a horas 16:08 del 30 de mayo de 2016 (fs. 1536), habiendo en consecuencia presentado dicho recurso dentro del plazo (15 días) establecido por el art.408 de la L. N° 1970, computado en la forma dispuesta por el art. 130 del Cód. Pdto. Pen.; b) Pamela Elizabeth Calderón Vildoso, es parte acusada en el proceso, por lo que se encuentra legitimada para apelar; c) de la lectura, en lo formal, del memorial de apelación y el de subsanación, se concluye que el recurso de apelación presentado por la acusada Pamela Elizabeth Calderón, cumple -en lo formal con la previsión contenida en el art. 396-3 in fine del; Cód. Pdto. Pen., por lo que, estando cumplidos los requisitos generales de forma y el plazo, se admite el recurso que se examina, en todo cuanto hubiere lugar en derecho; no obstante ello, reservándose este tribunal la verificación de los requisitos específicos previstos en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., oportunamente extrañados, a tiempo de abordar cada uno de los motivos del recurso deducido, examinando el memorial de subsanación.

CONSIDERANDO: Que admitido el recurso que se examina en los términos referidos supra, corresponde establecer los motivos traídos en alzada, los que emergentes del memorial de apelación son los siguientes: primer motivo. Errónea interpretación y aplicación del artículo 335 del Cód. Pen. y 27-8, 29-2, 30, 31 y 308-4 del Cód. Pdto. Pen. en el Auto N° 216/2015 que declara infundada la excepción de extinción de la acción penal por prescripción.

Sostiene la apelante, que durante la sustanciación del juicio oral, el 10 de diciembre de 2015, interpuso la excepción de prescripción, adjuntando al efecto prueba idónea consistente en la querrela de 11 de noviembre de 2013, entrevista informativa de la querellante, memorial suscrito por los mandatarios de la querellante de 27 de octubre de 2014 en el que da cuenta de los depósitos que efectuó, siendo el último de

noviembre de 2009; así mismo, la entrevista informativa de la testigo Magaly Morales de Saavedra; Auto de 27 de febrero de 2015; certificado de antecedentes judiciales de 8 de diciembre de 2015, prueba que contradictoriamente a lo señalado por el a-quo que refiere que es prueba aportada por la acusadora, prueba que evidencia que la querellante, presuntamente efectuó disposición patrimonial en una primera oportunidad de Bs 55.000.- en 28 de marzo de 2008, y la última a través de un giro efectuado desde España en noviembre de 2009 sin precisar el monto; disposición patrimonial en lo que hace al detalle cronológico ratificado en la Sentencia N° 09/2016 de 11 de abril de 2016, y que tomando en cuenta la fecha de la última disposición patrimonial a la fecha de interposición de la excepción (10 de diciembre de 2015), transcurrieron 6 años y 10 días, y que con el certificado del REJAP de 8 de diciembre de 2015, acreditó la inexistencia de declaratoria de rebeldía en su contra.

Refiere que en base a lo señalado, y en lo sostenido por Francisco Muñoz Conde, quien refiere al delito de estafa como un delito de resultado, opuso la excepción de extinción por prescripción, estableciendo la base normativa y jurisprudencial, invocando al efecto el AA.SS. Nos. 348 de 31 de agosto de 2006; 51 de 29 de enero de 2008, SS.CC. Nos. 187/2004; 023/2007; 0190/2007 y N°0283/2013, jurisprudencia vinculante que hace a la procedencia de la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, con cuyos fundamentos refiere, tiene plenamente acreditada la errónea aplicación de los arts. 27-8, 29-2, 30 y 31 del Cód. Pdto. Pen., y funda la excepción de extinción de la acción penal por prescripción a favor de Pamela Elizabeth Calderón Vildoso, al haber transcurrido seis años y diez días hasta el diez de diciembre de 2015; y que el argumento del tribunal carece de sentido lógico y de sustento jurídico, y contraviene la S.C. N° 0283 de 13 de marzo de 2013, que determina que en virtud al principio de legalidad, no puede aceptarse la construcción jurisprudencial de este delito, y menos que ese entendimiento sea aplicado contra el imputado, al pretender exigir una causal sobreviniente, afirmación última, que constituye una construcción jurisprudencial que violenta el principio de legalidad, pues la norma exige tan sólo la acreditación del transcurso del plazo, que por el delito de estafa debe ser superior a los cinco años, lo que se acreditó en autos y carece de sustento jurídico lo señalado por el tribunal a-quo, pues existe un motivo y fundamento diferente desde noviembre de 2009 al 16 de abril de 2015, transcurrieron cinco años, cuatro meses y dieciséis días, y desde noviembre de 2009 al 10 de diciembre de 2015, han transcurrido seis años y diez días, y este nuevo tiempo transcurrido, constituye un motivo y fundamento diferente; acusa además que la resolución confutada, carece de fundamentación y que rememorando el sistema inquisitivo, encuentra argumento en un supuesto incumplimiento de formalismos y ritualidades, para de esa manera justificar la falta de pronunciamiento en el fondo de la excepción, lo cual importa lesión al derecho al debido proceso en su vertiente a la correcta y debida fundamentación, infringiendo los principios de seguridad jurídica y legalidad, cual refiere la S.C. N° 0283 de 13 de marzo de 2013.

Solicita en definitiva, dejar sin efecto el Auto N° 216 de 10 de diciembre de 2015, declarando probada la excepción de extinción de la acción penal por prescripción.

Segundo motivo. Errónea interpretación y aplicación de los arts. 335 del Cód. Pen. y 27-8, 29-2, 30, 31, 308-4, 371 y 372 del Cód. Pdto. Pen. en el Auto N° 35/2015 que declara infundada la excepción de extinción de la acción penal por prescripción. Afirma la apelante que en la audiencia de juicio oral de 18 de marzo de 2016, opuso la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, acreditando la inaplicabilidad del art.31 de la L. N° 1970, presentando prueba idónea consistente en: Registro del juicio oral, específicamente la audiencia de 2 de febrero de 2016, que contiene la declaración vía Skype de Elena Calderón Navarro; el registro de la audiencia de 18 de febrero de 2016, que contiene la declaración de Paulino Montes Janco, que hacen referencia a un último giro de dinero que data de marzo de 2011, afirmaciones que toma como verdad la sentencia pronunciada en autos, y que a decir de la apelante, constituye una información novedosa y sorprendente, pues esa información nunca se la puso en conocimiento del Ministerio Público, menos aún de la acusada, por lo que no consta en el Auto de 27 de febrero de 2015, no consta en la querrela de 11 de noviembre de 2013, no consta en la imputación formal, no consta en la entrevista informativa y querrela de Elena Calderón navarro, ni en los antecedentes ni fundamentos de la acusación fiscal ni particular. Dicho giro es rechazado por la acusada, afirmando que no existe evidencia alguna sobre el particular, aspecto reconocido por la propia sentencia en el punto III fundamentación fáctica.

Afirma también, que el Auto N° 35 de 18 de marzo de 2015, no obstante los fundamentos expresados, y que tomando en cuenta el último giro de dinero que data de 18 de marzo de 2011, al 18 de febrero de 2016 transcurrieron cinco años y un día, lo cual hacía a la procedencia de la excepción planteada, tomando en cuenta el delito que le fuera atribuido, por lo que sostiene, y en mérito al sustento jurisprudencial que invoca, que debió declarar fundada la excepción; sin embargo, el tribunal a-quo fundamenta su resolución, en sentido de que desconoce los actos ocurridos en etapa preparatoria, y que no se presentó el certificado de REJAP actualizado, prueba idónea y pertinente para la solicitud; y que a simple dicho de la defensa, no puede dar por acreditado que anteriormente no fue declarada rebelde la acusada; aspectos referidos sobre los cuales el Ministerio Público guardó silencio, y no presentó evidencia alguna de actos que puedan ser atribuibles a la imputada, como causal de interrupción del plazo o la existencia de declaratoria de rebeldía, ingresando el tribunal a-quo, en exigencias de excesivo formalismo y ritualidades ajenas al nuevo sistema procesal penal. Refiere que en autos se tramitó la excepción de extinción por prescripción durante el juicio oral, por lo que era de pleno conocimiento del tribunal la inexistencia de declaratoria de rebeldía de la acusada, que además, en oportunidad de la cesación de detención preventiva, se presentó un certificado del REJAP de 8 de diciembre de 2015, que acreditaba la inexistencia de declaratoria de rebeldía, información que era de pleno conocimiento del tribunal.

Sostiene la apelante por otra parte, que el registro del juicio oral de acuerdo a los arts. 371 y 372 del Cód. Pdto. Pen., señala que no es evidente que única y exclusivamente sirvan a los efectos de los alegatos de las partes como afirma el a quo, por lo que resulta siendo legítimo y legal recurrir a las declaraciones que constan en el registro del juicio oral público y contradictorio, declaraciones que las hicieron en presencia de la parte contraria y del propio tribunal, por lo cual el argumento del tribunal carece de sentido lógico y sustento jurídico; más aún, si la excepcionista acreditó el transcurso del plazo respecto al delito atribuido, con las declaraciones efectuadas en audiencia de 2 y 18 de febrero de 2016. Solicita en definitiva, dejar sin efecto el Auto N° 35 de 18 de marzo de 2016, y se declare probada la excepción de extinción de la acción penal por prescripción.

Tercer motivo. Errónea interpretación y aplicación de los arts. 335 del Cód. Pen. y 27-8, 29-2, 30, 31, 308-4, 371 y 372 del Cód. Pdto. Pen. en el Auto N° 55/2015 que declara infundada la excepción de extinción de la acción penal por prescripción. En este motivo del recurso,

refiere la apelante que ante la interposición de la excepción de extinción por prescripción, el tribunal a-quo emitió resoluciones incongruentes y contradictorias, ya que en el Auto N° 35/2015 de 18 de marzo de 2016, el tribunal de juicio sostiene que el acta escrita es con fines de registro, empero, que dichas documentales no tienen valor probatorio, pues su propósito es demostrar la forma de su realización a los efectos de los alegatos de las partes; y en el Auto N° 55/2015 de 6 de abril de 2016 señaló que, "no ha presentado el acta pertinente, refrendada por las firmas de los miembros del tribunal y la señorita secretaria"; es decir, en audiencia de juicio oral de 18 de marzo de 2016, resolvió que las actas sean o no refrendadas no tienen valor probatorio para los efectos de la excepción interpuesta; sin embargo, habiendo transcurrido 18 días, dentro del mismo proceso, en fecha 6 de abril, exige la presentación del acta de registro de juicio, porque considera que tiene valor probatorio; incongruencia y contradicción - afirma la apelante-, que contraviene el principio de seguridad jurídica, argumentos que considera tiene como única finalidad, omitir pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión respecto a la extinción de la acción penal por prescripción.

Manifiesta que la extinción por prescripción opuesta en audiencia de 6 de abril de 2016, como prueba legal y pertinente, se remitió a la declaración de Elena Calderón Navarro y Paulino Montes Janco, recibidas en audiencias de juicio oral vía Skype, acreditando con dichas declaraciones de un giro final de 1000 dólares de 17 de marzo de 2011, dineros que fueron entregados a la acusada, información que considera novedosa, pues no consta en antecedentes anteriores, así como el certificado de REJAP de 23 de marzo de 2016, acreditando que no existe declaratoria de rebeldía. Afirma que sin admitir ni reconocer este último giro de dinero, y que en dicho supuesto, del giro de 17 de marzo de 2011 al 6 de abril de 2016 transcurrieron 5 años y 20 días, lapso de tiempo que no se debe a ningún acto que le pudiera ser atribuido, y que ante la inexistencia de declaratoria de rebeldía acreditada con el certificado, el fiscal se limita a realizar observaciones infundadas, y no se pronuncia ni presenta prueba alguna respecto a algún acto o actuación, como causal de interrupción de la prescripción, o la existencia de declaratoria de rebeldía; y en lo que hace a la acusación particular, refiere que sólo se adhirió a los argumentos del fiscal.

Sostiene que merced a los fundamentos expuestos, en razón al delito atribuido de estafa, en base a las normas legales que regulan el tratamiento de la excepción de extinción de la acción penal, y la jurisprudencia que sustenta su petición y que resulta siendo vinculante al caso de autos, tratándose de un delito instantáneo, y siendo que el momento de su consumación coincide con el de la última efectivización del pago estipulado, la resolución que declaró infundada la excepción planteada deviene de la errónea aplicación de los arts. 27-8, 29-2, 30, 31, 371 y 372 del Cód. Pdto. Pen., y que se tiene plenamente acreditada y fundada la excepción, al haber transcurrido 5 años y 20 días hasta el 18 de marzo de 2016, y no existir declaratoria de rebeldía; sostiene luego, que el argumento del auto confutado carece de sentido lógico y jurídico, por cuanto las disposiciones legales citadas exigen la acreditación con prueba idónea, del transcurso del plazo, el que dentro de las previsiones del art. 335 del Cód. Pen. debe ser superior a 5 años, aspectos acreditados con prueba idónea, así como la inexistencia de declaratoria de rebeldía, con lo cual queda desvirtuado el fundamento de declaración de infundado de la excepción interpuesta; solicitando en definitiva, e invocando jurisprudencia sobre el particular, dejar sin efecto el Auto N° 55/2015 de 6 de abril de 2016, declarando probada la excepción de extinción de la acción penal por prescripción.

Cuarto motivo. Errónea valoración de la prueba y contravención del art. 124 y 359 primera parte del Cód. Pen. en relación a la sentencia. En este motivo, refiere la apelante en base a los fundamentos de la sentencia en el punto III de fundamentación fáctica, que parte directamente de una conclusión subjetiva, asumiendo que la acusada estafó a Elena Calderón, por lo que la decisión final que asume el tribunal, es predecible y expresada en la condena dispuesta, dado que con esa calificación anticipada de la responsabilidad penal de la acusada, sin que se haya realizado la valoración de las pruebas producidas, contraviene el art. 359 primera parte del Cód. Pdto. Pen. Por otra parte, afirma que consta también en dicha fundamentación fáctica, otra afirmación en sentido de que las víctimas inducidas en error realizan giros estableciendo los montos, fechas y los nombres de las personas a quienes se efectuó dicho giro.

Identificando el punto IV Fundamentación probatoria, respecto a las pruebas de cargo producidas por el Ministerio Público, y la documental citando la MP-3 y la MP-5, y la conclusión N°3, acusa defectuosa valoración de la prueba, ya que las citadas pruebas, incluida la MP-4, acreditan únicamente -dice-, que Elena Calderón y Paulino Montes Janco, realizaron los giros desde España, y no existe otro elemento probatorio que mínimamente permita aseverar que la acusada haya recibido los montos de dinero girados, ya que no existe sustento jurídico para justificar la acreditación de estos giros, por la sola y única aseveración de las víctimas, y no haberse producido otra prueba que permita acreditar la recepción de ese dinero por parte de la acusada, quien declaró no haber recibido esos dineros, afirmación que también debió ser valorada y no sólo las de las víctimas, contraviniendo así el art.359 del Cód. Pdto. Pen. en su primera parte.

Sostiene que es tan deficiente la valoración de la prueba por parte del a quo, que se pronuncia en base a supuestos, ya que el nombre de la beneficiaria de uno de los giros Cinthya Marisel Otero Llori, sea Cinthia Masiel Otero Lion i o Amalia Navarro Taboada, sea Amali Navarro Taboada, pero además, sostiene que el tribunal se pronuncia sin el menor sustento probatorio y en base a supuestos, ya que asume que Augusto Navarro Torrez, es padre de Pamela Elizabeth Calderón Vildoso, cuando en realidad el padre responde al nombre de Ramiro Navarro, y esta persona no recepcionó giro alguno de Elena Calderón, valoración deficitaria que contraviene el art. 359 primera parte del Cód. Pdto. Pen.

Sostiene también la apelante, que no existe elemento probatorio alguno que acredite que los giros enviados a Cinthya Marie! Otero, Amalia Navarro y Augusto Navarro, hayan sido entregados a la acusada, pues en juicio no prestaron su declaración, y nunca manifestaron que hayan entregado los giros de dinero a la acusada; resultando una mera presunción la supuesta entrega de dineros girados, lo cual también contraviene el art. 359 primera parte del Cód. Pdto. Pen.

Afirma que la conclusión 4 y el punto IV de la fundamentación probatoria de la sentencia, evidencian las contradicciones del testimonio de Elena Calderón Navarro, pero además, cuestiona el hecho de que el tribunal asume que el último giro se realizó el 17 de marzo de 2011, cuando Elena Calderón afirmó, que el último giro lo efectuaron en el año 2013, sin que el tribunal haya considerado las múltiples contradicciones e incongruencias de la declaración de Elena Calderón, lo cual contraviene el art. 359 primera parte del Cód. Pdto. Pen.

Sostiene que el tribunal a-quo asume decisión con argumentos subjetivos, al margen de cualquier sentido de racionalidad, al señalar en la conclusión 4, que la acusada les decía "todo está perfecto" (término que expresa la acusada en su declaración en juicio, y coincide con lo

declarado por el testigo de cargo Paulino Montes Janco); es decir -señala la apelante- que en el entendimiento del tribunal, la prueba que establece la responsabilidad de la acusada se reduce a la frase "todo está perfecto", fundamento que resulta impertinente y fuera de contexto, contraviniendo el art. 359 primera parte del Cód. Pdto. Pen., solicitando ante la defectuosa valoración de la prueba que acusa, la anulación total de la sentencia.

Quinto motivo. Errónea aplicación del art. 335 del Cód. Pen. en la sentencia.

Sobre el particular, analizando el tipo penal de estafa y los elementos constitutivos del mismo relacionado con el punto VI de la fundamentación jurídica de la sentencia confutada, sostiene la apelante, que el tribunal a quo confunde los elementos constitutivos del tipo penal con las características derivadas del concepto del delito en general, más aún, si se toma en cuenta que el tipo penal describe conductas, y este marco descriptivo debe cumplirse de manera taxativa y precisión en la conducta que crea el riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido, requiriendo además, de una interpretación valorativa, expresando la existencia o no de la afectación al bien jurídico tutelado, por tanto demostrar la presencia de los elementos constitutivos exigidos por el tipo penal; a partir de ello, acusa que el tribunal a-quo, erróneamente, llega a conclusiones a partir de justificar la existencia del delito en la conducta de la acusada, cuando en realidad y para fines jurídicos, debió fundamentar la subsunción de la conducta ilícita en el marco del tipo penal de estafa, extremo incumplido por el a-quo, y en dicho mérito, contraviene al A.S. N° 231/2006, que refiere a la imprescindible realización del trabajo de subsunción del hecho con el tipo penal en el que se subsuma la conducta tachada de delictiva, ocurriendo lo propio con el A.S. N°431/2006, cuya doctrina legal establece que la calificación del hecho a un tipo penal determinado, es en razón a describir primeramente el hecho, para luego comparar las características de la conducta ilícita con los elementos constitutivos del delito; en tal sentido, sostiene la apelante que el tribunal a-quo omitió realizar adecuadamente el trabajo de subsunción del hecho con el tipo penal en el que se subsuma la conducta de la acusada tachada de delictiva, pues en derecho penal, no se admiten presunciones, trabajo que debe cumplirse de manera obligatoria e ineludible, dado que la inexistencia o ausencia en la conducta de una sola de las condiciones exigidas, generan la atipicidad de la conducta del sujeto, de donde resulta legalmente exigible la anulación total de la sentencia.

Sexto motivo. Errónea aplicación del art. 335 del Cód. Pen. en la sentencia.

La apelante en este motivo recursivo, invocando la jurisprudencia del A.S. N°237 que refiere a los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, y vinculando al punto VI de la fundamentación jurídica de la sentencia confutada, desde su perspectiva, a la existencia del engaño o artificios que tienen relación con el punto III fundamentación fáctica, sostiene que la disposición patrimonial no fue producto de engaños o artificios utilizados, ya que la decisión de adquirir un inmueble o lote fue de Elena Calderón y Paulino Montes en España, y la entrega de dineros a la acusada, fue producto de la confianza que existía, pues como sostiene el tribunal eran primas, extremo que tiene sustento en la propia aseveración del tribunal en el punto VI Fundamentación jurídica, de donde concluye que no es evidente que Elena Calderón haya realizado la disposición patrimonial por encontrarse en error, pues habiendo decidido adquirir un inmueble o un lote de terreno, por la confianza que tenían en la acusada, determinan abrir una cuenta y entregarle un monto de dinero, con la finalidad de que adquiera un inmueble, por lo que los montos de dinero la acusada los tenía lícitamente, sin embargo, afirma que aprovechando de esa confianza, la acusada procede a utilizar el dinero sin autorización de Elena Calderón y en otros fines y no el acordado, por tanto afirma, se demuestra la inexistencia de uno de los elementos constitutivos del tipo penal estafa, por lo que -dice- se encuentra en dicho mérito acreditada la errónea aplicación del art. 335 del Cód. Pen.

Sostiene la apelante, que en cuanto a la relación de causalidad entre la conducta activa y el resultado, en la sentencia confutada no consta fundamentación alguna realizada en relación a este elemento, con lo que objetivamente se establece, la inexistencia de uno de los elementos constitutivos del tipo penal estafa, lo cual también contraviene la doctrina contenida en el A.S. N°431/2006. Con referencia al elemento psíquico, o sea, la voluntad de engañar; parafraseando a Francisco Muñoz Conde, y en relación al punto VI de la fundamentación jurídica respecto al dolo, sostiene la apelante que el a-quo, erróneamente, determina la existencia de su conducta dolosa en actos realizados por Elena Calderón y Paulino Montes, consistentes en los envíos de dinero, sin referir mínimamente cómo se expresa el dolo en su conducta, pues los giros sólo acreditan que los acusadores realizaron giros desde España, y no existe elemento probatorio que permita aseverar, que la acusada haya recibido los montos de dinero, porque los beneficiarios de los giros no fueron ofrecidos como testigos, por lo que caree de sustento jurídico que el a-quo acredite el dolo con actos realizados por los acusadores. En definitiva, acusa la apelante que la sentencia carece de fundamento y motivación respecto a la existencia de dolo en su conducta, con relación al tipo penal de estafa.

Respecto al elemento de enriquecimiento del sujeto activo y la disminución del patrimonio de la víctima, acusa la apelante que la Sentencia no contiene fundamentación alguna, lo cual implica la inexistencia de uno de los elementos constitutivos del tipo penal de estafa; y que tomando en cuenta el A.S. N°431/2006, se tiene -dice- acreditada la errónea aplicación del art. 335 del Cód. Pen.

Manifiesta que por lo referido, la Sentencia confutada adolece de precisión sobre la adecuación del hecho ilícito a los elementos constitutivos del delito de estafa, al no cumplir con la explicación jurídica legal detallada de que el acto imputado se subsume a la norma general prohibitiva, contraviniendo así el principio de legalidad que implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene la acusada frente a la decisión judicial, que debió ser adoptada en el marco de la aplicación objetiva de la ley, por lo que acusa que la sentencia adolece de defecto, en los términos expresados en el A.S. N°418/2006, solicitando por ello la anulación total de la sentencia.

Séptimo motivo. Inobservancia de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen. vulnerando lo previsto en los núms. 1, 5 y 10 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto, la apelante acusa omisión de una debida y correcta fundamentación de la sanción que se le impuso, siendo que la debida fundamentación sobre la decisión de imponer la pena máxima de 5 años de privación de libertad, sólo se encuentra en la psiquis de sus condenadores, transcribiendo al efecto parte de la sentencia relacionada a la imposición de la pena, para luego afirmar que el único fundamento para condenarle a la pena de 5 años, es que supuestamente engañó a un familiar sin que se haya acreditado el grado de parentesco, el grado

de familiaridad, la confianza que existía, sin indicar cómo es que la familiaridad es motivo suficiente para imponerle la pena máxima, como es que la escala de la pena, es decir de un año que es lo mínimo, se decidió imponerle cinco años, extremos que evidencian que el tribunal a quo no realizó una suficiente fundamentación respecto a la pena, aspecto que solicita sea reparado directamente y se le imponga una sanción acorde a los antecedentes, invocando al efecto precedentes contradictorios.

CONSIDERANDO: Que establecidos en los términos expuestos los motivos de apelación, corresponde inicialmente verificar y establecer si la impugnante subsanó los defectos del recurso observados por providencia de 28 de junio de 2016 (fs. 1615), al cumplimiento del art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; habiéndose observado respecto al cuarto motivo del recurso: a) no indica la norma habilitante de su recurso, b) tampoco señala cuáles las reglas de la sana crítica hubieran sido omitidas por el tribunal a quo, c) no indica de manera clara y concreta la aplicación que pretende. En el quinto motivo: a) no señala la norma habilitante de su recurso. En el sexto motivo: a) no señala la norma habilitante de su recurso, b) no señala cuáles reglas de la sana crítica hubieran sido omitidas por el tribunal a quo. En el séptimo motivo: a) no señala la aplicación que pretende de cada una de ellas.

Que en ese marco, se tiene que la recurrente ha presentado el memorial que cursa a fs.1620-1624, de cuya lectura se evidencia y concluye, que la apelante cumplió parcialmente lo observado, subsanando suficientemente el recurso en cuestión, excepto en el motivo cuarto inciso b) que será explicado a tiempo de considerar el motivo señalado; por lo que cumpliendo la doctrina legal aplicable emanada del Tribunal Supremo, que impone al tribunal de alzada ingresar al fondo pese a observaciones, si se ha continuado con la tramitación de la apelación - audiencia de fundamentación oral- luego de efectuarlas; pasa a analizar y resolver en los términos siguientes:

I.- Que en relación a los tres motivos primeros del recurso que tienen relación con la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, corresponde inicialmente precisar, siguiendo la jurisprudencia nacional que, el art. 308-4 relacionado con el art. 27-8 del Cód. Pdto. Pen., regula el tratamiento de la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, concebido desde la óptica doctrinal como el instituto jurídico penal que, en mérito del transcurso del tiempo, busca la extinción de la función castigadora del estado, en razón a una ausencia de necesidad de pena, seguridad jurídica y economía judicial; es decir, la posibilidad de ejercitar una acción penal sea pública, de instancia de parte o privada, exige circunstancias o plazos, que no cumplidas aquéllas o sobrepasados éstos, ponen fin a la persecución penal, por una parte; por otra parte, en relación al cómputo del plazo de la prescripción, resulta importante tener presente que la doctrina constitucional, interpretando el contenido de la norma procesal sobre el instituto en cuestión, ha establecido de forma clara, que la prescripción comienza a correr, según nuestro ordenamiento procesal penal, desde la medianoche del día en que se cometió el delito para las infracciones penales de carácter instantáneo; y que, en los delitos de carácter permanente, la prescripción comienza a correr desde el momento en que cesa su consumación.

Que, efectuada esa puntualización, en relación al primer motivo del recurso, que impugna el Auto Interlocutorio N° 216 de 10 de diciembre de 2015, alegando errónea interpretación y aplicación de los arts. 335 del Cód. Pen. y 27-8, 29-2, 30, 31 y 308-4 del Cód. Pdto. Pen.; el acta de audiencia da cuenta que la apelante se reservó el derecho de impugnación para apelación restringida, lo que se efectivizó en los términos ya relacionados, abriendo la competencia de este tribunal para pronunciamiento al efecto; y, a tal objeto, este tribunal de alzada concluye del análisis de la resolución confutada, que la razón de la decisión en que se declaró infundada la excepción planteada, se basa en el hecho de que la acusada, durante el desarrollo de la etapa preparatoria, ya opuso la excepción de prescripción con los mismos motivos y fundamentos expresados, exceptuando la fecha a computarse en relación al delito de estafa que le fuera atribuida; y que en dicha oportunidad, fue declarada improbadamente, y apelada que fue tal decisión, en alzada fue declarada inadmisiblemente dicha impugnación; en tal sentido, por el similar fundamento y el mismo argumento, considero el tribunal a quo, que no puede ser considerada como una causal sobreviniente, porque los mismos motivos y fundamentos ya fueron dilucidados con anterioridad en una similar excepción.

En yuxtaposición a tales fundamentos del fallo referido, la ahora apelante sostiene que el fundamento del fallo impugnado carece de sentido lógico y de sustento jurídico, y que contraviene la S.C. N° 283 de 13 de marzo de 2013, al sostener que en virtud al principio de legalidad, no puede aceptarse la construcción jurisprudencial de este delito, y menos que ese entendimiento sea aplicado contra el imputado; que el pretender exigir una causal sobreviniente constituye una construcción jurisprudencial que violenta al principio de legalidad, toda vez que la norma legal exige tan sólo la acreditación, con prueba idónea, del transcurso del plazo y la inexistencia de declaratoria de rebeldía, y que en autos, existe un motivo y fundamento diferente, que desde el mes de noviembre 2009 al 16 de abril de 2015 han transcurrido 5 años, 4 meses y 16 días y desde noviembre de 2009 al 10 de diciembre de 2015 transcurrieron 6 años y 10 días, por lo que considera que este nuevo tiempo transcurrido constituye un motivo y fundamento diferente.

Que al respecto, resulta importante puntualizar, que la L. N° 586 de descongestión y efectivización del sistema procesal penal, incorpora modificaciones importantes que tienen relación con la regulación normativa de las excepciones e incidentes, motivadas en la necesidad de agilizar los trámites de las causas penales, a efectos de descongestionar el sistema penal y reducir la retardación de Justicia, para garantizar una Justicia pronta, oportuna y eficaz en el marco de la Constitución Política del Estado, cual establece el art. primero de la citada ley, y en definitiva, evitar las actuaciones dilatorias de las partes en el normal desarrollo del proceso; en tal sentido el art. 314-I, respecto al trámite de las excepciones e incidentes, limita su planteamiento ante el juez de instrucción dentro de los diez días computables a partir de la notificación con el inicio de la investigación. preliminar por una parte; por otra parte, el párrafo tercero establece una excepción Cuando se trata de la extinción de la acción penal, posibilitando su planteamiento durante la etapa preparatoria o juicio oral; esta excepción responde al hecho de que, es precisamente durante estas etapas, que puede producirse la prescripción de la acción penal, o el cumplimiento del plazo máximo de duración del proceso, sin que ello importe necesariamente, en sentido lato, causal "sobreviniente", que justifique el planteamiento reiterado de una excepción o incidente; sobre el particular, el precedente obligatorio contenido en la S.C. N° 759-S2 de 8 de julio de 2015 señala: "En este sentido, queda establecido que las excepciones descritas en el art. 308 del Cód. Pdto. Pen., puedan presentarse en más de una oportunidad, empero con motivos diferentes y aun tratándose de la misma excepción pero con origen diferente. Así lo ha establecido la amplia jurisprudencia

constitucional generada por este tribunal, cuyo entendimiento se encuentra recogido en las SS.CC. Nos. 2121/2013 de 21 de noviembre y 2475/2012 de 28 de noviembre, entre otras".

De ello cabe recalcar, que para evitar el uso indiscriminado de medios defensivos con afanes puramente dilatorios, el parág. IV del art. 314 del Cód. Pdto. Pen., establece con meridiana claridad, que el rechazo de las excepciones y de los incidentes impedirá que sean planteados nuevamente por los mismos motivos; en tal sentido, en autos la excepción de extinción de la acción penal por prescripción tiene como motivo y fundamento el transcurso del tiempo o el plazo de la prescripción de la acción; y siendo ello el marco que delimita el debate de la excepción, resulta siendo que el motivo de la excepción planteada por la acusada ante el tribunal a-quo que motivó la emisión del Auto N° 216 de 10 de diciembre de 2015, fue debatido y resuelto por Auto interlocutorio de 16 de abril de 2015, en cuyo mérito, conforme relaciona el auto impugnado en la razón de su decisión, el motivo de la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, resulta siendo el mismo motivo ya resuelto con anterioridad, que si bien refiere un tiempo transcurrido mayor al que inicialmente se invocó, ese transcurso adicional carecía de trascendencia en relación al plazo de prescripción que ya en anterior oportunidad se alegó como vencido, lo que acredita que efectivamente, cual afirma el a-quo, el motivo de la excepción ya fue resuelto; por lo que no resultan acogibles las alegaciones de la apelante, en cuyo mérito deviene in procedente el primer motivo del recurso.

II. Que, con referencia al segundo motivo del recurso que se examina, en el que impugna el Auto Interlocutorio N° 35 de 18 de marzo de 2016, alegando errónea interpretación y aplicación de los arts. 335 del Cód. Pen. y 27-8, 29-2, 30, 31y 308-4 del Cód. Pdto. Pen., del que la apelante se reservó el derecho de impugnación en apelación restringida, cual da cuenta el acta pertinente; en cuyo mérito se abre la competencia de este tribunal para pronunciamiento; y al respecto, del análisis de la resolución confutada, se establece, que la razón de la decisión que declaró infundada la excepción planteada, versa en la omisión por parte de la acusada de la presentación de prueba idónea y pertinente al efecto, cuestionando en primer término, el certificado del REJAP, dado que el mismo no fuera una documental actualizada y desconocer lo acontecido durante la etapa preparatoria, en y de ello no basta la alegación de la defensa para dar por acreditado que anteriormente la imputada no fue declarada rebelde, por una parte; por otra parte, el a-quo tampoco considera idónea y pertinente la documental presentada, consistente en el acta del registro del juicio, en razón a los arts. 371 y 372 del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto, la apelante sostiene que el Ministerio Público no se pronunció ni presentó prueba respecto a la existencia de algún acto o actuación que pueda ser atribuido o responsabilizado a la acusada como causal de interrupción del plazo o la existencia de una declaratoria de rebeldía, y además, cuestiona el excesivo formalismo y ritualismo del tribunal a-quo en la exigencia de prueba, dado que la excepción fue formulada en el desarrollo del juicio oral, por lo que era de pleno conocimiento del tribunal la inexistencia de declaratoria de rebeldía.

Al respecto es importante precisar, que la carga de la prueba corresponde a quien alega una pretensión, y en el caso particular a quien opuso la excepción de extinción de la acción penal por prescripción, dado que el trámite dispuesto por la norma adjetiva penal -art. 314 del Cód. Pdto. Pen.-, exige precisamente que las excepciones e incidentes deban ser presentados con prueba idónea y pertinente; en tal sentido, mal puede la ahora apelante exigir al Ministerio Público, correr con la carga de la prueba que sólo incumbe al incidentista, por una parte; por otra parte, uno de los presupuestos o requisitos para la tramitación de una excepción o incidente, es precisamente no sólo el ofrecimiento sino la presentación acompañada a la solicitud de prueba idónea y pertinente, cual se reitera, exige el art. 314-I del Cód. Pdto. Pen., consecuencia de ello, el ofrecimiento y presentación de prueba idónea y pertinente que sustente una excepción o incidente, resulta siendo una cuestión esencial, es decir, constituye un requisito de procedencia, y no tan sólo una cuestión formal como erróneamente infiere la ahora apelante, en cuyo mérito, este tribunal no advierte ilegalidad ni logicidad en el auto confutado, ni vulneración de las normas legales invocadas por la apelante, de ello deviene la improcedencia del segundo motivo del recurso de apelación.

III. Que en relación al tercer motivo del recurso, que impugna el Auto Interlocutorio N° 55 de 6 de abril de 2016, alegando errónea interpretación y aplicación de los arts. 335 del Cód. Pen. y 27-8, 29-2, 30, 31y 308-4 del Cód. Pdto. Pen.; al respecto, de la revisión del acta de registro del juicio oral, se advierte que la ahora apelante no hizo reserva de recurrir una vez emitida la resolución que impugna, dado que si en audiencia de Juicio, una excepción o incidente es planteado, tramitado y declarado infundado, y se considera que causa agravio, las partes deben reservarse, en cumplimiento del art. 407 del Cód. Pdto. Pen., el derecho de impugnar la decisión adoptada junto con la sentencia, a través de la apelación restringida, ello en función a las razones de orden procesal expuestas y razonadas por la jurisprudencia nacional, entre otras contenida en el precedente obligatorio de la S.C. N° 421 de 22 de mayo de 2007; y, siendo que en el presente caso, no consta la reserva de recurrir; el tercer motivo del recurso corresponde, sin ingresar al fondo, rechazar por inadmisibles, en aplicación del art.399 segundo párrafo, dado que se trata de un requisito insubsanable.

IV. Que con referencia al cuarto motivo del recurso de apelación restringida, en el que la apelante acusa errónea valoración de la prueba y contravención de los arts. 124 y 359 primera parte del Cód. Pdto. Pen.; al respecto, cabe precisar inicialmente, que este motivo del recurso fue observado y subsanado en parte, no así respecto a la omisión de señalar las reglas de la sana crítica omitidas por el tribunal a-quo en la valoración de la prueba; pues analizado el memorial de subsanación en relación al punto observado en cuestión, reitera parte de los fundamentos de su memorial principal respecto en tal motivo del recurso, y en el de subsanación, de manera ambigua e imprecisa, sostiene que el tribunal a-quo omite pronunciar sentencia bajo el principio de razón suficiente y la experiencia común, que sostiene, conforman el conjunto de principios de la recta razón o sana crítica, sin especificar en qué parte de la sentencia, cuáles de las reglas de la sana crítica fueron omitidas por el tribunal en el proceso de valoración de la prueba y por qué afirma ello, además que tampoco individualizada respecto de qué pruebas específicamente, referidas a la documental o testifical producida en autos se hubiere incurrido en tales defectos, limitándose a señalar imprecisiones en la sentencia respecto a algunos nombres y la relación con los sujetos procesales, que en criterio de este tribunal, no hacen al fondo de la cuestión que tenga relación con la omisión de las reglas de la sana crítica en el proceso de valoración; omisiones puntualizadas, que impiden a este tribunal realizar el control de legalidad y logicidad en el proceso de valoración de la prueba; y dado que, fue agotada la primera parte del art. 399 del Cód. Pdto. Pen., y persiste el defecto, corresponde la aplicación de la segunda parte de dicha norma, toda vez

que las observaciones efectuadas, son de inexcusable observancia en el instituto procesal activado, en cuyo mérito, corresponde rechazar por inadmisibles el cuarto motivo del recurso de apelación restringida.

V. Que en cuanto a los motivos V y VI del recurso de apelación restringida, acusando ambos, la errónea aplicación del art. 335 del Cód. Pen., motivo por el que serán abordados y resueltos de forma conjunta en la presente resolución.

Que sobre el motivo V, se evidencia que la apelante delimita su pretensión en el cuestionamiento de la fundamentación jurídica de la sentencia, al afirmar que el tribunal a-quo confunde los elementos constitutivos del tipo penal con las características derivadas del concepto de delito en general, y afirmando que específicamente no fundamentó el trabajo de subsunción de la conducta ilícita en el marco del tipo penal de estafa, contraviniendo así la doctrina legal inserta en los AA.SS. Nos. 231/2006 y 431/2006, tarea de subsunción de inexcusable cumplimiento, dado que la inexistencia o ausencia en la conducta, de una sola de las condiciones exigidas, generan la atipicidad de la conducta del sujeto, por una parte; por otra parte, la apelante en el motivo VI, desglosando los elementos constitutivos del tipo penal de estafa, sostiene que objetivamente, se demuestra la inexistencia de los elementos referidos a engaños o artificios, a la relación de causalidad entre la conducta activa y resultado, al elemento psíquico o voluntad de engañar, así como respecto al enriquecimiento del sujeto activo y la disminución del patrimonio de la víctima.

Que respecto a tales reclamaciones, resulta imprescindible inicialmente precisar, que el tipo de injusto previsto en la sanción del art. 335 del Cód. Pen. constituye un delito de orden patrimonial, cuyos elementos constitutivos desagregados de la norma resultan siendo: a) la existencia de una representación; b) que dicha representación engañe e induzca al error de la víctima; c) que exista disposición patrimonial; d) que esa disposición patrimonial cause perjuicio a la víctima; y e) la relación de causalidad entre la conducta activa y el resultado; constituyendo el verbo rector del tipo de injusto "intención de obtener beneficio económico indebido"; y, en cuanto al elemento subjetivo, prevé la realización dolosa del tipo, por una parte; por otra parte, y en relación a la tarea de subsunción, la uniforme jurisprudencia ha establecido claramente, que es imprescindible la concurrencia de todos los elementos del tipo de injusto, objetivos y subjetivos, detallados en el tipo penal en el cual se pretende subsumir la conducta del imputado.

Bajo esa precisión doctrinal y jurisprudencial, del análisis de la sentencia confutada, en lo que hace a la fundamentación jurídica (numeral VI, fs. 1511 vta., al 5122 vta.), se advierte en ella, que ciertamente adolece de precisión formal,- no transcribe el contenido del art. 335 del Cód. Pen., que es la base para precisar y desglosar los elementos constitutivos del tipo, para a partir de ello, adecuar a todos y cada uno de ellos, la conducta de la enjuiciada, que se hubiere dado por acreditada a partir de los elementos introducidos y valorados en la labor de subsunción del hecho en el tipo penal de estafa atribuido a la acusada, pues los que expone el a-quo, son conclusiones arribadas por el tribunal, que devienen de la valoración integral de la prueba, y que vincula a las normas generales referidas a la autoría, al dolo y a los conceptos generales de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; es decir, que expone conclusiones sin abordar a plenitud -cual se tiene dicho-, todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal descrito en el art. 335 del Cód. Pen. y subsumir a cada uno de ellos específicamente, las conductas descritas en las conclusiones; que analizadas, si bien permiten concluir prima facie, que la conducta de la acusada se subsume en los alcances del tipo de injusto atribuido, no es menos evidente que la tarea formal extrañada, de subsunción que es inexcusable, ha sido omitida por el a-quo; sin embargo, en criterio de este tribunal de alzada, se trata de una omisión que importa un vicio in iudicando, y como tal, en el marco del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., corresponde corregir directamente sin necesidad de un juicio de reenvío, toda vez que en autos, el hecho ilícito calificado como estafa, se encuentra debidamente comprobado en mérito a las conclusiones basadas en la valoración probatoria efectuada por el a-quo, por lo que la corrección directa del defecto detectado no importa revalorización de prueba ni revisión de hechos; por lo que se considera que no afectará la parte resolutive en cuanto a la determinación de autoría respecto del ilícito referido.

En tal mérito, se declara procedentes los motivos quinto y sexto de la apelación restringida; pero con el efecto ya referido, la aplicación del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., que se cumple en los términos que se exponen a continuación:

Al objeto antes dicho, se precisa que el tipo de injusto doloso previsto por el art. 335 del Cód. Pen. señala: "El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y con multa de sesenta a doscientos días", y, del análisis del tipo penal en concreto, emergen los siguientes elementos constitutivos: a) la existencia de engaños o artificios, como elemento objetivo del tipo de injusto que se encuentra materializado de manera expresa en las conclusiones 1 al 4, 6 al 9, 11 y 12 de la sentencia impugnada, que se resume en la acción desplegada por la acusada, tendiente a hacerles creer a las víctimas que les ayudaría a conseguir o adquirir un inmueble en remate y a bajo precio, pues la misma trabajaba en una institución bancaria, y con ello las induce a aperturar una cuenta bancaria alterna en el banco donde trabajaba (Fortaleza), recibiendo dineros y logrando que le enviaran más dinero para concretizar dicha compra, aprovechando que los acusadores particulares tenían como residencia la ciudad de Barcelona España, conclusiones que hallan sustento en las pruebas descritas en ellas, y se concretiza precisamente en lo que la doctrina denomina la representación y que dicha representación, engañó e indujo en error a las víctimas, en la creencia de que siendo la acusada una pariente cercana y que además trabajaba en una entidad bancaria, ciertamente les ayudaría a adquirir una propiedad inmobiliaria a bajo costo.

b) En cuanto al elemento disposición patrimonial y perjuicio, que se trasunta en el enriquecimiento del sujeto activo y la disminución del patrimonio de la víctima; en autos, las conclusiones a las que arribó el tribunal a-quo en las numeradas del 1 al 9, dan cuenta de la disposición patrimonial efectuada por los acusadores particulares en favor de la acusada en diferentes fechas y montos, inicialmente en la fecha de apertura de la cuenta bancaria, y posteriormente, a través de giros bancarios de manera directa en favor de la acusada y a través de terceros, quienes entregaron dichas sumas de dinero a la acusada; y, en contra partida a ello, la disminución del patrimonio de las víctimas, ocasionando así perjuicio en su patrimonio, aserciones que encuentran respaldo en las pruebas que sustentan las conclusiones de referencia.

Bajo este contexto, la necesaria relación de causalidad entre la conducta activa de la acusada y el resultado de dicha acción, resulta por demás patente, en el sonsacamiento de dineros, por ende el perjuicio económico como resultado de la acción de la acusada (descrita en el elemento disposición patrimonial), quien empleando para ello artificios y engaños indujo en error a sus víctimas (en los términos expresados en el elemento engaños o artificios), para lograr sonsacar dineros, por ende un beneficio económico indebido expresado en las conclusiones arribadas por el tribunal a-quo.

Finalmente en cuanto al elemento subjetivo, el tipo de injusto descrito en el art. 335 del Cód. Pdto. Pen., sólo prevé la realización dolosa del mismo, elemento que se encuentra desarrollado en la fundamentación jurídica de la sentencia y que tiene relación estricta con las conclusiones 11 y 12 de la sentencia confutada.

Que en mérito a lo especificado precedentemente, este Tribunal de Alzada concluye que en el caso de autos, se han acreditado los elementos configurativos del tipo penal estafa, de ello se afirma cual correctamente –pese al defecto referido- ha concluido el A-quo, que la acusada con su acción, subsumió su conducta al tipo de injusto doloso previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.

VI. Que con relación al motivo séptimo del recurso de apelación, en el que se acusa la inobservancia de los arts. 37 al 40 del Cód. Pen. vulneratorio de los numerales 1, 5 y 10 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; al respecto, es imprescindible puntualizar que la determinación judicial de la pena, en el marco de la Ley Sustantiva Penal, si bien concede amplia discrecionalidad al juzgador en la individualización de la pena a cada caso concreto, ésta encuentra límites: primero, en el marco legal que establece la pena mínima y la máxima; y segundo, en la inexcusable obligación de motivar el ejercicio de dosimetría penal en la determinación del quantum de la pena en concreto, pero siempre dentro de tales límites.

Al efecto, el art. 37 del Cód. Pen., en cuanto a la fijación de la pena, establece dos grados (mínimo y máximo) para la determinación de la pena, al establecer que dicha determinación se la efectúa dentro de los límites legales, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, tomando conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del delito. Por su parte, el art. 38 de dicho cuerpo legal, establece circunstancias subjetivas respecto a la personalidad del autor; en tanto que los art. 39 y 40 del mismo cuerpo legal, establecen las circunstancias atenuantes especiales y generales.

Que en el caso de autos, del análisis de la sentencia confutada, se tiene que en yuxtaposición a los motivos del recurso de apelación restringida sobre el tema en cuestión, se evidencia que la imposición de la pena a la autora del delito, no tiene relación con la motivación que llevó al tribunal a determinar la pena máxima, que si bien cita en la fundamentación las disposiciones de la ley sustantiva penal referidas, la decisión no se encuentra debidamente motivada en relación a ellas, dado que no se explican, ni especifica la base probatoria vinculada, a los factores que incidieron para aplicar el quantum de la pena en concreto, en autos, la pena de cinco arios de privación de libertad; es decir, la pena máxima del tipo penal estafa; no emerge de la exposición del a-quo, cuáles de los factores ni por qué hacen que en el caso concreto sean aplicables a la autora la pena máxima y no otra; limitándose en lo esencial a afirmar, por una parte, "que es razonable aplicarle la pena máxima por haber engañado a un familiar", "no temió defraudar la confianza de un familiar"; y por otra, "no obstante que es una persona joven y profesional, tiene capacidad para comprender la antijuricidad de su acción", "es una persona cuya capacidad de conducirse o comportarse conforme a esa comprensión está notoriamente comprobada, por cuanto no se restringió moral ni legalmente la acción cometida".

Concluyendo este tribunal de alzada, que lo expuesto por el a-quo, no resulta suficiente para dar por cumplido el mandato de los arts. 37 al 40 al momento de imponer a la ahora apelante la pena máxima prevista en el art. 335 del Cód. Pdto. Pen.; concluyendo también este tribunal, que este defecto, si bien hace a la procedencia del séptimo motivo recursivo, constituye un vicio in iudicando en la individualización judicial de la pena, lo que permite al tribunal de alzada, reparar directamente el defecto sin necesidad de un juicio de reenvío, cual prevé el art. 414 del Cód. Pdto. Pen.; y a tal objeto se pronuncia en los siguientes términos:

Que es pertinente recordar inicialmente, que a partir de la interpretación normativa que regula el tratamiento de la individualización judicial de la pena, se debe tomar en cuenta, como punto de partida, los fines que persigue la pena, que deben guardar relación con los principios de un estado social y democrático de derecho; en tal sentido, cual ya se refirió, la pena debe estar adecuada en los límites del mínimo y máximo de la pena prevista en abstracto en la norma sustantiva, tomando en cuenta los siguientes factores: a) la personalidad del autor, b) la mayor o menor gravedad del hecho y, c) las circunstancias y las consecuencias del delito, materializadas en las circunstancias atenuantes y agravantes del mismo.

Bajo esta precisión, el tipo de injusto doloso de estafa, prevé una sanción de 1 año (grado mínimo) a 5 años (grado máximo), de privación de libertad, en este contexto, conforme establece la propia sentencia confutada, la autora del delito es una persona joven (35 años), con grado de instrucción universitaria (Ingeniera Comercial), y tiene dos hijos bajo su dependencia, no se refieren antecedentes penales - referencias relacionadas a la personalidad de la autora-

Con relación a la mayor o menor gravedad del hecho, la autora en razón a su formación y no obstante el grado de familiaridad con los acusadores, en principio no le importó desplegar acciones de engaño para lograr la disposición patrimonial de parte de los acusadores en su propio beneficio, mucho menos le importó el trabajo sacrificado realizado por las víctimas en un país extraño, quienes para enviar los dineros pensando que hacían una buena inversión, se privaron de satisfacer hasta de necesidades personales básicas.

En cuanto a las consecuencias del delito y la cantidad de dinero que fue sonsacado por la autora del mismo, ha ocasionado sin lugar a dudas grave perjuicio en la economía de las víctimas al verse frustradas de obtener el beneficio prometido por la acusada, viendo infructuosa toda una vida de trabajo en un país extraño al suyo y perdidos los ahorros fruto del trabajo realizado.

Estos factores que constituyen circunstancias que hacen al mayor reproche de la conducta de la acusada, permiten establecer la pena base en el proceso de determinación de la misma, que corresponde en mérito a ello, establecer en el grado medio superior (medio al máximo previsto en abstracto); es decir, una pena de tres arios de privación de libertad sobre cuya base, corresponde establecer las circunstancias

atenuantes especiales y generales, previstas en los arts.39 y 40 del Cód. Pdto. Pen. respectivamente, así como las circunstancias que permitan agravar la sanción; no existiendo en autos ninguna atenuante especial ni general que considerar, toda vez que en esta última categoría no existe evidencia alguna que acredite la existencia de alguna atenuante especial, menos circunstancias generales ni especiales previstas en la ley, que permitan agravar la sanción, aún la conducta amerite el máximo reproche moral y ético; en cuyo mérito, en criterio de este tribunal, establecido el quantum en mérito a las reglas de la docimetría penal, corresponde en autos, imponer la pena en su grado medio, de tres años de reclusión a cumplirse en los términos establecidos por el tribunal a-quo.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la atribución prevista en el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen.; en mérito a los fundamentos expuestos, y en aplicación de las disposiciones legales invocadas, arts.414 y 399 segundo párrafo del Cód. Pdto. Pen.; declara: A) IMPROCEDENTES los motivos primero y segundo del recurso de apelación; PROCEDENTES los motivos, quinto, sexto y séptimo, sin lugar a reenvío; RECHAZA por inadmisibles los motivos tercero y cuarto del meritado recurso presentado por Pamela Elizabeth Calderón Vildozo. B) Por la procedencia dispuesta en cuanto a los motivos quinto y sexto: Con los fundamentos adicionales y en los términos contenidos en el numeral v del considerando precedente, téngase por complementada la sentencia confutada en su numeral "VI.- Fundamentación jurídica"; en aplicación del art.414 del Cód. Pdto. Pen. C) Por la procedencia dispuesta del séptimo motivo recursivo: REVOCA parcialmente, el numeral "VIII: Determinación de la pena" y el "Por tanto" de la sentencia impugnada; sólo en cuanto se refieren a la determinación del quantum de la pena a imponerse a la enjuiciada; determinándose sea ésta de 3 (tres) años de reclusión en los términos establecidos por el tribunal a quo.

Quedando incólume en todo lo demás la sentencia confutada.

La presente resolución puede ser recurrida de casación en el plazo y en la forma prevista por los arts. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen.

La fecha de la presente resolución, responde a la sobrecarga procesal de la relatora, entre otros, por la priorización de audiencias y resoluciones de apelaciones de medidas cautelares y acciones de defensa, elaboración de informes; revisión y corrección de actas y proyectos, dirimiciones y elaboración de segundos proyectos.

Vocal relatora: Dra. Elena Lowenthal C. de Padilla.

Regístrese notifíquese.

Fdo.- Dres.: Elena Lowenthal C. de Padilla.- Hugo Córdova Eguez.

Ante mí: Abg. Juan Jorge Caballero Laguna. Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 8 de noviembre de 2016, cursante de fs. 1708 a 1710 vta., Gregoria Sosa de Pallares en su condición de apoderada de la acusadora particular, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 325/2016 de 28 de octubre, de fs. 1673 a 1685 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca integrada por los Vocales Elena Esther Lowenthal Claros de Padilla y Hugo B. Córdova Eguez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Elena Calderón Navarro contra Pamela Elizabeth Calderón Vildozo, por la presunta comisión del delito de Estafa, tipificado por el art. 335 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia N° 9/2016 de 11 de abril (fs. 1496 a 1513), el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Pamela Elizabeth Calderón Vildozo, autora de la comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, más el pago de ciento cincuenta días multa a razón de Bs 10 por día, con costas, más daños y perjuicios en favor del Ministerio Público y la acusación particular.

Contra la mencionada sentencia, la imputada Pamela Elizabeth Calderón Vildozo interpuso recurso de apelación restringida (fs. 1536 a 1593 vta.) que previa subsanación (fs. 1620 a 1624 vta.), fue resuelto por A.V. N° 325/2016 de 28 de octubre, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que declaró improcedentes los motivos primero y segundo; y, procedentes los motivos quinto, sexto y séptimo sin lugar a reenvío y rechazó por inadmisibles los motivos tercero y cuarto del recurso planteado, disponiendo se tenga por complementada la sentencia confutada en su numeral "VI Fundamentación jurídica" (sic), en aplicación del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., y revocando parcialmente el acápite "VIII: Determinación de la pena" y el "Por tanto" de la sentencia impugnada, sólo en cuanto a la determinación del quantum de la pena a imponerse a la enjuiciada, modificando la misma a tres años de reclusión, quedando incólume en todo lo demás la resolución apelada, motivando la interposición de recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 28/2017-RA de 20 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

La recurrente denuncia que el tribunal de apelación a tiempo de reducir el quantum de la pena de 5 (cinco) a 3 (tres) años de reclusión, lo hizo sin la debida fundamentación de manera subjetiva, sin ponderar las agravantes existentes y actuando en sentido contrario a los parámetros establecidos por el A.S. N° 38/2013-RRC de 18 de febrero, cuya doctrina legal aplicable transcribe, para posteriormente señalar que, en el caso de autos el ad quem no consideró la edad de la acusada, limitándose a señalar que la misma es joven; empero, sin

fundamentar si dicho aspecto actúa como agravante o atenuante, aspecto que la recurrente considera como agravante, pues la acusada al tener treinta y cinco años de edad, es una persona adulta joven, con madurez y criterio mental capaz de haber tomado una conducta diferente a la delictuosa; asimismo, actuaría como agravantes la educación que tiene la imputada de ing. comercial, la posición económica, la vida anterior y sobre la cual se había establecido, que la imputada presenta varias denuncias por delitos de orden patrimonial; el arrepentimiento y ganas de reparar el daño, que en el caso de autos estuvo ausente, los medios empleados, la extensión del daño causado y el cual no solo sería el daño económico; sino, la pérdida de tiempo y la oportunidad de que la víctima viva en su país; hechos, que no habrían sido considerados por el tribunal de apelación, que de manera personal, subjetiva y alejado de los parámetros legales y doctrinales, habría reducido la pena impuesta a la imputada, sin realizar una correcta ponderación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita se revoque el auto de vista, solamente en cuanto al séptimo motivo y se determine la pena de cinco años de privación de libertad para la imputada.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 28/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 1722 a 1723 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Gregoria Sosa de Pallares en su condición de apoderada de la acusadora particular, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 9/2016 de 11 de abril, el Tribunal Primero de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Pamela Elizabeth Calderón Vildoza, autora de la comisión del delito de Estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de reclusión, más el pago de ciento cincuenta días multa a razón de Bs 10 por día, con costas, más daños y perjuicios en favor del Ministerio Público y la acusación particular en base a los siguientes argumentos:

De acuerdo a los hechos probados basados en los medios de prueba analizados en la audiencia de juicio oral, se tiene que la imputada subsumió su conducta al delito de Estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen., debido a que mediante engaños con la versión de que ayudaría a su prima Elena Calderón a conseguir un inmueble a precio bajo; ocasionó que la víctima incurra en error para aperturar una cuenta alterna, disponiendo la víctima el depósito de Bs 55.000, la entrega de \$us. 6.000, más dineros enviados directa e indirectamente desde fines del 2008 hasta el 17 de marzo de 2011 considerado como el último giro; los mismos, que fueron percibidos indebidamente por la imputada, motivos por los que se considera aplicable la pena máxima al haber engañado a una familiar como es su prima (Víctima).

Se analizó que la imputada es una persona joven y profesional, tiene capacidades para comprender la antijuridicidad de su acción, comprende el alcance y la responsabilidad sobre sus actos, es una persona cuya capacidad de conducirse o comportarse conforme a esa comprensión esta notoriamente comprobada, por tanto la acción cometida cual es la disposición patrimonial de un dinero ajeno, en beneficio propio y en perjuicio de la víctima; en tal virtud, el Tribunal de Sentencia consideró que es justo y exigible a la acusada el mayor reproche por cuanto no temió defraudar la confianza de un familiar y decepcionar con su accionar, a un familiar que confió su dinero depositado, entregado y los enviados para su entrega, siendo los mismos el ahorro de su trabajo; al contrario, deliberada y arbitrariamente dispuso los ahorros, el dinero de \$us. 6.000 y los enviados a su favor disponiendo a su arbitrio y en beneficio propio, sin importar el perjuicio económico causado. Consiguientemente, estando prevista la pena para el delito de Estafa de uno a cinco años, se le impuso la pena máxima.

II.2. De la apelación restringida de la imputada.

Notificada la parte imputada Pamela Elizabeth Calderón Vildoza, interpone recurso de apelación restringida contra la sentencia pronunciada, argumentando entre otros motivos, que la Sentencia N° 09/2016 incurrió en inobservancia de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., en vulneración de lo previsto por el art. 370-1, 5 y 10 del Cód. Pdto. Pen., refiriendo al respecto la doctrina legal establecida en los AA.SS. Nos. 99/2005 de 24 de marzo, 315/2004 de 13 de junio, 038/2013 de 18 de febrero y 049/2014 de 20 de febrero.

II.3. Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró improcedentes los motivos primero y segundo; y, procedentes los motivos quinto, sexto y séptimo, sin lugar a reenvío y rechazó por inadmisibles los motivos tercero y cuarto del recurso planteado, disponiendo se tenga por complementada la sentencia confutada en su numeral "VI Fundamentación jurídica" (sic), en aplicación del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., y revocando parcialmente el acápite "VIII: Determinación de la pena" y el "Por tanto" de la sentencia impugnada, sólo en cuanto a la determinación del quantum de la pena a imponerse a la enjuiciada siendo, modificado a tres años de reclusión, quedando incólume en todo lo demás la Resolución apelada, en base a los siguientes aspectos con relación a la problemática planteada en casación refiere que, la determinación judicial de la pena en el marco de la ley sustantiva penal, si bien concede amplia discrecionalidad al juzgador de la individualización de la pena a cada caso concreto, ésta encuentra límites: primero, en el marco legal que establece la pena mínima y máxima; y segundo, en la inexcusable obligación de motivar el ejercicio de la dosimetría penal en la determinación del quantum de la pena en concreto, pero siempre dentro de tales límites.

Al efecto, el art. 37 del Cód. Pen., en cuanto a la fijación de la pena establece dos grados (mínimo y máximo) para la determinación de la pena, al establecer que dicha determinación se le efectúa dentro de los límites legales, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, tomando en conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del delito. Por su parte, el art. 38 de dicho cuerpo legal, establece circunstancias subjetivas respecto a la personalidad del autor, en tanto que los arts. 39 y 40 del mismo cuerpo legal, establecen las circunstancias atenuantes especiales y generales. En este caso -refiere el

auto de vista- se tiene una yuxtaposición a los motivos del recurso de apelación restringida sobre el tema en cuestión, se evidencia que la imposición de la pena a la autora del delito, no tiene relación con la motivación que llevó al tribunal a determinar la pena máxima, que si bien cita en la fundamentación las disposiciones de la Ley sustantiva penal, la decisión no se encuentra debidamente motivada en relación a ellas, dada que no se explican, ni especifican la base probatoria vinculada a los factores que incidieron para aplicar el quantum de la pena, en concreto, en autos la pena de cinco años de privación de libertad; es decir, la pena máxima del tipo penal de estafa, no emerge de la exposición del a quo de cuáles los factores ni porqué hacen que en el caso concreto sean aplicables a la autora la pena máxima y no otra, limitándose en lo esencial a afirmar, por una parte: "...que es razonable aplicarle la pena máxima por haber engañado a un familiar"...no temió defraudar la confianza de un familiar" y por otra: "...no obstante que es una persona joven y profesional, tiene la capacidad para comprender la antijuridicidad de su acción"...es una persona cuya capacidad para conducirse o comportarse conforme a esa comprensión esta notoriamente comprobada, por cuanto no se registró moral ni legalmente la acción cometida"; motivos por los cuales el tribunal de alzada determina que lo expuesto por el a quo no resulta suficiente para dar por cumplido el mandato de los arts. 37 al 40 al momento de imponer la pena máxima establecida en el art. 335 del Cód. Pen.

Aclarando el tribunal de alzada que este defecto si bien hace a la procedencia del séptimo motivo denunciado, constituye un vicio injudicando en la individualización judicial de la pena, lo que permite al tribunal de alzada reparar directamente el defecto sin necesidad de un juicio de reenvío, tal como lo establece el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., por lo que se pronunció al respecto en base a los siguientes motivos: 1) Que a partir de la interpretación normativa que regula el tratamiento de la individualización judicial de la pena, se debe tomar en cuenta como punto de partida, los fines que persigue la pena, que deben guardar relación con los principios de un estado social y democrático de derecho; en tal sentido, la pena debe estar adecuada en los límites del mínimo y el máximo de la pena prevista en abstracto en la norma sustantiva, tomando en cuenta los siguientes factores: a) La personalidad del autor; b) La mayor o menor gravedad del hecho; y, c) Las circunstancias y las consecuencias del delito, materializadas en las circunstancias atenuantes y agravantes del mismo. Bajo dichos parámetros señaló que el tipo de injusto doloso de Estafa, prevé una sanción de uno a cinco años de privación de libertad; en este caso, conforme lo establece la propia sentencia impugnada, la autora de dicho delito es una persona joven (35 años de edad), con grado de instrucción universitaria (Ingeniería comercial) y tiene dos hijos bajo su dependencia, no se refieren antecedentes penales. Referencias relacionadas a la personalidad de la autora; 2) Con relación a la mayor o menor gravedad del hecho, se tiene que la autora en razón a su formación y no obstante el grado de familiaridad con los acusadores, en principio no le importó desplegar acciones de engaño para lograr la disposición patrimonial de parte de los acusadores en su propio beneficio, mucho menos le importó el trabajo sacrificado realizado por las víctimas en un país extraño, quienes para enviar los dineros pensando que hacían una buena inversión, se privaron de satisfacer hasta de necesidades personales básicas; y, 3) En cuanto, a las consecuencias del delito y la cantidad de dinero que fue sonsacado por la autora del mismo, ha ocasionado sin lugar a duda grave perjuicio en la economía de la víctima al verse frustrada de obtener el beneficio por la acusada, viendo infructuosa toda una vida de trabajo en un país extraño al suyo y perdidos los ahorros fruto del trabajo realizado.

Por esos factores es que el Tribunal de alzada determinó la constitución de los factores, que hacen al mayor reproche de la conducta de la acusada, que permitieron establecer la pena base para el proceso de determinación de la misma, que corresponde en mérito a ello, establecer en el grado medio superior (medio al máximo previsto en abstracto); es decir, una pena de tres años de privación de libertad sobre cuya base, corresponde establecer las circunstancias atenuantes especiales y generales, previstas en los arts. 39 y 40 del Cód. Pen., así como las circunstancias que permitan la sanción, no existiendo en autos ninguna atenuante especial ni general que considerar; toda vez, que en esta última categoría no existe evidencia alguna de que acredite la existencia de alguna atenuante especial, menos circunstancias generales ni especiales previstas por ley, que permitan agravar la sanción, aún la conducta amerite el máximo reproche moral y ético; en cuyo mérito, el Tribunal de alzada estableció que el quantum de la pena en mérito a las reglas de la dosimetría penal corresponde a tres años de reclusión a cumplirse en los términos establecidos en la sentencia.

III. Verificación de contradicción entre el auto de vista con el precedente invocado

En el presente recurso de casación, se denuncia que el tribunal de apelación no habría fundamentado de manera adecuada las razones por las cuales redujo el quantum de la pena impuesta a la imputada, actuando en contradicción con el precedente invocado, por lo que corresponde verificar la problemática planteada.

III.1. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesa penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia del precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional; toda vez, que el más alto Tribunal de Justicia del estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva, atribución que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino debe asegurarse que el o los precedentes

invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este Tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este y tribunal, el A.S. N° 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: "El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: 'El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema', en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: 'Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida'.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: '...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación', norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L. Ó.J., que instituye como atribución de las Salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: 'Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance'. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: 'Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar'.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal".

III.2. Determinación de la pena y su control.

En cuanto a la determinación de la pena y su correspondiente imposición, la normativa procesal penal señala que, cuando se emita sentencia condenatoria (art. 365 del Cód. Pdto. Pen.), la autoridad sentenciadora debe fijar con precisión la sanción que corresponda; lo que implica, que la misma debe encontrarse debidamente fundamentada, tomando en cuenta, no sólo las atenuantes y agravantes que pudieran concurrir, sino también la finalidad de las sanciones privativas de libertad, que se encuentra descrita en el art. 118-III de la C.P.E.

Sobre la temática, este Tribunal de Justicia, desarrolló entendimientos y doctrina legal que permite comprender de forma clara, la justificación a la imposición de sanciones privativas de libertad, que debe ser fruto de un estudio probo, de los hechos y las circunstancias acontecidas, enmarcadas en la norma punitiva, así el A.S. N° 110/2013-RRC de 22 de abril, estableció: "...es necesario señalar que el art. 118-III de la C.P.E., establece que: 'El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto de sus derechos'; a su vez, el párrafo segundo del mencionado artículo señala: 'La máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto'; dichos preceptos constituyen el marco general constitucional, sobre el cual el legislador impone o define las penas mínimas y máximas para los distintos tipos penales, que a su vez se constituye en el 'espacio o margen' que el legislador otorgó al juez, para que éste proceda a valorar todas y cada una de las particularidades presentes en el caso a resolver, observando los arts. 37 y siguientes del Cód. Pen.

La doctrina internacional con autores como Eugenio Raúl Zafaroni en su obra Manual de Derecho Penal, así como la doctrina nacional con Benjamín Miguel Harb, en su obra Derecho Penal Tomo II, distinguen tres etapas en la individualización de la pena: la legal, la judicial y la penitenciaria. En la primera, el legislador valora, desde el marco de la proporcionalidad, la gravedad del ilícito tipificado en un tipo penal y determina la pena aplicable en abstracto. En la segunda, el Juez penal, a la conclusión del proceso y establecida que sea conforme al debido

proceso de ley, la responsabilidad penal del autor del hecho, fija la pena al caso concreto, tomando como base el marco punitivo determinado por el legislador. La tercera etapa, denominada ejecución penal, se halla destinada al cumplimiento de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal ejecutoriada y se desarrolla por la administración penitenciaria, bajo control jurisdiccional.

Ahora bien, en lo que respecta a la primera etapa de individualización de la pena llamada legal, '...en el marco penal, el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito', 'Las valoraciones sociales respecto de un determinado delito quedan plasmadas dentro de este marco, y en él quedan recogidas, entre otras cosas, las razones de prevención general. Las valoraciones previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales' (segunda etapa) (Determinación Judicial de la Pena - Patricia Ziffer P. y otros autores)".

III.3. Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de resolver la temática planteada y a los fines de verificar si el Tribunal de alzada, al momento de emitir el Auto de Vista incurrió en los defectos que se invoca, corresponde establecer si el Tribunal de apelación no fundamentó de manera adecuada las razones por las cuales redujo el quantum de la pena impuesta a la imputada, actuando en contradicción con el precedente invocado.

Al respecto, invocó como precedente contradictorio el A.S. N° 38/2013-RRC de 18 de febrero, que fue emitido por esta sala al constatar que el auto de vista transgredió los arts. 37, 38 y 39 del Cód. Pen., porque no se justificó las razones por las que se impuso al imputado una pena de cuatro años de reclusión, en inobservancia de las reglas de fijación de la pena, de donde se emitió la siguiente doctrina legal aplicable:

"La determinación judicial de la pena que comprende todo el procedimiento; es decir, la evaluación, decisión y justificación del tipo y la extensión de la pena, tiene líneas de orientación previstas legalmente, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad del juez. La individualización de la pena está sometida al principio de proporcionalidad recogido por el Código Penal en sus diferentes artículos y a la finalidad de la pena establecida constitucionalmente como la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos.

En este ámbito, el juez o tribunal que fija una pena tiene la obligación de someterse a dichos principios, correspondiendo al tribunal de alzada, ante la constatación de su incumplimiento, proceder directamente a la modificación del quantum de la pena, en sujeción a los principios constitucionales y procesales, en ejercicio de la facultad reconocida por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., considerando los siguientes criterios para la fijación de la pena:

a) La personalidad del autor, el cometido que la ley penal boliviana asigna al juez de apreciar la personalidad del autor, es una tarea compleja; aunque debe reconocerse que el Código Penal en los arts. 37 y 38 (atender la personalidad del autor) no exige la realización de un diagnóstico científico "de la personalidad", sino un perfil de la personalidad, vinculado al hecho concreto para aplicar la pena en la dimensión que corresponda a esa persona concreta e individual, distinta a los demás seres humanos. De tal manera que el reproche jurídico que merezca su comportamiento, guarde armonía con el hecho, su personalidad y las circunstancias.

La edad, es un factor que, dependiendo del caso, puede operar como agravante o atenuante. En cuanto a la educación, por regla general como circunstancia agravante, pues el reproche será mayor cuando el autor ha tenido acceso a la educación y, por lo tanto, ha disminuido su vulnerabilidad al sistema penal. En similar sentido opera la posición económica, sobre todo en los casos vinculados a delitos económicos. La vida anterior libre de sanciones penales no se debe tomar sin más como atenuante para la determinación de la pena. Lo que sí debe considerarse como factor de atenuación, es que el autor haya desarrollado hasta la comisión del hecho punible una vida ordenada y acorde al derecho, de tal manera que el hecho delictivo signifique una notoria contracción con su conducta anterior. Respecto a la conducta posterior, debe tomarse en cuenta como factor para la fijación de la pena, el esfuerzo del autor por reparar el daño causado. También puede apreciarse como favorable la conducta del procesado en el proceso penal, cuando: I) Se haya entregado a la autoridad policial o judicial voluntariamente, pese a haber contado con la posibilidad de una fácil huida, o tener la posibilidad de no ser descubierto, y, II) La confesión que manifieste arrepentimiento, o bien que haya ayudado significativamente al establecimiento de la verdad mediante su declaración.

Sin embargo, la sola falta de arrepentimiento o confesión no puede valorarse para hacer más rigurosa la sanción. Ahora bien, si la confesión no es tal, sino un intento de lograr la impunidad y si el "arrepentimiento" no es sincero, sino una manera de procurar un trato benigno de los jueces, cuando se sabe, por la prueba, que no hay forma alguna de eludir la acción de la justicia, los jueces deben examinar ese dato como parte de las manifestaciones defensivas, pero deben ignorarlo al momento de fijar la pena, pues ni las mentiras, ni las falsas actitudes del acusado constituyen un factor que deba perjudicarlo cuando se decida sobre la sanción a imponer. La reparación del daño, consiste fundamentalmente en aliviar las consecuencias materiales del hecho delictivo son también factor de atenuación; empero, también pueden tener un efecto atenuante de la pena, los actos que denoten voluntad de reparar. La extensión del daño causado debe ser delimitada sólo para aquello que tenga vinculación con el hecho típico, directamente. Además, debe tenerse en cuenta que no es necesaria la concurrencia de todas las circunstancias descritas, pues dependerá de cada caso concreto. b) La mayor o menor gravedad del hecho, que tiene que ver con lo previsto por el art. 38-2 del Cód. Pen.; es decir, la naturaleza de la acción, los de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido. c) Circunstancias y las consecuencias del delito, que también deben ser consideradas en el caso concreto.

La fundamentación de la fijación de la pena es inexcusable, en este ámbito la exigencia de fundamentación que debe satisfacer la sentencia condenatoria en el proceso de individualización de la pena, obliga al juez a observar los parámetros descritos por el legislador; por lo tanto la resolución debe contener un razonamiento capaz de dar cuenta de que se consideraron dichos parámetros de tal modo que a través de la exposición razonada del juez o tribunal se pueda evidenciar que su resolución se ha fundado en parámetros legales, y no es fruto de la apreciación estrictamente personal o arbitraria al efecto debe explicar cómo aplicó la pena, en término considero las previsiones de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., al caso concreto y qué atenuantes y agravantes tomo en cuenta para establecer la sanción dentro de los límites legales".

Analizado el precedente, contrastado con el auto de vista impugnado se advierte que la temática tratada en ambos gira sobre la aplicación de la misma normativa procesal (art. 37 y siguientes del Cód. Pdto. Pen.), para la imposición del quantum de la pena, en consecuencia se advierte la situación de hecho procesal similar, por lo que corresponde realizar el análisis de fondo; es decir, definir si el auto de vista al momento de reducir la pena de cinco a tres años por la comisión del delito de estafa incurrió o no en contradicción con la doctrina legal establecida en el precedente contradictorio invocado.

Al respecto, se tiene que el precedente estableció parámetros para realizar un correcto análisis en cuanto a la imposición de la pena; en consecuencia, verificando la aplicación normativa por la cual el auto de vista debió realizar su fundamentación y a los fines de sustentar que fue correcta la disminución de la pena impuesta a la imputada de cinco a tres años, corresponde analizar si la argumentación del auto de vista se acomodó o no a las reglas definidas en el precedente invocado y la doctrina establecida en el punto III.2. de este fallo; de ahí, que se tiene que el tribunal de alzada al respecto señaló detalladamente uno por uno los elementos que hacen para la imposición de la pena, siendo que estableció que la pena asignada por el Tribunal de Sentencia no tuvo relación con la motivación realizada en la sentencia para determinar la pena máxima, porque no se explicó cuáles los elementos probatorios que fueron decisivos para sancionar a la imputada con la pena máxima para el delito estafa, situación que resulta evidente, siendo que la sentencia tuvo como sustento para asignar dicha pena el hecho de que la imputada comprendió el hecho antijurídico y que era familiar de la víctima.

De ahí que, advirtió que el Tribunal de Sentencia no aplicó de manera correcta los arts. 37 y siguientes del Cód. Pen.; e, identificó que el séptimo motivo denunciado constituya un vicio in judicando en la individualización judicial de la pena, aspecto por el cual le facultaba al tribunal de alzada reparar directamente dicha falencia en aplicación del art. 414 del Cód. Pdto. Pen., por lo que realizó una fundamentación referida a los elementos relativos a una correcta imposición de la pena; en el presente caso, basándose en: a) Con relación al personalidad de la autora del delito refiriendo que es una persona joven (35 años de edad), con grado de instrucción universitaria (Ingeniería comercial) y tiene dos hijos bajo su dependencia, no se refieren antecedentes penales; 2) Con relación a la mayor o menor gravedad del hecho, señaló que la autora no le importó desplegar acciones de engaño para lograr la disposición patrimonial de parte de los acusadores en su propio beneficio, mucho menos le importó el trabajo sacrificado realizado por las víctimas en un país extraño, quienes para enviar los dineros pensando que hacían una buena inversión, se privaron de satisfacer hasta de necesidades personales básicas, sin tener en cuenta que la víctima era su familiar; 3) Finalmente, en cuanto a las consecuencias del delito y la cantidad de dinero que fue sonsacado por la autora del mismo, ocasionó grave perjuicio en la economía de la víctima al verse frustrada de obtener el beneficio por la imputada.

El Tribunal de alzada, por esos motivos determinó la constitución de los factores que hacen al mayor reproche de la conducta de la acusada que le permitió establecer la pena base para el proceso de su determinación que corresponde en mérito a dichos presupuestos al grado medio superior (medio al máximo previsto en abstracto); es decir, una pena de tres años de privación de libertad sobre cuya base, corresponde establecer las circunstancias atenuantes especiales y generales, previstas en los arts. 39 y 40 del CP, así como las circunstancias que permitan la sanción, no existiendo en autos ninguna atenuante especial ni general que considerar; toda vez, que en esta última categoría no evidenció la existencia de alguna atenuante especial, menos circunstancias generales ni especiales previstas por ley, que permitan agravar la sanción, aún la conducta amerite el máximo reproche moral y ético, siendo estas las circunstancias por las cuales el tribunal de alzada estableció el quantum de la pena en mérito a las reglas de la dosimetría penal; vale decir, la imposición de la pena de tres años de reclusión con relación al delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.

En consecuencia, resulta evidente que el auto de vista al realizar el análisis de la imposición de la pena detectó que la misma fue impuesta sin la debida fundamentación al ser la sanción máxima y sin aplicar los presupuestos establecidos en los arts. 37 y ss. del Cód. Pen. y por esas circunstancias el tribunal de alzada en grado de apelación restringida, cumplió con su deber al evidenciar la concurrencia de errores de derecho en la fundamentación de la sentencia que no influyen en la parte dispositiva en atribución a lo dispuesto por el último párrafo del art. 413, concordante con el art. 414 del Cód. Pdto. Pen., pues procedió a corregir el error en la sentencia y subsanó este defecto en base a la normativa señalada, en concordancia con lo dispuesto en el presente fallo en el punto III.2.: "el Tribunal de alzada, se encuentra facultado para corregir directamente los errores referidos al quantum de la pena y su correspondiente justificación, debiendo en estos supuestos efectuar la debida fundamentación y motivación complementaria, con la finalidad de rectificar el yerro advertido sin necesidad de disponer la realización de un nuevo juicio oral, evitando con ello nulidades innecesarias, que restringirían el derecho de las partes a un juicio sin dilaciones, infringiendo además el principio de celeridad procesal".

En consecuencia, el tribunal de alzada cumplió con su labor de control de legalidad encomendada por ley y actuó conforme a la doctrina legal aplicable referida en el punto III.2 de la presente resolución y acorde al precedente contradictorio que se invocó; por tanto, se advierte que el auto de vista no incurrió en contradicción con el precedente invocado, al aplicar de manera correcta la doctrina desarrollada por este Tribunal para la determinación de la pena y su debido control, por lo que corresponde declarar infundado el recurso intentado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Gregoria Sosa de Pallares en su condición de apoderada de la acusadora particular, cursante de fs. 1708 a 1710 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina

Dra. Norika Natalia Mercado Guzmán.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



300

Ministerio Público y otro c/ Jorge Antonio Márquez Hirlemann.

Asesinato

Distrito: La Paz

AUTO DE VISTA

La Paz, 1 de agosto de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la Resolución N° 006/2015, de 13 de febrero de 2015 (fs. 1263 a 1274); el recurso de apelación restringida deducido por Ibett Patricia Piñeiro Valdivia por sí y en representación Iván Piñeiro Valdivia (fs. 1291 a 1294 vta. y 1304 a 1307 vta.); el recurso de apelación restringida deducido por Jorge Antonio Márquez Hirlemann (fs. 1296 a 1297 vta. y 1309 a 1310 vta.); la respuesta que presenta Jorge Antonio Márquez Hirlemann (fs. 1313); la respuesta que presenta Ibett Patricia Piñeiro Valdivia por sí y en representación de Iván Piñeiro Valdivia (fs. 1315 y vta.); todo lo que ver convino y se tuvo presente a efectos de la resolución que se emite y.

CONSIDERANDO: Mediante Resolución N° 006/2015, de 13 de febrero de 2015 y cursante de fojas 1263 a 1274, el Tribunal de Sentencia Séptimo y Juzgado de Partido de Sustancias Controladas (Liquidador) del Distrito Judicial de La Paz, dicta sentencia y falla declarando al acusado Jorge Antonio Márquez Hirlemann autor de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., por existir suficiente prueba que generó en el tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, condenándole a la pena privativa de libertad de 15 años de presidio sin derecho a indulto a cumplirse en el recinto penitenciario de San Pedro de Chonchocoro, que se computará a partir de su detención; más daños civiles y costas en favor del estado a calificarse en ejecución de sentencia de acuerdo a lo establecido por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

Asimismo se deja constancia del voto disidente de los jueces ciudadanos Miguel Ángel Torrez Quisbert y Esteban Villca Socraticona en cuanto a la pena impuesta de 15 años de presidio sin derecho a indulto; por el contrario el juez técnico Carlos Espinoza Ramírez y la jueza ciudadana Marisol Ticona Callisaya en aplicación del art. 252 de la norma adjetiva penal deciden imponerle la pena de 30 años sin derecho a indulto. Ante la igualdad de votos y al existir empate se aplicó el principio de favorabilidad.

CONSIDERANDO: Notificadas legal y debidamente las partes con la sentencia antes mencionada, es que se presentan dos recursos de apelación restringida, por el orden siguiente:

Por memorial de fs. 1291 a 1294 vta. y 1304 a 1307 vta., Ibett Patricia Piñeiro Valdivia por sí y en representación de Iván Piñeiro Valdivia hace mención al contenido de la sentencia de condena emitida en el caso presente en contra de Jorge Antonio Márquez Hirlemann como autor del delito de asesinato previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., porque se había encontrado suficientes elementos de convicción en su contra respecto a la muerte de la madre de los apelantes, con 32 puñaladas; sin embargo la arbitrariedad e ilegalidad surgiría en la imposición de la pena a 15 años de presidio, sin derecho a indulto, porque la pena del delito mencionado debe ser de 30 años. Para ello invoca el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., acudiendo al punto V del fallo bajo el rótulo de exposición de motivos para la aplicación de la pena y que analiza la personalidad del acusado, su actuar con dolo, premeditación y malicia, no encontrando la jueza ciudadana Marisol Ticona atenuante alguna; sin embargo en seis líneas sin fundamento y razonamiento valedero los jueces ciudadanos Miguel Ángel Torrez Quisbert y Esteban Villca Socraticona, señalarían que el imputado debe beneficiarse con el inc. 1 del art. 39 del Cód. Pen., porque la pena de 30 años sería muy exagerada, siendo una pena justa de 15 años, por lo que se aplica erróneamente dicha norma legal ya que si bien señala la reducción de la pena de 30 a 15 años de presidio, olvidan mencionar el encabezado de dicho artículo que hace a los casos en que este código penal disponga, como condición sine qua non, lo que no ocurriría con el art. 252 del Cód. Pen., que cuenta con una pena fija, más si los miembros del tribunal de manera unánime declararon que el asesinato se dio por móviles fútiles y bajos, el crimen se había dado con alevosía y ensañamiento, por lo que en este tipo penal no existe la posibilidad de aplicarse atenuantes. Invoca en este apartado el A. S. N° 024/2012 de 13 de febrero de 2012.

En un segundo punto afirma que de pretender aplicarse la pena de 15 años en lugar de 30 se advertiría la inobservancia del art. 38-2 del Cód. Pen.; asimismo señala no haberse observado el párrafo final del inc. b) del núm. 1 de la misma norma legal, por haberse demostrado en juicio que antes de la llegada del acusado a Bolivia ya se había planificado el plan b para obtener dineros y justificar su entrada a Canadá, donde tenía planificado irse al plan b aplicado ante la imposibilidad de obtener dineros por parte de la madre de los apelantes; que se habría demostrado la alevosía y ensañamiento al cometerse el crimen matándola sobre seguro y aprovechando la deficiencia auditiva de la víctima, incapaz de defenderse.

Como aplicación que pretende es que el tribunal de alzada de acuerdo al art. 431 del Cód. Pdto. Pen. y siendo posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación debe confirmar la sentencia condenatoria por el delito de asesinato previsto y

sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., modificando la sanción de 15 años a 30 años de presidio sin derecho a indulto a cumplirse en el Penal de San Pedro de Chonchocoro.

Por lo expuesto en su petitorio demanda se declare admisible el recurso al haber sido presentado en plazo y sin necesidad de revalorizar elemento probatorio, al establecerse que se trata de una errónea aplicación así como inobservancia de normas sustantivas citadas en el recurso se declare procedente y se disponga la modificación de la pena a 30 años de presidio en contra de Jorge Antonio Márquez Hirlemann.

Con posterioridad y por memorial de fs. 1296-1297 vta. y 1309-1310 vta., Jorge Antonio Márquez Hirlemann, también deduce recurso de apelación restringida y lo hace invocando así como transcribiendo el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., porque con respecto al lugar de cumplimiento de la pena impuesta se habría inobservado la aplicación de la ley al no haberse hecho una correcta aplicación de la misma; que no se aplica el principio de favorabilidad porque su persona no presenta un peligro para la sociedad, no considera que su persona no ha obstaculizado en lo más mínimo el proceso y el desarrollo del juicio, al extremo de haber coadyuvado con los actos procesales desarrollados en todo el juicio. Que habría demostrado que al presente no goza de buena salud, siendo que debe ser revisado periódicamente por un médico particular especialista lo que le imposibilitaría su traslado desde Chonchocoro, lugar donde está seguro que su vida estaría constantemente en peligro, por lo que se encuentra seguro que el tribunal departamental de justicia anulará de manera parcial la resolución emitida por el tribunal respecto al lugar de cumplimiento de la pena.

Como preceptos legales inobservados enuncia el art. 39-1 del Cód. Fam., por la dimensión y alcance del principio de favorabilidad debe aplicarse en cuanto al lugar de cumplimiento de la pena valorando de acuerdo a la conducta desplegada por su persona durante todo el tiempo de su detención preventiva; si bien es cierto que debe tomarse en cuenta la gravedad del delito, no sería menos cierto que si situación económica y salud no le permiten habitar en un lugar donde está seguro que su vida corre peligro. Invoca también el art. 74 de la C.P.E., no valorada por el Tribunal de Sentencia.

Por lo expuesto solicita al tribunal de alzada se acepte el recurso, se anule de forma parcial la Sentencia N° 006/2015 de 13 de febrero de 2015 respecto al lugar de cumplimiento de la condena que es el Penal de San Pedro de Chonchocoro, en su lugar se disponga sea en el Penal de San Pedro.

CONSIDERANDO: Corrido en traslado los recursos antes mencionados se presentan dos escritos de respuesta por el siguiente orden:

Por memorial de fs. 1313 Jorge Antonio Márquez Hirlemann señala que no defiende el contenido y alcance de la sentencia, pero tampoco apoya la apelación que hace contra ella la familia de la víctima porque pretenden hacer creer que él mató a la Sra. Valdivia y dicho acto habría sido consumado por motivos fútiles y bajos, consistentes en ambición y codicia, ambición no sustentada en ningún hecho, comportamiento o actitud probada. Efectúa asimismo una serie de cuestionamientos al recurso como la serie de preguntas que lanza el acusado, preguntas que jamás habrían sido respondidas en juicio; que el tribunal nunca tuvo un móvil que le haya impulsado a cometer el hecho sanginario. Que la pena impuesta por los dos jueces ciudadanos se constituye en duda sobre su responsabilidad.

Acude asimismo a la conclusión tercera del fallo en la que debería colocarse con precisión y de modo concreto cual fue el hecho que configura el móvil de ambición y codicia, no descrito, porque no existió ningún móvil, ningún hecho concreto que le motive a dar muerte a nadie, como que no dio muerte a nadie. Por lo que no debe tomarse en serio lo que indica la familia de la Sra. Valdivia cuando piden 30 años de presidio, porque jamás se probó móvil alguno concreto. El tribunal de alzada buscará infructuosamente aquel móvil más allá de las meras palabras y no encontrará hecho alguno que configure ese móvil, por ello no sería una posible alegar que se debe aplicar la pena de 30 años o la de 15 años sin existir.

Por memorial de fs. 1315 y vta., Ibett Patricia Piñero Valdivia por sí y en representación de Iván Piñero Valdivia, responde al recurso opuesto por el acusado y lo hace manifestando que el lugar para el cumplimiento de la condena tiene relación con el delito sancionado a pesar de la errónea pena de 15 años, porque a diferencia de cualquier delito vulnera el bien jurídico mayor y Chonchocoro es el lugar para el cumplimiento de la condena establecida para el delito de asesinato. Que la mayoría de los detenidos preventivos se encontrarían en San Pedro y un condenado debe ser remitido a Chonchocoro para un mayor control y seguridad.

Por lo expuesto solicita se aplique la pena de 30 años conforme a lo solicitado por ella así como responde -señala- al escueto, confuso y contradictorio memorial de apelación, solicitando se tenga presente.

CONSIDERANDO: Una vez que se ha remitido los de la materia al Tribunal Departamental de Justicia de La Paz y por sorteo del sistema IANUS radica en la Sala Penal Tercera, esta sala en 12 de noviembre de 2015, conforme consta a fs. 1328 y al haber evidenciado que los recursos de apelación restringida opuestos en los de la materia por Ibett Patricia Piñero Valdivia por sí y en representación de Iván Piñero Valdivia; por una parte y por otra por Jorge Antonio Márquez Hirlemann, incumplen con los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., determina conceder a los mencionados acusados y apelantes el plazo de tres días computables a partir de su legal notificación con el mencionado proveído, ello a efectos que subsanen y/ o corrijan los defectos de sus recursos, es decir citen concretamente las disposiciones legales que consideran vulneradas o erróneamente aplicadas, expresen cual la aplicación que pretenden; indiquen separadamente cada violación con sus fundamentos e invoquen precedentes contradictorios, bajo alternativa de rechazo de los recursos conforme determina el art. 399 del Cód. Pdto. Pen. Es más, en el mismo proveído y en base al A.S. N° 174/2013, de 19 de junio se aclara a los recurrentes que no pueden invocar nuevas denuncias.

Con el proveído antes mencionado, los recurrentes son notificados en 05 de febrero de 2016, como consta a fs. 1329, habiendo sólo Ibett Patricia Piñero Valdivia por sí y en representación de Iván Piñero Valdivia presentado el escrito de fs. 1334 a 1337, más no así el acusado Jorge Antonio Márquez Hirlemann.

Ahora bien quien subsana las observaciones hechas a su recurso, en el escrito de fs. 1334 a 1337 invoca como normas legales violadas y erróneamente aplicadas el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., en relación al art. 252-2 y 3 del Cód. Pen.; lo mismo que el art. 40 del Cód. Pen., concluyendo en base a los fundamentos expuestos que la sanción debió ser de 30 años de privación de libertad sin derecho a indulto. Afirma asimismo que erróneamente se pretende aplicar el art. 39-1 del Cód. Pen. En un segundo punto invoca como precedente el A.S. N° 024/2012 de 13 de febrero que refleja la pena privativa de libertad de 30 años sin derecho a indulto por el delito de asesinato.

CONSIDERANDO: Con los fundamentos y consideraciones que a continuación se dirán se tienen los siguientes extremos de orden legal e importancia jurídica a efectos de emitir la resolución presente:

1.- El tribunal de alzada debe dejar en claro los siguientes aspectos de orden legal como son: 1) al existir dos recursos de apelación restringida opuestos en los de la materia, en base al principio de concentración, ambos deben ser resueltos en el presente auto de vista. 2) Aplicar el principio de limitación por competencia descrito por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., porque los fundamentos que exponga un apelante apertura la competencia del tribunal de alzada y este está obligado a responder fundadamente todos esos fundamentos o agravios, a no ser se declare la inadmisibilidad del recurso en estricto apego al art. 399 del Cód. Pdto. Pen. 2) Los recursos de apelación restringida deducidos en los de la materia son presentados dentro el plazo previsto por la primera parte del art. 408 de la L. N° 1970.

I.- Recurso de apelación restringida presentado por Jorge Antonio Márquez Hirlemann:

1.- El escrito de apelación restringida de fs. 1296-1297 vta., reiterado de fs. 1309-1310 vta., y presentado por Jorge Antonio Márquez Hirlemann, no cumple con los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., por cuya razón es que en cumplimiento del primer párrafo del art. 399 del Cód. Pdto. Pen., se ha concedido al recurrente el plazo de 3 días para que subsane y/o corrija los defectos de su recurso, exponiendo expresamente que el recurrente debe citar concretamente las disposiciones legales violadas o erróneamente aplicadas, fundamente debidamente su recurso, exprese la aplicación que pretende e invoque precedentes contradictorios. Asimismo se le aclara que no puede, efectuar otras invocaciones.

1.1.- Notificado que ha sido el recurrente con el proveído antes mencionado, no ha presentado escrito alguno subsanando, en su caso corrigiendo los defectos y omisiones de su recurso, por lo que corresponde aplicar la segunda parte del art. 399 del Cód. Pdto. Pen.

2.- En base a lo antes mencionado, es importante citar el art. 399 del Cód. Pdto. Pen., lamentos que enuncia: "(Rechazo sin trámite) Si existe defecto u omisión de forma, el tribunal, de alzada lo hará saber al recurrente, dándole un término de tres días para que lo núm. 1 amplíe o corrija, bajo apercibimiento de rechazo. Si el recurso es inadmisibile lo rechazará sin pronunciarse sobre el fondo".

2.1.- La jurisprudencia del ahora Tribunal Supremo de Justicia del Estado, ha recogido el mandato de los arts. 399, 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., en sendos autos que a supremos y a efectos de la presente resolución se cita el A.S. N° 599, de 27 de noviembre de 2003 que como doctrina legal aplicable enuncia: "El propósito de los requisitos de forma exigidos por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen. radican en facilitar a la autoridad el conocimiento cabal y objetivo de la pretensión impugnatoria del recurrente, por lo que para lograr ese propósito, el art. en los de 399 del Código de Procedimiento Penal obliga al Tribunal de alzada a conminar al recurrente para que subsane los defectos u omisiones de forma que contiene su recurso, bajo apercibimiento de rechazo; por lo que en ningún caso el Tribunal está apelante facultado a rechazar el recurso así formulado in limine, es decir, sin haberle responder previamente dado la oportunidad de subsanar las formalidades extrañadas..." Orientación similar se encuentra en el A.S. N° 71 de 9 de febrero de 2004, que s recursos determina que ante el incumplimiento de los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., debe dentro el otorgarse un plazo de tres días al apelante para que subsane las omisiones del recurso, bajo alternativa de rechazo.

2.2.- Sobre lo antes mencionado, toda autoridad judicial debe aplicar el principio de legalidad establecido por los arts. 180-I Constitucional y 30-6 de la L.O.J., es decir el sometimiento de los jueces a las normas Constitucionales y Procesales. Precisamente un mandato procesal como es el Márquez consignado en el art. 399 ordena la concesión de un plazo de tres días para que se es que en corrijan los defectos u omisiones de forma, bajo apercibimiento de rechazo.

3.- En suma, a más de no haberse subsanado y corregido los defectos del recurso de apelación restringida presentado por el acusado Jorge Antonio Márquez Hirlemann, es del caso advertir que evidentemente el escrito de fs. 1296-1297 vta., lo propio que el memorial de fs. 1309-1310 vta., no cumplen con los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., porque si bien se invocan normas legales -se señala-ldo antes inobservadas, no es menos evidente que no hacen a la naturaleza jurídica de un recurso de apelación restringida; no se fundamenta debidamente dicho recurso, no se expresa la aplicación que se pretende y menos se invoca precedentes contradictorios. Además, el pedido del recurrente hace al cambio del lugar de cumplimiento de la pena, situación que inclusive puede ser modificada existiendo sentencia ejecutoriada a través del Juez de Ejecución Penal, e inclusive por autoridades de Régimen Penitenciario acorde a las circunstancias que se presente en cada caso particular.

II.- Recurso de apelación restringida opuesto por Ibett Patricia Piñeiro Valdivia por sí y en representación de Iván Piñeiro Valdivia:

1.- La apelante cuestiona la violación del art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., particularmente la errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto al art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., en relación al art. 39-1 del mismo Cód. Pen., en cuanto a la pena impuesta al acusado Jorge Antonio Márquez Hirlemann de 15 años de presidio cuando debió ser de 30 años de presidio sin derecho a indulto. Sobre el particular dejar expresa constancia que ninguna de las partes dentro el presente caso ha cuestionado el fallo de condena emitido en contra de Jorge Antonio Márquez Hirlemann por el delito de asesinato, delito descrito por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., es decir por existir motivos fútiles o bajos y con alevosía o ensañamiento, por lo tanto al no estar cuestionado este extremo mal puede el tribunal de alzada exponer fundamentos sobre dicho particular; máxime si se considera haberse cuestionado simple y llanamente la pena impuesta producto de dicho delito, más no la responsabilidad penal y participación del acusado en el hecho.

1.1.- Ahora bien, estando claramente especificado el ilícito atribuido y responsabilizado a Jorge Antonio Márquez Hirlemann, como es el de asesinato, en la sentencia recurrida y signada con el N° 006/2015, de 13 de febrero de 2015, el tribunal de sentencia séptimo, además de ser responsable del fallo habla del delito de asesinato. Asimismo expone fundamentos respecto a la comisión del hecho y la responsabilidad penal del acusado, así como finalmente subsume la conducta del acusado al delito descrito por el art. 252-2 y 3 del Código Punitivo, en esa línea dicha norma legal en su primer párrafo expresamente menciona: "Será sancionado con la pena de presidio de treinta (30) años, sin derecho a indulto...". Entonces, queda claro que el delito de asesinato no tiene establecido un grado mínimo y máximo que permita al juzgador graduar la pena acorde a las reglas de aplicación de esta o la llamada dosimetría penal. Más por el contrario corresponde aplicar el principio de legalidad de la pena, porque si el legislador ha establecido para el asesinato una pena única que es la de 30 años de presidio, ella es la que se aplica y no otra. Por lo tanto desde este punto de vista enteramente legal, el tribunal de alzada entiende que el tribunal a quo si ha efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva y del primer párrafo del art. 252 del Cód. Pen., respecto a la pena impuesta, más si en la sentencia el mismo tribunal a-quo en pleno, vale decir jueces técnicos como ciudadanos determinaron la concurrencia de los núms. 2 y 3 del art. 252 del Cód. Pen., y este elemento no fue cuestionado por el acusado a través del recurso de apelación restringida.

1.2.- Con el fundamento anterior se acredita entonces la errónea aplicación de la ley sustantiva, más concretamente del art. 252 del Cód. Pen., en su primer párrafo y que hace a la pena privativa de libertad que determina dicho ilícito.

2.- También se ha cuestionado del fallo la errónea aplicación del art. 39-1 del Cód. Pen., que hace a las atenuantes generales cuando enuncia expresamente: "En los casos que este Código disponga expresamente una atenuación especial, se procederá de la siguiente manera: 1) La pena de presidio de treinta (30) años se reducirá a quince (15)". Entonces de esta norma legal se extracta requisitos que, deben cumplirse para aplicar una atenuación especial y reducir la pena de 30 a 15 años de presidio, siendo lo más relevante que el Código Penal determine expresamente la aplicación de una atenuación especial, situación que no se presenta en el delito descrito por el art. 252 del Cód. Pen., porque el contenido de la misma no admite interpretación alguna y menos la aplicación de una atenuación especial como la aplicada por el Tribunal de Sentencia responsable del fallo apelado. Es más, la misma norma legal invocada por la parte apelante enuncia que en los casos que el Código Penal disponga expresamente, lo que quiere decir que el Código Punitivo debe disponer expresamente la aplicación de la atenuación especial, lo que tampoco ha sido tomado en cuenta por el tribunal a-quo, habida cuenta que el art. 39 no deja al criterio del juez o tribunal de sentencia, sino que remite a que la aplicación de la atenuante especial debe estar expresamente determinado en el Código Penal y -se reitera- para el delito de asesinato por la naturaleza de dicho ilícito, por las condiciones del delito y las características que ella encierra el legislador ha determinado una pena de 30 años sin derecho a indulto, prohibición de indulto que también debe considerarse y analizarse en su real dimensión.

3.- La parte apelante ha invocado igualmente la inobservancia del art. 38-2 del Cód. Pen., referido a que para apreciar la gravedad del hecho debe tomarse en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado y el peligro corrido. Al respecto dicha norma legal forma parte del Capítulo II bajo el epígrafe de la aplicación de las penas, del Código Penal, en ese comprendido respecto a la gravedad del hecho y otras situaciones invocadas, el Tribunal de Sentencia responsable del fallo apelado en el apartado V de la sentencia y bajo el rotulo de aplicación de la pena ha concluido que el hecho se dio por motivos bajos y fútiles, como la codicia y ambición económica, móviles que lo impulsaron a delinquir, por ello determinan la responsabilidad penal del acusado por el delito de asesinato, por lo que esas circunstancias fueron según el Tribunal de Sentencia acreditadas, a lo que suman que el acusado había obrado con dolo, premeditación y malicia, actuando sobre seguro, aprovechando que la víctima-se encontraba indefensa por su avanzada edad, incluida otras circunstancias analizadas y valoradas, por lo que frente a ello el aplicar una pena de 15 años de presidio, resulta ser contradictorio y orienta a la afirmación que en este mismo apartado se ha incurrido también en una errónea aplicación de la ley sustantiva, más si como se ha fundamentado líneas arriba, la pena fija del delito de asesinato es de 30 años sin derecho a indulto, no habiendo la posibilidad de atenuación.

4.- Concordante con los fundamentos de la parte apelante, se tiene el A.S. N° 024/2012, de 13 de febrero, en el que se consigna el delito de asesinato también por los núms. 2 y 3 del art. 252 del Cód. Pen., siendo la pena impuesta y aplicada de 30 años sin derecho a indulto porque se había afectado el bien jurídico protegido primigenio de todo ser humano como es la vida, derecho del cual emergen los demás derechos del ser humano. Por lo tanto, este mismo tribunal de alzada tampoco puede apartarse del criterio traducido en el precedente invocado, lo que orienta a la emisión de una resolución como la que se dicta.

5.- Por lo demás, corresponde igualmente invocar en esta resolución el último párrafo del art. 413, con relación al art. 414 ambos del Cód. Pdto. Pen., porque se ha detectado que se trata de errores de derecho y referidos únicamente a la imposición de la pena.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, con la convocatoria de la Presidenta de Sala Penal Primera del mismo Tribunal, convocatoria hecha por Auto de 18 de julio de 2016, en cumplimiento al segundo párrafo del art. 411 del Cód. Pdto. Pen., determina lo siguiente:

1.- Respecto al recurso de apelación restringida deducido por Jorge Antonio Márquez Hirlemann, en estricto apego al art. 399 del tantas veces citado Cód. Pdto. Pen., RECHAZA y declara INADMISIBLE dicho recurso, por cuanto el mismo incumple con los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., concedido que ha sido el plazo para que subsane y/o corrija los defectos del mismo no lo hizo.

2.- En relación al recurso de apelación restringida deducido por Ibett Patricia Piñeiro Valdivia por sí y en representación de Iván Piñeiro Valdivia, se la ADMITE al haber sido presentado en plazo y cuestionando la sentencia respecto al art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., es decir la inobservancia de la ley sustantiva como son los arts. 252-2 y 3; 38-2 y 39-1 todos del Cód. Pen., en consecuencia declara la PROCEDENCIA de las cuestiones expuestas en dicho recurso y en su mérito CONFIRMA en parte la Resolución N° 006/2015, de 13 de febrero de 2015, cursante de fs. 1263 a 1274 y emitida por el Tribunal de Sentencia 7° y Juzgado de Partido de Sustancias Controladas (Liquidador) del Distrito Judicial de La Paz, respecto a la sentencia de condena dictada en contra de Jorge Antonio Márquez Hirlemann, por el delito de asesinato previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., con la modificación y corrección en cuanto al quantum de la pena, imponiéndose al

mencionado acusado la pena privativa de libertad de treinta (30) años de presidio sin derecho a indulto a cumplirse en el Penal de San Pedro de Chonchocoro. En lo demás se mantiene firme, vigente y subsistente el fallo mencionado.

El presente auto de vista es recurrible de casación dentro el plazo de cinco días de su legal notificación, de conformidad a lo establecido por los arts. 416 y 417 ambos del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Ángel Arias Morales.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Ángel Arias Morales.- Virginia Janeth Crespo Ibáñez.

Ante mí: Abg. Juan Alberto Flores Huanca.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 6 de octubre de 2016, cursante de fs. 1372 a 1375 vta., Jorge Antonio Márquez Hirlemann, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 61/2016 de 1 de agosto, de fs. 1356 a 1361, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, conformada por los vocales Ángel Arias Morales y Virginia Janeth Crespo Ibáñez, dentro del proceso penal seguido por Oscar Adolfo, Iván e Ibett Patricia todos de apellido Piñeiro Valdivia contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 6/2015 de 13 de febrero (fs. 1263 a 1274), el Tribunal Séptimo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró al imputado Jorge Antonio Márquez Hirlemann, autor de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio sin derecho a indulto, más daños civiles y costas a favor del Estado.

b) Contra la mencionada Sentencia, los querellantes Ibett Patricia e Iván todos de apellido Piñeiro Valdivia (fs. 1304 a 1307 vta.) y el imputado Jorge Antonio Márquez Hirlemann (fs. 1309-1310 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 61/2016 de 1 de agosto, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró inadmisibile el recurso deducido por el imputado y la procedencia del recurso interpuesto por los querellantes y confirmó en parte la sentencia apelada, con la modificación del quantum de la pena, imponiendo al imputado la pena de treinta años de presidio sin derecho a indulto, motivando la formulación de recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 32/2017-RA de 20 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente advirtiendo la existencia de lesión al debido proceso en la vertiente de falta de fundamentación en el auto de vista impugnado, señala que esta resolución es una copia de la pretensión del apelante con un simple comentario, sin la exposición de los motivos que sustentan su decisión, que el principio de congruencia y motivación, abarcan un conjunto de derechos y garantías que toda autoridad a cargo de un proceso está obligado a cumplir, exponiendo de manera suficiente las razones que llevaron a tomar cierta decisión, así como las disposiciones que sustenten la misma. Alega, que no es suficiente señalar que la pena para el delito de asesinato sea de treinta años sin derecho a indulto, sin cumplir requisitos y parámetros establecidos por ley, que obligatoriamente deben estar plasmados en el auto de vista para cambiar o modificar el quantum de la pena, como ser la personalidad del autor, el perfil psicológico, la edad, posición económica, la vida anterior y conducta que debían ser necesariamente fundamentados y motivados de manera clara, completa, legítima y lógica. Que el fundamento del auto de vista impugnado para cambiar el quantum de la pena, se basa en lo dispuesto por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., sin explicar cómo es que su conducta se adecua a la alevosía, el ensañamiento o simplemente a uno de esos dos presupuestos, cuando la existencia de un comportamiento alevoso, debía ser objetivamente fundamentado con cita jurídica y el desarrollo fáctico que llevó a tal convicción.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita que una vez admitido su recurso, se ordene a la Sala Penal Tercera del Departamento de La Paz dicte nueva resolución.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 32/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 1390 a 1392 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Antonio Márquez Hirlemann ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, para el análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y detallado el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 6/2015 de 13 de febrero, el Tribunal Séptimo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró al imputado Jorge Antonio Márquez Hirlemann, autor de la comisión del delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód.

Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio sin derecho a indulto, más daños civiles y costas a favor del estado, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Como hechos que motivaron el proceso penal se tiene que el 9 de mayo de 2009, por instrucción de la central de Radio Patrullas 110, personal policial se constituye en la calle Graneros en el edificio de la Funeraria Valdivia, quienes se contactan con Oscar Piñero Valdivia, quien informa que aproximadamente al medio día, hubiese ingresado al domicilio de su madre Sara Valdivia Monterrey de sesenta años de edad, encontrándola sin vida, determinándose como causa del deceso treinta y dos puñaladas.

Una vez producida la prueba, se tuvo como hechos probados: i) El asesinato de Sara Valdivia Monterrey ocurrido el 9 de mayo de 2009, aproximadamente a las 2:00 a.m., en el dormitorio de su departamento ubicado en el segundo piso del Edificio Valdivia de la calle Graneros N° 121, esquina Figueroa de la Zona Rosario de esa ciudad; ii) Se estableció fidedignamente que la causa de la muerte de Sara Valdivia Monterrey fue por lesión yugular y carótida izquierda, lesión de tráquea por arma punzocortante y bronco aspiración por su propia sangre; y, ii) Se estableció más allá de toda duda que, el autor del delito de Asesinato es Jorge Antonio Márquez Hirlmann, quien procedió a quitar la vida de Sara Valdivia Monterrey con alevosía y ensañamiento, llevado por móviles fútiles y bajos como son la ambición y la codicia.

Con la disidencia del juez técnico (presidente) y una Juez ciudadano, a criterio de los otros dos jueces ciudadanos, se estableció que el imputado debiera beneficiarse de la atenuante especial establecida en el inc. 1 del art. 39 del Cód. Pen.; en consecuencia, aplicando el principio de favorabilidad se dispuso condenarlo a la pena de quince años de presidio sin derecho a indulto.

II.2. De la apelación restringida de la acusación particular.

Contra la mencionada sentencia, la acusación particular formuló recurso de apelación restringida, que en relación al planteamiento motivo de consideración en esta instancia, se alegó la vulneración del art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen.; particularmente, en cuanto al quantum de la pena previsto para el delito de asesinato y el impuesto por el Tribunal de Sentencia, pues el fundamento para reducir la pena de treinta años que prevé el referido delito, sería que el imputado debiera beneficiarse con la atenuante del inc. 1 del art. 39 del Cód. Pen., en el entendido de que la pena de treinta años es muy exagerada, argumento que a decir de los apelantes es erróneo, ya que los juzgadores hubiesen obviado la consideración del encabezado de la norma antes referida –art. 39 del Cód. Pen.– que señala: “En los casos en que este código disponga expresamente una atenuación especial, se procederá de la siguiente manera...”; es decir, que la posibilidad de aplicar esta atenuante tiene una condición precisa sine quanon, el hecho de que la norma de manera expresa determine o disponga una atenuante o atenuación especial y en este caso no se hubiese considerado que conforme los hechos condenados en sentencia, lo que correspondía era aplicar la pena fija prevista para el delito de asesinato, que es de treinta años de presidio sin derecho a indulto, no existiendo posibilidad alguna de aplicar atenuantes, porque este delito tiene una pena fija, al respecto cita lo desarrollado por el A.S. N° 024/2012 de 13 de febrero.

También, existiría inobservancia del art. 38-2 del Cód. Pen., además de no haberse observado el párrafo final del inc. b) del numeral 1) de la misma norma legal, por haberse demostrado en juicio que antes de la llegada del acusado a Bolivia ya se había planificado el “Plan B” para obtener dineros y justificar su entrada a Canadá, donde tenían planificado irse ante la imposibilidad de obtener dinero por parte de la madre de los apelantes; con dichos antecedentes, solicita la reparación directa de la inobservancia de la ley o errónea aplicación de ésta y se confirme la sentencia condenatoria por el delito de asesinato, previsto y sancionado por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., modificando la sanción de quince a treinta años de presidio sin derecho a indulto.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró procedente la apelación planteada, ratificando la sentencia apelada con la modificación de la pena privativa de libertad de treinta años de presidio sin derecho a indulto, bajo los siguientes argumentos:

Respecto a la de 30 años del tipo penal condenado [art. 252-2 y 3 del Cód. Pen.]; queda claro que no tiene establecida un grado mínimo y máximo que permita al juzgador graduar la pena acorde a las reglas de aplicación de ésta o la llamada dosimetría penal; al contrario, corresponde aplicar el principio de legalidad de la pena, porque si el legislador ha establecido para el asesinato una pena única de treinta años de presidio ella es la que se aplica y no otra. Por lo tanto, desde este punto de vista enteramente legal, se concluyó que el tribunal a quo efectuó una errónea aplicación de la ley sustantiva y del primer párrafo del art. 252 del Cód. Pen., respecto de la pena impuesta, más si en la sentencia el mismo tribunal en pleno; vale decir, los jueces técnicos como ciudadanos determinaron la concurrencia de los incs. 2 y 3 del art. 252 del Cód. Pen., elemento que no fue cuestionado por el acusado a través del recurso de apelación restringida.

En cuanto, al cuestionamiento de errónea aplicación del art. 39-1 del Cód. Pen., que hace a las atenuantes generales, se debe extraer los requisitos que deben cumplirse para la aplicación de una atenuante especial y reducir la pena de treinta a quince años de presidio, siendo lo más relevante que el Código Penal, debe determinar expresamente para la aplicación de una atenuante especial, situación que no se presenta en el delito descrito en el art. 252 del Cód. Pen., porque su contenido no admite interpretación alguna y menos la aplicación de una atenuación especial como la incorrectamente considerada por el Tribunal de Sentencia responsable del fallo apelado. Es más, la misma norma legal invocada por la parte apelante enuncia que en los casos que el Código Penal disponga expresamente, lo que quiere decir que el Código Punitivo debe disponer expresamente la aplicación de la atenuación especial, lo que tampoco hubiera sido tomado en cuenta por el tribunal de mérito, habida cuenta que el art. 39 no deja a criterio del juez o Tribunal de Sentencia, sino que remite a que la aplicación de la atenuante especial debe estar expresamente determinada por el Código Penal y –se reitera– para el delito de asesinato por la naturaleza de dicho ilícito, por la condición del delito y las características que encierra, el legislador determinó una pena de treinta años sin derecho a indulto, prohibición del indulto que también debe considerarse y analizarse en su real dimensión.

Finalmente, en cuanto a la inobservancia del art. 38-2 del Cód. Pen., referida a que para apreciar la gravedad del hecho debe tomarse en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado y el peligro corrido; dicha norma legal forma parte

del Capítulo II bajo el epígrafe de aplicación de las penas, en ese comprendido respecto a la gravedad del hecho y otras situación invocadas, el Tribunal de Sentencia responsable del fallo apelado en el apartado V de la sentencia y bajo el rótulo de aplicación de la pena, concluyó que el hecho se dio por motivos bajos y fútiles, como la codicia, ambición económica, móviles que lo impulsaron a delinquir por ello determinaron la responsabilidad penal del acusado por el delito de asesinato, por lo que esas circunstancias fueron según el Tribunal de Sentencia acreditadas, a lo que suman que el acusado había obrado con dolo, premeditación y malicia, actuando sobre seguro, aprovechando que la víctima se encontraba indefensa por su avanzada edad, incluida otras circunstancias analizadas y valoradas, por lo que frente a ello el aplicar una pena de quince años de presido, resultaba contradictorio y orientada a la afirmación que en este mismo apartado se incurrió también en una errónea aplicación de la ley sustantiva, máxime si como se fundamentó líneas arriba, la pena fija del delito de asesinato es de treinta años sin derecho a indulto, no existiendo posibilidad de atenuación; al respecto se citó el A.S. N° 024/2012 de 13 de febrero, resolución atinente al caso de autos.

III. Verificación de vulneración al debido proceso

En el caso presente, la parte imputada denuncia que el tribunal de alzada emitió el auto de vista impugnado, sin la debida fundamentación para disponer la modificación del quantum de la pena, sin considerar la personalidad del autor, el perfil psicológico, edad, posición económica, la vida anterior y conducta, que merecían ser considerados y fundamentados de manera clara, completa, legítima y lógica, pues tampoco se hubiese explicado la adecuación de su conducta a la alevosía o ensañamiento, por lo que corresponde resolver en el fondo la problemática planteada.

III.1. De la fundamentación de las resoluciones como parte del debido proceso.

A los fines de resolver la problemática planteada se debe tener presente, que dentro de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia respecto al debido proceso, del A.S. N° 199/2013 de 11 de julio, precisó lo siguiente: “El debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; la Constitución Política del Estado, en sus arts. 115 y 117, reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) el derecho a la defensa, b) el derecho al juez natural, c) la garantía de presunción de inocencia, d) el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, e) el derecho a un proceso público, f) el derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, f) el derecho a recurrir, g) el derecho a la legalidad de la prueba, h) el derecho a la igualdad procesal de las partes, i) el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, j) el derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones, k) la garantía del non bis in idem, l) el derecho a la valoración razonable de la prueba, ll) el derecho a la comunicación previa de la acusación; m) la concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; n) el derecho a la comunicación privada con su defensor; o) el derecho a que el estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

III.2. La imposición de la pena, requisitos para su determinación, su control y la obligación del tribunal de alzada.

La imposición de la pena corresponde a la autoridad sentenciadora, quien previa valoración de las circunstancias probadas en juicio, una vez asumida la convicción de la existencia del hecho, de la participación del o los imputados en él, el grado de participación y por ende su culpabilidad, dicta sentencia condenatoria, en aplicación de lo dispuesto por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., fijando de forma precisa la sanción que corresponda, para ello, debe realizar un estudio concienzudo de todas las circunstancias que rodean el hecho, vinculándolas de forma objetiva a los autores. Para su determinación, el juzgador, debe sujetarse a los lineamientos señalados en la norma punitiva, relativos a la aplicación de las penas (Libro I, Título III, Capítulo II del CP), tomando siempre en cuenta su finalidad conforme el art. 118-III de la C.P.E., por lo que requiere que se encuentre debidamente fundamentada y motivada (art. 124 del Cód. Pdto. Pen.), sólo cumplidas las exigencias legales, la imposición de la pena, demostrará que es producto de un trabajo racional y no del capricho del juzgador.

En cuanto a la imposición de la pena, este Máximo Tribunal de Justicia precisó criterios específicos para la fijación de la pena y el control que debe ejercer el tribunal superior en grado, así como la inviabilidad de aplicación de atenuante especial en el delito de asesinato, estableciendo en el A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero lo siguiente: “La determinación judicial de la pena que comprende todo el procedimiento; es decir, la evaluación, decisión y justificación del tipo y la extensión de la pena, tiene líneas de orientación previstas legalmente, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad del juez. La individualización de la pena está sometida al principio de proporcionalidad recogido por el Código Penal, en sus diferentes artículos y a la finalidad de la pena establecida constitucionalmente como la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos.

La doctrina internacional con autores como Eugenio Raúl Zafaroni, en su obra Manual de Derecho Penal, así como la doctrina nacional con Benjamín Miguel Harb, en su obra Derecho Penal Tomo II, distinguen tres etapas en la individualización de la pena: la legal, la judicial y la penitenciaria. En la primera, el legislador valora, desde el marco de la proporcionalidad, la gravedad del ilícito tipificado en un tipo penal y determina la pena aplicable en abstracto. En la segunda, el juez penal a la conclusión del proceso y establecida que sea conforme al debido proceso de ley, la responsabilidad penal del autor del hecho, fija la pena al caso concreto, tomando como base el marco punitivo determinado por el legislador. La tercera etapa, denominada ejecución penal se halla destinada al cumplimiento de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal ejecutoriada y se desarrolla por la administración penitenciaria, bajo control jurisdiccional.

Ahora bien, en lo que respecta a la primera etapa de individualización de la pena llamada legal, ‘...en el marco penal, el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito’, ‘Las valoraciones sociales respecto de un determinado delito quedan plasmadas dentro de este marco, y en él quedan recogidas, entre otras cosas, las razones de prevención general. Las valoraciones

previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales' (segunda etapa) (Determinación Judicial de la Pena - Patricia Ziffer P. y otros autores)'.

En el caso del marco penal del delito de asesinato, el legislador estableció como sanción una pena determinada o concreta; es decir, treinta años de presidio sin derecho a indulto, y lo efectuó en el marco constitucional precitado, que resulta concordante con el art. 15.III de la propia constitución que señala: 'El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, ...'.

Al respecto, relacionado al tema analizado y por la importancia del caso, corresponde acudir a la previsión contenida en el art. 39-1 del Cód. Pen.: '(Atenuantes especiales).- En los casos en que este Código disponga expresamente una atenuación especial, se procederá de la siguiente manera: 1) La pena de presidio de treinta años se reducirá a quince'.

Desglosado el mencionado precepto, se puede establecer que contiene por un lado las conversiones de penas para el caso de existir atenuantes en la comisión delictual y por otro una afirmación muy clara, cuando señala: 'en los casos que este código disponga expresamente una atenuación especial', norma imperativa que delimita las situaciones a las que puede aplicarse su previsión legal de atenuación especial y el mencionado límite, o los casos a los que se refiere, se encuentran inmersos en los propios tipos penales previstos en el Código Penal; por ello, para determinar si el Código Penal prevé la aplicación de este precepto jurídico (atenuación especial) al delito de asesinato, es necesario recordar que el art. 252 del Cód. Pen., señala que el autor de este delito: 'Será sancionado con la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto...'

Ahora bien, considerando la pena prevista para el delito de asesinato, se establece que este tipo penal, no ingresa dentro de los alcances de la previsión del art. 39-1 del Cód. Pen. y por una simple razón, que resulta de la propia determinación del legislador, que tomando en cuenta que la pena es consecuencia lógica y jurídica de un delito y por la gravedad del delito en cuestión, no vio por conveniente establecer la posibilidad de una atenuación, que beneficiaría en nada menos que la reducción a la mitad de la pena, para quien atente contra el primer derecho fundamental protegido constitucionalmente que tiene todo ser humano, como es la vida, sin el cual resulta inimaginable ejercer los demás derechos reconocidos a toda persona. Tal es así, que contrario sensu, el legislador, no sólo que determinó sancionar con la pena más grave (treinta años) establecida en el ordenamiento jurídico a quien cometa el delito de asesinato, sino que además, introdujo con la imperatividad del caso, la previsión legal que señala: "sin derecho a indulto", precisamente, porque consideró que un hecho tan grave, como cegar la vida de una persona, en las formas descritas en el referido tipo penal, no es merecedor de tal beneficio que se concede excepcionalmente y que consiste en el perdón del delito y por lo tanto de la pena (Derecho Penal Benjamín Miguel Harb – Tomo II) y menos aún, será merecedor de la atenuación hasta en una mitad de la pena que le corresponde.

Con ese fundamento, el juez o tribunal que fija una pena tiene la obligación de someterse a los lineamientos establecidos en el marco penal establecido, para cada tipo penal, correspondiendo al tribunal de apelación, ejercer el control en cuanto a la determinación de la pena y ante la constatación de su incumplimiento, sin necesidad de anularla y sin ordenar la reposición del juicio por otro tribunal, realizar de manera directa una fundamentación complementaria para modificar el quantum de la pena, en sujeción a los principios constitucionales y procesales, con la facultad que le es reconocida por los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen."

III.3. Análisis del caso concreto.

Con lo desarrollado supra corresponde ingresar a resolver la problemática planteada a fin de establecer si resulta evidente la vulneración de derechos y garantías constitucionales; es así, que en cuanto a la denuncia traída en casación, respecto de la presunta falta de fundamentación en el auto de vista impugnado, al no ser suficiente señalar que la pena para el delito de asesinato es de treinta años sin derecho a indulto, sin cumplir requisitos y parámetros establecidos por ley, que obligatoriamente deben estar plasmados en el auto de vista para cambiar o modificar el quantum; se advierte que el fundamento del tribunal de alzada que aparentemente, carecería de una debida fundamentación sería el siguiente: "Respecto del tipo penal condenado art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., en cuanto a la pena fija -30 años- quedaría claro que no tiene establecido un grado mínimo y máximo que permita al juzgador graduar la pena acorde a las reglas de aplicación de esta o la llamada dosimetría penal, al contrario corresponde aplicar el principio de legalidad de la pena, porque si el legislador ha establecido para el asesinato una pena única de 30 años de presidio ella es la que se aplica y no otra. Por lo tanto desde este punto de vista enteramente legal concluyó que el tribunal a quo si efectuó una errónea aplicación de la ley sustantiva y del primer párrafo del art. 252 del Cód. Pen., respecto de la pena impuesta, más si en la sentencia el mismo Tribunal en pleno, vale decir los jueces técnicos como ciudadanos determinaron la concurrencia de los incs. 2 y 3 del art. 252 del Cód. Pen. elemento que no fue cuestionado por el acusado a través del recurso de apelación restringida"; este argumento, de ninguna manera incurre en una defectuosa fundamentación de la resolución, pues de forma por demás clara, completa, legítima y expresa, identifica primero el tipo penal condenado (Asesinato) para luego remitirse a la pena prevista por el legislador (30 años) consistente en una pena "fija"; por lo tanto, resulta correcta la observación de que no corresponde aplicar la dosimetría penal como erradamente observa el recurrente, pues como se destacó en el acápite III.2, de la presente resolución el legislador estableció como sanción para este tipo penal una pena determinada o concreta; por lo tanto, el único análisis que corresponde para la aplicación de la referida pena, es verificar si se cumplió con la adecuada subsunción de los hechos al delito de asesinato; aspecto que, conforme el mismo tribunal destaca no fue motivo de cuestionamiento por parte del imputado.

Con dichos argumentos de manera inequívoca se puede concluir que los argumentos expuestos en el auto de vista recurrido, cumplen plenamente con lo establecido en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, una adecuada fundamentación, ya que otorga a las partes la suficiente información del por qué se concluyó que existió una incorrecta aplicación de la ley sustantiva, más precisamente el primer párrafo del art. 252 del Cód. Pen., esto referido a la imposición de la pena, por lo que la observación de que el tribunal de alzada no haya considerado la personalidad del autor, el perfil psicológico, la edad, posición económica, la vida anterior y conducta que debían ser necesariamente

fundamentados y motivados de manera clara, completa, legítima y lógica no tiene asidero legal que sustente su pretensión pues, lo que procura el recurrente es aplicable únicamente en delitos en los que la pena no es fija o determinada; es decir, en las que el legislador estableció como parámetro de condena un mínimo y un máximo legal, casos en los cuales el juez o Tribunal de Sentencia efectivamente, tiene la obligación de ponderar todos esos aspectos a fin de imponer una pena acorde al caso concreto que se le presente.

Pero además, el tribunal de alzada a mayor abundamiento no sólo señala que la pena del delito de asesinato, es fija de treinta años de presidio, sino que justificó fundadamente porque consideraba que el Tribunal de Sentencia incurrió en vulneración del art. 39-1 del Cód. Pen., señalado que la referida norma penal regula a las atenuantes especiales que contienen requisitos que hacen indispensables para su aplicación y que en el caso del delito de asesinato no resulta aplicable, argumentos que van en plena concordancia con el criterio asumido por esta Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que a través del A.S. 110/2013-RRC de 22 de abril estableció que: "Al respecto, y por la importancia del caso, corresponde recordar que el art. 39-1 del Cód. Pen., y que sirvió de fundamento en la decisión del tribunal de apelación, de manera muy clara estableció que la atenuante especial se aplicará `... en los casos en que este Código disponga expresamente`, precepto legal introducido por el legislador que delimita las situaciones a las que puede ser aplicado, y en lo que respecta al caso analizado, conforme se desglosó en el acápite anterior, no podía ser aplicado por el Tribunal de Sentencia ni por el tribunal de apelación, al tipo penal de asesinato establecido en el art. 252 del Cód. Pen., que señala que, el autor de este delito, `Será sancionado con la pena de treinta años de presidio, sin derecho a indulto...`, precisamente porque este tipo penal no contiene una disposición expresa que permita su aplicación al mismo, pues así lo definió el legislador, en función a las valoraciones sociales respecto de este tipo penal en particular, cuya consecuencia, resulta en la afectación del más sagrado de los derechos, `el derecho a la vida que tiene todo ser humano`, tal es así que, no sólo determinó sancionar con la pena más grave establecida en el ordenamiento jurídico, sino que además, introdujo con la imperatividad del caso, la previsión legal que señala: `sin derecho a indulto`, razonamiento que desdice el escaso argumento con que se aplicó al caso la previsión de art. 39-1 del Cód. Pen.; por ello, en principio, es posible afirmar que, la Sentencia como el auto de vista que confirmó la misma, no son consecuentes con las normas mencionadas, ni con el razonamiento ahora expresado.

Para orientar mejor la presente resolución, y para entender las razones que han motivado la decisión del legislador, al momento de imponer la pena máxima al delito de Asesinato, así como para desvirtuar los fundamentos de la resolución impugnada; además, de negar la posibilidad del indulto, conviene señalar que el sistema de ejecución penal en Bolivia, vigente desde 2001, concede una serie de beneficios a las personas sometidas a condena con penas privativas de libertad, entre ellos, el beneficio de extramuro previsto en el art. 169 de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión, que para acogerse al mismo, como primer requisito establece: "no estar condenado por delito que no permita el indulto", siendo este un límite que impuso el legislador para impedir que las personas condenadas por tan grave delito, que hubieran cumplido la mitad de la condena (pena) impuesta (serían quince años en el caso del asesinato), puedan acogerse a dicho beneficio, siendo ésta, una razón adicional al razonamiento expresado en el fundamento anterior, que hace entender que no es posible aplicar el art. 39-1 del Cód. Pen., al tipo penal de asesinato, pues lo contrario implicaría la posibilidad de llegar a un extremo inimaginable, que un condenado por el delito de asesinato pueda acogerse a dicho beneficio al haber cumplido siete años y medio de la condena impuesta, que en el caso analizado, es de quince años.

Además, siempre en el marco de la Ley de Ejecución de Penas, corresponde señalar que en el ordenamiento jurídico nacional existe el beneficio denominado `libertad condicional`, que por definición del art. 174 del Cód. Pen., se constituye en el último período del Sistema Progresivo, es aplicable a todo condenado sea cual fuere el tipo penal, incluido el delito de Asesinato, pues sólo basta haber cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, haber observado buena conducta, no haber sido sancionado por faltas graves y muy graves en el último año y haber demostrado vocación de trabajo, previsión que aplicada al tipo penal de asesinato que motiva la presente causa, significa que todo condenado por dicho delito, para beneficiarse con libertad condicional, deberá cumplir necesariamente veinte años.

La razón porque este tribunal invoca tal presupuesto legal, es porque coadyuva a demostrar que, el único beneficio que puede obtener un condenado por el delito de asesinato, cuya pena, como es sabido, es treinta años de presidio sin derecho a indulto, es el de la libertad condicional cuando haya cumplido mínimamente los veinte años iniciales de la condena que le fue impuesta; una razón más, que evidencia que la pena de quince años sin derecho a indulto impuesta por el Tribunal de Sentencia y confirmada por el tribunal de apelación, resultan arbitrarias y sin una correcta interpretación y aplicación de los preceptos denunciados por el Ministerio Público y la querellante, al punto que, de la revisión del ordenamiento jurídico, se puede afirmar que no existe la pena de quince años de presidio sin derecho a indulto, fundamento que se suma a los razonamientos ya expuestos y que demuestra la vulneración de las normas supra referidas por parte del tribunal de alzada, a tiempo de resolver los recursos de apelación restringida formulados por las recurrentes.

En lo que respecta a los demás razonamientos del tribunal de apelación, que se resumen en la aplicación de atenuantes y agravantes, para justificar la pena de quince años impuesta al imputado, en base a todos los argumentos expuestos en la presente resolución, corresponde señalar que en lo que respecta a penas fijas, determinadas o concretas, como en el caso del delito de asesinato, no es posible aplicar las atenuantes generales previstas en el art. 40 del Cód. Pen., que están concebidas para tipos penales cuya sanción o pena son indeterminadas; es decir, cuando establecen un mínimo y un máximo a ser aplicado...". Con lo descrito precedentemente queda por demás claro, que el tribunal de alzada efectuó una debida aplicación de la normativa penal en cuanto a la modificación del quantum de la pena, efectuando un análisis adecuado de la incorrecta aplicación del art. 39-1 del Cód. Pen., decisión asumida con la suficiente exposición de argumentos que la sustentan.

Finalmente, en cuanto a la alegación del recurrente de que el fundamento del auto de vista impugnado para cambiar el quantum de la pena, se basó en lo dispuesto por el art. 252-2 y 3 del Cód. Pen., sin explicar cómo es que su conducta se adecuó a la alevosía, el ensañamiento o simplemente a uno de esos dos presupuestos, cuando la existencia de un comportamiento alevoso, debía ser objetivamente fundamentado con cita jurídica y el desarrollo fáctico que llevó a tal convicción; se tiene que, pese a que ya anteriormente se observó que este aspecto no fue motivo de apelación por parte del recurrente, el tribunal de alzada a tiempo de pronunciar el auto de vista recurrido enfatizó que en cuanto a la inobservancia del art. 38-2 del Cód. Pen., referido a que para apreciar la gravedad del hecho debe tomarse en cuenta la

naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado y el peligro corrido; dicha norma legal forma parte del Capítulo II bajo el epígrafe de aplicación de la pena, en ese comprendido respecto a la gravedad del hecho y otras situaciones invocadas, el Tribunal de Sentencia responsable del fallo apelado en el apartado V de la sentencia y bajo el rótulo de aplicación de la pena concluyó que el hecho se dio por motivos bajos y fútiles, como la codicia, ambición económica, móviles que impulsaron al imputado a delinquir, por ello determinó la responsabilidad penal del acusado por el delito de asesinato, por lo que esas circunstancias fueron según el Tribunal de Sentencia acreditadas, a lo que suman que el acusado había obrado con dolo, premeditación y malicia, actuando sobre seguro, aprovechando que la víctima se encontraba indefensa por su avanzada edad, incluida otras circunstancias. Por los argumentos expuestos precedentemente, no se advierte vulneración del debido proceso en su vertiente debida fundamentación, pues al contrario se observa una correcta argumentación del tribunal de alzada a tiempo de reparar la errónea aplicación de la pena por parte del Tribunal de Sentencia; en consecuencia, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Jorge Antonio Márquez Hirlemann, cursante de fs. 1372 a 1375 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



301

Ministerio Público c/ Pedro Chanel Chiri Pillco
Violación de infante, niño, niña y adolescente con agravante
Distrito: Pando

AUTO DE VISTA

Pando, 26 de agosto de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesto por el acusado Pedro Chanel Chiri Pillco, en contra de la Sentencia N° 12/2015 de 20 de abril de 2015, sentencia pronunciada dentro del proceso penal que sigue el Ministerio Público, por el delito de violación a niño, niña y adolescente con agravante, conducta antijurídica Prevista y sancionado por el art. 308 bis y 310-4 del Cód. Pen.

RESULTANDO: 1.- Mediante Sentencia N° 12/2015, el Tribunal de Sentencia N° 2 de la Capital, falla declarando al Acusado: Pedro Chanel Crin Pillco, mayor de edad, Boliviano, con C.I. 1766809-Pdo, autor y culpable de la comisión del delito de violación a niño, niña y adolescente con agravante, conducta antijurídica prevista y sancionada por los arts. 308 bis y 310-4 del Código Penal, imponiéndoles la pena de 25 años de presidio, sin derecho a indulto, a cumplirse en el penal de Villa Busch de esta ciudad de Cobija.

CONSIDERANDO: I.- Examinado el medio impugnativo en el ámbito procesal previsto por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. que delimita la competencia del tribunal de alzada, se tiene como agravios reclamados:

Primer Agravio.- Reclama sobre su derecho a gravar la audiencia que le fue prohibido por el Tribunal de Sentencia.

Al respecto, de la revisión del acta de juicio oral y público, se establece en primer lugar que se trata de un proceso penal que sigue el Ministerio Público en contra del recurrente por la supuesta comisión del delito de violación a niño, niña y adolescente, donde la víctima es una menor, por lo que no se puede autorizar la grabación.

El Tribunal de Sentencia al haber dispuesto la reserva de la audiencia y rechazar la grabación de la audiencia ha obrado correctamente de acuerdo a lo previsto por el art. 331 del Cód. Pdto. Pen.

Por lo que no resulta ser evidente el agravio reclamado.

Segundo agravio.- Reclama la falta de fundamentación en el rechazo de los incidentes planteados.

Manifiesta que durante la sustanciación del juicio oral y público, interpuso dos incidentes: 1) De error de Tipo y 2) Nulidad de fundamentación del dolo.

De la lectura del acta de registro de juicio oral, se tiene que ante la interposición de los incidentes, el Tribunal de Sentencia con la facultad que le otorga el art. 345 del Cód. Pdto. Pen. Penal, resuelve tratar y resolverlos en sentencia.

Al respecto, el art. 345 (trámite de los incidentes) del Cód. Pdto. Pen. CPP establece: "Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo en sentencia".

De la lectura y revisión de la sentencia, con relación a las cuestiones incidentales el Tribunal de Sentencia luego de haber imprimido el trámite procedimental, luego de haber escuchado los fundamentos de las partes, con relación al incidente de nulidad por error de tipo, el fundamento de la defensa del imputado se refiere a que la víctima tendría dos registros de nacimiento: el primero del año 1996 y el segundo registro del año 1998, por lo que considera que dichos elementos hacen variar el tipo penal acusado.

El tribunal al haber considerado que dicho incidente constituye un ámbito de análisis que va más allá de corregir algún procedimiento o forma.

Mediante éste incidente, la defensa del imputado pretende que el tribunal ingrese a analizar los elementos constitutivos del tipo penal, lo cual no es correcto.

Se debe considerar, que una vez producida la prueba, tanto de cargo y descargo, escuchado los alegatos de las partes, y realizada la valoración de todos los elementos probatorios producidos en juicio, el tribunal recién considerará si concurren los elementos del tipo penal por el delito por el cual fue acusado.

Con relación al Incidente de nulidad de acusación por falta de fundamentación del dolo, de la revisión de la sentencia y acta de registro de juicio oral se tiene que, la defensa del imputado manifiesta que el Ministerio Público en su acusación formal, no ha argumentado la concurrencia del elemento dolo, es decir del accionar del imputado en el hecho por el cual se le acusa.

El fundamento asumido por el tribunal a momento de rechazar el presente incidente, radica en el mismo fundamento del anterior incidente, que dicha circunstancia se analiza una vez producida y valorada toda la prueba, no siendo causal para ordenar la devolución de la acusación, pues para determinar su accionar del imputado en el hecho que se le investiga, implica necesariamente la valoración conjunta de todas las pruebas producidas en juicio.

Por lo que no es evidente el agravio reclamado, dichos incidentes fueron rechazados de manera fundamentada por parte del Tribunal de Sentencia.

Tercer agravio.- Reclama la Vulneración de lo establecido por los arts. 8, 347-6 con relación al art. 356 del Cód. Pdto. Pen., referido a la vulneración del derecho a la defensa técnica y material.

De la revisión del acta de registro de juicio oral y público, se tiene que en su momento se le dio la palabra al acusado para que realice su defensa material de acuerdo a lo establecido en el art. 8 del Cód. Pdto. Pen., si bien es evidente que el Presidente del tribunal le interrumpe al imputado, es con la finalidad de que se refiera al hecho por el cual está siendo procesado, además el presidente del tribunal, en su calidad de director del proceso, está en la obligación de direccionar el desarrollo del proceso, cuidando que el mismo no se desarrolle con vicios de nulidad y que los derechos de las partes no sean vulnerados, habiéndose cumplido con lo establecido por los arts. 8, 347 y 356 del Cód. Pdto. Pen.

Por lo que no es evidente el agravio reclamado con relación a que se haya violado su derecho a la defensa material del imputado, de la lectura del acta de registro de juicio oral, no consta en ningún momento que el tribunal le haya privado de su derecho a la defensa material.

Cuarto agravio.- Reclama la vulneración de lo establecido por el art. 329 del Cód. Pdto. Pen., referido a la violación del principio de congruencia. El art. 329 (objeto) establece: "que el juicio es la base esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma contradictoria....".

De la revisión del acta de registro juicio oral, se tiene que el Ministerio Público presenta acusación formal en contra del imputado por la supuesta comisión del delito de violación, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen.

De acuerdo a la acusación fiscal, la madre de la víctima denuncia a su concubino (acusado) en 30 de marzo de 2015 por el delito de violación, siendo la víctima hijastra del acusado, quien habría reconocido y dado su apellido a la víctima, los hechos habrían ocurrido en el Chaco.

El reclamo en sentido a que el tribunal hubiera modificado los hechos, no resulta ser evidente.

De la lectura del acta de registro de juicio oral, el Tribunal de Sentencia, en ningún momento introdujo hechos nuevos o modificó los hechos, el hecho que el Ministerio Público señale en su acusación que las violaciones se produjeron en el año 2012 y que la menor señale que los hechos se produjeron en el año 2011, no significa que el tribunal haya modificado los hechos, el hecho es el mismo, las agresiones sexuales por parte del padrastro fueron desde el 2011, lo cual no significa modificación de los hechos por parte del tribunal, si bien se utiliza la palabra agresión sexual, es con el fin de señalar las violaciones constantes a que era sometida la víctima por parte de su padrastro.

Por lo que al no constatar la modificación de los hechos por parte del tribunal, el agravio reclamado resulta no ser evidente.

Sexto agravio.- Vulneración de lo establecido por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., que la sentencia se base en una valoración defectuosa de la prueba.

De la revisión del acta de registro de juicio oral, se establece que toda la prueba de cargo y descargo fue introducida ajuicio.

La defensa del acusado realiza las siguientes observaciones: 1) la acusación del Ministerio Público y sus contradicciones: respecto a éste agravio la defensa del acusado observa y reclama que la sentencia se basa en una defectuosa valoración de la prueba, hace una relación

de las presuntas vulneraciones, sin fundamentar las disposiciones legales que se consideran violadas, el error en que hubiera incurrido el Tribunal de Sentencia de acuerdo a lo establecido por el art. 407 del Cód. Pdto. Pen.

Con relación a éste punto la defensa se limita a resaltar las supuestas contradicciones entre la fecha o el ario en que hubiera ocurrido el hecho, porque el Ministerio indica en su acusación el año 2012 y la sentencia indica que los hechos habrían ocurrido en el año 2011.

Sobre este punto, en el momento de resolver el Cuarto Agravio, el hecho que el Ministerio Público señale en su acusación que las violación se produjeron en el año 2012 y que la menor señale que los hechos se produjeron en el año 2011, no significa que el tribunal este modificando los hechos, por lo que se entiende que las agresiones sexuales por parte del padrastro fueron desde el 2011.

2) Sobre las pruebas documentales y sus contradicciones.- Se limita a observar las pruebas documentales.

De todas las pruebas observadas como defectuosamente valoradas por parte del tribunal, la defensa del acusado no observa lo previsto por el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., en sentido que no existe la doble instancia, que en su análisis no se puede retrotraer ni valorizar las pruebas, mismas que ya fueron valoradas de acuerdo a la sana crítica por parte del Tribunal de Sentencia, encontrándose impedido el tribunal de alzada de poder revalorizar las pruebas en virtud al principio de inmediación.

El fundamento principal asumido por el Tribunal de Sentencia, es la comprobación que el acusado mantenía relaciones sexuales con la víctima menor de edad desde el ario 2011 cuando contaba con la edad de 13 años.

Que el hecho se ha suscitado dentro del entorno familiar de la víctima, ya que el acusado era la pareja de la madre de la víctima menor de edad y que vivían como una familia, vivían en la ciudad y manera alternada en el Chaco donde trabajaban la tierra, lugar donde habrían ocurrido los hechos.

Al respecto se debe considerar, que en nuestro ordenamiento procesal penal no permite la revalorización de la prueba en segunda instancia.

Por lo que se debe considerar que el tribunal de sentencia a momento de pronunciar sentencia condenatoria, realizaron una valoración íntegra de las pruebas testificales y documentales tanto de cargo y descargo.

Por lo que no es evidente el agravio reclamado.

Séptimo agravio.- Vulneración de lo establecido por el art. 370-9 defecto de la sentencia por no constar la hora de inicio del acto de deliberación y del acto de lectura parcial de la parte dispositiva.

El art. 370 del Cód. Pdto. Pen. es claro al establecer que: " los defectos de la sentencia que habilitan la apelación restringida serán los siguientes, el art. 370-9 del Cód. Pdto. Pen. es claro al establecer: que no conste la fecha y no sea posible determinarla, o que falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente.

Dicho inciso, en ningún momento establece que debe constar la hora de inicio del acto de deliberación y del acto de lectura parcial de la parte dispositiva.

De la revisión del acta de registro de juicio oral y público y de la sentencia, la misma cumple en cuanto a la exigencia que la sentencia debe indicar la fecha cuando se pronuncia la sentencia, dicha sentencia cumple con lo previsto por el art. 360 del Cód. Pdto. Pen.

De la lectura de la última parte del acta de registro de juicio oral, se tiene que el tribunal pasa a deliberar y dictar la parte resolutive, además la sentencia señala como fecha de pronunciamiento "Cobija, 20 de abril de 2016".

Por lo que no es evidente el agravio reclamado.

Por lo expuesto, al no haberse verificado la existencia de los defectos de sentencia que señala el art. 370 del Cód. Pdto. Pen., corresponde declarar improcedente el recurso planteado.

POR TANTO: La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, en aplicación de los arts. 51-II, 411 y 413-I todos del Cód. Pdto. Pen., declara improcedente la apelación, en consecuencia CONFIRMA la sentencia objeto del presente recurso de apelación restringida.

Conforme disponen los arts. 123 y 417 del Cód. Pdto. Pen., se advierte a la parte se creyere agraviada con la presente resolución, que tiene el plazo de 5 días hábiles para interponer el recurso de casación.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: German A. Miranda Guerrero.- Juan U. Pereira Claros.

Ante mí: Abg. Dolly Romero Saavedra.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 20 de octubre de 2016, cursante de fs. 94 a 96 vta., Pedro Chanel Chiri Pillco, interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, de fs. 89 a 91 vta., pronunciado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, integrado por los vocales Germán A. Miranda Guerrero y Juan U. Pereira Olmos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público a instancia de Rosario Condori Cusi y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, tipificado por el art. 308 Bis con la agravante prevista por el art. 310-4 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° “12/2015” de 20 de abril de 2016 (fs. 18 a 25), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Pedro Chanel Chiri Pillco, autor y culpable de la comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con la concurrencia de la agravante prevista en el art. 310-4 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinticinco años de presidio sin derecho a indulto, más multas y costas procesales, averiguables en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Pedro Chanel Chiri Pillco, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 29 a 33 vta.), que fue resuelto por Auto de Vista de 26 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la Sentencia apelada, dando lugar a la interposición del recurso de casación en análisis.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 045/2017-RA de 20 de enero, se extrae el cuarto motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17-II de la L.Ó.J.

El recurrente refiere, que el tribunal de apelación a tiempo de resolver la denuncia de violación del art. 329 del Cód. Pdto. Pen., habría señalado, que de la lectura del acta de registro de juicio oral, establece que el tribunal de apelación, no hubiere incorporado nuevos hechos, pues si bien la presunta víctima señalaría que el ilícito se cometió el 2011, a diferencia de lo que se había referido el acusador, donde se alegó que el delito fue perpetrado el 2012; no implica modificación de hechos, pues se trata de la misma conducta. Argumento que a decir del recurrente es contradictorio a lo establecido por el A.S. N° 85/2013-RRC de 28 de marzo, el cual establece, que la aplicación del principio iura novit curia, no implica la facultad de modificar o incluir hechos no contemplados en la acusación; señalando que en el caso de autos, se modificó la relación fáctica en cuanto al tiempo de la presunta comisión, siendo condenado por un hecho ocurrido el 2011, cuando no se defendió de este ilícito, sino de un hecho que habría acontecido el 2012 según la acusación.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 045/2017-RA de 20 de enero, de fs. 103 a 105 vta., este tribunal admitió el recurso de casación del recurrente, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° “12/2015” de 20 de abril de 2016, el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Pedro Chanel Chiri Pillco, autor y culpable de la comisión del delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con la concurrencia de la agravante prevista en el art. 310-4 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinticinco años de presidio sin derecho a indulto, más multas y costas procesales, averiguables en ejecución de sentencia, en base a los siguientes fundamentos:

En el apartado dedicado a la relación del hecho y circunstancias objeto de juicio de la Sentencia, se tiene que el 30 de marzo de 2015, la madre de la víctima Rosario Condori, sentó denuncia en la FELCV en contra del acusado Pedro Chanel Chiri Pillco, por el delito de Violación, quien era su concubino desde hace 15 años atrás, perpetrado en contra de la hija de aquélla MLCH de 16 años de edad, quien era la hijastra del acusado pero fue reconocida y dado su apellido por él, indicando que el hecho se habría producido en su chaco que se encuentra ubicado en el Km 57 de la carretera a Puerto Rico, donde el acusado aprovechaba que la madre salía a vender y dejaba a sus hijos con él, habiendo resultado la víctima embarazada. Señala que las referidas agresiones, habrían sido realizadas mucho tiempo atrás, desde el año 2012, donde el acusado constantemente la agredía sexualmente y no fue hasta que la menor resultó embarazada que la madre de la víctima se enteró, llegando a señalar como responsable del hecho al ahora acusado. Asimismo, la menor y la madre recibieron amenazas del acusado de no denunciar el hecho, motivo por el cual no habrían informado en forma inmediata a las autoridades policiales. La menor llegó a embarazarse como consecuencia de las agresiones referidas, pero el acusado la habría hecho abortar llevándola a la Clínica Burgos, donde se habría realizado dicho procedimiento.

Por lo expuesto, el Ministerio Público presentó la acusación formal, indicando que el acusado es responsable penalmente de la comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente con agravante, conforme a lo previsto en el art. 308 Bis, con relación al art. 310-g) del Cód. Pen.

En el aparatado referido a la fundamentación analítica e intelectual, el Tribunal de Sentencia, entre varias consideraciones, estableció que, los hechos relativos a la agresión sexual a la víctima, se demostraron plenamente con la declaración de ésta, al haber sido clara y precisa, señalando lugares y fecha, así como con la narración de parte de los hechos ocurridos, esto es, reconociendo al acusado como autor de las agresiones, aspecto corroborado por la prueba documental signada como PM-12 y MP-13, consistente en la entrevista en la fase preparatoria del proceso, realizada a la menor, en donde se mantuvo la claridad y el orden en la narración de los hechos, así como de las declaraciones prestadas por el hermano de la víctima, Wilmer Chiri, quien estableció también en la fase preparatoria en su declaración informativa (MP-7), otros aspectos referentes al comportamiento del acusado para con la madre y los demás hijos del acusado; es decir, las amenazas hacia ellos, conforme también se corroboró en el relato de los hechos prestado por la madre de la víctima en audiencia y en las documentales signadas como MP-9 y MP-10, referentes a los informes policiales que establecen dichos aspectos así como el informe psicológico realizado y presentado como MP-14, en la cual se llegó a establecer el estado de presión y amenazas constantes del acusado a la víctima, su madre y hermanos, aspecto que sin embargo no consideró determinante con relación al hecho principal. Destacó la prueba MP-15, consistente en el

informe psicológico de la entrevista realizada al menor YCHC, hermano de la víctima, quien indicó de forma clara haber sido testigo visual de una de las agresiones sexuales que el acusado cometía en contra de su hermana y víctima, sumado a lo establecido por la prueba MP-5, referido al certificado forense, en el que se estableció el desgarramiento antiguo himeneal en la menor, quien según su hermano Wilmer, era una adolescente que no salía mucho de su casa, por lo que, el Tribunal de Sentencia descartó la existencia de otra persona que pudiera haber tenido algún tipo de actividad sexual con la víctima.

Asimismo, concluyó sobre el debate suscitado por la defensa del acusado en torno a la edad de la víctima, que conforme al relato de los hechos acreditados por ella, habría estado sufriendo las agresiones por parte del acusado desde los 13 años de edad, por lo que, considerando que la fecha de nacimiento acreditada en el proceso fue en 1998, los actos habrían empezado desde el 2011, cuando la víctima tenía 13 años, por lo que funda, de manera suficiente y clara, que la víctima era menor de 14 años al momento de que el acusado hubo comenzado el hecho ilícito, siendo la última agresión reportada por la menor en enero de 2014. En tal sentido, se tiene la prueba documental signada como MP-8, consistente en las certificaciones emitidas por el SERECI Pando, que establecen la fecha de nacimiento de la menor víctima en el presente caso; en consecuencia, el relato del testigo Wilmer Chiri, en torno al tiempo en que se hubieran estado sucediendo dichos actos, es racional y coherente a los hechos argumentados por la víctima.

En el apartado de la fundamentación fáctica y los hechos probados, estableció: 1) Que el acusado Pedro Chanel Chiri Pillco, mantuvo relaciones sexuales con la menor víctima MLCHC, desde el año 2011, cuando la víctima tenía 13 años; 2) Que el hecho se suscitó dentro del entorno familiar de la víctima, ya que el acusado era la pareja sentimental de su madre, por lo que, no era el padre biológico de la víctima aunque viviendo en forma alternada entre su domicilio en la misma ciudad y su chaco donde trabajaban la tierra, en cuyos lugares ocurrieron los hechos ilícitos; y, 3) El Ministerio Público, no demostró el presunto embarazo de la víctima ni el aborto.

Finalmente, en cuanto a la fundamentación jurídica de la Sentencia, el Tribunal estableció fundamentalmente de forma clara y sin discusión, para lo que interesa a la resolución del motivo de casación, que el acusado logró tener acceso carnal con la víctima, en circunstancias en que contaba con la confianza propia que ameritaba ser el responsable de la menor, en su condición de padre, aunque no biológico, pero a cargo del cuidado y depositario de la confianza prestada por su pareja, aspecto que no admitió discusión alguna durante el desarrollo del juicio. Por otra parte, al momento de consumarse el acceso carnal, la víctima contaba con 13 años de edad, esto el año 2011, por lo que, indudablemente concurren los elementos objetivos y materiales en la conducta del acusado al tipo penal endilgado.

II.2. De la apelación restringida de Pedro Chanel Chiri Pillco.

A través de memorial presentado el 13 de mayo de 2016, el acusado interpuso apelación restringida contra la sentencia condenatoria, argumentando, en relación estricta al motivo de casación, la violación al art. 329 del Cód. Pdto. Pen., que vulnera el principio de congruencia, ya que conforme a la norma referida, el juicio es la fase esencial del proceso y se realizará sobre la base la acusación. En la acusación fiscal, se lo acusó por los siguientes hechos: que violó a la víctima cinco veces, que la víctima en el momento del hecho era menor de 14 años, que la primera vez fue en febrero de 2012; y, que la víctima sufrió un aborto por estar embarazada.

En la audiencia de juicio oral, conforme se tiene del acta respectiva, el Ministerio Público, la denunciante y la Defensoría de la Niñez, se ratificaron en todo lo sostenido en la acusación fiscal, lo que significa que no se modificó nada del requerimiento acusatorio; sin embargo, el recurrente alegó que la Sentencia condenatoria, en la parte correspondiente a la adecuación del hecho al tipo penal, consigna: "en primer lugar, se debe hacer referencia a los hechos que se hubieron acreditado anteriormente, toda vez de que como se tiene establecido, la menor estuvo siendo sujeta de agresiones sexuales por la parte del causado desde el año 2011, fecha en que la menor tenía 13 años de edad, como ella lo manifestó en audiencia..." (sic), por lo que, extraña que se haya manifestado ese extremo cuando la víctima, la denunciante y el Ministerio Público señalaron que los hechos se hubiesen iniciado desde febrero de 2012; en consecuencia, se modificaron los hechos acusados, lo que no se sujeta a la facultad conocida como principio de iura novit curia, conforme se establece en el A.S. N° 085/2013-RRC, lo que no puede ser susceptible de convalidación.

II.4. Del Auto de Vista.

La Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, a través del auto de vista recurrido, declaró improcedente el recurso de apelación restringida, confirmando la resolución de mérito, conforme al siguiente fundamento:

El reclamo en sentido de que el tribunal hubiera modificado los hechos, no resulta evidente, debido a que, de la lectura del acta de registro de juicio oral, el tribunal de sentencia en ningún momento introdujo hechos nuevos o modificó los hechos pues, la circunstancia que el ministerio público señale en su acusación que las violaciones se produjeron en el año 2012 y la menor señale que los hechos se produjeron en el año 2011, no significa que el tribunal haya modificado los hechos, el hecho es el mismo, las agresiones sexuales por parte del padrastro fueron desde el año 2011, lo cual no significa modificación de los hechos por el inferior, si bien utiliza la palabra agresión sexual, es con el fin de señalar las violaciones constantes a que era sometida la víctima por parte de su padrastro; en consecuencia, declaró el agravio no evidente.

III. Verificación de contradicción con el precedente invocado

El recurrente califica el entendimiento expuesto en el auto de vista recurrido, como contradictorio de la doctrina legal invocada, por cuanto, estableció que no constituye modificación de los hechos el razonamiento del Tribunal de Sentencia, respecto al año en que se produjo el hecho de violación; en consecuencia, concierne verificar en principio si esta Sala puede efectuar la labor que la ley le encomienda en la resolución de los recursos de casación.

En ese sentido, sobre la labor de unificación jurisprudencial de este tribunal, resulta imperioso recordar que este Máximo Tribunal de Justicia ordinaria, de acuerdo al actual régimen de recursos establecido por el Código de Procedimiento Penal, a través del recurso de casación, está facultado para ejercer una función nomofiláctica, que consiste en la tarea de unificar la jurisprudencia, a fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme de la ley penal, por razones de seguridad jurídica y respeto al derecho a la igualdad, de forma que todo

ciudadano tenga la certeza y seguridad que la norma procesal y material será efectivamente aplicada por igual, labor reconocida por el art. 42 de la L.O.J., que establece entre otras atribuciones de las Salas especializadas de este Tribunal Supremo, la de sentar y uniformar jurisprudencia, resultando en el caso particular de la Sala Penal, que ante la interposición del recurso de casación, les corresponde en base al derecho objetivo, establecer la existencia o no de contradicción entre los precedentes invocados y la resolución recurrida, para lo cual el impugnante tiene la obligación procesal de invocar la aplicación de determinados entendimientos doctrinarios aplicables a su causa, con la explicación clara y debida de la supuesta contradicción, contenidos en autos supremos que detectaron la actuación ilegal de los tribunal de apelación a tiempo de emitir los autos de vista recurridos; a cuyo efecto, correspondió dejar sin efecto dicha resolución. En ese entendido, los autos supremos que declararon infundados los recursos de casación, no contienen doctrina legal alguna, por lo que, este tribunal no puede ejercer su función nomofiláctica en base a ellos.

En el caso concreto, se advierte que el motivo admitido por este tribunal está únicamente basado en la supuesta contradicción del razonamiento contenido en el auto de apelación recurrido con el A.S. N° 85/2013-RRC de 28 de marzo, que no contiene doctrina legal susceptible de contraste al haber declarado infundado el recurso de casación entonces analizado, lo que impide que este Tribunal ingrese al fondo de la temática a efectos de desplegar su labor unificadora de jurisprudencia, resultando la presente casación infundada.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación formulado Pedro Chanel Chiri Pillco, de fs. 94 a 96 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina

Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



302

Ministerio Público y otros c/ Julio Cesar Gonzales Padilla y otros

Asesinato y otros

Distrito: Tarija

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 26 de octubre de 2016, cursante de fs. 378 a 392, Julio Cesar Gonzales Padilla, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 26/2016 de 5 de agosto, de fs. 306 a 311 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, integrada por los vocales Adolfo Nilo Velasco y José Luis Lenz Mamani, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, Juan Tomás Hoyos y Antonia Guerrero de Hoyos contra el recurrente además de Elías Humberto Linares Chumacero, Sergio Marcial Velásquez Durán, Paúl Vicente Sagredo Garnica y Samuel Fernando Martínez Galeán, por la presunta comisión de los delitos de asesinato y asesinato en grado de tentativa, previstos y sancionados por los arts. 252-2, 3 y 6 con relación al 23 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación

I.1. Antecedentes.

Por Sentencia de 31 de julio de 2009 (fs. 1310 a 1326), el Tribunal de Sentencia de Bermejo de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, declaró a Elías Humberto Linares Chumacero, absuelto de responsabilidad y pena del delito de asesinato en grado de complicidad, previsto y sancionado por los arts. 252-2, 3 y 6 con relación al 23 del Cód. Pen.; asimismo, declaró a los imputados Samuel Fernando Martínez Galeán, Sergio Marcial Velásquez Durán, Paúl Vicente Sagredo Garnica y Julio Cesar Gonzales Padilla, absueltos de responsabilidad y pena del delito de asesinato en grado de autoría, tipificado por el art. 252 con relación al 20 del Cód. Pen., con costas.

Contra la mencionada sentencia, el Ministerio Público (fs. 1336 a 1339 vta.) y los acusadores particulares Juan Tomás Hoyos Rojas y Antonia Guerrero de Hoyos (fs. 1345 a 1364), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 18/2010 de 22 de junio (fs. 1766 a 1768), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 433/2014 de 24 de septiembre (fs. 234 a 238 vta.); a cuyo efecto, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, emitió el A.V. N° 26/2016 de 5 de agosto, que declaró con lugar de manera parcial los recursos de alzada interpuestos; en consecuencia, modificó la sentencia de primera instancia declarando culpable a Julio Cesar Gonzales Padilla, por el delito de homicidio tipificado en el art. 251 del Cód. Pen., imponiendo la pena de diez años de presidio, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 79/2017-RA de 24 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente refiere que el auto de vista incurrió en defecto absoluto, emergente de la vulneración del derecho a recurrir por inobservancia de la prohibición de la reforma en perjuicio. por otro lado, haciendo referencia al auto de vista que anuló la sentencia de absolucón y mandó al reenvío la presente causa, afirma que dicha resolución (A.V. N° 18/2010) fue recurrida de casación únicamente por él y otros co-acusados y no por la parte acusadora, en dicho recurso se hubiera solicitado que el auto de vista no pudo anular la sentencia absolutoria, solo por el hecho de que no existiría individualización de los votos de los jueces miembros del Tribunal de Sentencia; en ese sentido, refiere que el A.S. N° 433/2014 de 24 de septiembre, pronunciado por la Sala Penal Liquidadora falló a favor de los únicos recurrentes, a este punto aclara que no se puede empeorar la situación de quien interpone el recurso (art. 400 del Cód. Pdto. Pen.); no obstante de ello, los vocales de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, mediante A.V. N° 26/2016 declararon con lugar el recurso de apelación restringida interpuesto por el Ministerio Público y la víctima, modificando la Sentencia absolutoria, que declaró autor de la comisión del delito de Homicidio, previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen. y le condenó a la pena de diez años de presidio; esta situación hace ver que al ejercitar su derecho de interponer su recurso de casación fue para que le condenaran de manera arbitraria, porque el auto de vista no dio cumplimiento al A.S. N° 433/2014 obrando contrariamente, fallando en su perjuicio precautelando los derechos de quienes no reclamaron como lesivo el auto de vista; aspecto que, se constituye en restricción de su derecho a recurrir reconocido en el art. 180-II de la C.P.E., el art. 8-2-h) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el principio de la prohibición de la reformatio in peius; aspecto que, constituye defecto absoluto previsto en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., por afectación del debido proceso y el derecho a la defensa en su componente del derecho de recurrir. También, para demostrar el resultado dañoso del defecto señala que el A.V. N° 18/2010, ordenó el juicio de reenvío que sería lo más gravoso; en consecuencia, al anular el auto de vista se debió dar aplicación a la restitución de sus derechos y garantías; sin embargo, en el nuevo A.V. N° 26/2016, se le declara culpable de la comisión del delito de Homicidio; en consecuencia, la misma Resolución impugnada vulneró su derecho a recurrir, previsto en el art. 180 de la C.P.E. y el art. 8-2-h) del Pacto de San José de Costa Rica, correspondiendo; por lo tanto, la nulidad del auto de vista recurrido por incurrir en defecto absoluto.

Refiere la existencia de contradicción del auto de vista con otros precedentes, respecto de la prohibición de revalorización de la prueba por el tribunal de apelación, porque en el A.V. N° 26/2016 los Vocales revalorizan la prueba en el punto III.5. al transcribir la fundamentación probatoria e intelectual de la sentencia, donde existió criterios opuestos; primero, porque dos jueces de los cuatro que integraron el Tribunal de Sentencia de Bermejo votaron por la absolucón y dos por la condena; en consecuencia, ante la existencia de dos criterios opuestos respecto del valor otorgado a la prueba esencialmente de la testifical, resulta innegable que para acoger una de ellas, los vocales de la Sala Penal Primera tuvieron que realizar un juicio de valor propio de cada una de las declaraciones testificales, para considerarlas creíbles, verosímiles, sinceras y en base a esa revalorización de la prueba concluir la culpabilidad del imputado con relación al delito de homicidio, imponiendo la pena de diez años de presidio, de esta forma afirma que el tribunal de alzada se excedió en la revalorización, infringiendo lo establecido por el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., cuando señala que: "la declaración de los testigos Armando Benigno Nieves y Victoria Hinojosa como asumió la mitad del Tribunal de Sentencia de Bermejo en desmedro y difiriendo sustancialmente el criterio adoptado por la otra mitad del tribunal a quo, que arribo a una conclusión diferente luego de haber tenido contacto directo con dicha prueba", lo cual implicaría que existió por parte del tribunal de apelación una labor de revalorización de la misma, por lo que el ad quem se convirtió en tribunal de segunda instancia, dejando de lado el análisis de puro derecho que debía efectuar ante la denuncia del apelante de errónea aplicación de la ley sustantiva, prevista por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., que implicaba únicamente verificar si los hechos que el Tribunal de Sentencia consideró probados e intangibles, fueron debidamente adecuados a una norma sustantiva correcta; siendo el único agravio que fue declarado con lugar el recurso de apelación, no siendo posible que a tiempo de resolver este agravio, el Auto de Vista pueda descender a revalorizar prueba y menos aún tomar partido por una de las dos posturas antagónicas que dividieron los votos del Tribunal de Sentencia de Bermejo, teniendo que prevalecer lo previsto por el art. 116 de la C.P.E. y el art. 359 del Cód. Pdto. Pen., lo más favorable al imputado como es la absolucón, siendo esta actividad de revalorización en la que incurrió la resolución de alzada contraria a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, que establece la prohibición de revalorizar la prueba; al respecto, cita como precedentes contradictorias los AA.SS. Nos. 197/2013-RRC de 25 de julio, 251 de 22 de julio de 2005, 111 de 31 de enero de 2007 y 384 de 26 de septiembre de 2005.

Respecto a la prohibición de modificar la situación jurídica del acusado de absuelto a condenado, con base a la revalorización de la prueba, aspecto contenido en la jurisprudencia de la sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia que establece, que la sub regla que posibilita en apelación al cambio de situación jurídica del imputado, es que no puede realizar una revalorización de las pruebas menos modificar hechos tenidos como probados por el juez o Tribunal de Sentencia, al resultar aspectos intangibles. Y en este caso el auto de vista impugnado modificó la sentencia absolutoria por la condena a diez años de presidio en contradicción a la jurisprudencia de la sala penal, porque para la modificación de la situación jurídica de absuelto a condenado se revalorizó la prueba utilizando para ello el criterio de la mitad del Tribunal de Sentencia que valoró positivamente las declaraciones de los testigos, en desmedro del criterio de la otra mitad que le restó todo valor y credibilidad que votaron por su absolucón, emergiendo de esta bifurcación de criterios, que los hechos de los que puedan ser colectados los elementos configurativos del tipo penal de homicidio, no son hechos probados por la mayoría del Tribunal de Sentencia, que permitan al tribunal de alzada realizar un análisis de derecho exclusivamente, sino que al existir disparidad de criterios, se entiende que solo hubiera sido posible modificar la situación jurídica del imputado de absuelto a condenado realizando una revalorización de las declaraciones testificales expuestas en la sentencia, cito como precedente contradictorio el A.S. N° 660/2014-RRC de 20 de noviembre.

Ausencia de la debida motivación y fundamentación del auto de vista impugnado, porque el tribunal de alzada tiene el deber de fundamentar y motivar su fallo y en este caso se reemplazó este deber legal con la transcripción del agravio expuesto por las partes, relativo al supuesto defecto de la sentencia previsto por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen. y la transcripción de la fundamentación probatoria e intelectual

de la Sentencia de 4 de agosto de 2009, siendo escueta la fundamentación con la que el tribunal de alzada consideró probado el hecho acusado y que la conducta del imputado se adecuaba al delito de homicidio, sin explicar: 1.- Cuáles fueron los motivos que llevaron al tribunal de alzada a acoger la valoración de la parte del tribunal ad quo, que votó para su condena y no así la valoración del tribunal que optó por su absolución, cuando ambas valoraciones se encuentran consignadas en la redacción de la Sentencia de 4 de agosto de 2009 por paridad de votos; 2.- Cuál el argumento que sirvió para desvirtuar la valoración de los jueces del Tribunal de Sentencia, que le restaron credibilidad a los testigos de cargo por considerarlos inverosímiles, interesados y contradictorios; 3.- Por qué omitió el mandato del art. 116 del C.P.E., que establece que en caso de duda se debe optar por la decisión más favorable al encausado, cuando se encontraban frente a una bifurcación de criterios optando por la más desfavorable; 4.- En base a qué argumentos considera el tribunal de apelación que la aplicación del art. 359 del Cód. Pdto. Pen., constituiría un defecto que debe ser subsanado en apelación; 5.- Cuando el auto de vista estableció que de ser sometido a juicio de reenvío se llegaría al mismo resultado ¿Se refiere al resultado consignado en la sentencia absolutoria de 4 de agosto de 2009, de ser así en base a qué criterio se define la condena?. De ahí que señala que ninguna de las interrogantes tiene una respuesta coherente ni razonada por el auto de vista impugnado el cual justifica, que la decisión de modificar la sentencia absolutoria por una condenatoria, siendo que dicha decisión es autoritaria, discrecional y no se encuentra debidamente fundamentada conforme lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., teniendo en cuenta incluso que el auto de vista, señala que si se le condena por el delito de Homicidio previsto y sancionado por el art. 251 del Cód. Pen., cuyo verbo rector es "matar" el mismo que no se encuentra en la redacción del Auto de Vista, tampoco se explica cómo la conducta se adecuó a dicho tipo penal; finalmente, con relación a que en el auto de vista se invocó los AA.SS. Nos. 69/2013-RRC, 023/2012, 070/2014-RRC, señala que resultó impertinente en su cita debido a que están referidos a situaciones fácticas y conclusiones jurídicas diferentes, extremo que también recae en una fundamentación defectuosa, porque se sustentó su fallo en citas jurisprudenciales erráticas que afectan al debido proceso en su componente a la debida fundamentación conforme lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; aspecto que, sería contradictorio a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia al encontrar ausente en el caso de autos, la estricta aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., respecto de una fundamentación suficiente de la decisión de modificar su absolución por una condena, por lo que amerita la nulidad del auto de vista impugnado debiendo respetarse el debido proceso en su componente de la debida fundamentación de los fallos judiciales. Invoca como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 170/2013-RRC, 342 de 28 de agosto de 2006 y 660/2014-RRC de 20 de noviembre.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido, se devuelvan los actuados a la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, para que pronuncie nueva resolución de conformidad a la doctrina legal que se establezca por el Tribunal Supremo de Justicia.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. Nº 79/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 398 a 402, este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Julio Cesar Gonzales Padilla, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia de 31 de julio de 2009, el Tribunal de Sentencia de Bermejo de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, declaró a los acusados, Elías Humberto Linares Chumacero, Samuel Fernando Martínez Galean, Sergio Marcial Velásquez Durán, Paúl Vicente Sagredo Garnica y Julio Cesar Gonzales Padilla, absueltos de culpa y pena de la comisión del delito de asesinato en grado de complicidad; al primero, y del delito de asesinato en grado de autoría a los demás, argumentando que el Ministerio Público en etapa de exponer sus conclusiones, retiró la acusación presentada en contra de Samuel Fernando Martínez Galean y Sergio Marcial Velásquez Duran, además pidió se dicte sentencia absolutoria a favor de Elías Humberto Linares Chumacero y Paul Vicente Sagredo Garnica por falta de prueba; asimismo, la acusación particular en sus conclusiones pidió que en relación a Elías Humberto Linares Chumacero, Sergio Marcial Velásquez Duran, Samuel Fernando Martínez Galean y Paúl Vicente Sagredo se dicte sentencia absolutoria: "por carencia de prueba suficiente para demostrar su responsabilidad penal" (sic); sin embargo, ambas acusaciones pidieron se condene con treinta años de presidio al acusado Julio Cesar Gonzales Padilla por el delito de asesinato, por considerar que es autor intelectual y material del hecho acusado, observándose que en la indicada resolución se fijó como hechos probados los siguientes:

El 8 de febrero de 2008 se realiza el acto de licenciamiento, en las dependencias de área Naval Nº 3 de Bermejo, donde se licencia Miguel Ángel Hoyos Guerrero y demás conscriptos; posteriormente, el nombrado que resulta ser la víctima en el presente proceso, después del referido acto se dirigen a almorzar y compartir unas cervezas por diferentes locales de la población, luego ya el 9 de febrero a las 02:00 de la mañana el ex conscripto Miguel Ángel Hoyos Guerrero, ingresa al Área Naval Nº 3 con autorización del oficial de guardia Julio Cesar González (principal acusado), entrada que es registrada en el libro de novedades, registrado por el comandante de guardia Elías Humberto Linares Chumacero, luego pide la llave del furrilato (cuarto de armas) a Samuel Fernando Martínez Galean (responsable del cuarto de armas), quien entre sueños dice que entrega las llaves al ex conscripto "creyendo" que era su camarada Jesús Castro (cabo ranchero), que a las 3:00 Julio Cesar Gonzales sale del quincho donde veía televisión, luego revisan las armas y hacen formar y enumerar a todos los soldados, verificando que todos estaban completos, sin embargo se percatan que faltaba el ex marinero Hoyos, además se dan cuenta que faltaba el arma del alférez Rodríguez y deducen que el ex marinero Hoyos se lo llevó, por lo que emprenden una búsqueda por el lapso de veinte minutos, sin ningún resultado y regresan todos al cuartel, que en el cuarto de furrilato encuentran un sable y una camiseta negra con rayos blancas, que por declaración de Castro fue quemada por Gonzales.

Bajo el epígrafe de: "Presencia de militares en la zona de los tanques y su participación en el delito", se tiene que Armando Benigno Nieves Ruíz, luego de trabajar como taxista regresa a su casa a las 02:30 de la madrugada del día 9 de febrero, domicilio que se encuentra ubicado a unos 30 o 40 metros de distancia de los tanques, una vez acostado escucha gritar a los chanchos que tiene en su corral, por lo que acude al lugar pensando que alguien se llevaba sus chanchos, ya en el lugar verifica que algunos se salieron por lo que los sigue hasta la quebrada, donde escucha unas voces en tono bajo que provenían de la altura de los tanques, luego regresa a su casa comentando de lo sucedido a su esposa, luego al tener ganas de ir al baño regresa al alcantarillado al posciego que funciona como baño, donde se encuentra de cuquillas, de donde nuevamente escucha voces que venían con mayor intensidad, que discutían con mayor intensidad, tiempo en el que escucha una voz con mando militar que dice textualmente "aguántese como macho su pendejo de mierda". Luego desde su casa alumbró con linterna al primer tanque y las personas que allí estaban desaparecen como si se hubieran tirado alrededor, apaga la linterna y las personas vuelven a desaparecer, por lo que nuevamente baja a unos 5 o 7 del primer tanque, parándose detrás de la maleza de donde ve tres o cuatro personas, tres de perfil y una de frente, todos con corte militar alumbraban con luz bajo, llevaban linternas y celulares, y que reconoció a Julio Cesar Gonzales Padilla, porque se encontraba de frente, el cual era mayor de los demás, también cree haber visto a Samuel Fernández Martínez Galean y al acusado Velásquez, empero no está seguro de los dos últimos, luego regresa a su casa; sin embargo, llevado por la curiosidad regresa por tercera vez, donde escucha voces como de pelea y ve una persona tendida en el suelo, por detrás del indicado testigo bajo su esposa Victoria Hinojosa Rojas en busca de su esposo, alumbrando con una linterna, encuentra a su esposo ya regresando y ve que del tanque saltan por la zanja de desagüe y pensando que venían a agarrarles alumbró en la cara al último y reconoce a Julio Cesar Gonzales Padilla, quien tenía una polera sin mangas, ropa camuflada y la parte de los bigotes renegridos.

Del mismo modo Alfredo Heredia Cumandiri, escuchó "ochar" a sus siete perros a las 02:30 aproximadamente el mismo día, primero los perros ladraron por lado de la cancha que está frente al cuartel, escucha ruidos de personas que caminaban, pasando unos 10 minutos los perros cambian de dirección ladrando por las gradas que van por lado de los tanques, donde escucha voces de dos o tres personas que murmurando indicando que llamó a sus perros, luego nuevamente los perros ladran al lado de la cancha como si las personas estuvieran bajada.

Posteriormente, a las 8:20 aproximadamente comentaron que existía una persona colgada por los tanques, a horas 09:00 Heredia va por los tanques, donde observa que existía huellas de muchas botas y vio el cadáver que estaba en la quinta baranda pendiente de un cinturón y casi de puntas sobre el suelo, el cadáver estaba con dorso desnudo y un pantalón oscuro que estaba puro barro, tres días después Germán Rueda encuentra el arma a unos ocho metros del tanque.

Al promediar las 10:45, el sargento Rubén Espinoza Rodríguez recibe una llamada comunicándole que en la zona de los tanques se encuentra colgada una persona con corte militar, por lo que junto al teniente Cortéz, Mancilla y dos marineros suben hasta la zona de los tanques donde encuentran al ex marino Miguel Ángel Hoyos colgado, toman las medidas de seguridad para que nadie se acerque y llaman al fiscal y al médico forense para luego proceder al levantamiento de cadáver.

La necropsia reveló que la víctima sufrió una lesión en la base del cráneo a la altura de la silla turca, lesión que fue producida por un golpe con un elemento romo, que le produjo una hemorragia interna e incipiente otorragia, concluyendo que es imposible que la persona después de esa lesión llegara al acto del ahorcamiento.

Finalmente, bajo el subtítulo de "Deliberación", se llega a una votación dividida, donde dos integrantes del Tribunal de Sentencia absuelven a todos los acusados y dos condenan al acusado Julio Cesar Gonzales Padilla: para los dos jueces que absuelven las declaraciones de los esposos Armando Benigno Nieves Ruiz y Victoria Hinojosa Rojas, no son testigos veraces por haber declarado más de una vez en la etapa preparatoria agregando nuevos datos, que no resulta cierto que con el alumbrado de las linternas hubieran reconocido unas personas en la maraña del monte, considerando la llovizna, fijándose detalles como uniformes camuflados, cortes militares, uso de poleras o musculosa nariz aguilera o hasta sombra en los bigotes en una de ellas y que paradójicamente no hubieran regresado a la zona de los tanques hasta por un sentido elemental de curiosidad y que la declaración de Alfredo Heredia Cumandiri es muy general, además el retiro de la acusación por parte del Ministerio Público generó duda en dos de los cuatro miembros del Tribunal de Sentencia, por lo que votaron por la absolución de todos los acusados.

En cambio para la otra mitad de los miembros del tribunal, las declaraciones de Armando Benigno Nieves Ruiz y Victoria Hinojosa Rojas son creíbles, por ser testigos presenciales, esenciales que coinciden en la descripción de detalles de los hechos ocurridos, identifican sin dejar lugar a duda al imputado Julio Cesar Gonzales Padilla en la zona del primer tanque, son creíbles, porque desde ese lugar es perfectamente visible la casa donde viven, como es creíble y posible el escuchar voces e identificar a personas permaneciendo a corta distancia no solo por la lumbre de las linternas, sino también por los deslumbres de los motores de luz de SATAR. Declaraciones que son coincidentes con la declaración de Alfredo Heredia Cumandiri, quién también escuchó voces de personas que bajaban y subían de la zona del primer tanque entre las 02:30 a 3:00 del 09 de febrero de 2009; asimismo, las declaraciones son coincidentes con la declaración de Jacinto Tarifa Rodríguez, quien refiere que ese mismo día fue interrogado por un militar que se metió sin previo aviso a su vivienda identificándose como instructor de la naval, quien junto a otro grupo de militares siguieron la búsqueda por la cancha de yacimientos. Declaraciones que no se contraponen a los dichos del ex marino Lucana; por cuanto, éste sale de su casa a las 03:00 y llega a horas 03:15 aproximadamente al área naval y es interceptado por Gonzales cuando ingresaba al cambio de guardia, pudiendo deducirse que con probabilidad el hecho ocurrió después de que el ex marino Hoyos ingresara al área naval el 9 de febrero a horas 02:15 hasta las 3:00 ó hasta antes de la llegada de Lucana, los dichos por los testigos que se nombra fue valorado aplicando las reglas de la experiencia, lógica y la psicología, lo que resulta contundente para afirmar que, la madrugada del 9 de febrero de 2008, aproximadamente entre las 02:30 a 03:00, el acusado Julio Cesar Gonzales Padilla estuvo en la zona del primer tanque de Yacimientos y es la persona de corte militar, vestido con polera manga corta, pantalón camuflado y bigotes renegridos, estuvo en el lugar junto a otras personas de corte militar con ropa camuflada no identificadas lugar en el que Miguel Ángel Hoyos es hostigado por la voz de mando militar que permanece de frente, donde el ex marino es empujado con violencia por las otras

personas, chocando su cabeza contra el tanque o el mismo piso cementado que le sirve de base (elemento romo), motivo por el cual se produce la lesión en la base del cráneo, pierde el conocimiento y tras lo cual; y, los tres militares en la creencia de que el ex marinero perdió la vida deciden colgarlo, provocando la asfixia que lo llevó a la muerte. A esos elementos calificantes de la conducta de Gonzales se suma que fue él, quién estuvo en posesión de la camiseta del marinero y luego la quemó para evitar su vinculación con el delito, siendo los móviles para el hostigamiento el obtener información sobre el arma perdida o la intención de darle un escarmiento por la irregular conducta del ex marinero Hoyos.

Por lo que, para la mitad de los miembros del Tribunal de Sentencia el accionar del acusado Julio Cesar Gonzales Padilla se adecua al tipo penal de Homicidio descrito por el art. 251 del Cód. Pen., con relación al art. 20 del mismo cuerpo penal, por haber causado la muerte de una persona sin haberlo planificado, concluyendo que no lo tocó, pero decidió y presenció el hecho lamentable en lugar de evitarlo. Por lo que, ante la paridad de posiciones y votos se hace obligatoria la aplicación del art. 359 del Cód. Pdto. Pen.

II.2. De las apelaciones restringidas.

Notificadas las partes con la referida sentencia, el Ministerio Público y los acusadores particulares interpusieron recursos de apelación restringida en el siguiente orden:

El Ministerio Público, interpuso recurso de apelación restringida, denunciando inobservancia y errónea aplicación de la ley, señalando que no existe base jurídica para dictar un fallo y absolver, cuando la mitad de los jueces decidió condenarlo por el delito de homicidio y no por el delito de asesinato, por lo que a su criterio en observancia del principio in dubio pro reo, lo correcto era condenarlo por el delito de homicidio y no por el delito de asesinato. Por otro lado denuncia que, se habría tramitado de manera defectuosa la recusación del Juez ciudadano Luis Jiménez Montesinos.

Los acusadores particulares Juan Tomás Hoyos Rojas y Antonia Guerrero de Hoyos, interpusieron recurso de apelación restringida denunciando que, no existe la determinación circunstanciada y material del hecho objeto del juicio. Por otro lado, denuncia que la sentencia se emitió con una contradictoria e insuficiente fundamentación, indicando que los jueces disidentes no exponen los argumentos fácticos y de derecho por los cuales se otorga mayor valor a las declaraciones del testigo "Lucana" y restan validez y credibilidad a las declaraciones de los testigos Armando Benigno Nieves y su esposa, limitándose a realizar una simple relación de los hechos, indica también que no se habría mencionado ni considerado el acto de la inspección judicial. Asimismo, denuncian contradicción entre la parte considerativa y la parte resolutive de la sentencia.

También denuncian que se hubiera vulnerado el principio de continuidad, señalan que el tribunal de sentencia tiene la facultad para subsumir el hecho acusado a otro tipo penal distinto al que se encuentra en la acusación y que si se condena por el delito de Homicidio al acusado Julio Cesar Gonzales Padilla, ellos aceptarían esa determinación, refieren también que el tribunal de alzada sin la necesidad de revalorizar prueba, pueden modificar directamente el fallo o dictar nueva sentencia condenatoria.

Finalmente, denuncian que no se habría indicado qué jueces son los que condenan y que jueces son los que absuelven, para concluir manifiestan que no se les habría entregado una copia de la sentencia.

II.3. Del Auto de Vista que fue dejado sin efecto.

La Sala Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, por A.V. N° 18/2010 de 22 de junio, declaró con lugar los recursos de apelación restringida presentados por el Ministerio Público y la parte querellante; y, anuló la sentencia, disponiendo la reposición del juicio por otro Tribunal, luego de llegar a la siguiente conclusión:

No se identificó a los jueces que votaron por la absolución del imputado Julio Cesar Gonzales Padilla, tampoco a los que votaron por la condena del mismo, observando que no se sabe si son los dos jueces ciudadanos, los dos Jueces técnico o un técnico y un ciudadano, votaron por una u otra opción, concluyendo que esa situación se constituye en un defecto absoluto previsto por el art. 169-1 del Cód. Pdto. Pen., además de vulnerar el debido proceso establecido por el art. 180 de la C.P.E., señalando que la identificación de los jueces es necesario para fines de establecer responsabilidades; en consecuencia, al observar la existencia de ese defecto absoluto que no es susceptible de convalidación, determinó que era innecesario considerar los demás agravios.

II.4. Del primer recurso de casación interpuesto por el acusado Julio Cesar Padilla.

Denunció, la vulneración de su derecho a la defensa y de ser juzgado dentro de un plazo razonable, al no precisarse cuál el perjuicio que se hubiera ocasionado a los acusadores, al no individualizar a los miembros del tribunal que votaron a favor o en contra de la absolución, señalando que esa situación no tendría relevancia.

II.5. Del Auto Supremo 433/2014 de 24 de septiembre que anuló el primer auto de vista.

El referido auto supremo, dejó sin efecto el primer auto de vista emitido en la causa al haber dispuesto la reposición del juicio, sin tomar en cuenta que no todo defecto o toda irregularidad produce la nulidad y que para declarar la nulidad se debe tomar en cuenta determinados principios como que la nulidad debe estar sancionada de manera expresa, debe tener trascendencia, debe ser interpretada de manera restrictiva y finalmente debe tomarse en cuenta el interés, porque no hay nulidad por la nulidad misma.

Por otro lado, concluyó que el auto de vista anulado no se pronunció respecto a todos los puntos apelados, incurriendo en incongruencia omisiva, situación que se constituiría en un defecto absoluto que no puede convalidarse, por vulnerar el derecho a la defensa en incumplimiento del art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

Con esas conclusiones previas, señaló que el Tribunal de Sentencia con la facultad conferida por los arts. 171 y 172 del Cód. Pdto. Pen., judicializó las pruebas que consideró pertinentes y relacionadas a la causa, valorando de acuerdo a la sana crítica y el Código de

Procedimiento Penal, para considerar que las pruebas fueron suficientes para generar en el juez la responsabilidad penal o no de los imputados y que el Auto de Vista anulado se habría apartado de lo previsto por la parte final del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., disposición que faculta al tribunal de alzada, que cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no sea necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada debe resolver directamente; asimismo, señala que el tribunal de alzada sin anular la sentencia recurrida puede realizar una fundamentación complementaria, caso contrario se desnaturalizaría la concepción del recurso de apelación; puesto que, se convertiría en una instancia sin facultad para corregir los errores de derecho, convirtiéndose en una instancia únicamente con facultad para mandar a juicio de reenvío, lo que resultaría un contrasentido con lo previsto por la parte final del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.

Por lo que el referido auto supremo, estableció como doctrina legal aplicable la siguiente: "Respecto de la falta de pronunciamiento de todos los puntos apelados, en base a lo fundamentado, no existió defecto absoluto o vicio procesal alguno, que amerite la reposición del juicio oral, lo que nos lleva a concluir que el tribunal de apelación aplicó indebidamente las previsiones contenidas en el art. 413 del Cód. Pdto. Pen. ; ...asimismo, el tribunal de alzada incumpliendo sus obligaciones señaladas en el ordenamiento jurídico penal y desconociendo su propia competencia, omitió pronunciarse sobre todos los motivos en los que se fundó el recurso de apelación restringida, lo cual constituye un vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) que vulnera el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y que desconoce el art. 398 del citado compilado procesal, pues los tribunales de alzada deben circunscribir sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución impugnada. Por lo que la omisión de pronunciamiento de un aspecto reclamado se constituye en un defecto absoluto no validable que vulnera el derecho a recurrir, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Los errores o inobservancias del procedimiento, serán calificados como lesivos a la Garantía del debido proceso y, consiguientemente, anulables, sólo en aquellos casos en los que tengan trascendencia, es decir, cuando los defectos procedimentales provoquen indefensión material y además sea determinante para la decisión judicial adoptada en el proceso, de manera tal que de no haberse producido dicho defecto el resultado sería otro, no teniendo ningún sentido disponer se subsanen los defectos procedimentales en los que habría incurrido, cuando al final de ellos se arribará a los mismos resultados a los que ya se arribó mediante el acto, pues en este último caso se produciría un resultado adverso al sentido y esencia de la garantía del debido proceso, ya que simplemente demoraría la sustanciación del proceso judicial para llegar al mismo resultado.

De acuerdo a la uniforme jurisprudencia, la valoración de los hechos como de la prueba bajo los principios de inmediación y contradicción constituye una atribución del juez o Tribunal de Sentencia, en ese contexto, el tribunal de alzada lo que debe realizar es la identificación de la falta, la impericia o arbitrariedad del juez o tribunal de instancia la valoración de los hechos y de las pruebas, observando las reglas de la sana crítica que estén explicadas en el fundamento de la valoración de la prueba de manera clara, concreta y directa, que tenga la posibilidad de lograr la convicción en las partes, más allá de la duda razonable, en ese sentido, el tribunal de alzada debe controlar que la sentencia apelada tenga el sustento fáctico, con una argumentación con base jurídica coherente, respetando siempre la normativa procesal y constitucional, aspecto extrañado en el auto de vista.

La interpretación de la legalidad ordinaria es labor de los jueces, quienes deben concebir un entendimiento que guarde relación con los derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado y las normas procesales al respecto, como la celeridad, el debido proceso, el derecho a la defensa y el acceso a la justicia, a que tienen derecho las partes en litigio. Pues lo que pretende el Procedimiento Penal es que los procesos concluyan dentro de los plazos previstos en él. Un entendimiento diferente como el del auto de vista recurrido, genera indefectiblemente retardación de justicia. Optando por la nulidad de obrados, cuando por determinación de las normas señaladas es posible resolver el caso directamente.

Un fallo dictado sin la observancia de las reglas del debido proceso y las garantías constitucionales, constituye un defecto absoluto al tenor del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., lo que amerita en aplicación del art. 419 del citado Código, dejar sin efecto el auto de vista recurrido, para que las omisiones observadas, sean subsanadas".

II.6. Del Auto de Vista ahora impugnado.

La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, por auto de vista impugnado, declaró con lugar de manera parcial los recursos de apelación restringida interpuestos por la acusación particular y el Ministerio Público; en consecuencia, en virtud a los arts. 407 y 403 del Cód. Pdto. Pen., modificó la sentencia dictada el 4 de agosto de 2009 y declaró culpable al acusado Julio Cesar Gonzales Padilla por el delito de homicidio, tipificado por el art. 351 del Cód. Pen., imponiendo la pena de diez años de presidio con base a las siguientes conclusiones:

El Tribunal Supremo de Justicia, concluyó que no es evidente la falta de enunciación del hecho objeto del juicio y su determinación circunstanciada, indicando que ese aspecto no requiere fundamentación, sino solamente consiste en referirse al contenido de las acusaciones tanto público como privado, conforme lo hizo el tribunal de mérito, por lo que declaró sin lugar la mencionada denuncia.

Respecto a la contradicción entre la parte considerativa y resolutive, concluyó que esa denuncia no es evidente, porque ante el empate de votos de los integrantes del Tribunal de Sentencia, aplicó de manera correcta la última parte del art. 359 del Cód. Pdto. Pen., que establece que: "En caso de igualdad de votos se adoptará como decisión la que más favorezca al imputado"; asimismo, concluye que tampoco es evidente que se hubiera vulnerado el principio de congruencia, porque existe la debida concurrencia que debe existir entre la materia, entre los hechos acusados por la acusación fiscal y/o particular, "con los hechos por los que se condenan en la sentencia" (sic).

En relación al agravio referido a que la sentencia incurrió en el defecto de fundamentación insuficiente y contradictoria, señala que el Tribunal de Sentencia se encontraba conformado por cuatro jueces, dos técnicos: María Isabel Sosa de Torres, Clay Ramírez Fernández y dos ciudadanos: Ana Luisa Farfán Cabrera de Torres y José Luis Jiménez Montesinos, observa que para la mitad de los miembros del Tribunal los testimonios de los esposos Armando Benigno Nieves Ruiz y Victoria Hinojosa Rojas, no son testigos veraces por haber declarado más de una

vez en la etapa preparatoria agregando nuevos datos, siendo contradictorias sus atestaciones con el testimonio del ex marinero Luis Alfredo Lucana, que las testificales de Alfredo Heredia Cumandiri y Gustavo Armijo son generales; aspecto que, genera duda en la mitad del tribunal; toda vez, que el hecho no pudo ser cometido por una sola persona, por lo que votaron por la absolución del mismo modo, advierte que en cambio para la otra mitad del Tribunal de Sentencia, los testigos Armando Benigno Nieves y Victoria Hinojosa Rojas, son testigos presenciales que identificaron sin lugar a dudas a Julio Cesar Padilla, que sí estuvo presente en el lugar de los hechos el 9 de febrero de 2008 a las 03:15 aproximadamente, corroborado por el testimonio de Alfredo Heredia Cumandiri, por lo que el accionar del acusado Julio Cesar Gonzales Padilla se adecua al tipo penal previsto por el art. 251 del Cód. Pen. con relación al art. 20 del mismo cuerpo penal, por lo que ante la paridad de posiciones y votos llegados la deliberación, se hace obligatorio la aplicación del art. 359 del Cód. Pdto. Pen., advirtiendo que si bien los jueces que votaron por una o por otra opción no se hallan identificados con nombres y apellidos, pero realizado la fundamentación y motivación del porque votan por una u otra opción; en consecuencia, concluye que el hecho de que no se conste la identificación en la votación, no vulnera ningún derecho fundamental de los acusados ni causa agravio a los apelantes, siendo que en aplicación del art. 359 del Cód. Pdto. Pen., absolvieron al acusado Julio Cesar Gonzales padilla, por lo que declaró sin lugar ese agravio.

Finalmente, en relación al agravio del defecto establecido en el inc. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., ante la denuncia que conforme a los fundamentos de la sentencia absolutoria, se habría llegado a determinar que Julio Cesar Gonzales Padilla es autor del delito de Homicidio; sin embargo, se lo absuelve de culpa y pena, por lo que advierte que el fallo es contradictorio, porque si luego de valorar la prueba aportada en el juicio oral, público y contradictorio que demuestra que Julio Cesar Gonzales Padilla es autor del delito de Homicidio y que existe un autor del delito, bajo pretexto de estar a lo más favorable, no se puede absolver de acto delincuencial consumado, por quedar empatados se deja en la impunidad al autor de un crimen de una persona de dieciocho años. Por lo que, el Tribunal de alzada consideró que corresponde corregir directamente el defecto, considerando que el tribunal de mérito estaba impedido de hacerlo por el art. 359 del Cód. Pdto. Pen., porque la prueba valorada por el Tribunal de instancia demuestra la responsabilidad penal del acusado Julio Cesar Gonzales Padilla, observando la doctrina legal aplicable establecida en los AA.SS. Nos. 69/2014-RRC, 23/2012 y 70/2014-RRC. Declaró con lugar el agravio y modificó la sentencia apelada declarando al acusado Julio Cesar Gonzales Padilla, responsable y culpable de la comisión del delito de Homicidio, sancionado por el art. 251 del Cód. Pen., por lo que considerando que no tiene antecedentes penales y considerando la edad de la víctima, se lo condena con la pena de diez años de presidio.

III. Verificación de la denuncia de vulneración de derechos y garantías y de contradicción con los precedentes invocados

En el caso presente, el imputado recurrente denuncia la inobservancia de la prohibición de la “reforma en perjuicio”, revalorización probatoria en alzada, incumplimiento a la prohibición de modificar su situación jurídica de absuelto a condenado y finalmente ausencia de motivación y fundamentación en el auto de vista impugnado, por lo que corresponde resolver en el fondo las problemáticas planteadas; previa precisión de las bases legales y doctrinales que servirán de sustento a la presente resolución.

III.1. Marco legal y doctrinal.

III.1.1. El principio de la prohibición de la reformatio in peius (reforma en perjuicio).

Un aspecto a destacar inicialmente es que el principio de la prohibición de la reformatio in peius, se constituye en una expresión del debido proceso, consagrado este último como derecho, garantía y principio por los arts. 115-II, 117-I y 180-I de la C.P.E., en el entendido de que el debido proceso es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados en la Ley fundamental, pues conforme sostiene San Martín Castro en su obra Derecho Procesal Penal Volumen I, esta garantía constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria -orgánica y procesal-; en cuanto, ellas sean concordes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial penal. En cuanto, a la finalidad de este principio, consiste en que no se debe impedir el derecho del imputado de recurrir un fallo ante otra instancia judicial, por la preocupación de que se empeore su situación legal a raíz del uso de un recurso o dicho de otro modo el ejercicio del derecho a recurrir debe excluir la posibilidad de que el recurrente sufra, como consecuencia de dicho ejercicio, un perjuicio en su situación.

Este principio que significa prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella sólo fue recurrida por él o por otra persona, autorizada por la ley en su favor (como la situación prevista por el art. 109 del Cód. Pdto. Pen.), se halla regulado en el art. 400 del Cód. Pdto. Pen., que al referirse a la “reforma en perjuicio”, señala que: “cuando la resolución sólo haya sido impugnada por el imputado o su defensor, no podrá ser modificada en su perjuicio. Los recursos interpuestos por cualquiera de las partes permitirán modificar o revocar la resolución aún en favor del imputado, salvo que el recurso se refiera exclusivamente a las costas”.

Considerando todo lo expuesto precedentemente, se tiene en consecuencia que en el supuesto de que en el proceso penal en una determinada resolución judicial haya sido impugnada únicamente por el imputado o su defensor, la resolución no puede ser modificada en su perjuicio, por ejemplo; en cuanto, a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios concedidos como la suspensión condicional de la pena o el perdón judicial, también podrá decirse con relación a la calificación del delito que su inmodificabilidad estaría comprendida siempre que a la nueva calificación le corresponda, necesariamente una pena superior a la impuesta inicialmente (por el juez o Tribunal de Sentencia en los juicios orales y públicos; o, por el juez de Instrucción al sentenciar conforme el procedimiento abreviado), o prive al imputado de los beneficios otorgados como consecuencia de la anterior calificación.

En cambio, si algún otro sujeto procesal (víctima, querellante o Ministerio Público), impugna la resolución incluso en forma simultánea con el imputado o su defensor, es posible la modificación de la resolución en perjuicio del imputado; en cuyo caso, no podrá sostenerse la existencia de vulneración al principio de la prohibición de la reformatio in peius.

III.1.2. Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones para su validez y eficacia requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas, debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la Razón Suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica; y, con base en la ley las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutive de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.1.3. Sobre la defectuosa valoración de la prueba, su formulación y control.

La denuncia por defectuosa valoración de la prueba, defecto de Sentencia descrito en el inc. 6 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como norma habilitante debe encontrarse vinculada a la infracción del art. 173 del mismo cuerpo legal; es decir, a la vulneración de las reglas de la sana crítica, que son aquellas que conoce el hombre común (sentido común –conocimiento adquirido por cualquier persona de forma espontánea como verdad irrefutable); las reglas de la ciencia, entre las cuales la más aplicada es la de la psicología, que en el caso del juzgador requiere conocimientos mínimos (se aplican cuando el juzgador observa comportamientos), además de las reglas de la lógica (la lógica de lo razonable); es decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente, para crear un razonamiento debidamente estructurado. Lo que implica, que quien alegue defectuosa valoración de la prueba, debe brindar información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los elementos analizados arbitrariamente, únicamente planteado en esos términos el recurso, es posible el control sobre la valoración de la prueba, control que debe ser ejercitado sobre la logicidad de la Sentencia, teniendo como circunscripción lo argumentado en el recurso.

III.1.4. La labor de subsunción penal y su control por el Tribunal de alzada.

Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al juez o Tribunal de Sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible, que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3 del Cód. Pdto. Pen.

En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una tarea lógica del aplicador para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se conforma de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación, se concentra en determinar el hecho probado; y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la sentencia se justifique objetivamente, además de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del Juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Solo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad, por lo que la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del juez, pero carentes de todo sustento probatorio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el Juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al tribunal de apelación, por ello la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, que los Jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, de controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.1.5. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales, realizadas por el tribunal de apelación contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional; toda vez, que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva, atribución que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3 de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos autos de vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro del plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen., lo contrario por simple lógica imposibilita a este tribunal verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este tribunal, el A.S. N° 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: "El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: 'El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema', en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: 'Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida'.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: '...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación', norma que es afín con el inc. 3 del art. 42 de la L.O.J., que instituye como atribución de las Salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el estado, integrada por los autos supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: 'Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance'. En ese ámbito, este Tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: 'Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar'.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal".

III.2. Análisis del caso en concreto.

En cuanto al primer motivo, se tiene que su análisis está destinado a verificar la posible vulneración del principio reformatio in peius (reforma en perjuicio), ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización; al respecto, el recurrente señala que se vulneró este principio siendo que solamente él y otros co-acusados recurrieron de casación; sin embargo, el recurrente debe considerar que el auto de vista recurrido que cambió su situación jurídica de absuelto a culpable por el delito de homicidio, fue emitido como emergencia de los recursos de apelación restringida interpuesto por los acusadores particulares y el ministerio público, subrayando que el acusado ahora recurrente, no interpuso recurso de apelación restringida contra la sentencia que lo absolvió; en consecuencia, el tribunal de alzada al emitir el A.V. N° 26/2016 de 5 de agosto, no vulneró el principio reformatio in peius, máxime si se considera que el primer auto de vista emitido en la causa fue dejado sin efecto entre otras razones mediante A.S. N° 433/2014 de 24 de septiembre, ante la constatación de incongruencia omisiva por la falta de pronunciamiento respecto a todos los motivos alegados en la apelación restringida, lo que supone que el Tribunal de alzada se limitó a dar cumplimiento a la doctrina legal aplicable del citado auto supremo, dado su carácter obligatorio en cuanto a su observancia conforme al art. 420 del Cód. Pdto. Pen., por lo que se determina que este motivo deviene en infundado.

Respecto al segundo motivo, se observa que el recurrente denuncia que el tribunal de alzada, hubiera revalorizado prueba al transcribir la fundamentación probatoria e intelectual de la sentencia, situación que a decir del recurrente sería contraria a la doctrina legal establecida en los AA.SS. Nos.197/2013-RRC de 25 de julio, 251 de 22 de julio de 2005, 111 de 31 de enero de 2007 y 384 de 26 de septiembre de 2005.

El A.S. N° 197/2013-RRC de 25 de julio, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de Homicidio, donde este máximo Tribunal de justicia advirtió que el tribunal de alzada modificó los hechos y revaloró la prueba, vulnerando flagrantemente el debido proceso y que en todo caso si el tribunal advirtió la modificación del hecho, debió disponer el reenvío del juicio, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido.

El A.S. N° 251 de 22 de julio de 2005, fue pronunciado dentro de un proceso seguido por el delito de Apropiación Indebida, del mismo modo en el referido proceso, la entonces Corte Suprema de Justicia, constató que el tribunal de alzada revalorizó prueba, por lo que al no existir doble instancia dejó sin efecto del auto de vista recurrido, estableciendo previamente como doctrina legal aplicable la siguiente: "que, el tribunal de alzada no se encuentra legalmente facultado para valorar total o parcialmente la prueba; debiendo en consecuencia, circunscribir sus actos a los asuntos que fueron objeto de la apelación restringida; en caso, de no encontrar vicios en la sentencia o defectos absolutos durante el desarrollo del proceso penal, deberá declarar la improcedencia del recurso de apelación restringida, debidamente fundamentada; confirmando la sentencia apelada.

Que, en caso de existir vulneración a las reglas de la sana crítica que regulan la valoración de la prueba el tribunal de alzada, deberá pronunciar el respectivo auto de vista con el fundamento que corresponda al art. 124 con relación a los arts. 173, 359 y 370-6 in fine del Cód. Pdto. Pen.; en consecuencia, aplicará el art. 413 del indicado código penal adjetivo".

El A.S. N° 111 de 31 de enero de 2007, fue pronunciado dentro de un proceso penal seguido por el delito de Peculado, donde la extinta Corte Suprema de Justicia estableció como doctrina legal aplicable que: "El tribunal de alzada no se encuentra facultado para valorar total o parcialmente la prueba; debiendo circunscribir sus actos a los motivos que fueron de la apelación restringida, el art. 413 del Cód. Pdto. Pen. establece que: 'Cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley y o su errónea aplicación, el tribunal de alzada anulará total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal.

Cuando el ad quem advierte que en el proceso se han pronunciado fallos sustentados en defectuosa valoración de la prueba, vulnerando la previsión del art. 173 y 339 ambos del Código de Procedimiento Penal, incurriendo así en una de las formas defectuosas previstas en art. 370-6 de la referida norma adjetiva, se hace evidente que el fallo no contiene los elementos de prueba necesarios para subsanar el defecto en que incurrió el juez de grado, por ello corresponde conforme prevé el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., anular la sentencia totalmente y disponer la reposición del juicio por otro tribunal, a efecto de garantizar que las partes en conflicto, puedan someter nuevamente el conocimiento, discusión y valoración de la prueba ante otro juez o tribunal, quien observando los principios de inmediación y contradicción que

rigen el proceso y el circuito probatorio, dictará nueva resolución en base a un nuevo criterio de valor emergente de la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica”.

Finalmente, el A.S. N° 384 de 26 de septiembre de 2005, fue pronunciado dentro de un proceso seguido por el delito de tráfico de sustancias controladas, observándose que la extinta Corte Suprema de Justicia constató que el tribunal de alzada revalorizó prueba por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo previamente como doctrina legal: “que, es una premisa ya consolidada que la línea jurisprudencial ha establecido en el sistema procesal penal boliviano que no existe segunda instancia, y que el juez o el Tribunal de Sentencia son los únicos que tienen facultad para valorar la prueba, al encontrarse en contacto directo con la producción de la misma, percibiendo y comprendiendo como se genera con la participación contradictoria de las partes; razón por la que el tribunal de apelación se encuentra impedido de revalorizar la prueba, cuando su facultad es controlar que la valoración de la prueba hecha por el inferior se encuentre conforme a las reglas de la sana crítica, vale decir, que en el fundamento de la sentencia debe encontrarse la experiencia, conocimiento, entendimiento, lógica y la ciencia del juzgador en la apreciación de las pruebas. La inconcurrencia de uno de los elementos mencionados, la incoherencia, la contradicción o la imprecisión del fundamento de la apreciación de las pruebas, conlleva la reposición del juicio, consiguientemente, la formulación de una nueva resolución; en suma el tribunal de apelación tiene la facultad de que se aplique correctamente las reglas de la sana crítica. por lo expuesto, el tribunal de alzada debe disponer la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia, quien dictará nueva resolución valorando la prueba con las reglas de la sana crítica”.

En el caso de autos, el recurrente denuncia que el tribunal de apelación hubiera revalorizado prueba, al transcribir la fundamentación probatoria e intelectual de la sentencia; al respecto, es preciso dejar presente que en la referida sentencia existieron dos criterios opuestos y el tribunal de alzada acogió el criterio y fundamentación de los dos jueces que votaron por la condena del acusado por el delito de Homicidio y con esa base determinó la culpabilidad del imputado Julio Cesar Gonzales Padilla, por el delito de Homicidio, imponiéndole la pena de diez años de presidio.

Contrastando el motivo en análisis con los precedentes citados como contradictorios, se observa que en los referidos precedentes se determinó que el tribunal de alzada, de manera indebida incurrió en revalorización de la prueba, siendo que esa situación no está permitida por el ordenamiento penal, habida cuenta que no existe doble instancia; en cambio, la resolución recurrida de casación, resolvió el motivo en análisis en el Considerando III, punto III.5. concluyendo que el fallo fue contradictorio porque por la fundamentación realizada en sentencia por la mitad de los Jueces, se demostraría que el acusado Julio Cesar Gonzales Padilla adecuó su conducta al tipo penal de Homicidio y que sin que exista fundamentación se lo habría absuelto por el referido tipo penal, bajo pretexto de estar a lo más favorable al acusado, por haberse empantanado los jueces a tiempo de dictar la sentencia, dejando en la impunidad un crimen, afirmando que en consideración a la fundamentación realizada por el tribunal de mérito, correspondía corregir directamente el defecto, declarando con lugar la denuncia y modificar la sentencia apelada, conforme ya se señaló al declararse a Julio Cesar Gonzales Padilla, autor de la comisión del delito de Homicidio siendo condenando con la pena de diez años de presidio.

Por lo referido en el anterior acápite, se advierte que no se está ante situaciones similares, puesto que en los referidos precedentes se revalorizó prueba en apelación de manera indebida; en cambio, en el motivo en análisis el tribunal de alzada no ingresó a revalorizar prueba, pues asumió su decisión tomando la valoración efectuada por la mitad de los jueces del Tribunal de sentencia que votaron por condenar al acusado Julio Cesar Gonzales Padilla, conforme manifiesta el propio recurrente en su recurso de casación; es decir, el ad quem se limita a transcribir la valoración realizada por parte del tribunal de mérito, para concluir que el acusado Julio Cesar Gonzales Padilla es culpable del delito de Homicidio; en consecuencia, se concluye que la resolución recurrida de casación, no es contradictoria a los precedentes invocados, siendo que en los mismos conforme se señaló ut supra si se evidenció que el tribunal de alzada revalorizó prueba, determinándose en consecuencia que este motivo devenga también en infundado.

El tercer motivo, está referido a la denuncia de la prohibición de modificar la denuncia de absuelto a condenado, en base a la revalorización de la prueba, situación que estaría reñida con la doctrina legal establecida en el A.S. N° 660/2014-RRR de 20 de noviembre.

El referido precedente fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de allanamiento de domicilio y sus dependencias, donde este Máximo Tribunal de Justicia constató que el tribunal de alzada no realizó el control de manera debida sobre la subsunción de la conducta del imputado al tipo penal acusado, confirmando de manera indebida la sentencia, siendo que incurrió en errónea adecuación de los hechos al tipo penal de allanamiento de domicilio y sus dependencias; habida cuenta, que el imputado no ingresó al domicilio arbitrariamente, sino con autorización del anticresista, con la finalidad de que cuidara sus pertenencias, de ahí que estaba en poder de las llaves de la puerta, que les fuera entregados mediante la hija del anticresista, quien radicaba en otra ciudad y si bien podía ser cierto que sobrepasó las facultades que le daba el contrato de anticresis, era indudable que tal como ocurrieron los hechos, de ninguna manera podían subsumirse en el delito de allanamiento del domicilio como estableció la sentencia y confirmó el auto de vista.

Analizados los antecedentes del presente proceso y conforme se manifestó en el anterior motivo, en el caso de autos el tribunal de alzada no incurrió en revalorización de prueba para cambiar la situación jurídica de la prueba; sin embargo, efectivamente cambió la situación jurídica del recurrente, pero conforme ya se estableció lo hizo en base a la valoración realizada por dos miembros del tribunal de mérito, que votaron por declararlo culpable por la comisión del delito de homicidio; en cambio, la doctrina legal establecida en el precedente contradictorio tiene como base la errónea subsunción del hecho al tipo penal de allanamiento de domicilio y sus dependencias, siendo una situación diferente al motivo en análisis, por lo que no es posible ingresar a realizar un contraste entre el referido precedente y la resolución recurrida de casación, deviniendo en consecuencia este motivo también en infundado, en consideración a los criterios expuestos en el acápite III.1.5 del presente fallo referido a los requisitos que deben observarse respecto al precedente contradictorio.

Finalmente como cuarto motivo, el recurrente denuncia que el auto de vista impugnado carece de una debida motivación y fundamentación, citando como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 170/2013-RRC, 342 de 28 de agosto de 2006 y 660/2014-RRC de 20 de noviembre.

El primer precedente fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de falsedad material y otros, donde el tribunal de casación constató que el tribunal de alzada no cumplió con lo establecido por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., porque el auto de vista no contenía ninguna motivación y fundamentación jurídica que emerja del análisis de la sentencia, que el tribunal de alzada se limitó a transcribir una parte de la sentencia y concluir que en la sentencia impugnada aplicó correctamente la ley sustantiva, que no advirtió que a tiempo de dictarse sentencia se omitió realizar la labor de subsunción que demuestre, objetivamente el encuadramiento perfecto de las conductas tachadas de antijurídicas en el marco descriptivo de la ley penal, a partir de una descripción del hecho probado, para luego realizar la labor de comparación de las características de la conducta ilícita con los elementos constitutivos del delito y establecer si éstas se subsumían a todos los elementos constitutivos de un tipo penal, para finalmente calificarse el hecho como delito.

Asimismo, respecto a la fundamentación, concluyó que el tribunal de alzada, no realizó un control legal sobre la labor desplegada por el a quo en la fundamentación de la sentencia, porque no advirtió que en la citada resolución, no existía pronunciamiento alguno sobre el argumento de la defensa, de establecer si las fotocopias acusadas de falsas tenían la naturaleza de documentos públicos y sobre cómo se obtuvieron las mismas para introducir al juicio, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido.

El A.S. Nº 342 de 28 de agosto de 2006, fue pronunciado dentro de un proceso seguido por el delito de perturbación de posesión, donde la entonces Corte Suprema de Justicia constató que los tribunales inferiores, estructuraron sus fallos sin la debida motivación razonable y menos estimando la prueba presentada por los acusados, de modo que los tribunales no cumplieron con la obligación establecida en el art. 124 del Código Adjetivo Penal, incurriendo en violación de normas legales, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo como doctrina legal aplicable la siguiente: "Las resoluciones, para ser válidas, deben ser motivadas. Esta exigencia constituye una garantía constitucional, no sólo para el acusado sino también para el estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia.

La exigencia de motivación constituye una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al juez el material necesario para ejercer su control, y sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

En virtud de estas razones, la ley procesal consagra la exigencia de motivación de las sentencias, amenazando la infracción a dicha regla, con la nulidad conforme reza el art. 370-5 Cód. Pdto. Pen.

La motivación, a la vez que un requisito formal, que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico (Claría Olmedo). Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consigna habitualmente en los "considerandos" de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución.

La motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica".

También invoca el A.S. Nº 660/2014-RRC de 20 de noviembre, ya descrito anteriormente.

De la revisión del caso que es motivo de análisis, se tiene que en primera instancia el Tribunal de Sentencia determinó la absolución de todos los acusados, al concluir que no existe prueba suficiente, por lo que recurrieron de apelación restringida tanto la parte querellante como el Ministerio Público, denunciando en lo pertinente la errónea aplicación de la ley sustantiva, con el argumento de que a pesar de haber valorado la prueba y llegado a la conclusión de que Julio Cesar Gonzales Padilla adecuó su conducta al tipo penal de Homicidio, de manera contradictoria en la parte resolutive se lo habría declarado absuelto del referido delito; resolviendo las referidas apelaciones restringidas, el tribunal de alzada de manera directa apoyándose en la fundamentación realizada por los disidentes del referido fallo, declaró procedente las apelaciones restringidas y declaró al imputado Julio Cesar Gonzales Padilla, autor del delito de homicidio, condenándolo con diez años de presidio.

Ahora bien, se advierte que el tribunal de alzada, directamente cambió la situación jurídica del acusado Julio Cesar Gonzales Padilla de absuelto a culpable, limitándose a transcribir la fundamentación realizada por los disidentes de la sentencia, sin exponer en la resolución impugnada una motivación y fundamentación propia que refleje el por qué llegó al convencimiento que la conducta de Julio Cesar Gonzales Padilla, se adecuaría al tipo penal de Homicidio, conforme se desarrolló ampliamente en los acápite III.1.2 y III.1.4. de la presente resolución, a cuyo mérito contrastando con los precedentes invocados se evidencia la contradicción denunciada; puesto que, los dos primeros precedentes, tienen como común denominador la falta de motivación y fundamentación de sus resoluciones, deviniendo en consecuencia este motivo en fundado ante la ausencia de una resolución en el marco del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que mínimamente satisfaga los cuestionamientos del imputado en los cinco puntos identificados en el motivo cuarto del recurso de casación, habida cuenta la simple remisión al análisis efectuado por la mitad del Tribunal de Sentencia, no es suficiente para comprender el por qué el tribunal de alzada acogió el criterio de los jueces que votaron por la condena; cuáles las razones para desestimar la valoración de las que votaron por la absolución del recurrente; por qué no se aplicó el art. 116 de la C.P.E. ante la existencia de posiciones antagónicas entre los integrantes del Tribunal de Sentencia; cuáles las razones para asumir que la aplicación del art. 359 del Cód. Pdto. Pen. Constituiría un defecto y cuáles los motivos para sostener la afirmación de que un juicio de reenvío devendría en un mínimo resultado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Julio Cesar Gonzales Padilla, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 26/2016 de 5 de agosto, de fs. 306 a 311 vta., disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretaria de Sala.



303

**Ministerio Público y otro c/ Julio Rojas Mejía
Peculado y otro
Pando**

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 24 de octubre de 2016, cursante de fs. 80 a 83, Gunar Zeballos Bueno, Jorge Felipez Yavi y Edgar Ramiro Espinoza Martínez apoderados del Gobierno Autónomo Departamental de Pando, interponen recurso de casación impugnando el Auto de Vista de 14 de octubre de 2016, de fs. 71 a 76, pronunciado por la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, integrada por los Vocales Antonio Fagalde Revilla y Juan Pereira Olmos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Gobierno Autónomo Departamental de Pando contra Julio Rojas Mejía, por la presunta comisión de los delitos de peculado e incumplimiento de deberes, previstos y sancionados por los arts. 142 y 154 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 18/2015 de 14 de mayo (fs. 11 a 15), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, declaró a Julio Rojas "Ortiz", autor de la comisión de los delitos de peculado e incumplimiento de deberes, previstos y sancionados por los arts. 142 y 154 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, más el pago de costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia; por otro lado, mediante Resolución de 8 de junio de 2015, fue rechazada la solicitud de aclaración, complementación y enmienda del imputado (fs. 25).

b) Contra la referida sentencia, el imputado Julio Rojas Mejía interpuso recurso de apelación restringida (fs. 30 a 42 vta.), resuelto por Auto de Vista de 14 de octubre de 2016, emitido por la sala penal y administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, que declaró procedente el recurso planteado, disponiendo la absolución por el delito de peculado e impuso la pena de un año de reclusión por el delito de incumplimiento de deberes, más el pago de costas, daños y perjuicios, confirmando en todo lo demás la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 177/2017-RA de 20 de marzo, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

1) Como primer agravio la entidad recurrente denuncia que el tribunal de alzada incurrió en vulneración del debido proceso y seguridad jurídica; toda vez; que contravino lo establecido por el art. 412 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, emitió el auto de vista recurrido sin señalar audiencia de prueba o fundamentación, lo que le deja en total indefensión.

2) Por otra parte reclama, que el tribunal de alzada emitió el auto de vista recurrido sin fundamentación ni motivación jurídica, incumpliendo lo establecido por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, absolvió al imputado por el delito de peculado sin ningún fundamento jurídico o valedero que satisfaga a la víctima; limitándose a efectuar una relación de hechos y no así del derecho, ya que el delito

de peculado va más allá de los hechos, que no fueron valorados, por lo que no aplicó la sana crítica, la lógica jurídica, resultando los fundamentos contrarios a los principios consagrados por la Constitución Política del Estado, que vulnera su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, congruente, justa, oportuna y sin dilaciones acorde a los hechos demostrados en juicio; toda vez, que se está ante un delito de Corrupción que atenta contra el patrimonio económico del Estado Boliviano. Agrega, que el tribunal de alzada, vulneró el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; por cuanto, no señaló cuáles serían esas pruebas que eximirían de responsabilidad al imputado por el delito de peculado, cuando en juicio se demostró la participación y culpabilidad en el hecho atribuido, ya que se evidenció la existencia de contratos administrativos donde interviene como sujeto contractual el Estado, que se encuentra regulado por la L. N° 1178 de 20 de julio de 1990, aspectos que afirma, fueron correctamente observados por la Sentencia de primera instancia, que contiene todo el valor jurídico y fundamentación jurídica; puesto que, dio valor a todos los elementos de prueba; no obstante, fueron extrañados en el auto de vista recurrido lo que le deja en total incertidumbre, ya que no existe una decisión razonada en términos claros y de derecho.

I.1.2. Petitorio.

La entidad recurrente, solicita se admita su recurso y se resuelva en derecho y justicia.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 177/2017-RA de 20 de marzo, cursante de fs. 108 a 112, éste tribunal admitió el recurso de casación formulado por el Gobierno Autónomo Departamental de Pando, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Conforme se tiene en la relación del hecho, desde 2003 al 2005 Julio Rojas Ortíz recibió en 14 oportunidades distintos montos de dinero con distintos objetivos en calidad de Jefe de la Unidad de Tesorería y Crédito Público dependiente de la Dirección Administrativa Financiera de la Ex Prefectura de Pando ahora Gobierno Autónomo Departamental de Pando, de los cuáles no hizo los descargos respectivos sumándose en total Bs 477.604.70; (Cuatrocientos setenta y siete mil seiscientos cuatro bolivianos), lo que había sido corroborado por la Certificación de la Unidad de Contabilidad General de la Gobernación.

Bajo dichos antecedentes, el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, por Sentencia N° 18/2015 de 14 de mayo, declaró a Julio Rojas "Ortíz", autor de la comisión de los delitos de Peculado e Incumplimiento de Deberes, previstos y sancionados por los arts. 142 y 154 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, más el pago de costas, daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia, bajo la siguiente verdad histórica del hecho. Que el acusado en las gestiones 2003 a 2005 fungía como funcionario público de la Ex Prefectura de Pando conforme se tiene de las pruebas MP-9, 10, 11 y 12 (contratos firmados por la Ex Prefectura con el acusado), corroborado con los memorándums de designación signados como prueba MP-8 y PD-2, donde Julio Rojas fungía como jefe de la Unidad de Tesorería y Crédito Público y Jefe de la Unidad Financiera de forma interina, gestiones en las cuáles recibió 14 cheques a su nombre en distintas fechas y para distintos objetivos conforme se tiene detallado en la prueba MP-16, de los cuáles de ninguno de ellos se presentó el descargo respectivo del plazo permitido, dentro de la gestión que correspondía, siendo los 14 descargos presentados recién el 2011, ante la emergencia de que Julio Rojas se vio acusado por el Ministerio Público y la Gobernación de Pando, es así que presentó descargos sin documentación respaldatoria de 8 notas de débito y las 6 restantes, si bien tenían alguna documentación, fueron totalmente observadas al denotarse varias irregularidades y al ser observadas correspondió la devolución al titular de la nota de débito o descargo presentado, por lo que este tribunal llega a aseverar, que ante el descuido en la no presentación de los descargos en su debido momento, el acusado buscó los pocos documentos o respaldos que tenía y presentó de seis fondos en avance; empero, al no ser suficientes fueron observados por el personal de la gobernación y de los restantes 8 descargos simplemente constan de dos hojas en las que solo se hace un esbozo de los gastos efectuados y un pequeño resumen de algunos detalles de la realización del evento, de modo que estos 8 informes no tiene valor alguno y continúan pendientes de cancelación. Por otro lado, los descargos presentados al no estar debidamente acreditados y conciliados fueron observados, de modo que el acusado debió preocuparse para subsanar.

Por todo ello, para el tribunal de sentencia se demostró que el acusado se apropió de dineros de la ex prefectura causando desmedro en sus arcas y que hasta la fecha no fueron repuestos, configurándose el delito de peculado e incumplimiento de deberes al no haber presentado sus descargos en la gestión correspondiente.

II.2. Del Decreto de 24 de diciembre de 2015.

Notificados con la sentencia las partes procesales, el imputado Julio Rojas formuló recurso de apelación restringida; a cuyo efecto, remitieron antecedentes ante la Sala Penal y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando que por decreto de 24 de diciembre de 2015, señaló: que para escuchar los fundamentos de la parte apelante y en base a lo establecido por el art. 412 del Cód. Pdto. Pen., fijaba audiencia pública para el 5 de enero de 2016 a hrs. 10:00.

Decreto que fue notificado el 28 de diciembre de 2015 a todas las partes intervinientes en el proceso.

II.3. De la audiencia de fundamentación de apelación restringida.

Conforme se tiene de fs. 64 y vta., la sala penal y administrativa, el 5 de enero de 2016 a hrs. 10:00 se constituyó en audiencia de apelación restringida, donde el secretario de sala informó que las partes habían sido legalmente notificadas, encontrándose en sala, el imputado junto a su abogado, el representante del Ministerio Público y ausente la Gobernación.

Presentada la fundamentación de las partes, concluyó la audiencia.

II.4. Del auto de vista impugnado.

La sala penal y administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando a través del auto de vista impugnado, declaró procedente el recurso planteado, disponiendo la absolución por el delito de peculado e impuso la pena de un año de reclusión por el delito de incumplimiento de deberes, más el pago de costas, daños y perjuicios, confirmando en todo lo demás la sentencia apelada, bajo los siguientes argumentos, vinculados al motivo de casación:

Que el reclamo del apelante se centra en que presentó descargos después de ejecutar los fondos, que la presentación extemporánea de descargos no puede constituir delito de peculado, que los jueces se dejaron convencer por una sola prueba MP-16, que la víctima se adhirió a la prueba del fiscal, que la prueba no demuestra la apropiación dolosa de los recursos desembolsados como fondos en avance y que demostró que no se podía acceder a un fondo en avance si no se hubiere hecho los descargos anteriores.

“Después de describir la prueba documental de descargo, el tribunal dice que se presentó sin respaldo que acredite lo descargado, excepto los 6 primeros del total de 14, los que se presentaron con una alguna documentación respaldatoria, pero contradictorios y extemporáneos. En la parte motiva que es muy pequeña, dicen que al no estar presentados los descargos con documentos y no haber conciliación son insuficientes, insuficiencia que llevó la observación, de modo que el acusado debía preocuparse para subsanar las observaciones, mucho más aún cuando a sabiendas presentó informe de 8 notas de débito sin respaldo alguno. En la fundamentación de la pena de a entender que Julio Rojas ha tenido un comportamiento que ha causado daño al Estado y por eso han determinado que es autor de los delitos de peculado e incumplimiento de deberes.

De lo descrito se tiene como conclusión fáctica del tribunal, que Julio Rojas Mejía recibió en su calidad de funcionario público dinero de la Ex Prefectura de Pando por casi medio millón de bolivianos y que no hizo los descargos correspondientes, sino hasta el año 2011 a raíz de la denuncia penal, descargos que no fueron aceptados por la Gobernación. Por ser insuficientes y por haber sido presentados en forma extemporánea encontrándolo culpable de la comisión de los delitos de peculado e incumplimiento de deberes.

El art. 154 del Cód. Pen., dice que ‘el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare, algún acto propio de su función, incurrirá en reclusión de un mes a un año’. En este caso sí hubo incumplimiento de realizar los descargos a que Julio Rojas Estaba obligado, así se evidencia de la MP16 que indica que no hay descargos.

El art. 142 del Cód. Pen., prevé que ‘el funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

El hecho de que se haya recibido dinero como fondos en avance que no se descargó en su momento y que luego se hizo pero que fue rechazado por insuficiencia de los descargos y por ser extemporáneos como dicen los jueces, como ya esta Sala sostuvo en anteriores casos, no es indicio suficiente para configurar el delito de peculado, donde se requiere prueba más clara que demuestre que el funcionario se apropió de esos dineros, que las obras o actividades a que estaban destinados esos recursos, no se realizaron, prueba que no existe en el presente caso. Que los descargos se hayan rechazado por insuficientes o por extemporáneos, no es indicio suficiente para llegar a la conclusión que Julio Rojas Mejía se apropió del dinero aprovechando su condición de funcionario público. De esta verificación emerge que los hechos no fueron subsumidos correctamente al tipo penal de peculado por el tribunal” (sic).

III. Verificación de la existencia de vulneración al debido proceso.

El presente recurso fue admitido por flexibilización, donde la parte recurrente denuncia que el auto de vista recurrido vulneró el debido proceso; por cuanto: i) Contravino lo establecido por el art. 412 del Cód. Pdto. Pen., ya que no señaló audiencia de prueba o fundamentación, dejándole en total indefensión; y, ii) Incurrió en falta de fundamentación; puesto que, absolvió al imputado por el delito de peculado, limitándose a efectuar una relación de hechos sin considerar que se está ante un delito de Corrupción que atentó contra el patrimonio económico del Estado Boliviano, correspondiendo resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Respecto a la supuesta vulneración al art. 412 del Cód. Pdto. Pen.

Sintetizada la denuncia en la que la parte recurrente reclama que el tribunal de alzada contravino lo establecido por el art. 412 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, habría emitido el auto de vista recurrido sin señalar audiencia de prueba o fundamentación, vulnerándose el debido proceso y seguridad jurídica dejándole en total indefensión.

Previamente, corresponde señalar que el acceso a los recursos se encuentra garantizado por el principio de impugnación consagrado en el art. 180-II de la Constitución Política del Estado, garantía judicial establecida también en el art. 8-2-h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14-5) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, normativa internacional que es parte del Bloque de Constitucionalidad (art. 410 de la C.P.E.), la infracción a esta garantía converge en la vulneración a derechos fundamentales que hacen al debido proceso, como el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho reconocido por el art. 120 párrafo I de la C.P.E.

Al respecto, la audiencia de fundamentación prevista en el art. 412 del Cód. Pdto. Pen., es un derecho de las partes y tiene vital importancia especialmente para quien ha ofrecido producir prueba, en la que además, puede efectuar una fundamentación complementaria al recurso de apelación restringida en su cometido de impugnación de la sentencia, argumentos que serán sometidos a consideración del tribunal de apelación, instancia que conforme al párrafo tercero del citado artículo podrá interrogar libremente a los recurrentes sobre los aspectos insuficientes de la fundamentación o de la solución propuesta, la doctrina que sustenta sus pretensiones o la jurisprudencia que se utilizó, sin que ello implique prejuzgamiento.

Ahora bien, conforme se tiene de los antecedentes, la parte recurrente ante la emisión de la sentencia condenatoria contra el imputado Julio Rojas, no formuló recurso de apelación restringida, quien sí interpuso recurso de apelación fue el imputado; a cuyo efecto, el tribunal de

alzada por decreto de 24 de diciembre de 2015 convocó a audiencia de fundamentación de apelación restringida para el 5 de enero de 2016 a horas 10:00, decreto que fue notificado el 28 de diciembre de 2015 a todas las partes intervinientes en el proceso, llegado el día y hora señalado, la sala penal y administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando se constituyó en audiencia de fundamentación de apelación restringida, donde el secretario de sala informó que las partes habían sido legalmente notificadas, encontrándose en sala, el imputado junto a su abogado, el representante del Ministerio Público y ausente la gobernación, ausencia que no resultó causal de suspensión de dicha audiencia por lo que fue llevada a cabo.

De los argumentos expuestos, este tribunal concluye que la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso respecto a este motivo alegado por el recurrente no resulta evidente; puesto que, no habiendo interpuesto recurso de apelación restringida se tiene que no ofreció ninguna prueba a producir en audiencia ni efectuar ningún argumento de fundamentación; en consecuencia, no se advierte vulneración al art. 412 del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que al no interponer recurso de apelación la parte recurrente que pruebas o que argumentos pudo exponer en dicha audiencia, resultando su reclamo incongruente.

Por otra parte, de antecedentes se tiene que el tribunal de alzada en observancia del art. 412 del Cód. Pdto. Pen., convocó a audiencia de fundamentación para escuchar los fundamentos del recurso de apelación restringida formulado por el imputado Julio Rojas, al cual habiendo sido legalmente notificado la parte recurrente conforme consta de fs. 60, no concurrió; entonces, no se le dejó en indefensión alguna como asevera; puesto que, tuvo la oportunidad de acudir a dicha audiencia para contrarrestar los fundamentos de la parte imputada; empero, no lo hizo.

En consecuencia, al no evidenciarse vulneración al art. 412 del Cód. Pdto. Pen., por parte del tribunal de alzada como arguyó el recurrente, el presente motivo deviene en infundado.

III.2. Respecto a la falta de fundamentación.

Sintetizada la denuncia traída a casación referida a que el auto de vista incurrió en falta de fundamentación; puesto que, absolvió al imputado por el delito de peculado, limitándose a efectuar una relación de hechos sin considerar que se está ante un delito de corrupción que atentó contra el patrimonio económico del Estado Boliviano, vulnerándose el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, no señaló cuáles serían esas pruebas que eximirían de responsabilidad al imputado, cuando en juicio se demostró la participación y culpabilidad mediante todos los elementos de prueba; no obstante, fueron extrañados por el tribunal de alzada dejándole en total incertidumbre.

Previamente, corresponde señalar, que sobre la debida fundamentación, nuestra Constitución Política del Estado, código de procedimiento penal y la doctrina legal aplicable de este tribunal en el A.S. Nº 5 de 26 de enero de 2007, estableció que: "La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control, y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

a) Expresa: porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) Clara: en la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún por los legos.

c) Completa: la exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al petitum y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arrije luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del petitum significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium.

d) Legítima: la legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar ex officio la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no esta debidamente motivada.

e) Lógica: finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el Tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia”.

De ello, se establece que los tribunales de alzada a momento de emitir sus fallos deben tener presente estos requisitos, pues su función de controlador debe abocarse a responder de manera fundamentada, no siendo necesaria una respuesta extensa o ampulosa, lo contrario sería incurrir en falta de fundamentación, vulnerando el debido proceso, incumpliendo las exigencias del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

Ahora bien, a los fines de determinar si el tribunal de alzada incurrió en el defecto denunciado necesariamente debemos remitirnos a los argumentos establecidos en el auto de vista recurrido, así se tiene que ante la denuncia formulada por el imputado en su recurso de apelación restringida referido al defecto del art. 370-1), 3), 5) y 6) del Cód. Pdto. Pen., el Tribunal de alzada alegó que: el Tribunal de sentencia tenía como conclusión fáctica, que Julio Rojas Mejía recibió en su calidad de funcionario público dinero de la Ex Prefectura de Pando por casi medio millón de bolivianos y que no hizo los descargos correspondientes, sino hasta el año 2011 a raíz de la denuncia penal, descargos que no fueron aceptados por la Gobernación. Por ser insuficientes y por haber sido presentados en forma extemporánea encontrándolo culpable de la comisión de los delitos de peculado e incumplimiento de deberes.

Continuando con los fundamentos de la resolución recurrida, previa transcripción del art. 154 del Cód. Pen., señaló que en este caso, sí hubo incumplimiento de realizar los descargos a que Julio Rojas estaba obligado, así evidenció de la MP16 que indica que no hay descargos.

Transcribiendo el art. 142 del Cód. Pen., concluyó el tribunal de alzada, que el hecho de que se haya recibido dinero como fondos en avance que no se descargó en su momento y que luego se hizo, pero que fue rechazado por insuficiencia de los descargos y por ser extemporáneos como dicen los Jueces, no sería indicio suficiente para configurar el delito de peculado, donde refirió, que se requiere prueba más clara que demuestre que el funcionario se apropió de esos dineros, que las obras o actividades a que estaban destinados esos recursos, no se realizaron, prueba que no existe en el presente caso. Que los descargos se hayan rechazado por insuficientes o por extemporáneos, no era indicio suficiente para llegar a la conclusión que Julio Rojas Mejía se apropió del dinero aprovechando su condición de funcionario público, por lo que a su criterio, los hechos no habían sido subsumidos correctamente al tipo penal de peculado por el tribunal, situación por el que absolvió al imputado de dicho delito.

De los argumentos expuestos por el tribunal de alzada, se constata que evidentemente el auto de vista recurrido respecto a este motivo no cumplió con su deber de fundamentación; toda vez, que no señaló qué pruebas eximirían de responsabilidad o por qué serían insuficientes para que la conducta del imputado se adecue al delito de peculado, limitándose a señalar que el hecho de que se haya recibido dinero que no se descargó en su momento que luego se hizo y que fue rechazado por insuficiencia y extemporáneos, no sería indicio suficiente para configurar el delito de peculado, argumentos que no resultan suficientes; por cuanto, generan incertidumbre en las partes; toda vez, que no explicó por qué no sería suficiente dicho indicio y si todos o qué elementos constitutivos del tipo penal estuvieron ausentes en la conducta del imputado para que la subsunción asumida por el tribunal de juicio no haya sido correcta, cuando el propio tribunal de alzada al momento de constatar que la conducta del imputado sí se adecuó al delito de Incumplimiento de Deberes señaló que: “se evidencia de la MP16 que indica que no hay descargos”; aspecto que, no fue considerado al momento de efectuar el control respecto a la subsunción del tipo penal de peculado, lo que demuestra que la resolución recurrida no cumplió con su deber de fundamentación que si bien no debe ser extensa o ampulosa; no obstante, debe de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica, aspectos que no fueron observados por el tribunal de alzada lo que implica vulneración al derecho de obtener una resolución fundada en derecho y congruente como reclama la parte recurrente, por lo que corresponde dejar sin efecto la Resolución recurrida, a fin de que el tribunal de apelación dicte nuevo auto de vista debidamente fundamentado, explicando por qué el hecho de haber recibido dinero el imputado como fondo en avance que no se descargó en su momento y que realizado posteriormente fue rechazado por insuficiencia y extemporáneo, no sería indicio suficiente para configurar el delito de peculado, cuando conforme se señaló arriba el tribunal de alzada para convalidar la condena por el delito de incumplimiento de deberes constató, que no existieron los descargos; consecuentemente, el motivo en análisis deviene en fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Gunar Zeballos Bueno, Jorge Felipez Yavi y Edgar Ramiro Espinoza Martínez apoderados del Gobierno Autónomo Departamental de Pando, cursante de fs. 80 a 83 y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el Auto de Vista de 14 de octubre de 2016; y, determina que la sala penal y administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de Pando, de manera inmediata, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida. Para fines del art. 420 del Cód. Pdto. Pen., remítase fotocopias legalizadas del presente Auto Supremo a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus Presidentes hagan conocer la presente Resolución, a los Tribunales y Jueces en materia Penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norika N. Mercado Guzmán.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



304

Ministerio Público y otros c/ Marcial Orellana y otro
Estafa y estelionato
Santa Cruz

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 08 de junio de 2016.

VISTOS: El Tribunal de Sentencia de Buena Vista, pronunció la sentencia de fs. 466 a 471 declarando al imputado Marcial Orellana absuelto de los delitos de estafa y estelionato, en aplicación del art. 363-2) del Cód. Pdto. Pen.

Que contra la sentencia absolutoria el querellante Ramón Urbano Velásquez Rivera interpone el recurso de apelación restringida, tal como consta por memorial de fs. 488 a 491, así como el imputado Marcial Orellana se adhiere a la apelación contra el voto disidente por memorial de fs. 494 a 495, por lo que verificada la deliberación respectiva, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en los recursos, los mismos que han sido interpuestos en la forma exigida por los arts. 407 y 408 del Cód. Pdto. Pen., se admiten para su sustanciación conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del citado Procedimiento Penal, como sigue:

CONSIDERANDO: Que el A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003, señala que "De acuerdo a la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas, en los se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley". Por ello el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos, anular total o parcialmente la sentencia, declarar la procedencia o improcedencia de la apelación o en su caso revocar y dictar una nueva sentencia.

CONSIDERANDO: Que en esta oportunidad realizaremos un esbozo y doctrina acerca de un delito que ha cobrado un mayor auge en la actualidad, a raíz del crecimiento incommensurable del mercado inmobiliario, nos referimos al delito de venta de bien ajeno (estelionato). Señalando en primer lugar que es un ilícito contra el patrimonio en su modalidad de estafa, figura delictiva de estelionato, siendo dicho delito una sub especie de defraudación patrimonial, configurándose cuando el agente dolosamente vende o grava, como bienes, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos; siendo sancionado dicho hecho punible con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, conforme a lo preconizado en el art. 337 del Cód. Pen. Incoemos señalando, que el bien jurídico protegido en el delito de estelionato, es el patrimonio de las personas, estando representada su modalidad típica cuando el agente sin tener derecho de disposición sobre el bien por pertenecerle a otra persona, le da en venta a su víctima como si fuera su verdadero propietario. Siendo que aquí el agente se hace pasar como si fuera el propietario del bien que entrega en venta a su víctima, logrando de ese modo que éste en la creencia que está comprando al verdadero propietario, se desprenda de su patrimonio y le haga entrega en su perjuicio. Atendiendo además a que dicha hipótesis delictiva se perfecciona o consume en el instante que el agente recibe el precio pactado por la venta. De lo que se infiere que la conducta delictiva recae en vender, gravar o arrendar como propios los bienes ajenos, debiendo entenderse por vender, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble), transfiere la propiedad por un determinado precio, importando la facción de un contrato de prestaciones recíprocas. En tal entendido enajenar ha de ser interpretado en el sentido de transmisión de la propiedad de la cosa y no en el sentido de transmisión de la propiedad de derechos-derechos reales sobre la cosa. Téngase presente-y al ser materia de nuestro análisis- que el supuesto de vender como propios los bienes ajenos, se configura cuando el agente sin tener derecho de disposición sobre el bien por pertenecerle a otra persona, le da en venta a su víctima como si fuera su verdadero propietario. Aquí el agente se hace pasar como si fuera el propietario del bien que entrega en venta a su víctima, logrando de ese modo que éste en la creencia que está comprando al verdadero propietario, se desprenda de su patrimonio y le haga entrega en su perjuicio. Respecto al punto de la consumación del delito sub examine, se tiene que dicho perfeccionamiento se da con la concurrencia del perjuicio. El perjuicio se da, en los casos de venta, en el pago del precio o en la transferencia de su cosa por el sujeto pasivo, ya que el dominio se adquiere sobre un bien del que no se podrá disponer libremente a causa de su condición. En concreto, el delito se consuma, pues, con la recepción de la prestación por parte del agente; no basta que el sujeto se haya desprendido de aquélla en virtud del negocio engañoso, si el agente -o un tercero por él- no la recibió; en este supuesto, el delito queda en tentativa, como tampoco pasa de tentativa el perfeccionamiento formal del negocio jurídico de que se trate, en las circunstancias típicas, sin que el sujeto pasivo se haya desprendido del bien que constituye su prestación. Debe tenerse en cuenta además, que nuestros pronunciamientos judiciales han sido diáfanos en señalar que son requisitos sine qua non en el delito de estafa en su modalidad de estelionato, cuando existe ajenidad en la cosa vendida, provecho ilícito y perjuicio.

Que el análisis de la doctrina penal sobre la tipicidad del acto antijurídico de estelionato, previsto en el art. 337 del Cód. Pen., recae sobre una descripción de aquella conducta o acto que contrata y compromete un bien mueble o inmueble como si éste estuviera libre de todo

gravamen o restricción y de libre disposición por parte de quien funge con derecho sobre el mismo.- También se estipula estelionato cuando quien no tiene derecho alguno o no es el propietario de la cosa, dispone de la misma.- La jurisprudencia Nacional y comparada citada en la obra de consulta expuesta por el juriconsulto Manuel Morales Guillén (Concordancias y Jurisprudencia, Pág. 336) indica que para la existencia del delito de estelionato es condición esencial que el bien contratado sea ajeno o no sea propio, o que no se pueda disponer del mismo como libre sabiendo que el mismo se encuentra embargado o en garantía para responder una deuda u obligación.

CONSIDERANDO: Que del estudio minucioso de los datos del proceso elevados en originales a conocimiento de este Tribunal y argumentado por el querellante Ramón Urbano Velásquez Rivera, se llega a establecer que el primer motivo traído al recurso, con relación a la denuncia del recurrente que el Tribunal de Sentencia habría incurrido en el defecto previsto en el inc. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., es cierto y evidente, ya que la acusación formal ha detallado de manera precisa que existen dos transferencias de un mismo bien inmueble a dos personas diferentes, hecho demostrado por el informe del policía asignado al caso que cursa a fs. 197 y vta. referente a la prueba PD-11 que fue introducida y judicializada al juicio oral conforme a las previsiones del art. 333 del citado Procedimiento Penal, en cuyo informe se relata con precisión cuando el imputado Marcial Orellana realiza la primera transferencia definitiva del lote de terreno urbano, documento realizado por ante el Notario de Fe Pública N° 3 de Yapacaní, firmado entre Marcial Orellana y Ramón Urbano Velásquez Rivera en 13 de junio de 2.013, sobre el bien inmueble ubicado en la localidad de Yapacaní, Junta Vecinal 6 de Agosto, Lote N° 8, Mz. 71, zona sur-este, con una extensión superficial de 720,00 m2, y registrado en las oficinas de Derechos Reales de Yapacaní, por la suma de Bs 30.000.- asimismo se informa la segunda transferencia realizada por el imputado Marcial Orellana a favor del ciudadano Felipe Sonco Limachi, éste último se sometió a una salida alternativa de procedimiento abreviado y que a la fecha cuenta con una sentencia condenatoria ejecutoriada; ese documento de 18 de febrero de 2.014 realizado por ante la Notaría de Fe Pública N° 2, sobre el mismo lote de terreno, y por la suma de Bs 5.000.- transferencias que no han sido negadas por el acusado Marcial Orellana; sin embargo el Tribunal de Sentencia teniendo pleno conocimiento de esas dos transferencias, optó por absolver al imputado Marcial Orellana sin tener en cuenta las pruebas de cargo, y aún existiendo un proceso abreviado donde el co-acusado Felipe Sonco Limachi admitió su culpabilidad y recibió una sentencia condenatoria; entonces absolver al imputado Marcial Orellana ante esas pruebas de cargo y en apego al principio de verdad material, resultaría ilógico y absurdo; por lo que aquí podemos apreciar que se ha incurrido en el defecto de sentencia previsto en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: Que las pruebas de cargo presentadas por el querellante tienen suficiente eficacia probatoria y han sido debidamente judicializadas de manera armónica y vinculada con la prueba testifical, las cuales cumplen con el voto previsto en los arts. 194, 200, 350 y 351 del Cód. Pdto. Pen.; la defensa no ha presentado otras pruebas que merezcan mayor relevancia jurídica y no ha logrado destruir la acusación fiscal o particular durante el transcurso del juicio oral; en este caso respecto al delito de estelionato, se ha probado la responsabilidad penal del imputado Marcial Orellana.

CONSIDERANDO: Que corresponde al Tribunal a quo la valoración de las pruebas o la asignación del valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba efectuada, en aplicación estricta de las reglas de la sana crítica que establece el art. 171 de la L. N° 1970, que concluyen con el estado de certeza que cobra respecto a la responsabilidad penal del acusado Marcial Orellana, pero no es menos cierto que tal situación es dable a condición de que no se incurra inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en falta de motivación y fundamentación de la sentencia, o que exista contradicción entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia; por todo lo expuesto, se llega a la conclusión que el fallo apelado no se ajusta a las normas procesales vigentes ya que se ha inobservado la ley adjetiva con relación a los defectos arriba mencionados; consiguientemente existen defectos o infracciones acusados por el querellante recurrente, y la prueba aportada por la víctima es suficiente para generar en este Tribunal Superior la convicción sobre la responsabilidad penal del acusado, conforme lo exige el art. 365 del citado Procedimiento Penal; en ese contexto corresponde dejar claramente establecido que esta Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia, como tribunal de apelación limita su actuación, tal como lo establece el art. 407 párrafo primero del Cód. Pdto. Pen. a revisar si existe inobservancia de la ley o su errónea aplicación o si ha existido una valoración defectuosa de la prueba, falta de fundamentación de la sentencia, contradicción en la misma; además debe tenerse en cuenta que la finalidad de la apelación restringida es el control jurisdiccional de la Sentencia; dentro de esta concepción doctrinal, si bien la parte querellante o acusadora tiene la carga de la prueba y la parte apelante la obligación de citar en términos claros, concretos y precisos la ley sustantiva o adjetiva infringida o aplicada falsa o erróneamente fundamentando en qué consiste la violación, falsedad o error para luego expresar cómo debía aplicarse la norma jurídica penal sustantiva o adjetiva; por lo que en el caso sub lite, el acusador particular en su memorial de apelación restringida menciona claramente las disposiciones legales vulneradas, y cómo debían aplicarse o interpretarse, haciendo referencia a la inobservancia o errónea aplicación de la ley, la falta de fundamentación de la sentencia, refiriéndose de manera precisa y determinada a los elementos de prueba observados; y al efecto existen las SS.CC. Nos. 1598/2005-R de 09 de diciembre de 2005 y 0648/2005-R de 14 de junio de 2.005, que por su efecto vinculante, nos aclaran los extremos que hoy se analizan; en ese entendido el A.S. N° 87 de 1 de marzo de 2006 sostiene que: "Los tribunales de alzada aplicando debidamente el principio de economía procesal, y sobre todo el de legalidad, deben observar estrictamente lo dispuesto por el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., en su párrafo último que señala cuando sea evidente que para dictar una nueva sentencia no sea necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal de alzada resolverá directamente. Los casos que posibilitan esta disposición están traducidos en la función que actualmente cumplen los tribunales de apelación que se traducen sobre todo en la identificación de error in judicando, o los establecidos en el art. 414 del mismo cuerpo adjetivo procesal penal, disponer lo contrario significaría que por una indebida aplicación de una norma sustantiva o indebida interpretación de la ley tenga que realizarse un nuevo juicio oral, aspecto que llevaría que los juicios orales tengan duraciones demasiado largas por los cuales se restringiría el derecho que tienen los sujetos procesales a un juicio sin dilaciones"; consiguientemente en el presente caso existen infracciones acusadas por el querellante y que han sido probados en alzada, de lo que se concluye que en el caso de autos corresponde revocar la sentencia absolutoria, en cumplimiento del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: Que con referencia a la adhesión de la apelación restringida interpuesta por el acusado Marcial Orellana, debemos indicar que impugna el voto disidente del Juez Técnico Dr. José Mancilla Anajia, sin tener en cuenta que la sentencia que tiene valor legal entre

las partes cursa a fs. 466 a 471, y que el voto disidente del juez técnico solo resulta ser una opinión personal que no tiene valor y no afecta la sentencia principal; de lo que resulta que la apelación interpuesta por el nombrado acusado es inadmisibile.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 in fine y 414 del Código de Procedimiento Penal declara ADMISIBLE y PROCEDENTE la apelación restringida interpuesta a fs. 488 a 491 por el querellante Ramón Urbano Velásquez Rivera, y por consiguiente, REVOCA parcialmente la sentencia apelada de fs. 466 a 471, y deliberando en el fondo, declara al acusado MARCIAL ORELLANA autor y culpable de la comisión del delito de estelionato, previsto en el art. 337 del Cód. Pen., y lo condena a cumplir la pena de tres años de reclusión a cumplirse en la Cárcel Pública de Palmasola con costas que serán reguladas en ejecución de sentencia, habilitándose el procedimiento especial para la reparación del daño causado. Se mantiene la absolución por el delito de estafa.

Por su parte, declara INADMISIBLE la adhesión de la apelación restringida de fs. 494 a 495 interpuesta por el acusado MARCIAL ORELLANA contra el voto disidente de fs. 472 y vta., conforme a las previsiones de la última parte del art. 399 del Cód. Pdto. Pen.

Esta sentencia que fue resuelta, y de la que se tomará razón y registro, se fundamenta en las siguientes disposiciones legales: arts. 1, 124, 171, 172, 173, 264, 359, 365 y 370-1) y 5) del Cód. Pdto. Pen., y arts. 20, 37, 38, 39, 40 y 337 del Cód. Pen.

Se advierte a las partes que tienen el plazo de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial, conforme lo manda el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal Relator: Dr. Zenón Rodríguez Zeballos.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dr. Sigfrido Soleto Gualoa.- Dr. Zenón Rodríguez Zeballos.

Ante mí: Abg. Casar Castro Calvimontes.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 6 de octubre de 2016, cursante de fs. 541 a 543, Marcial Orellana, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 45 de 8 de junio de 2016, de fs. 503 a 506 vta., pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Sigfrido Soleto Gualoa y Zenón Rodríguez Zeballos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Ramón Urbano Velásquez Rivera contra Felipe Sonco Limachi y el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de estafa y estelionato, tipificados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 6 de 9 de marzo de 2016 (fs. 466 a 471), el Tribunal Primero de Sentencia de Buena Vista, provincia de Ichilo del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Marcial Orellana, absuelto de los delitos endilgados en su contra; por otra parte, con referencia a Felipe Sonco Limachi, mediante procedimiento abreviado por Resolución 1 de 5 de enero de 2016 (fs. 372 a 374 vta.), el Tribunal de Sentencia de Buena Vista declaró autor y culpable en grado de complicidad de los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas y gastos ocasionados al Estado y posteriormente mediante Resolución N° 18/16 de 18 de marzo de 2016 (487 y vta.), fue concedido el beneficio de perdón judicial.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusador particular Ramón Urbano Velásquez Rivera (fs. 488 a 491), interpuso recurso de apelación restringida, al cual se adhirió el imputado Marcial Orellana (fs. 494 a 495), que fueron resueltos por A.V. N° 45 de 8 de junio de 2016, dictado por la sala penal tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible y procedente el primer recurso y revocó parcialmente la Sentencia impugnada y deliberando en el fondo declaró a Marcial Orellana, autor y culpable de la comisión del delito de estelionato, tipificado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión más costas y reparación de daños; por otro lado, declaró inadmisibile la adhesión presentada por el imputado contra el voto disidente, conforme a lo previsto por el art. 399 del Cód. Proc. Pen., lo que motivó la interposición de recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 037/2017-RA de 20 de enero, se extrae el siguiente motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

El recurrente transcribiendo parcialmente los argumentos del tribunal de apelación expuestos en el segundo considerando del auto de vista impugnado, sostiene que los delitos de estafa y estelionato son distintos al fraude; que para la existencia del delito de estelionato debe existir de manera forzosa un bien sujeto a registro público, hecho que en el caso de autos, a decir del recurrente, el tribunal de apelación no había tomado en cuenta la existencia de documento transaccional de 23 de julio de 2014, que convierte la venta en deuda, y que para cumplir dicha obligación económica, vendió su inmueble a Felipe Sonco Limachi; por cuanto refiere, que tomando en cuenta la Ley de 19 de diciembre de 1905, que en su art. 11 abolió la detención por deudas, así como el art. 1466 del Cód. Civ.; asimismo, de la revisión del documento de venta de 13 de junio de 2013, el querellante habría confesado que no canceló la totalidad del costo del inmueble, por lo cual, alega que no se lo puede considerar dueño del inmueble y que al haberse convertido la venta en deuda, no existe delito de estelionato; de modo que al aplicarse los arts. 945 y 949 del Cód. Civ., y existir un acuerdo transaccional, debió ponerse fin a otro litigio en materia penal.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se revoque el auto de vista impugnado y se confirme la sentencia absolutoria.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 037/2017-RA de 20 de enero, de fs. 554 a 555 vta., este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Marcial Orellana, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y establecido el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 6 de 9 de marzo de 2016, el Tribunal Primero de Sentencia de Buena Vista, provincia de Ichilo del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Marcial Orellana, absuelto de los delitos endilgados en su contra; por otra parte, con referencia a Felipe Sonco Limachi, en primera instancia mediante procedimiento abreviado por Resolución N° 1 de 5 de enero de 2016 (fs. 372 a 374 vta.), el Tribunal de Sentencia de Buena Vista declaró autor y culpable en grado de complicidad de los delitos de estafa y estelionato, previsto y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas y gastos ocasionados al Estado y posteriormente mediante Resolución N° 18/16 de 18 de marzo de 2016, fue concedido el beneficio de perdón judicial, en base a los siguientes argumentos:

i) De toda la documental, se determinó que no se probó el hecho acusado por el Ministerio Público, que no presentó la documentación idónea (Transferencia entre Marcial Orellana y Ramón Urbano Velásquez Rivera) referente a los extremos y a fines de demostrar los ilícitos acusados. De esta manera se tuvo como hecho probado se tuvo que el imputado, celebró un contrato de acuerdo transaccional de 23 de julio de 2014 y en su condición de vendedor Marcial Orellana de un lote de terreno entregó física y documentalmente al comprador Urbano Velásquez Rivera una camioneta y lote de terreno diferente al que inicialmente, bajo condición le había transferido como garantía de la devolución y el comprador Ramón Urbano Velásquez Rivera aceptó y firmó el acuerdo transaccional, siendo que no se negó por la parte civil en audiencia de juicio; en este caso, no se tiene demostrado lo contrario por ningún elemento probatorio, siendo que con todo lo desarrollado en la audiencia pública de juicio se generó duda razonable en la concepción del tribunal.

ii) El argumento de la acusación coincide con la declaración de Marcela Justiniano López, Notaria de Fe Pública N° 2 quien manifestó que reconoce el documento; así como también señaló que fue en su despacho donde se procedió al reconocimiento de firmas de una minuta de transferencia definitiva de lote de terreno urbano el 18 de febrero de 2014 entre Marcial Orellana y Felipe Sonco Limachi, habiéndose realizado el respectivo reconocimiento de firmas según formulario signado con el número 2265607 con relación al lote de terreno motivo de litigio que contaba con una superficie según mensura 714.13 m² y según título de 720.00 m², por el precio de Bs. 5.000; con jurisdicción del Gobierno Municipal de Yapacani; razón por la cual no resulta creíble que la supuesta víctima haya sufrido los delitos por los que acusó penalmente.

iii) Por lo señalado, no se demostró los extremos acusados, en razón a que no se probó el hecho por las pruebas de cargo, propuestas y producidas tanto por el Ministerio Público como por la acusación particular durante el juicio oral; en consecuencia, el imputado no incurrió en la comisión de los delitos previstos en los arts. 335 y 337 del Cód. Pen.

II.2. De las apelaciones restringidas.

Notificadas las partes, a su turno interpusieron recurso de apelación restringida y adhesión contra la Sentencia, bajo los siguientes argumentos:

II.2.1. Recurso de apelación interpuesto por Ramón Urbano Velásquez Rivera.

1) Denuncia la existencia de inobservancia y errónea aplicación de la Ley sustantiva por parte del tribunal de sentencia, situación que genera un defecto de la sentencia al existir dos transferencias de un mismo bien inmueble a dos personas diferentes situación que genera la comisión de los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen.

2) La sentencia se basó en medios probatorios no incorporados legalmente a juicio porque se tuvo como hecho probado que existe un contrato de acuerdo transaccional de 23 de julio de 2014 y en la misma forma se demostró la existencia de una transferencia de lote de terreno urbano entre los señores Marcial Orellana y Ramón Urbano Velásquez en la suma de \$us. 43.000.- por lo que, se dejó claro que el tribunal valoró prueba inexistente, ilegal, ni ofrecida para su valoración violentando su derecho a la verdad material, prueba plena y debido proceso.

3) No existió fundamentación en la sentencia o que la misma haya sido insuficiente o contradictoria; al respecto, señala que en dicha resolución se estableció la existencia de dos transferencias de un mismo lote de terreno a dos personas diferentes por el acusado Marcial Orellana; y más al contrario no se establece cuáles fueron los motivos que sirvieron para su absolución por lo que no puede ser suficiente que se haya generado duda en el Tribunal para absolver sin sustentar y/o fundamentar dicha afirmación.

II.2.2. Adhesión de Marcial Orellana a la apelación restringida interpuesta por Ramón Urbano Velásquez Rivera.

Refiere que el voto disidente del juez técnico José Mancilla Anajia, es totalmente ilegal y citra petita; y por tanto, apela del mismo argumentando que para que se le haya condenado en la disidencia es condición esencial que los bienes sean ajenos y no propios, no se puedan disponer de ellos como libres a sabiendas de que estaban embargados para responder de una deuda.

II.3. Auto de vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, resolvió el recurso de apelación restringida y la adhesión a través del auto de vista impugnado, declarando admisible y procedente el recurso planteado por el querellante y en consecuencia revocó la sentencia apelada y deliberando en el fondo declaró al imputado Marcial Orellana, autor y culpable de la comisión del delito de estelionato,

previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., condenándole a la pena privativa de libertad de tres años de reclusión en la cárcel pública de Palmasola; más costas, manteniendo la absolución por el delito de estafa; y con relación a la adhesión del imputado esta fue declarada inadmisibles, en base a los siguientes aspectos:

a) Respecto del primer motivo denunciado referido a la errónea aplicación de la ley sustantiva, se tiene que es evidente lo manifestado teniendo en cuenta que la acusación formal detalló de manera precisa que existen dos transferencias de un mismo bien inmueble a dos personas diferentes, hecho demostrado por el informe del policía asignado al caso, referente a la prueba PD-11 que fue introducida y judicializada al juicio oral conforme a las previsiones contenidas por el art. 333 del Cód. Proc. Pen., en cuyo informe relata con precisión cuando el imputado Marcial Orellana realiza la primera transferencia ante Notario de Fe Pública N° 3 de Yapacani firmado entre Mariscal Orellana y Ramón Urbano Velásquez Rivera el 13 de junio de 2013, sobre el bien inmueble ubicado en la localidad de Yapacani, Junta Vecinal 6 de agosto, Lote N° 8, Mz 71, zona Sur Este, con una extensión superficial de 720,00 mts² y registrado en las oficinas de Derechos Reales de Yapacani, por la suma de Bs 30.000; asimismo, se informa de la segunda transferencia realizada por el imputado a favor de Felipe Sonco Limachi, este último se sometió a una salida alternativa de procedimiento abreviado y que a la fecha cuenta con una sentencia condenatoria ejecutoriada; ese documento data de 18 de febrero de 2014 realizado ante Notario de Fe Pública N° 2, sobre el mismo lote de terreno, y por la suma de Bs. 5.000; transferencias que fueron negadas por el acusado Marcial Orellana; sin embargo, el tribunal de sentencia teniendo pleno conocimiento de esas dos transferencias, optó por absolver al imputado Marcial Orellana sin tener en cuenta las pruebas de cargo y aun existiendo un proceso abreviado donde el co acusado Felipe Sonco Limachi admitió su culpabilidad y recibió una sentencia condenatoria; entonces absolver al imputado ante esas pruebas de cargo y en apego al principio de verdad material, resultaría ilógico y absurdo; de lo que se puede apreciar que existió el defecto de la Sentencia comprendido en el art. 370-1) del Cód. Proc. Pen.

b) También señala que existen defectos de la sentencia con relación a la prueba aportada por la víctima debido a que ésta fue suficiente para generar en el tribunal superior la convicción sobre la responsabilidad penal del acusado, conforme lo exige el art. 365 del Cód. Proc. Pen., por lo que deja establecido que como Tribunal de apelación amparado en el art. 407 del Cód. Proc. Pen., con la finalidad de verificar si existe o no inobservancia de la Ley; con base a las SS. CC. Nos. 1598/2005-R de 9 de diciembre, 0648/2005-R de 14 de junio y A.S. N° 87 de 1 de marzo de 2006, en el presente caso al evidenciarse las infracciones acusadas por el querellante que fueron probadas en alzada, concluye que en el caso de autos corresponde revocar la sentencia absolutoria, en cumplimiento del art. 413 del Cód. Proc. Pen.

c) Con relación a la adhesión interpuesta por el imputado sobre el voto del juez técnico resulta ser una opinión personal que no tiene valor y no afecta la sentencia principal, de lo que resulta que la apelación interpuesta por el impetrante es inadmisibles.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías.

En el presente recurso de casación la parte imputada denuncia que el tribunal de apelación al momento de realizar el control de legalidad, no tomó en cuenta la existencia del documento transaccional de 23 de julio de 2014, que convierte la venta en deuda, y que para cumplir dicha obligación económica, vendió su inmueble a Felipe Sonco Limachi; así también refiere que se debió considerar la Ley de 19 de diciembre de 1905, que en su art. 11 abolió la detención por deudas, así como el art. 1466 del Cód. Civ., y que según el documento de venta de 13 de junio de 2013, el querellante habría confesado que no canceló la totalidad del costo del inmueble; por lo que, alega que no se le puede considerar dueño del inmueble y que al haberse convertido la venta en deuda, no existe delito de estelionato, por lo que corresponde verificar dichos extremos.

III.1. Control de legalidad y logicidad de la sentencia.

Conforme la reiterada doctrina legal establecida por el máximo Tribunal de Justicia, se ha dejado sentando que el sistema recursivo contenido en el código de procedimiento penal, fue establecido con la finalidad de que los sujetos procesales, que se consideren agraviados con la emisión de un fallo, puedan acudir ante un tribunal superior a efectos de hacer valer sus pretensiones, efectivizándose así las garantías jurisdiccionales, principios y garantías constitucionales contenidos en los arts. 109, 115, 116 y 180-I-II de la C.P.E. relativos a los arts. 8-2-h) de la L. N° 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica), y art. 14-5 de la L. N° 2119 de 11 de septiembre de 2000 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En etapa de alzada, la normativa procesal penal, establece que el recurso de apelación restringida constituye el único medio para impugnar la sentencia; consecuentemente, el control de la legalidad ordinaria y logicidad del fallo de mérito, debe ser ejercido por el Tribunal de apelación conforme disponen los arts. 51-2) del Cód. Proc. Pen. y 58-1) de la L.O.J. Debe añadirse que este control debe estar sustentado en la ley, observando siempre conforme lo alegado en el recurso de alzada, que la Sentencia no haya incurrido en los defectos descritos en el art. 370 del Cód. Proc. Pen., que pudieran tener como consecuencia la configuración de defectos absolutos invalorable por vulneración a normativa penal sustantiva o adjetiva y con ella infracción de derechos y garantías establecidas en la Constitución Política del Estado.

III.2. La labor de subsunción penal y su control por el tribunal de alzada.

Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al juez o Tribunal de Sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3) del Cód. Proc. Pen.

En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una labor lógica del aplicador, para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el hecho probado, y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de

subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la Sentencia se justifique objetivamente; además, de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Solo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad, por lo que la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del juez, pero carentes de todo sustento probatorio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al tribunal de apelación, por ello la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada, y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el Tribunal de Casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, los jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, de controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el Juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.3. Consideraciones doctrinales y normativas sobre la incongruencia omisiva.

El art. 115-I de la C.P.E., hace hincapié en la protección oportuna y efectiva de los derechos e intereses legítimos, cuando señala que: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Este derecho en su contenido evidencia distintas dimensiones como el derecho de libre acceso al proceso, el derecho a la defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre las pretensiones planteadas, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas y, el derecho a los recursos previstos por ley.

En ese contexto, se incurre en el defecto de la incongruencia omisiva (*citra petita* o *ex silentio*) al no pronunciarse una autoridad jurisdiccional sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; temática que fue ampliamente desarrollada por este tribunal en el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, refiriendo que: "...sin embargo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la Resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada.

La incongruencia omisiva quebranta el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual, '...sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo' (Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416).

Igualmente, refiere el versado Couture, que: 'El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum*

quantum appellatum' (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300).

Lo anterior significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. textualmente refiere: "Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución", se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada".

III.4. Análisis del caso concreto.

Con la finalidad de resolver la temática planteada y a los fines de verificar si el Tribunal de alzada incurrió en el defecto que menciona el recurrente, corresponde ingresar al análisis de los argumentos planteados, los cuales emergen de la denuncia de que el tribunal de apelación al momento de realizar el control de legalidad, no tomó en cuenta la existencia del documento transaccional de 23 de julio de 2014, que convierte la venta en deuda, y que para cumplir dicha obligación económica, vendió su inmueble a Felipe Sonco Limachi; así también refiere que se debió considerar la Ley de 19 de diciembre de 1905 que en su art. 11 abolió la detención por deudas, así como el art. 1466 del Cód. Civ., y que según el documento de venta de 13 de junio de 2013, el querellante habría confesado que no canceló la totalidad del costo del inmueble; por lo que, alega que no se le puede considerar dueño del inmueble y que al haberse convertido la venta en deuda, no existe delito de estelionato; por lo que, se debe proceder a la verificación de dichos extremos a efectos de evidenciar si el auto de vista al momento de emitir su resolución incurrió o no en los aspectos denunciados por el recurrente; de ahí que se tiene que:

Al respecto, se debe establecer si el auto de vista incurrió en estos supuestos defectos a los fines de verificar si incumplió con su deber de control de legalidad respecto del punto en concreto; en consecuencia, revisada la adhesión interpuesta por el imputado, al recurso de apelación restringida planteada por el acusador particular, no se realizó observación alguna referida a este motivo debido a que todo el argumento de su recurso gira sobre la impugnación a la disidencia planteada por un juez de sentencia; y el recurso de apelación planteado por el acusador particular versa sobre: a) La inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva; c) Que la sentencia se basó en medios probatorios no incorporados legalmente a juicio; y c) La denuncia de inexistencia de fundamentación en la Sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria. Lo que hace ver que el punto ahora cuestionado no fue reclamado en el recurso de apelación restringida y su adhesión; por lo que, el tribunal de alzada mal pudo pronunciarse respecto de dichas denuncias, porque no fueron planteadas; más al contrario, actuó en base a lo previsto por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, se pronunció respecto de todos los puntos expuestos por las partes, dando respuesta fundada a cada una de ellas.

Ahora bien, si el recurrente pretendió que se aplique una revisión de oficio se debe tener en cuenta lo establecido en la doctrina legal aplicable del A.S. 185/2016-RRC de 8 de marzo que señala: "...Es más, de la revisión de los puntos impugnados descritos en el recurso de apelación restringida interpuesto por la parte acusada, se tiene que, el auto de vista no refiere en lo absoluto sobre la denuncia específica del apelante, ni siquiera la menciona, pues ingresa curiosa y directamente a revisar la sentencia de 'oficio', tratando de justificar su actuación con base a sentencias constitucionales que refieren al art. 15 de la L.O.J. abrogado; sin considerar los vocales que ese artículo ya no se encuentra en la vida jurídica, ya que fue modificado por el legislador conforme se desprende de la doctrina descrita en el apartado III.2 de la presente resolución; pretendiendo confundir al sistema, ya que el art. 15 de la L.O.J., independientemente que se encuentra abrogado, no contiene el mismo alcance que la norma ahora vigente establecida en el art. 17 de la L.O.J., pues esta última es clara al establecer que: 'En grado de apelación, casación o nulidad, los tribunales deberán pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos solicitados en los recursos interpuestos'; sin embargo de ello, sin fundamentación y motivación, el auto de vista desconociendo la verdadera voluntad del legislador en la modificación de la norma, ingresa a revisar un tema de fundamentación y motivación de la Sentencia para concluir de manera general que existe defecto absoluto; desconociendo el límite que tiene para ese efecto, ya que el art. 17 de la L.O.J. se encuentra en total concordancia con el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., y por tanto en el marco del debido proceso en su elemento congruencia, debió circunscribir su actuación únicamente a lo denunciado vía recurso de apelación restringida conforme lo descrito en el acápite III.1.2. del presente auto supremo; en este sentido, Couture refiere que: El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: tantum devolutum quantum appellatum' (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300)". De ahí que surge, que el auto de vista solo consideró aquellos aspectos que fueron denunciados conforme a las previsiones contenidas en el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

Sin embargo, de lo expresado debe quedar claro que el auto de vista, con relación a la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva [art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen.] expuesta en el recurso de apelación restringida interpuesto por el acusador particular, advirtió de la sentencia una errónea subsunción del hecho al tipo penal porque tanto en la acusación y en los hechos probados se demostró que el imputado realizó dos ventas del mismo inmueble, aspecto que evidenciaría la comisión del delito de estelionato. Posteriormente, refiere que en la acusación formal se detalló de manera precisa que existen dos transferencias de un mismo bien inmueble a dos personas diferentes; hecho que fuera demostrado por el informe del policía asignado al caso (prueba PD-11) de donde se estableció que el imputado vendió en dos ocasiones el mismo inmueble expresándose de la siguiente forma: "...que el imputado Marcial Orellana realiza la primera transferencia ante Notario de Fe Pública N° 3 de Yapacani firmado entre Mariscal Orellana y Ramón Urbano Velásquez Rivera en 13 de junio de 2013, sobre el bien inmueble ubicado en la localidad de Yapacani, Junta Vecinal 6 de agosto, Lote N° 8, Mz 71, zona sur este, con una extensión superficial de 720,00 mts² y registrado en las oficinas de Derechos Reales de Yapacani, por la suma de Bs 30.000.- asimismo, se informa de la segunda transferencia realizada por el imputado a favor de Felipe Sonco Limachi, este último se sometió a una salida alternativa de procedimiento abreviado y que a la fecha cuenta con una sentencia condenatoria ejecutoriada; ese documento data de 18 de febrero de 2014 realizado ante

Notario de Fe Pública N° 2, sobre el mismo lote de terreno, y por la suma de Bs 5.000.- transferencias que fueron negadas por el acusado Marcial Orellana”.

El tribunal de alzada fue muy claro y concreto en señalar que el tribunal de sentencia teniendo pleno conocimiento de esas dos transferencias, optó por absolver al imputado Marcial Orellana; es por ese motivo, que advirtió la errónea aplicación de la ley sustantiva al no haberse subsumido de manera correcta el hecho al tipo penal de estelionato. En ese sentido, en aplicación de su labor de controlador de la legalidad de la sentencia, en observancia al control sobre la labor de subsunción que realizó el tribunal de sentencia observó que quedó claro que el imputado incurrió en la comisión del art. 337 del Cód. Pen., y al respecto, realizó una descripción de aquella conducta y estableció que el imputado con relación al inmueble motivo de litigio, como si este fuera libre de todo gravamen y libre disposición, realizó dos ventas del mismo inmueble lo que consideró que constituyó plena prueba de la comisión del delito de estelionato, al haberse configurado todos los elementos de constitución de dicho tipo penal.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que el tribunal de alzada actuó en concordancia con lo establecido en el punto III del presente fallo, debido a que el Auto de Vista consideró que respecto de la aplicación de la ley sustantiva se advirtió la falta e insuficiencia de determinación del hecho que sirvió de sustento para la calificación jurídica al declarar la absolución del imputado constatando la errónea aplicación de la ley debido a que ésta fue mal aplicada, identificando fundadamente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica; de modo que el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción, partió del hecho acusado (vender dos veces el mismo inmueble), aspecto que se comprobó en base a los hechos probados para subsumir al tipo penal de estelionato siendo que se consideró como hecho probado que el imputado Marcial Orellana realizó una primera transferencia ante Notario de Fe Pública N° 3 de Yapacani firmado entre Mariscal Orellana y Ramón Urbano Velásquez Rivera el 13 de junio de 2013, sobre el bien inmueble ubicado en la localidad de Yapacani, Junta Vecinal 6 de agosto, Lote N° 8, Mz 71, zona sur este, con una extensión superficial de 720,00 mts² y registrado en las oficinas de Derechos Reales de Yapacani. Y la segunda transferencia realizada por el imputado a favor de Felipe Sonco Limachi, documento que data de 18 de febrero de 2014 realizado ante Notario de Fe Pública N° 2 sobre el mismo lote de terreno; de ese modo, se verifica que el auto de vista cumplió con los aspectos que hacen a la labor de subsunción penal y su control de legalidad aplicando correctamente los arts. 413 y 414 del Cód. Pdto. Pen.

En consecuencia, el tribunal de alzada cumplió con su labor de control de legalidad encomendada por ley y actuó conforme a la doctrina legal aplicable referida en los puntos III.1, 2 y 3. de la presente Resolución; por tanto, se advierte que el auto de vista no incurrió en vulneración de derechos o garantías denunciados por el recurrente, al no incurrir en un erróneo control de legalidad sobre la sentencia debido a que se pronunció a cada uno de los motivos denunciados en el recurso de apelación restringida y la adhesión interpuesta por el recurrente, por lo que corresponde declarar infundado el recurso intentado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación de lo previsto por los arts. 17 de la L.O.J. y 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Marcial Orellana, de fs. 541 a 543.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



305

**Ministerio Público y otro c/ Nicolás Gemio Nava
Violación agravada y otro
Santa Cruz**

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 22 de julio de 2016.

VISTOS: El Tribunal de Sentencia N° 6 en lo Penal de la Capital, pronunció sentencia a fs. 408 a 419 en los siguientes términos: declarando al acusado Nicolás Gemio Nava culpable de la acusación del delito de violación agravada, previsto por el art. 308 y 310-2) y 4) del Cód. Pen., incluido por el art. 3 e la L. N° 2033, en aplicación del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., y condena al imputado a cumplir la pena de veinte años de presidio a cumplir en la Cárcel Pública de Palmasola. Por su parte, absuelve al imputado de los delitos de violación agravada de adolescente y corrupción de menores.

CONSIDERANDO: Que contra el referido fallo judicial, el acusado Nicolas Gemio Nava interpone el recurso de apelación restringida, tal como corista por memorial de fs. 24 a 429 vta., de obrados.

Que verificada la deliberación respectiva, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: Que debemos tener en cuenta que dentro del juicio oral con todas las garantías fundamentales, se ha demostrado que el imputado Nicolás Gemio Nava, abusó sexualmente del menor Víctor Hugo Lima Leñaño desde que éste tenía 12 años de edad, y que el imputado resulta ser el propio padrastro del menor; asimismo ese hecho delictivo se cuenta con los informes psicológicos de la defensoría de la niñez y adolescencia y el certificado médico forense respectivos, por lo que se llevó al imputado ante la autoridad jurisdiccional llamada por ley, quien dispuso su detención preventiva.- En ese entendido, las relaciones entre un adulto y un niño o adolescente son regidas por el deber de la obediencia del segundo al primero, es decir que dentro de esa relación de respeto y obediencia por un adulto obliga al menor a acatar la orden del adulto máxime si el agresor es su propio padrastro, es así que existe el temor reverencial, la obediencia es absoluta, máxime si el agredido tenía 12 años de edad cuando comenzó a ser abusado sexualmente por su padrastro el acusado Nicolás Gemio Nava como sucede en el presente caso; en ese sentido el art. 308 y 310-2) y 4) del Cód. Pen., es claro al establecer que si concurren los requisitos de abuso sexual a un menor de edad, se consuma el delito de violación aunque la víctima haya dado su conformidad o consentimiento, esto siempre tomando en cuenta la edad de la víctima ya que su consentimiento se encuentra nulo por la minoridad.

CONSIDERANDO: Que en el caso de autos nos encontramos ante una violación por ejercicio del poder, ya que para obtener supremacía y control sobre su indefensa víctima, no obstante la desproporción de fuerza física, el imputado Nicolás Gemio Nava, en su condición de padrastro del menor empleó el engaño aprovechándose de la oportunidad y ocasión de tenerlo solo a su alcance, utilizó la violencia psicológica para seducir y reducir la resistencia de la frágil víctima, lo cual finalmente consiguió, obligándolo a consentir sobre el degradante y humillante abuso sexual al que fue sometido por el imputado desde que la víctima tenía 12 años de edad. De lo examinado se colige que el imputado cometió el hecho delictivo de violación motivado por su superioridad física, la fragilidad de la víctima y la oportunidad que se le presentó para tenerla al alcance indefensa, con escasa resistencia y totalmente desprevenida, debido a las circunstancias precedentemente anotadas. Por ello, el hecho es tanto más merecedor de pena cuanto más directa y gravemente afecte a la libertad sexual de las personas.

CONSIDERANDO: Que del estudio minucioso de los datos del proceso elevados en originales, lo expuesto por los sujetos procesales y todo cuanto convino ver, se llega a determinar que el Tribunal de Sentencia N° 6 en lo Penal de la Capital, al dictar el fallo judicial apelado de fs. 408 a 419, ha procedido en forma correcta y conforme a derecho, ya que ha tomado en cuenta é interpretado correctamente lo determinado por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., en cuanto a que la prueba aportada es suficiente para generar en el Tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado apelante en la comisión del delito de violación agravada a menor, previsto por el art. 308 y 310-2) y 4) del Cód. Pen., pues ha causado un grave daño psicológico a la víctima quien a partir de su agresión debe ser sometido a constantes tratamientos psicológicos para restablecer su salud; así como también en cuanto a la pena impuesta al imputado, ésta se ajusta a lo previsto por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., en atención a las agravantes y atenuantes porque la víctima es menor de edad y fue sometido a actos degradantes; en ese contexto, el recurrente afirma que existe inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva respecto al delito de violación agravada, sin embargo los datos del proceso nos informan que dicha calificación delictual es correcta y se ajusta a las previsiones del art. 308 y 310-2) y 4) del Cód. Pen., puesto que la víctima tenía 12 años de e cuando fue abusado sexualmente por el acusado; de otro lado, el recurrente afirma que en la sentencia falta la enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstanciada, defecto previsto en el art. 370-3) del Cód. Pdto. Pen.; al respecto diremos que no es evidente, ya que de la simple lectura de la sentencia se puede advertir que en el acápite de Introducción de la causa y hechos ilícitos de la acusación formal y particular se realizaron todos los motivos de la denuncia y determinación circunstanciada de los hechos, en el cual se hace una introducción del proceso, delito y acusado, de manera que es la base para la apertura de la causa penal; asimismo el recurrente afirma que se ha incurrido en valoración defectuosa de la prueba, defecto previsto en el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., al respecto diremos que no es evidente, ya que si bien se apoya en dicha causal de nulidad de sentencia, sin embargo no establece de manera precisa cuáles son las pruebas que hubieran sido defectuosamente valoradas por el tribunal inferior, simplemente hace alusión y cita de algunos testigos pero no explica de qué forma se da esa valoración defectuosa al que hace referencia en su apelación; finalmente dice que la sentencia no estaría debidamente fundamentada; al respecto diremos que la sentencia condenatoria impugnada cumple con lo normado por el art. 124 y 360-1), 2) y 3) del Cód. Pdto. Pen., puesto que contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico, es decir se ha fijado clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se ha emitido el juicio, que es lo que se conoce como fundamentación fáctica.- Además del análisis de la sentencia impugnada, se puede extraer que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia del juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5) de la citada Ley como alega el recurrente, toda vez que el tribunal al valorar las pruebas de cargo y de descargo ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena é incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica,

la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global é intelectual aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia; es decir el tribunal inferior en el juicio oral ha valorado las pruebas documentales, periciales y testificales, habiendo relacionado las mismas con la conducta del imputado, y del resultado de esa apreciación se determinó la responsabilidad penal del imputado en el grave delito de violación a su propio hijastro; por lo tanto, la sentencia no es contradictoria porque existe congruencia entre la acusación y la sentencia, entre la parte considerativa y resolutive. Por tanto no se dá la calificación errónea que argumenta el recurrente, pues el elemento objetivo ha sido demostrado dentro del juicio oral, y en este caso es viable aplicar el principio de verdad material que establece el art. 180-1 de la C.P.E., pues debemos reconocer que las finalidades superiores de la justicia no puedan resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma, que no son estrictamente indispensables para resolver el fondo de los casos que se somete a la competencia del juez, así lo establece la S.C. N° 2769/2010-R de 10 de diciembre de 2.010; por lo que finalmente corresponde declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por el imputado.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE é IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta a fs. 424 a 429 vta., por el acusado Nicolás Gemio Nava contra la sentencia condenatoria de fs. 408 a 419 dictada por el Tribunal de Sentencia N° 6 en lo Penal de la Capital.

Se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial como lo establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal Relator: Dr. Zenón Rodríguez Zeballos

Regístrese y notifíquese.

Fdo. Dres.: Sigfrido Soletto Gualoa.- Zenón Rodríguez Zeballos.

Ante mí: Abg. Cesar Castro Calvimonte.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 1 de septiembre de 2016, cursante de fs. 457 a 465, Nicolás Gemio Nava, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 51 de 22 de julio de 2016, de fs. 450 a 452 vta., pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Zenón Rodríguez Zeballos y Sigfrido Soletto Gualoa, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Elizabeth Leaño Villegas contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de violación agravada, abuso deshonesto, violación agravada de adolescente y corrupción de menores, previstos y sancionados por los arts. 308 con relación al 310-2)-4), 312, 308 bis, con relación al 310-2)-4) y 318 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia 76 de 4 de octubre de 2015 (fs. 408 a 419), el Tribunal de Sentencia N° 6 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró al imputado Nicolás Gemio Nava, autor de la comisión de los delitos de violación agravada y abuso deshonesto, previstos y sancionados por los arts. 308 con relación al 310-2) y 4) y 312 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinte años de presidio, más costas a favor del Estado y quinientos días multa a razón de Bs 1.- por día; asimismo, lo absolvió de pena y culpa por los delitos de violación agravada de adolescente y corrupción de menores, tipificados en los arts. 308 Bis, con relación al 310-2) y 4) y 318 del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Nicolás Gemio Nava (fs. 424 a 429 vta.), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 51 de 22 de julio de 2016, dictado por la sala penal tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró improcedente el citado recurso, motivando la formulación del recurso de casación.

I.1.1. Del motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 61/2017-RA de 24 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

El recurrente señala que el tribunal de sentencia, a tiempo de emitir sentencia no realizó una justa valoración de las pruebas que debían haber sido analizadas bajo principios de la sana crítica y verdad material, habiendo sido condenado por el delito de violación, sin tomar en cuenta que al momento de los hechos, la supuesta víctima tenía diecisiete años de edad, que en ningún momento reconoció haber sido objeto de violación, igualmente refiere haber sido condenado por el delito de abuso deshonesto, sin que este delito haya sido consignado en la acusación fiscal y particular, de donde resulta una sentencia ultra petita y carente de fundamentación, aspectos de los cuales el tribunal de alzada omitió pronunciamiento, que de haberse advertido hubiese sido absuelto o en su defecto anularse la Sentencia para una defensa adecuada, vulnerándose de esta forma sus derechos al debido proceso, presunción de inocencia y la libertad.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita la admisión del recurso de casación y se dicte resolución que declare fundado el recurso de casación, ordenando que el tribunal de alzada dicte nuevo auto de vista, por el que se anule la sentencia y se convoque a un nuevo juicio oral, público y contradictorio.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 61/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 476 a 478 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Nicolás Gemio Nava, vía de flexibilización ante la denuncia de presunta violación de derechos y garantías constitucionales del debido proceso, presunción de inocencia y la libertad, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 76 de 4 de octubre de 2015, el Tribunal Sexto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró al imputado Nicolás Gemio Nava, autor de la comisión de los delitos de violación agravada y abuso deshonesto, previstos y sancionados por los arts. 308 con relación al 310-2) y 4) y 312 del Cód. Pen., imponiendo la pena de veinte años de presidio, argumentando en la parte destinada a los hechos probados, que en mérito a las pruebas de cargo producidas durante el debate, se llegó a probar que la víctima Víctor Hugo Lima Leaño, desde el 2010, cuando tenía la edad de quince años, hasta el 2012, cuando ya contaba con diecisiete años, fue sometido a reiterados actos de abuso deshonesto, consistentes en actos de manipulación de sus genitales en acción de masturbación con fines libidinosos, así como sexo oral por parte del imputado, quien empleó violencia física e intimidación aprovechando la confianza generada en su condición de padrastro a cargo de su custodia y autoridad cuando su esposa Elizabeth Leaño Villegas dormía. La víctima en el 2012, cuando tenía la edad de diecisiete años fue sometido en su inmueble ubicado en la zona del Plan 3000, Barrio Minero, calle 16 de julio, a acceso carnal por penetración anal por parte del imputado, empleando violencia física e intimidación, aprovechando que su esposa se encontraba de viaje, provocando trauma y daño psicológico.

Que se configura el delito de violación, porque la víctima al momento de los hechos tenía la edad de diecisiete años, en circunstancias en que su madre realizó viaje quedándose solos en la casa, de acuerdo al informe médico legal, informe psicológico y declaración de Elizabeth Leaño Villegas y William León Yapu, con circunstancias agravantes por las consecuencias derivadas y las condiciones de custodia de su hijastro, la situación de minoridad y dependencia por el vínculo matrimonial con su madre.

En cuanto al delito de abuso deshonesto, sostuvo que se configura porque habría ocurrido el hecho a partir del 2010, cuando la víctima tenía la edad de quince años hasta el 2012, aprovechando que la madre dormía, realizando actos libidinosos contra la víctima consistentes en manipulación de sus genitales en acción de masturbación y sexo oral, de acuerdo al examen médico forense y el estudio psicológico y parte de las declaraciones de Elizabeth Leaño Villegas y William León Yapu.

II.2. De la apelación restringida del imputado Nicolás Gemio Nava.

El recurso de apelación restringida interpuesto por el imputado Nicolás Gemio Nava, denuncia inobservancia o errónea aplicación de ley procesal y falta de enunciación del hecho objeto de juicio o su determinación circunstanciada, art. 370-3) y 407 del Cód. Pdto. Pen., aduciendo que la sentencia presenta contradicciones entre lo plasmado por la acusación fiscal y particular; en cuanto, al tiempo y espacio en que habrían ocurrido los supuestos hechos punibles, debiendo tomarse en cuenta que cuando sucedieron los hechos la víctima tenía diecisiete años de edad, que en sus declaraciones nunca reconoció haber sido violado por su persona, así como en las evaluaciones psicológicas, por lo que el supuesto hecho de violación no existió, la acusación fiscal no realizó una relación circunstanciada de los hechos, ni expresó de manera detallada como sucedió el hecho o las pruebas que respaldan ese criterio, no determina con precisión la base del juicio, siendo las acusaciones contradictorias, incompletas e imprecisas; por otro lado, el tribunal de sentencia direcciona las declaraciones testificales, más aún cuando reconoce que existe duda razonable respecto al tiempo y espacio dónde y cómo se habría sufrido dichos vejámenes; sin embargo, toman como cierto y probable lo expuesto por los peritos.

El Ministerio Público olvidó consignar las agravantes estipuladas en el art. 310 del Cód. Pen., siendo que los jueces no pueden complementar aquello que fue omitido o mal redactado, no hay datos y circunstancias concretas para dictar sentencia sobre un determinado hecho doloso, no puede adicionarse sobre la acusación presentada por el principio de congruencia, no puede resolverse sobre hechos no insertos en la acusación; sin embargo, el tribunal se permite complementar y ampliar el tipo penal no contemplado en la acusación que sólo consigna el delito de violación, sin estar expresamente descritas las agravantes; por cuanto, el Tribunal no puede ni debe resolver un tipo penal no plasmado en ninguna de las dos acusaciones, porque está prohibido expresamente de acuerdo al art. 342 párrafo tercero del Cód. Pdto. Pen., al indicar que en ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones.

Acusa, sentencia basada en hechos inexistentes no acreditados y valoración defectuosa de la prueba art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., arguyendo que la Sentencia no hace referencia a la existencia del delito de violación o violación agravada; toda vez, que es un hecho no probado, siendo que el único hecho probado es el de abuso deshonesto. No se realiza una correcta valoración del informe pericial psicológico, donde la víctima manifestó que el imputado no lo penetró, así de la prueba testifical se puede concluir que la sentencia valoró defectuosamente la prueba, sin considerar el in dubio pro reo presumiendo la culpabilidad, no hay una valoración

individual o integral de toda la prueba esencial que compruebe el hecho doloso, existiendo contradicción por parte de la denunciante con relación a la víctima, constituyendo defecto de sentencia de acuerdo al art. 370-6) y 173 del Cód. Pdto. Pen.

Denuncia insuficiente y contradictoria fundamentación de la Sentencia, que únicamente satisface a la parte acusadora, deduciendo conclusiones irracionales y reiterativas sin respeto a las reglas de la sana crítica. Es contradictoria porque corrige y complementa las acusaciones, dado que el delito y pena resultan de un delito no invocado por ninguna de las partes.

Finalmente denuncia, inobservancia o errónea aplicación de ley sustantiva, art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., respecto al delito de violación agravada, porque el Ministerio Público ni el acusador particular invocaron agravantes, por lo que el tribunal debió regirse a lo solicitado por las partes, aspectos que merecen ser fundamentados, porque violan el debido proceso y dejan en estado de incertidumbre a los sujetos procesales, ameritando sea revocada para la realización de nuevo juicio.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La sala penal tercera del Tribunal Departamental de Santa Cruz, por auto de vista impugnado, declaró admisible e improcedente el recurso de apelación restringida interpuesta por el imputado, aludiendo que del estudio minucioso de los datos del proceso, se llega a determinar que el tribunal de sentencia procedió en forma correcta, tomando en cuenta e interpretando lo determinado por el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.; en cuanto, la prueba sostuvo que es suficiente para generar en el tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado en la comisión del delito de violación agravada, previsto por los arts. 308 y 310-2) y 4) del Cód. Pen., pues causó grave daño psicológico a la víctima, así en cuanto a la pena impuesta se ajusta a lo determinado por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., en atención a las agravantes y atenuantes porque la víctima es menor de edad y fue sometido a actos degradantes; en cuanto, a la alusión del recurrente de inobservancia o errónea aplicación de ley sustantiva respecto al delito de violación agravada, los datos el proceso informan que dicha calificación delictual es correcta y se ajusta a las previsiones de los arts. 308 y 310-2) y 4) del Cód. Pen.; puesto que, la víctima tenía la edad de doce años cuando fue abusado sexualmente por el acusado. En cuanto, a la afirmación de falta de enunciación del hecho objeto de juicio o su determinación circunstanciada, sostiene que ello no es evidente, ya que de la simple lectura de la sentencia en el acápite Introducción de la causa y hechos ilícitos de la acusación formal y particular, se hace una introducción del proceso y delito acusado, de manera que es la base para la apertura de la causa penal.

En respuesta a la valoración defectuosa de la prueba, sustenta que no es evidente, porque no se establece de manera precisa cuáles son las pruebas que hubieren sido defectuosamente valoradas por el inferior, simplemente hace alusión a algunos testigos, pero sin explicar de qué forma se da esa valoración defectuosa; finalmente, a la alusión de sentencia indebidamente fundamentada, señala que la Sentencia cumple con lo normado por los arts. 124 y 360-1), 2) y 3) del Cód. Pdto. Pen., que contiene los motivos de hecho y derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, resalta que el fallo contiene una relación del hecho histórico, fija clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada sobre la cual se emitió el juicio o fundamentación fáctica, además se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5) del Cód. Pdto. Pen.; toda vez, que al valorar las pruebas el tribunal desarrolló una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, mediante el método de la libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y sentido común, habiendo valorado las pruebas documentales, periciales y testificales, relacionando las mismas con la conducta del imputado y el resultado determinó la responsabilidad penal del imputado en el grave delito de violación a su propio hijastro, por lo que la sentencia no es contradictoria, es congruente entre la acusación y la sentencia, entre la parte considerativa y resolutive, no se da una calificación errónea como argumenta el recurrente, que de acuerdo al principio de verdad material establecido en el art. 180 de la C.P.E., las finalidades superiores de la justicia no pueden resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a las reglas procesales como ha establecido la S.C. N° 2769/2010 de 10 de diciembre.

III. Verificación de la existencia de vulneración de derechos y garantías constitucionales

Esta sala penal mediante A.S. N° 61/2017 de 24 de enero, atendiendo a los presupuestos de flexibilización admitió el presente recurso de casación, ante la denuncia de que el auto de vista impugnado omitió pronunciamiento, con relación de que al momento de los hechos la supuesta víctima tenía diecisiete años y que en ningún momento reconoció haber sido objeto de violación, que ha sido condenado por abuso deshonesto, sin que este delito haya sido consignado en la acusación, vulnerando derechos y garantías constitucionales; en cuyo mérito, se ingresa al análisis de fondo de la problemática planteada en el recurso de casación.

III.1. El derecho al debido proceso.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia respecto al debido proceso ha señalado a través del A.S. N° 199/2013 de 11 de julio, lo siguiente: "El debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; la Constitución Política del Estado, en sus arts. 115 y 117, reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) el derecho a la defensa, b) el derecho al juez natural, c) la garantía de presunción de inocencia, d) el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, e) el derecho a un proceso público, f) el derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, f) el derecho a recurrir, g) el

derecho a la legalidad de la prueba, h) el derecho a la igualdad procesal de las partes, i) el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, j) el derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones, k) la garantía del non bis in idem, l) el derecho a la valoración razonable de la prueba, ll) el derecho a la comunicación previa de la acusación; m) la concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; n) el derecho a la comunicación privada con su defensor; o) el derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

III.2. Respecto a la incongruencia omisiva.

En cuanto al derecho de acceso a la justicia reconocido por la Constitución en su art. 115-I, hace hincapié en la protección oportuna y efectiva de los derechos e interés legítimos, conforme el siguiente texto: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Este derecho en su contenido evidencia distintas dimensiones como el derecho de libre acceso al proceso, el derecho a la defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre las pretensiones planteadas, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas y, el derecho a los recursos previstos por ley.

En ese contexto, se incurre en el defecto de la incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) al no pronunciarse una autoridad jurisdiccional sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; temática que fue ampliamente desarrollada por este tribunal en el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, refiriendo que "...sin embargo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada.

La incongruencia omisiva quebranta el principio tantum devolutum quantum appellatum, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del Tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual, "...sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo" (Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416).

Igualmente, refiere el versado Couture, que: "El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: tantum devolutum quantum appellatum" (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo - Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300).

Lo anterior significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. textualmente refiere: "Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución", se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada".

III.3. Sobre la defectuosa valoración de la prueba, su formulación y control.

El A.S. N° 396/2014-RRC de 18 de agosto, estableció: "La denuncia por defectuosa valoración de la prueba, defecto de sentencia descrito en el inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., como norma habilitante, debe encontrarse vinculada a la infracción del art. 173 del mismo cuerpo legal; es decir, a la vulneración de las reglas de la sana crítica, que son aquellas que conoce el hombre común (sentido común-conocimiento adquirido por cualquier persona de forma espontánea como verdad irrefutable); las reglas de la ciencia, entre las cuales la más aplicada es la de la psicología, que en el caso del juzgador requiere conocimientos mínimos (se aplican cuando el juzgador observa comportamientos); además de las reglas de la lógica (la lógica de lo razonable); es decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente, para crear un razonamiento debidamente estructurado. Lo que implica, que quien alegue defectuosa valoración de la prueba, debe brindar información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, señalando de forma ineludible, cuáles las afirmaciones o hechos contrarios a la experiencia común, cuáles los hechos no ciertos en los que se sustenta el fallo, de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente, cuáles las conclusiones que demuestren cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en ellos, cuál el o los

elementos analizados arbitrariamente; únicamente planteado en esos términos el recurso, es posible el control sobre la valoración de la prueba, control que debe ser ejercitado sobre la logicidad de la Sentencia, teniendo como circunscripción lo argumentado en el recurso.

Sobre la temática, el A.S. N° 214 de 28 de marzo de 2007, estableció como doctrina fundadora, que fue citada también por el tribunal de alzada, que: 'Los jueces de mérito son soberanos en la valoración de las pruebas, que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desestimar determinados elementos probatorios, los razonamientos del fallo deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano, siendo este el iter lógico de una sentencia, el que debe fundarse en las leyes del pensamiento, las que independientemente de nuestra experiencia se presentan como necesarias en nuestro raciocinio.

Para que la fundamentación de una sentencia sea válida se requiere no sólo que el tribunal de juicio funde sus conclusiones en pruebas de valor decisivo, sino también, que éstas no sean contradictorias entre sí, ni ilegales y que en su valoración se observen las reglas fundamentales de la lógica, no puede considerarse motivación legal ni aplicación integral de las reglas de la sana crítica, a una simple y llana referencia a una prueba por parte del juzgador y que se formula de un modo general y abstracto, en el que se omite realizar una exposición razonada de los motivos en los que se funda.

El Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que los tribunales de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano; analizando si la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica, cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología, controlando si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano, sin que para ello les esté permitido ingresar a una reconsideración de los hechos o de las pruebas, de ahí que alegar como motivo del recurso de apelación restringida, la infracción a las reglas de la sana crítica, obliga al impugnante a señalar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio.

Ante la invocación de la violación de las reglas de la sana crítica el tribunal de alzada es el principal llamado a ejercer un control sobre la logicidad que debe imperar en los razonamientos plasmados en la sentencia, los recurrentes además de expresar las reglas de la lógica que hubieran sido inobservadas, deben vincular su crítica con el razonamiento base del fallo, de ahí que si bien los jueces se encuentran obligados a motivar debidamente sus resoluciones, es obligación de quienes motivan sus recursos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica, señalar las partes del decisorio donde constan los errores lógico-jurídicos, proporcionando la solución que pretenden en base a un análisis lógico explícito; será pues obligación del recurrente, al alegar la infracción basada en la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica, atacar en sus argumentaciones el silogismo desarrollado en la sentencia y no referirse a actuaciones procesales sin incidencia directa en la resolución de mérito, la inobservancia de estas reglas emergentes de lo expresamente determinado en la ley adjetiva penal deberán ser observadas por los tribunales que conocen el recurso de apelación restringida previamente a admitirse los recursos por estos motivos y en caso de no ser debidamente subsanada la observación referida, los Tribunales deberán declarar inadmisibles los recursos por este motivo, en cuyo caso no podrán reiterarse estos argumentos en el recurso de casación.

El recurso basado en errónea apreciación de la prueba, tiene por finalidad examinar la sentencia impugnada para establecer si al valorar las probanzas, se aplicó adecuadamente el sistema de la sana crítica o si se transgredieron las reglas del correcto entendimiento humano.

Resulta deficiente el planteamiento cuando el recurso discurre en torno a las propias apreciaciones del recurrente en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se hubieran infringido los principios alegados, requisitos indispensables cuando se reclama sobre la presunta falta de coherencia.

Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural.

Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez.

El análisis de las resoluciones a partir de la formulación de una crítica al sistema de valoración de la prueba, requiere un alto nivel de tecnicidad y fundamentalmente un adecuado manejo de las leyes del pensamiento; así, los profesionales que asisten en los procesos donde se pretende criticar la actividad valorativa del titular del órgano jurisdiccional, requiere un especial manejo de principios tales como el de razón suficiente, de identidad, contradicción, del tercer excluido, etc.; de igual manera, las máximas de experiencia que son las obtenidas de la observación de la realidad, y que comprueban que ciertos hechos o sucesos se comportan reiteradamente de determinada manera, son parámetros básicos que nos permiten explicar la ocurrencia de ciertos fenómenos cuya extensión, notoriedad, regularidad e identidad, han permitido convertirlos en estándares generales para la comprensión de acontecimientos suscitados a lo largo del tiempo".

III.4. Análisis del caso concreto.

El motivo expresado en el recurso de casación, denuncia que el tribunal de sentencia, no realizó una adecuada valoración de las pruebas que debían haber sido analizadas bajo principios de la sana crítica y verdad material, habiendo sido condenado por el delito de violación sin tomar en cuenta que al momento de los hechos, la supuesta víctima tenía la edad de diecisiete años y que en ningún momento reconoció haber sido objeto de violación; asimismo, refiere haber sido condenado por el delito de abuso deshonesto, sin que este delito haya sido consignado en la acusación fiscal y particular, de donde resulta una sentencia ultra petita y carente de fundamentación, aspectos de los cuales el tribunal de alzada omitió pronunciamiento en vulneración a sus derechos y garantías constitucionales al debido proceso y presunción de inocencia.

El motivo en análisis, en primer término cuestiona la defectuosa valoración probatoria realizada por el tribunal de sentencia, que no tomó en cuenta los principios de la sana crítica y verdad material; manifestación global que no precisa a que motivo del recurso de apelación restringida refiere y con relación a qué pruebas en particular representa no haber sido adecuadamente valoradas, tampoco precisa que parte del auto de vista impugnado observa esta falencia, por lo que la mención general constriñe la revisión del mencionado recurso, misma que ubicada en el punto 3. Valoración defectuosa de la prueba, en cuanto a pruebas testificales, hace referencia a las declaraciones de los testigos Willian León Yapu y Martha Teresa Gutiérrez de Sattori, en cuya valoración se habría presumido su culpabilidad, sin tomar en cuenta el principio del in dubio pro reo y que la valoración individual y conjunta realizada no comprueba el hecho doloso.

Por su parte el auto de vista impugnado, sustentó que dicha sindicación no era evidente, porque si bien se encuentra apoyada en una causal de nulidad de sentencia, no establece de manera precisa cuáles son las pruebas que hubieren sido defectuosamente valoradas por el tribunal inferior, al hacerse simplemente alusión y cita de algunos testigos sin explicar de qué forma se produjo la valoración defectuosa denunciada que el tribunal juzgador al valorar las pruebas de cargo y descargo, desarrolló una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en audiencia de juicio oral, que permitió con certeza plena e incontrastable, sobre la pretensión punitiva del proceso mediante el método de la libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo a este trabajo global e intelectual, aspectos y elementos como la ciencia conciencia y experiencia, relacionando con la conducta del imputado y resultado de esa apreciación, se determinó la responsabilidad penal del imputado en el grave delito de violación a su propio hijastro.

En el contexto relacionado, cabe enfatizar que los jueces son soberanos en la valoración de las pruebas que las estiman o desestiman, debiendo siempre indicar las razones para admitir o desechar determinados elementos probatorios, más sus razonamientos deben estar acordes a las reglas del pensamiento humano; es decir, que a tiempo de valorar la prueba consienten otorgar crédito a unos y a otros no, de manera coherente y en apego a las reglas de la lógica, pues en el sistema actual, el Juzgador es libre para obtener su convencimiento de acuerdo a las reglas de la sana crítica; empero, debe enmarcar su decisorio a los principios de la lógica y los principios generales de la experiencia, pudiendo entonces el que juzga, afianzar su convencimiento no en el número de pruebas o testigos introducidos al juicio, sino más bien en torno a su pleno convencimiento conducido por su recto entendimiento, así puede asumir convicción por lo que le diga un único testigo frente a lo que digan varios, razonamiento que debe plasmarse en el fallo de manera objetiva y que represente razonabilidad para la decisión de una u otra forma en aplicación del principio de inmediatez; por su parte, la labor del tribunal de apelación debe estar al margen de una nueva valoración de la prueba producida en juicio, debiendo limitar su ámbito de decisión a que la sentencia posea fundamentos suficientes sobre la valoración de la prueba, su coherencia, orden, idoneidad y los principios de la sana crítica, que ofrezcan certidumbre sobre la decisión de condena o absolución, conforme se estableció en el A.S. N° 200/2012 de 24 de agosto, que señaló: "Es necesario precisar, que el recurso de apelación restringida, constituye un medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la Sentencia, no siendo el medio idóneo que faculte al tribunal de alzada, para revalorizar la prueba o revisar cuestiones de hecho que es de potestad exclusiva de los Jueces o tribunales de sentencia; por ello, si el ad quem, advierte que la sentencia no se ajusta a las normas procesales, con relación a la valoración de la prueba y la falta de fundamentación y motivación, que haya tenido incidencia en la parte resolutoria, le corresponde anular total o parcialmente la sentencia, y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal"; que en el caso de autos, el tribunal de alzada, al haber establecido que el tribunal de sentencia desarrolló una operación intelectual conjunta y armónica de la prueba en base al método de la libre valoración racional de acuerdo a las reglas de la sana crítica para determinar la responsabilidad penal del imputado, ciertamente proporcionó una respuesta coherente al planteamiento realizado en el recurso de apelación restringida, aunque en base a fundamentación escueta pero puntual y lo suficientemente clara para deducir que la labor de control sobre la resolución del inferior fue cumplida, en sentido de verificar la logicidad que expresó la sentencia y las razones de la decisión apegado al principio de congruencia.

Por otro lado, en referencia al contenido del recurso de casación, manifiestamente refleja una evidente deficiencia técnica recursiva, que dificulta discernir un planteamiento claro, preciso y ordenado de las situaciones defectuosas que comprendan el ámbito de la fundamentación valorativa de la prueba. Ante situaciones como la advertida, la posición doctrinal y jurisprudencial adoptada por este tribunal, ha establecido que en tratándose de denuncias que atingen una situación defectuosa de valoración de prueba que denote la infracción del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., que necesariamente va a implicar el desconocimiento o vulneración de las reglas de la sana crítica y las reglas de la lógica; es exigible que el recurrente, proporcione la información precisa que permita identificar cuál de las reglas

del recto entendimiento humano fueron infringidas, señalando de forma ineludible los hechos contrarios a la experiencia común y a su vez los medios de prueba denunciados como defectuosamente valorados, precisar cuáles son las normas del correcto entendimiento humano inaplicadas o aplicadas erróneamente, expresando las partes de la sentencia en las que consta el agravio o las partes del decisorio donde se evidencian estos errores lógico-jurídicos; se debe asimismo proporcionar, la solución pretendida en base a un análisis lógico explícito, que deje entrever sea el que correctamente debía ser aplicado por su marcada significación e incidencia en el resultado del proceso, derivada de la inadecuada aplicación de las reglas de la sana crítica y de una significativa transgresión a las reglas del correcto entendimiento humano, estableciendo énfasis en la invocación de los principios de la razón suficiente, de identidad, contradicción, del tercer excluido, que constituyen las máximas de la experiencia que se obtienen de la realidad. Lo contrario, significará haberse realizado una deficiente argumentación, más cuando el recurso discurre en torno a un planteamiento confuso e impreciso, sin ninguna referencia a las reglas de la sana crítica y del recto entendimiento humano y sobre todo la nula alusión de la norma legal que respalde lo pretendido; deficiencias que no es posible soslayar, porque constituye el factor fundamental que impide un pronunciamiento acorde al planteamiento.

Por otro lado, respecto a la alusión en sentido de haber sido condenado por violación sin que este hecho haya sido reconocido por la víctima, generando duda razonable que parte de la misma declaración de la víctima; se advierte de la sustanciación del juicio oral, que se incorporó legalmente al juicio el certificado médico forense, ratificado por la perito Yenny Fabiola Jaimes Bruno, así como la declaración de la víctima, además de estar corroborados por los informes social y psicológico y testifical de Elizabeth Leaño de Gemio, que de manera contundente refieren el abuso sexual o acceso carnal con penetración anal-contra natura-sufrido por la víctima, por parte del imputado en su condición de padrastro, dada su minoridad y en las condiciones que refleja la sentencia en la parte de hechos probados para fundar responsabilidad penal respecto de esta conducta encuadrada en el delito de violación con la agravación correspondiente.

En cuanto, al alegato de haber sido condenado por el delito de abuso deshonesto, sin que esta figura se encuentre contemplada en la acusación pública y particular; debe tenerse en cuenta que en el requerimiento de acusación pública, el Ministerio Público a tiempo de precisar el cuadro fáctico, señaló que antes del abuso sexual del 25 de junio de 2012, el imputado invitaba a la víctima hacer pornografía y que en una oportunidad después de mirarla le bajó su short, le agarró el pene y comenzó a masturbarlo, haciéndose costumbre esa práctica, hechos también descritos en el contenido de la acusación particular presentada por Elizabeth Leaño Villegas, por lo que el reclamo del recurrente no es evidente, tomando en cuenta además que en materia penal lo que se juzga son hechos no así delitos, por lo que la calificación inicial que se pudiere realizar respecto de un hecho tiene el carácter provisional, pudiendo sufrir variación a tiempo de subsumir la conducta del imputado dentro de la misma categoría de delitos sin modificar los hechos, por lo que en esta parte no es exigible la existencia de congruencia subsuntiva respecto del tipo penal inicialmente atribuido o calificado, siendo pertinente tomar en cuenta la precisión efectuada en el A.S. N° 93 de 24 de marzo de 2011, que si bien declaró infundado el recurso de casación que fuera presentado, señaló: "Conforme a la previsión contenida en el art. 342 del Cód. Pdto. Pen., la base del juicio constituye la acusación pública o la del querellante y cuando estos sean irreconciliables el tribunal tiene la potestad de precisar los hechos sobre los cuales se abre el juicio, vale decir que lo que se juzgan son hechos, no así tipos penales o calificaciones abstractas; bajo esta precisión conceptual tanto la imputación formal como la acusación tanto pública como particular establecen una calificación provisional en relación a la conducta del imputado y que la congruencia que debe existir es entre el hecho (base fáctica) y la sentencia y no así respecto a la calificación jurídica que provisionalmente contiene la acusación, teniendo el juez o tribunal, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, realizar la 'subsunción' del hecho al tipo o tipos penales que correspondan pudiendo ser diferente al de la calificación jurídica realizada por la acusación en aplicación del principio procesal del iura novit curia y será la sentencia la que en definitiva efectúe la calificación definitiva del hecho como regla (...)".

Ahora bien, efectivamente estos argumentos no se encuentran presentes en el auto de vista impugnado, que se limitó a fundamentar que la víctima es menor y fue sometido a actos degradantes y los datos del proceso informan que la calificación delictual es correcta y se ajusta a las previsiones del art. 308 y 310-2) y 4) del Cód. Pen., efectivizándose los motivos de la denuncia y determinación circunstanciada de los hechos, sustentada en hechos existentes y debidamente acreditados, siendo congruente entre la acusación y la sentencia y entre la parte considerativa y resolutive del fallo; no obstante, es menester precisar que en materia penal, las nulidades procesales que impugnen decisiones judiciales u omisiones de procedimiento con fundamento en el defecto que causa agravio, únicamente se puede pretender la nulidad, cuando existe agravio cierto e irreparable solamente remediable mediante la nulidad, perjuicios efectivos surgidos de la desviación de las reglas del proceso que podrían haber generado indefensión, razón por la cual, el régimen de nulidades se encuentra regulado por principios como el de legalidad o especificidad, de trascendencia y de subsanación, que guían a la autoridad jurisdiccional en su objetivo de impartir justicia y que le permite, en algunos casos, dejar pasar el incumplimiento de ciertos formalismos por su irrelevancia frente a los demás derechos y garantías protegidos; pues lo contrario, se constituirían en simples actos dilatorios.

Consecuentemente, no toda denuncia de las características aducidas por el recurrente derivará en la decisión de parte del tribunal de casación de dejar sin efecto el auto de vista impugnado, solamente alcanzan esta categoría cuando se vislumbra una posibilidad cierta y efectiva de que dejando sin efecto la resolución, la misma va a permitir la modificación del resultado final del fallo; frente a estos casos, es una obligación de quien pretende se deje sin efecto un fallo, acreditar normativa y motivadamente el perjuicio real e irreparable ocasionado; es decir, el daño debe ser de tal magnitud, que solo pueda ser enmendado con la emisión de un nuevo fallo, pues el dejar

sin efecto el auto de vista por una omisión que en el fondo no ha causado daño al recurrente; y por lo tanto, no cambiaría el resultado final del fallo, generaría una vulneración al principio de economía procesal, como en el caso de autos, la omisión atribuida al tribunal de alzada, carece de relevancia al no estar acreditada la vulneración efectiva de derechos y garantías constitucionales, cuya trascendencia no es manifiesta; consiguientemente, el recurso de casación deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., y lo previsto por el art. 42-I-1 de la L.O.J., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nicolás Gemio Nava, cursante de fs. 457 a 465.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



306

Gloria Esther Altamirano Lopez c/ Beimar Flores Guerrero
Difamación, calumnia e injuria
Tarija

AUTO DE VISTA

Tarija, 20 de junio de 2015.

RECURSO DE APELACION RESTRINGIDA: interpuesto por el imputado Beimar Flores Guerrero, dentro del proceso penal que le sigue Gloria Esther Altamirano López, por los delitos de difamación, calumnia e injuria.

Antecedentes.

1. Mediante Sentencia N° 011/2013 de 06 de mayo de 2014 la Juez 2° de Sentencia de la Capital, declara al imputado Beimar Flores Guerrero, autor del delito difamación, calumnia e injuria, tipificados y sancionados en los arts. 282, 283 y 287 del Cód. Pen.

2. Contra esa resolución el imputado Beimar Flores Guerrero interpuso recurso de apelación restringida.

3. La causa fue sorteada el 22 de mayo de 2015 pronunciándose el A. V. N° 14/2015 de 29 de mayo de 2015, el que fue dejado sin efecto mediante A.S. N° 340/2016-RRC de 21 de abril, recibido en esta sala el 25 de mayo de 2016, por lo que en cumplimiento de la citada resolución se procedió al sorteo de la causa en 13 de junio de 2016, quedando prefijados en los límites del art. 398 Cód. Pdto. Pen., los siguientes agravios:

CONSIDERANDO: I.

I.1 Vulneración a Convenios y tratados internacionales, así como la Constitución Política Estado, normas adjetivas y sustantivas, cita la excepción de prejudicialidad y la fijación de la pena. Transcribe parte de las declaraciones de los testigos de cargo, cuestionándolas.

I.2 Señala "una manifiesta y notoria ausencia de fundamentación, que fue reemplazada por una relación de antecedentes, reiterando la excepción planteada no atendida por la juzgadora, siendo que son los mismos hechos tratados en dos jurisdicciones familiar y penal.

I.3 No dio aplicación al art. 289, dado que se retractó y se disculpó "aunque no haya dicho" eso, máxime si la propia querellante indica y manifiesta que su persona estaba ebrio.

Solicita se revoque la sentencia impugnada y se dicte auto de vista absolviéndole de culpa y pena o se la deje sin efecto.

CONSIDERANDO: II.- Del análisis del caso en concreto.

En consideración que el A. S. N° 340/2016-RRC de 21 de abril, no obstante que dejó sin efecto el A. V. N° 14/2015 de 29 de mayo de 2015, se ha circunscrito a que el tribunal ad quem: "... omitió el análisis y obviamente un pronunciamiento respecto al

cuestionamiento formulado por el imputado en relación a la fijación de la pena...", correspondiendo en consecuencia ratificar los razonamientos que no han sido observados por el Supremo Tribunal, previo al ingreso del punto cuestionado.

II.1 En ese contexto, es menester referirnos a los alcances de este medio de impugnación, que no es propiamente una segunda instancia, sino un opción efectiva de revisión del fallo, empero que no abarca a la averiguación de los hechos en relación a la prueba, que es el objeto del juicio oral reservado como tal exclusivamente al juez o tribunal de instancia. La apelación restringida prevista en el art. 407 Cód. Pdto. Pen., como su nombre indica está constreñida a controlar la correcta aplicación de la ley sustantiva circunscrita en consecuencia a cuestionar la "inobservancia o errónea aplicación de la ley", es decir, pronunciarse cuando el vicio versa acerca de la incorrección de juicio asumido por el tribunal, o cuando se vulnera la actividad procesal a través de la cual se produjo la decisión. Inobservancia implica desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica.

No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla, mientras que errónea aplicación es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato. En cuanto a la actividad procesal defectuosa, debe ser de tal magnitud que ocasione indefensión a quien la invoque, criterio que con verdadero acierto la expone Carnelutti al afirmar que el proceso penal es una secuencia de actos procesales, que podrían catalogarse en actos procesales perfectos y actos procesales imperfectos. Los primeros siempre eficaces, porque cumplen todos los requisitos legales, de fondo y de forma, mientras que los segundos adolecen de defectos, por incumplimiento de alguno o varios de los requisitos fijados para su validez, ocasionando según sea su caso, su irregularidad, inadmisibilidad o la nulidad que viene a ser la sanción más grave del acto procesal, por ello la exigencia no sólo de la especificidad, sino también de la trascendencia, es decir al margen que la nulidad debe ser específica, no hay nulidad sin daño o perjuicio, o sea "no pueden admitirse la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales". Ante la imperiosidad del cambio en la forma de impartir justicia que se impone desde la Constitución Política Estado, se debe prescindir de las rigurosidades formalistas, resabios de la justicia neo colonial, sin que ello implique vulneración al debido proceso, pero lejos de la exageración ritualista.

II.2 El apelante no obstante de aducir vulneración a convenios y tratados Internacionales, así como la Constitución Política del Estado, normas adjetivas y sustantivas, no expone con claridad a cuáles en forma específica se refiere, obviando la previsión del art. 408 Cód. Pdto. Pen.: "Se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende", lo que no ocurre en el confuso memorial de impugnación, no obstante la reiteración del siguiente acápite del precepto: "Deberá indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos. Posteriormente, no podrá invocarse otra violación". Tampoco ayuda en nada la transcripción de parte de las declaraciones de los testigos de cargo, por cuanto como se tiene anotado al tribunal de alzada no le está permitido revisar los hechos a la luz de la prueba, debido a su intangibilidad y por la imposibilidad de cumplir con el principio de inmediación, que implica el contacto directo de la prueba con la jueza dado que por ejemplo, el testimonio no es solo lenguaje verbal, sino corporal, sustanciado en gestos, vacilaciones, detalles e inclusive estados de ánimo, solo advertido al momento de su incorporación a juicio, que es el momento en que se comienza con el proceso de valoración de la prueba, primero de cada elemento, para luego a través de su valoración integral y armónica asumir la convicción pertinente. en este caso de autoría y culpabilidad. La uniforme jurisprudencia penal vinculante así lo confirma, citándose al respecto el A.S. N° 249/2012: "El Tribunal Supremo de Justicia en consideración a los principios que rigen la sustanciación del acto de juicio y a las facultades asignadas por la ley adjetiva penal a los distintos órganos jurisdiccionales penales, ha determinado de manera uniforme que la valoración de la prueba es de competencia privativa del juez o tribunal de sentencia, sin que el tribunal de alzada pueda a tiempo de resolver la interposición de un recurso de apelación restringida revalorizar la prueba ni revisar cuestiones de hecho, conforme se advierte de la doctrina legal establecida en los AA.SS. Nos. 436 de 15 de octubre de 2005, 25 de 4 de febrero de 2010 y 53 de 19 de marzo de 2012...", consecuentemente no podemos ingresar a verificar lo que dijeron los testigos, o la situación alegada por el apelante, cuya labor es propia de la jueza de instancia. Por el contrario se considera que la jueza a quo expone con claridad los hechos sustentados en la integridad de la prueba producida en juicio que le llevó a determinar el hecho y la responsabilidad penal del encausado en relación a los delitos sindicados exponiendo los elementos de cada uno de ellos y la forma como los hechos se adecuaron a los respectivos tipos penales, confirmando que la sentencia se basa en hechos reales y verosímiles, debidamente acreditados por elementos probatorios valorados conforme a las exigencias del art. 173 y 124 del Cód. Pdto. Pen., sin incurrir en la supuesta vulneración indebidamente alegada.

II.3 En relación a la excepción de prejudicialidad rechazada por la jueza a quo, cabe destacar que según el art. 309 Cód. Pdto. Pen., la misma supedita la acción punitiva a la resolución de un órgano extra penal, sea civil, administrativo o de otra índole, que determine de forma previa, la existencia de alguno de los elementos del tipo penal. Se debe tener presente que no obstante de ser sustantiva, es accesoria, no extingue por sí la acción, sino que incide en ella, dejando en suspenso su tramitación, hasta la ejecutoria de la resolución del proceso extrapenal, para que en su caso, el juez penal reasuma conocimiento y resuelva, sea por la extinción de la acción penal o la continuación del proceso. Con acertado criterio la jueza a quo al respecto en el segundo considerando del Auto Interlocutorio N°123/2014, que resuelve la excepción, asume que "el proceso de divorcio tramitado en el Juzgado de Partido Primero de Familia, no hade determinar la existencia de los elementos constitutivos de los delitos que se están acusando en este proceso cual es la difamación, calumnia e injuria, porque son hechos posteriores y fuera del proceso de divorcio..." confirmando que en modo alguno implica que de la resolución de ese proceso, dependa la existencia de alguno de los elementos de los señalados tipos penales.

II.4.1. Para el análisis del agravio relativo a la supuesta falta de fundamentación para la imposición de la pena, que es el punto observado por el A.S. N° 340/2016 de 21 de Abril, es preciso referirnos a la dosimetría penal, que se la conceptúa como el procedimiento mediante el cual la jueza a quo, luego de haber valorado las pruebas incorporadas a juicio concluye que el sindicado es culpable y procede a tasarle su correspondiente pena; para lo cual ha de tener en cuenta todas las circunstancias tanto atenuantes como agravantes, como la buena conducta anterior, no tener antecedentes o no ser reincidente, si actuó en defensa propia o en un estado de necesidad y otros presupuestos afines a determinar si le aplica una pena máxima o una mínima, o una intermedia de conformidad con los arts. 37 y 38 Cód. Pen. En el caso de autos la jueza a quo de manera escueta se refiere los parámetros señalados en los citados preceptos, anotando que se toma en cuenta la personalidad del encausado, que se trata de una persona de mediana edad y educación, así como la buena conducta referida por el testigo de descargo, sopesándose como atenuante el hecho que no tenga antecedentes penales, para finalmente en relación a los tres delitos sindicados difamación, calumnia e injuria invocando el art. 44 Cód. Pen., imponerle la pena de dos años de privación de libertad.

II.4.2. Siguiendo el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia expresado entre otros en el A. S. N° 41/2013 de 21 de febrero, hace hincapié en que: "El tribunal de alzada ante la evidencia de que concurren en la sentencia impugnada errores u omisiones formales que se refieran a la imposición de penas, cuenta con la facultad para modificar directamente el quantum observando los principios constitucionales y procesales conforme lo prescrito en la primera parte del artículo 414 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo ésta corrección debe realizarse observando los principios constitucionales, procesales y los aspectos contemplados en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., debiendo contener suficiente fundamentación, emitiendo criterios jurídicos relativos al tipo penal y a la valoración de los hechos, las acciones y del imputado mismo, su personalidad la motivación y otras circunstancias concomitantes que corresponden al caso concreto, en el que se explique de manera clara y expresa cuáles son los aspectos o circunstancias que agravan o atenúan la pena, sin perjuicio de destacar que las citadas reglas de fijación de la pena inclusive se aplican aún en el caso de advertirse el concurso ideal o el concurso real de delitos en los cuales se aplica la sanción con la pena del delito más grave, siendo facultad privativa del juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte o hasta la mitad, conforme determinan los arts. 44 y 45 del citado adjetivo penal, respectivamente, sin que los argumentos vertidos importen modificación de los hechos probados en juicio que se hallan sujetos al principio de intangibilidad, siendo que el recurso de apelación restringida no es un medio legítimo para la revalorización de la prueba". En ese entendimiento, para una correcta dosimetría penal, es necesario considerar el carácter social del Estado de Derecho, el respeto a la persona humana, a su realidad y autonomía, principios medulares del ordenamiento constitucional, que se sirven mejor con leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena, de modo que ésta, sólo se consagre cuando sea estrictamente necesaria; de tal manera que si bien la dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, corresponde a los jueces velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa, se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además del principio de igualdad consagrado en el art. 119-1 C.P.E. que justifica la diversidad de trato, pero atendiendo a las circunstancias concretas al caso, o sea que el juicio exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos, debiendo hacerse hincapié en que los fines de la pena esencialmente buscan la rehabilitación o reinserción y no siempre el castigo.

II.4.3. En ese ámbito el principio de lesividad o de antijuridicidad material, se deduce de las normas constitucionales, de tal manera que entre la conducta típica y la respuesta punitiva debe darse una relación de proporcionalidad, así la gravedad de la pena, depende de la gravedad o levedad de la infracción, pues como se tiene dicho, la igualación de las conductas de poca significación social con aquellas de mayor gravedad, viola el principio de igualdad, porque no puede haber una pena excesiva, injusta, inequitativa y desproporcionada en relación con la ofensa cometida. De ese criterio se desprende que el principio de lesividad, justifica el trato diferenciado en materia punitiva; de tal manera que si no existe objetivamente una mayor lesión a un bien intangible como es el honor, en consideración que este tipo delitos incluye la conciliación que pone fin al proceso cuando las partes arriban a un acuerdo, tomando en cuenta lo que destaca el tratadista Muñoz Conde: "La existencia de un ataque al honor depende de los más diversos imponderables, de la sensibilidad, del grado de formación, de la situación tanto del sujeto pasivo, como del activo, y también de las relaciones recíprocas entre ambos, así como de las circunstancias del hecho"; y que además según el análisis de la sentencia impugnada, ambas partes querellante y querellado estuvieron unidos por vínculo matrimonial y que al momento de los hechos se encontraba en trámite de divorcio, que tienen un hijo en común-por lo que no obstante sus diferencias-por lo menos hasta su mayoría de edad deberán asumir decisiones compartidas y vinculadas a la misma.

II.4.4. De otro lado para una aplicación correcta de la pena, se debe sopesar que de los tres delitos sindicados, dos de ellos difamación e Injuria no tienen pena privativa de libertad, limitándose en ambos casos a prestación de trabajo de un mes a un año y multa para el primero de veinte a doscientos cuarenta días y para el segundo de treinta a cien días; estableciéndose para el delito de calumnia-que es el más grave-la pena privativa de libertad de seis meses a tres años y una multa de cien a trescientos días. Estos son los parámetros en los que debería desenvolverse la jueza a quo, teniéndose según la Sentencia N° 011/2013 que al tratarse de un concurso ideal de delitos conforme previene el art. 44 Cód. Pen., corresponde la aplicación de la pena del delito más grave, previniendo el citado precepto: "El que con una sola acción u omisión violare diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí, será sancionado con la pena del delito más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte". En la presente causa por las razones anotadas, no tener antecedentes penales, que es la primera vez que se le juzga, abonada su buena conducta, la personalidad y las circunstancias del hecho, destacándose el vínculo que las unía, le corresponde la pena mínima del delito más grave, en este caso el de la calumnia, o sea seis meses de privación de libertad, a la que debe añadirse la previsión del art. 44 Cód. Pen., que

al tratarse de concurso ideal es factible aplicar lo previsto en el precepto en análisis, "... pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte", por lo que tomando en cuenta el prefijo de "hasta", se considera agregar seis meses más a la pena mínima del delito más grave, además de la multa ya fijada por la jueza a quo, por ser sólo apelación del imputado, correspondiendo en consecuencia declarar con lugar este agravio referido única y exclusivamente en relación a la fijación de la pena privativa de libertad.

II.5. En cuanto a "una manifiesta y notoria ausencia de fundamentación" y que se la hubiese reemplazado por una relación de antecedentes, sin demostrarse su culpabilidad, no es evidente dado que a juicio de este tribunal el fallo en examen a excepción de lo anotado en los puntos II.4.1, 2, 3 y 4 con relación a la autoría y responsabilidad del encausado, cumple con la exigencia del art. 124 Cód. Pdto. Pen., expone con claridad los hechos, fundamentación fáctica, los elementos probatorios que los acreditan, fundamentación probatoria y las normas jurídicas que así los respaldan, fundamentación jurídica, o sea que se ajusta también al criterio jurisprudencial constitucional, expresado en la S.C. N° 2023/2010-R de 9 de noviembre: "... toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió"; no teniendo ningún asidero fáctico ni legal pretender otra correlación de hechos, ni cuestionar la prueba legalmente incorporada y correctamente valorada por la jueza a quo, debiendo sopesarse que en otra parte del citado fallo constitucional se enfatiza: "cabe señalar que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo, pudiendo ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiéndose expresar las convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas"; no siendo pertinente la doctrina aplicable esgrimida por el apelante porque no se trata de situaciones análogas.

II.6. Sobre que no se dio aplicación al art. 389, dado que se retractó y se disculpó "aunque no haya dicho eso, máxime si la propia querellante indica y manifiesta que su persona estaba ebrio". Al respecto cabe referir que retractación no es la mera manifestación de la frase "me retracto", más aún si en la propia apelación refiere "aunque no haya dicho eso", pretendiendo que se la dé por hecha. Al respecto cabe hacer énfasis que retratarse no sólo implica desdecirse, retirar la ofensa u ofensas vertidas, sino arrepentirse del daño proferido, buscando el restablecimiento del decoro y la honorabilidad menguada de la víctima, reconocer su prestigio y buen nombre en el medio social en el que se desenvuelve; o el ámbito en el que se produjo la ofensa, situación que no se evidencia en la presente causa, debiéndose sopesar además que la retractación se halla condicionada temporalmente según el texto punitivo a hacerlo "antes o a tiempo de prestar su indagatoria"; lo que por supuesto al no existir ya el acto procesal de la Indagatoria, a la vigencia del ordenamiento adjetivo penal L. N° 1970 se la debe formular hasta el momento de la celebración de la audiencia de conciliación o al contestar la querrela, conforme precisa el art. 378 Cód. Pdto. Pen.: "Si el querrellado por delito contra el honor se retracta en la audiencia de conciliación o al contestar la querrela, se extinguirá la acción y las costas quedarán a su cargo".

POR TANTO: En observancia de las normas invocadas y en aplicación de los arts. 51.1 y 413 del Cód. Pdto. Pen., se declara: con lugar parcialmente el recurso de apelación restringida, interpuesto por el imputado Beimar Flores Guerrero, dentro del proceso penal que le sigue Gloria Esther Altamirano López, por los delitos de difamación, calumnia e injuria, en consecuencia se confirma parcialmente la Sentencia N° 011/2013 de 06 de mayo de 2014, modificando la pena impuesta de dos años a un año de privación de libertad a cumplirla en el Penal de Morros Blancos de la ciudad de Tarija, ratificando la concesión del beneficio del perdón judicial otorgado por la jueza a quo, en virtud del art. 368 Cód. Pdto. Pen. En observancia de los arts. 123 y 417 Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes, que tiene I plazo de cinco días, para interponer recurso de casación.

Vocal relator: Dr. Ernesto Félix Mur

Regístrese, notifíquese

Fdo.- Dres.: Carolina Chamón Calvimontes.- Ernesto Félix Mur.

Ante mí: Liliana Mendoza A.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 4 de agosto de 2016, cursante de fs. 149 a 152 vta., Beimar Flores Guerrero, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 73/2016 de 20 de junio de "2015", de fs. 143 a 147, pronunciado por la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, conformado por los vocales Ernesto Félix Mur y Blanca Carolina Chamón Calvimontes dentro del proceso penal seguido por Gloria Esther Altamirano López contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de difamación, calumnia e injuria, previstos y sancionados por el art. 282, 283 y 287 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación:

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 011/2013 de 6 de mayo de 2014 (fs. 58 vta. a 63), la juez segundo de sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Beimar Flores Guerrero autor de los delitos de difamación, calumnia e injuria, tipificados por los arts. 282, 283 y 287 con relación al art. 44 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, la prestación de trabajo de seis meses y al pago de cien días multa a razón de Bs 5.- por día, cuantificable en Bs 500.- con costas; por otra parte, se le concedió el beneficio del perdón judicial.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Beimar Flores Guerrero, interpuso recurso de apelación restringida (fs. 65 a 73), resuelto por A.V. N° 14/2015 de 29 de mayo (fs. 95 a 97), que fue dejado sin efecto por A.S. N° 340/2016-RRC de 21 de abril (fs. 135 a 137); a cuyo efecto, la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Tarija, dictó el A.V. N° 73/2016 de 20 de junio de "2015", que declaró con lugar parcialmente el recurso planteado y confirmó parcialmente la Sentencia apelada; modificando la pena impuesta de dos años a un año de reclusión, ratificando la concesión del beneficio del perdón judicial, dando lugar a la interposición del presente recurso de casación en análisis.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 749/2016-RA de 26 de septiembre, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17-II de la L.O.J.

Previa referencia a la exigencia de motivación de la sentencia y cita del A.S. N° 349 de 28 de agosto de 2006, el recurrente denuncia que habiendo apelado una serie de agravios, entre ellos el de la fijación incorrecta de la pena; por cuanto, la Jueza inferior no valoró los medios de prueba aportados que debían ser valorados, impugnación que en un primer momento no fue resuelta; y, sobre el hecho de que la juez de sentencia no dio correcta aplicación del art. 378 del Cód. Pdto. Pen., respecto a la retractación en audiencia de juicio oral, los Vocales de la Sala Penal Segunda, mediante el A.S. N° 340/2016-RRC, fueron conminados a explicar y motivar su resolución; sin embargo, en el considerando II.4.2 del auto de alzada, pretenden dar respuesta al agravio formulado, sin fundamentación alguna; por cuanto, se concluyó de manera arbitraria y a criterio personal agregar seis meses más en relación a la pena mínima del delito más grave, sin explicar los motivos que llevaron a tomar esa decisión, limitándose a realizar una extensa transcripción del A.S. N° 41/2013 de 21 de febrero, del cual toman fragmentos que consideran convenientes, sin aplicar de manera correcta lo que indica dicho lineamiento, lo referido por el tratadista Muñoz Conde y lo estipulado por el art. 44 del Cód. Pen.

Al respecto, alega que si bien es evidente que se faculta a los tribunales de alzada modificar la imposición de la pena impuesta en primera instancia, dicha facultad tiene como uno de sus requisitos el realizarlo de manera clara y expresa, tomando los aspectos establecidos en los arts. 37 al 40 del Cód. Pen., situación que de la revisión del auto de vista impugnado no se advierte tal fundamentación, pretendiendo los vocales sustentarse en que existiría el concurso ideal de delitos, motivo por el cual decidieron incrementar la pena en seis meses más, argumentos que le causan agravio, generándole indefensión.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido y se reponga la sentencia del tribunal de apelación, con costas y responsabilidad.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 749/2016-RA de 26 de septiembre, de fs. 158 a 160 vta., este Tribunal admitió la primera parte del motivo del recurso formulado por el recurrente, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia "011/2013" de 6 de mayo de 2014 (fs. 58 vta. a 63), la Juez de Sentencia N° 2 del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Beimar Flores Guerrero autor de los delitos de difamación, calumnia e injuria, tipificados por los arts. 282, 283 y 287 con relación al art. 44 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, la prestación de trabajo de seis meses en Kolping asistiendo a la Escuela de Padres y al pago de multa de cien días a razón de Bs 5.- por día, cuantificable a Bs 500.- con costas, concediéndole el beneficio del perdón judicial en base a los siguientes fundamentos:

El acusado, negó haber afectado la reputación de la querellante; sin embargo, resultó evidente que el hecho generador de las vulneraciones a los derechos al honor de Gloria Esther Altamirano López, se haya exteriorizado al proferir expresiones injuriosas, calumniosas y difamatorias que dañaron a su dignidad de persona, en instalaciones del palacio de Justicia y en el trufi en el recurrido de Tarija a Carachimayo, demostrando así el *ánimus injuriandi* al manifestar de viva voz las expresiones injuriosas. El desfile probatorio, prueba de manera conteste y uniforme que Beimar Flores Guerrero vertió palabras que dañaron la dignidad, el honor y decoro de Gloria Esther Altamirano López.

Para la fijación de la pena y de conformidad a los arts. 37 y 38 del Cód. Pen., tomó en cuenta la personalidad del acusado Beimar Flores Guerrero, de mediana edad y educación; por otro lado, su buena conducta referida por el testigo de descargo, además consideró como atenuante el hecho de no tener antecedentes penales.

II.2. Del recurso de apelación restringida interpuesto por el imputado.

Beimar Flores Guerrero, interpuso recurso de apelación restringida, cuestionando: a) Agravios a la Constitución Política del Estado en sus vertientes de derecho a la defensa, debido proceso, principio de seguridad jurídica, motivación y fundamentación de resolución; b) Violaciones a convenios y Tratados Internacionales; c) El Juzgado de sentencia, desconoció que la enunciación y determinación circunstanciada del hecho, objeto del juicio, constituye requisito indispensable para la validez de la sentencia; d) Indica que “no existe prueba por lo tanto no existe fundamentación” (sic); e) Refiere que no encuentra ninguna fundamentación en cuanto a la fijación de la pena; f) Planteó excepción haciendo notar que existe un proceso de divorcio, para luego afirmar que: “la juzgadora no lo entiende de esa manera y rechaza la excepción”; y, g) Refiere que se retractó y disculpó “aunque no haya dicho eso” y que no se dio aplicación al art. 289 del Cód. Pen.

II.3. Del A.S. N° 340/2016-RRC de 21 de abril.

Esta sala penal, a través del auto supremo citado, determinó dejar sin efecto el A.V. N° 14/2015 de 29 de mayo, que resolvió el recurso de apelación del imputado, con el siguiente argumento:

“...en el caso presente, se evidencia que una vez pronunciada la sentencia, el imputado formuló recurso de apelación restringida, alegando en el punto 5 del memorial, con la glosa de un entendimiento relativo a la fijación de la pena, que en la sentencia no se encontró ninguna fundamentación al respecto; es así, que el tribunal de alzada emitió la resolución impugnada, destinando el primer considerando a identificar los motivos alegados por el imputado, siendo agrupados en tres puntos, refiriendo en el primero, además de la vulneración a convenios y tratados internacionales, a la Constitución Política del Estado y normas adjetivas y sustantivas, así como a la excepción de prejudicialidad, a “la fijación de la pena” (sic); sin embargo, en el segundo considerando destinado al análisis del caso en concreto, omitió el análisis y obviamente un pronunciamiento respecto al cuestionamiento formulado por el imputado con relación a la fijación de la pena, aspecto que sin duda debe ser resuelto positiva o negativamente por el tribunal de alzada, teniendo en cuenta que conforme ha sostenido esta Sala Penal, la fundamentación de la fijación de la pena es inexcusable y obliga al juez a observar los parámetros descritos por el legislador; por lo tanto, la resolución debe contener un razonamiento capaz de dar cuenta de que se consideraron dichos parámetros, de tal modo que a través de la exposición razonada del juez o tribunal, se pueda evidenciar que su resolución se ha fundado en parámetros legales y no es fruto de la apreciación estrictamente personal o arbitraria; al efecto, debe explicar cómo aplicó la pena, si consideró las previsiones de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., al caso concreto y qué atenuantes y agravantes tomó en cuenta para establecer la sanción dentro de los límites legales, correspondiendo al tribunal de alzada, ante la constatación de su incumplimiento, proceder directamente a la modificación del quantum de la pena, en sujeción a los principios constitucionales y procesales, en ejercicio de la facultad reconocida por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen. (A.S. N° 038/2013-RRC de 18 de febrero).

Consiguientemente, se observa que el auto de vista recurrido, pronunciado por la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, ante la incongruencia omisiva constatada por este tribunal, resulta contrario al precedente invocado por el recurrente, el A.S. N° 86/2013 de 26 de marzo y a la jurisprudencia señalada en el acápite III.1 de la presente Resolución; razón por la cual, el recurso de casación sujeto al presente deviene en fundado”.

II.4. Del auto de vista impugnado.

En mérito a la determinación asumida en el A.S. N° 340/2016-RRC, pronunciado en la presente causa, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, argumentó lo siguiente, en cuanto a la fundamentación de la fijación de la pena:

Previa cita de lo que debe entenderse por dosimetría penal, del contenido del A.S. N° 41/2013 de 21 de febrero sobre la temática y referencia a que la jueza de sentencia, de manera escueta se refirió a los parámetros señalados en los citados preceptos, anotando que se tomó en cuenta la personalidad del encausado, que se trata de una persona de mediana edad y educación, así como la buena conducta referida por el testigo de descargo, sopesándose como atenuantes el hecho que no tenga antecedentes penales, para finalmente en relación a los tres delitos sindicados de difamación, calumnia e injuria, invocando el art. 44 del Cód. Pen., imponerle la pena de dos años de privación de libertad; fundamenta que del análisis del principio de lesividad, que justifica el trato diferenciado en materia punitiva, de tal manera que si no existe objetivamente una mayor lesión a un bien intangible como es el honor, en consideración a que ese tipo de delitos incluye la conciliación que pone fin al proceso cuando las partes arriban a un acuerdo, constando en sentencia que ambas partes, querellante y querellado, estuvieron unidos por vínculo matrimonial y que al momento de los hechos se encontraba en trámite de divorcio, que tienen una hija en común-por lo que no obstante sus diferencias-por lo menos hasta su mayoría de edad deberán asumir decisiones compartidas y vinculadas a la misma, además que se debe sopesar que de los tres delitos sindicados, dos de ellos difamación e injuria, no tienen pena privativa de libertad, limitándose en ambos casos a la prestación de trabajo de un mes a un año y multa para el primero de veinte a doscientos cuarenta días; y, para el segundo de treinta a cien días, estableciéndose para el delito de calumnia – que es el más grave- la pena privativa de libertad de seis meses a tres años y una multa de cien a trescientos días, constituyen los parámetros en los que debería desenvolverse la juez de sentencia, teniendo que, según la Sentencia N° 011/2013 que al tratarse de un concurso ideal de delitos, conforme previene el art. 44 del Cód. Pen., corresponde la aplicación de la pena del delito más grave. Por las razones anotadas, no tener antecedentes penales, que es la primera vez que se le juzga, abonada su buena conducta, la personalidad y las circunstancias del hecho, destacándose el vínculo que les unía, corresponde la pena mínima del delito más grave, en este caso el de la calumnia, es decir, de seis meses de privación de libertad, a la que debe añadirse la previsión del art. 44 del Cód.

Pen., que al tratarse de concurso ideal es factible aplicar lo previsto en el precepto en análisis “pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte”, por lo que, tomando en cuenta el prefijo de “hasta”, consideró agregar seis meses más a la pena mínima del delito más grave, además de la multa ya fijada por la jueza de mérito, por ser sólo apelación del imputado, correspondiendo en consecuencia, declarar con lugar este agravio.

Por lo expuesto, determinó confirmar parcialmente la Sentencia N° 011/2013, modificando la pena impuesta de dos años a un año de privación de libertad.

III. Verificación de la existencia de contradicción.

El recurrente denuncia que el razonamiento del tribunal de apelación en cuanto a la fijación de la pena, adolece de una debida fundamentación; por cuanto, concluyó de manera arbitral y a criterio personal agregar seis meses más a la pena mínima del delito más grave, sin explicar las razones de dicha decisión; en consecuencia, corresponde verificar si la aducida lesión de derechos es evidente a fin de asumir la decisión correspondiente.

III.1. Doctrina legal sobre el derecho a una resolución fundamentada y motivada.

Antes de ingresar a analizar el motivo de casación, corresponde acudir la doctrina legal establecida por este tribunal, de manera uniforme y reiterada en cuanto a la obligación de los jueces y tribunales de sujetar sus pronunciamientos a una debida y suficiente fundamentación, a cuyo efecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, estableció:

“Se vulnera la garantía del debido proceso, cuando se incumple la exigencia de motivación de las resoluciones, que es precisamente uno de sus componentes, pues la motivación constituye garantía para el justiciable frente a posibles arbitrariedades judiciales; en consecuencia, toda autoridad que emita una resolución resolviendo una situación jurídica, inexcusablemente debe hacerlo sobre la base de datos objetivos que proporcionan los antecedentes cursantes en obrados y el ordenamiento jurídico, por lo que la fundamentación debe ser expresa y puntual, exponiendo los motivos de hecho y derecho que sustentan su decisión, en sujeción de los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; no siendo exigible que la misma sea ampulosa o extensa, sino, que debe expresar de forma clara y precisa los razonamientos lógico-jurídicos base de su decisorio, en observancia del principio de la razón suficiente; lo contrario implica dejar en estado de incertidumbre y/o inseguridad a las partes respecto a su pretensión jurídica.

Se vulnera el debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las resoluciones, que obliga a los órganos judiciales a resolver las alegaciones de las partes de manera expresa cada una de ellas, cuando se emite una resolución sin atender todas las denuncias realizadas; por lo que las resoluciones deben responder emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado, caso contrario, genera indefensión en el recurrente.

Bajo esas consideraciones, se establece la falta de fundamentación en el auto de vista impugnado, cuando se evidencia que el tribunal de apelación, se limita a un resumen de la sentencia y de los requerimientos plasmados en la apelación restringida, arriba a conclusiones sin expresar los fundamentos fácticos, lógicos y jurídicos que justifiquen su decisión, vulnerando así el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., la garantía al debido proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho a la motivación, dejando al recurrente en estado de indeterminación frente a la resolución. De igual forma se vulnera el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., además del art. 398 de la ley precitada, así como las garantías y derechos señalados precedentemente, cuando el tribunal de apelación omite pronunciarse sobre todas las alegaciones realizadas en el recurso de alzada, incurriendo en el vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio), que tiene como esencia, la infracción por parte del tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas alegaciones que se hayan traído al proceso de manera oportuna, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada, deviniendo en consecuencia en defecto absoluto invalorable”.

III.2. El precedente invocado y la verificación de su cumplimiento.

De acuerdo al contenido del A.S. N° 340/2016-RRC de 21 de abril, descrito en el apartado II.3 de esta resolución, se advierte que este tribunal, se pronunció respecto a la omisión en la que incurrió el tribunal de alzada al omitir el auto de vista impugnado, en el que no obstante haberse identificado entre los motivos de apelación restringida un cuestionamiento referido a la “fijación de la pena”, no lo resolvió en el análisis del caso concreto, constituyendo incongruencia omisiva, razón por la cual determinó, que la sala de apelación debía explicar cómo aplicó la pena, si consideró las previsiones de los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., al caso concreto y qué atenuantes y agravantes tomó en cuenta para establecer la sanción dentro de los límites legales, correspondiendo al tribunal de alzada, ante la constatación de su incumplimiento, proceder directamente a la modificación del quantum de la pena, en sujeción a los principios constitucionales y procesales, en ejercicio de la facultad reconocida por el art. 414 del Cód. Pdto. Pen.

En este entendido, se tiene que el tribunal de apelación, haciendo referencia a la condición de padres de una hija en común, de la acusadora y el acusado, en mérito a la cual deberán asumir decisiones compartidas y vinculadas a ella, además estableciendo la existencia de concurso ideal de delitos en la presente causa, relacionó que, dos de esos tipos penales, la difamación e injuria, no tienen pena privativa de libertad, limitándose en ambos casos a la prestación de trabajo de un mes a un año y multa para el primero de veinte a doscientos cuarenta días; y, para el segundo de treinta a cien días, estableciendo para el delito de calumnia-que es el más grave- la pena privativa de libertad de seis meses a tres años y una multa de cien a trescientos días, aseverando que constituyen los parámetros en los que debía desenvolverse la juez de sentencia, teniendo que, según la Sentencia N° 011/2013 al tratarse de un concurso ideal de delitos, conforme previene el art. 44 del Cód. Pen., corresponde la aplicación de la pena del delito más grave.

En este contexto, el tribunal de alzada asumió que, por las razones anotadas y al no tener antecedentes penales el acusado, que es la primera vez que se le juzga, abonada su buena conducta, la personalidad y las circunstancias del hecho, destacándose el vínculo que le unía a la acusadora, correspondía la pena mínima del delito más grave, en este caso el de la Calumnia, es decir, de seis meses de privación de libertad, a la que añadió la previsión del art. 44 del Cód. Pen., que al tratarse de concurso ideal es factible aplicar lo previsto en el precepto en análisis “pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte”, por lo que tomando en cuenta el prefijo de “hasta”, consideró agregar seis meses más a la pena mínima del delito más grave, quedando la modificación de la pena en un año de privación de libertad, además de la multa ya fijada por la jueza de mérito.

Al respecto, debe considerarse que el tribunal de apelación, en atención a la doctrina legal sentada a través del A.S. N° 340/2016-RRC, se pronunció expresamente sobre el cuestionamiento efectuado por el acusado en apelación restringida, respecto a la fijación de la pena en sentencia, en cuyo mérito, explicó claramente que para la imposición de la pena además de considerar como atenuantes que el acusado no cuenta con antecedentes penales, que es la primera vez que se le juzga, abonada su buena conducta, la personalidad y las circunstancias del hecho, destacándose el vínculo que le unía a la acusadora, estableció que en la sentencia se estableció la existencia de concurso ideal de delitos, siendo el delito más grave el de calumnia, que tiene una sanción privativa de libertad de seis meses y tres años, a parte de los días multa, a partir de lo cual determinó aplicar la norma facultativa prevista en el art. 44 del Cód. Pen., que permite al juez aumentar el máximo hasta una cuarta parte, resaltando en dicha labor el término “hasta”, para culminar sosteniendo que la pena correspondiente a la conducta típica y antijurídica del imputado merecía la pena privativa de libertad de un año, razonamiento que no resulta contrario al precedente contenido en el auto supremo citado, por cuanto el tribunal de apelación además de asumir la decisión de manera expresa sobre una temática puesta a su conocimiento, explicó fundadamente las razones por las cuales decidió agravar el máximo de la pena hasta una cuarta parte, sujetándose a los datos del proceso y a la norma penal sustantiva, para lo cual resulta útil remitirse a lo establecido por este tribunal en cuanto a la imposición de la pena tratándose de concurso de delitos:

“El tribunal de alzada ante la evidencia de que concurren en la sentencia impugnada errores u omisiones formales que se refieran a la imposición de penas, cuenta con la facultad para modificar directamente el quantum observando los principios constitucionales y procesales conforme lo prescrito en la primera parte del art. 414 del Cód. Pdto. Pen.; sin embargo ésta corrección debe realizarse observando los principios constitucionales, procesales y los aspectos contemplados en los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., debiendo contener suficiente fundamentación, emitiendo criterios jurídicos relativos al tipo penal y a la valoración de los hechos, las acciones y del imputado mismo, su personalidad, la motivación y otras circunstancias concomitantes que corresponden al caso concreto, en el que se explique de manera clara y expresa cuáles son los aspectos o circunstancias que agravan o atenúan la pena, sin perjuicio de destacar que las citadas reglas de fijación de la pena inclusive se aplican aún en el caso de advertirse el concurso ideal o el concurso real de delitos en los cuales se aplica la sanción con la pena del delito más grave, siendo facultad privativa del juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte o hasta la mitad, conforme determinan los arts. 44 y 45 del citado adjetivo penal, respectivamente, sin que los argumentos vertidos importen modificación de los hechos probados en juicio que se hallan sujetos al principio de intangibilidad, siendo que el recurso de apelación restringida no es un medio legítimo para la revalorización de la prueba” (A.S. N° 041/2013-RRC de 21 de febrero), razonamiento que sin duda fue observado por el Tribunal de apelación a tiempo de emitir un pronunciamiento expreso sobre la temática extrañada por el recurrente de casación, correspondiendo declarar infundado el motivo.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto Beimar Flores Guerrero, de fs. 149 a 152 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



307

**Ministerio Público y otro c/ Juan Ordoñez Guerrero y otros.
Robo agravado.
Tarija.**

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 27 de octubre de 2016, cursante de fs. 333 a 338 vta., Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) representado por Lorena Jauregui Estrada, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 29/2016 de 8 de septiembre, de fs. 303 a 306, pronunciado por la sala penal primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, integrada por los vocales José Luis Lenz Mamani y Adolfo Nilo Velasco, dentro del proceso penal seguido por la parte recurrente y el Ministerio Público contra Juan Ordoñez Guerrero, Alex, Hernán, Carlos, Alexander Ángel todos de apellido Valdez Ruiz y Roberto Carlos Zenteno Poma, por el presunto delito de robo agravado, previsto y sancionado por el art. 332 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia 6/2009 de 21 de septiembre (fs. 215 a 225 vta.), el Tribunal de Sentencia de Villa Montes de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, declaró a los imputados Juan Ordoñez Guerrero, Alex Valdez Ruiz, Hernán Valdez Ruiz, Carlos Valdez Ruiz, Alexander Ángel Valdez Ruiz y Roberto Carlos Zenteno Poma, absueltos de responsabilidad y pena por el delito de Robo Agravado, previsto y sancionado por el art. 332-1), 2) y 3) del Cód. Pen.

b) Contra la mencionada Sentencia, el representante de YPFB (fs. 228 a 232) y el Ministerio Público (fs. 235 a 236 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 5/2011 de 21 de marzo (fs. 262 a 263 vta.), que fue dejado sin efecto por el A.S. N° 766/2015-RRC de 12 de octubre (fs. 287 a 290 vta.); en cuyo mérito, la sala penal primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, dictó el A.V. N° 29/2016 de 8 de septiembre, que declaró sin lugar los citados recursos y confirmó la sentencia, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 080/2017-RA de 24 de enero, se extraen los motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

1) La entidad recurrente alega que el tribunal de alzada convalidó los graves errores in procedendo e in judicando del tribunal de sentencia, sin ser considerados ni aplicados de manera correcta, incurriendo en una resolución sin fundamento, respecto al primer agravio presentado en apelación restringida de la valoración defectuosa de la prueba, al haberse aplicado una errónea aplicación e interpretación de los arts. 173 con relación al 359 y 370-5) del Cód. Pdto. Pen., al no tener una correcta interpretación y aplicación de la norma citada, de asignar el valor a cada uno de los elementos de prueba incorporados a juicio, explicando de manera fundamentada el porqué de cada una de ellas y a partir de ello efectuar una valoración conjunta de toda la prueba.

2) Además arguye que, el Tribunal de apelación convalidó la decisión del Tribunal de Juicio sobre el agravio de la apelación restringida relativo a la contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva infringiendo así el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., en concordancia con el art. 370-5) de la cita norma adjetiva, ya que por un lado el tribunal de sentencia hizo una correcta subsunción de los hechos probados en que los imputados realizaron acciones ilegales que se traducirían en robo agravado; pero, por otra parte en la parte resolutive se refiere que para el delito mencionado los acusados quedan absueltos de pena y culpa, vulnerando el debido proceso consagrado en los arts. 115, 180 y 182 de la C.P.E.

I.1.2. Petitorio.

La parte recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se pronuncie uno nuevo de acuerdo a la doctrina legal establecida.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 080/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 349 a 351, este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por YPFB representado por Lorena Jauregui Estrada, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la Sentencia.

Por Sentencia N° 6/2009 de 21 de septiembre, el Tribunal de Sentencia de Villamontes de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, con la disidencia de los jueces técnicos, declaró a Roberto Carlos Zenteno Poma, Carlos Valdez Ruiz, Hernán Valdez Ruiz, Alexander Ángel Valdez Ruiz, Alex Valdez Ruiz y Juan Ordoñez Guerrero, absueltos de responsabilidad y pena de la comisión del delito de robo agravado, previsto y sancionado por el art. 332-1), 2) y 3) del Cód. Pen., sin costas; habiendo señalado entre sus conclusiones que, los jueces ciudadanos manifiestan que si bien el hecho existió, encuentran una serie de contradicciones en los testigos de cargo y que no existiría prueba suficiente para acusar a los imputados; puesto que, los mismos testigos habrían creado la duda, al indicar que no los vieron en el lugar de los hechos; asimismo, manifiestan que los testigos son interesados en el caso; puesto que, los primeros comunarios que se sirven del agua que pasa por las cañerías, los demás son trabajadores de YPFB y los policías que se contradecían, no siendo declaraciones precisas; es así que, de la prueba testifical y documental los comunarios del lugar y Yacimientos, querían hallar al culpable a como de lugar teniéndose de la participación del co-imputado Carlos Valdez Ruiz, a tiempo de la declaración del testigo de cargo Policía Celso Álvarez, que los comunarios los amenazó para que se culparan de la comisión del hecho, que al no haberse mostrado poca credibilidad en sus declaraciones falta total de responsabilidad en sus trabajos al no haber conservado los elementos materiales de prueba como el arma de fuego, sierra corta fierro, picota, linternas, sogas, metros, bidones y otros objetos, que supuestamente fueron encontrados en el lugar del hecho; asimismo, tampoco se habría adjuntado muestras fotográficas que se indicó se sacó, afirmando el asignado al caso que se encuentra en la computadora, por lo que la prueba documental les resulta insuficiente.

Adicionalmente los Jueces técnicos, señalaron que de la valoración de la prueba testifical producida en juicio y la prueba documental judicializada en juicio, el hecho tiene lugar de acción en Tiguipa Estación y Vuelta Grande, que el objeto son las cañerías de propiedad de YPFB, que estaban siendo utilizadas como servicio para la subsistencia de los comunarios del lugar, que se aprovisionan del líquido elemento agua, que llegaba por una conexión en Alto Camatindi, que de la prueba testifical en su conjunto indica que el 30 de julio de 2009, los trabajadores de YPFB a la cabeza de Javier Blanco y Néstor Claudio Justiniano León, realizaron la inspección de las cañerías por los sectores donde se tenía conocimiento que por las noches se daban a la tarea de cortar y apropiarse de dichas cañerías, a las 12:00 aproximadamente, descubren a sujetos que estaban cortando cañerías que al ser descubiertos huyeron del lugar, ingresando al monte, hecho testificado con precisión, dejando en el lugar entre doce a quince caños cortados, las herramientas de trabajo como picota, linterna, sierra, bidón de agua, que los trabajadores de YPFB guardaron en vigilia, que al promediar las 3:00 am., llegó el co-imputado Roberto Carlos Zenteno Poma conduciendo la vagoneta ZUBARU de color blanco, con placa de control 1921-CDH vehículo de lujo de servicio particular, que aproximadamente a las 6:00 a 6:30 del 31 de julio de 2008, Carlos Valdez Ruiz, Alexander Ángel Valdez Ruiz, Alex Valdez Ruiz y Juan Ordoñez Guerrero, fueron vistos por el testigo Nilo Rioja Artunduaga pasando por el lugar, arrinconando el alambrado, extrañamente de dos en dos, siendo aprehendidos por Celso Álvarez Gutiérrez y por los comunarios del lugar entre ellos Apolinar Coronado Camacho, quien corrobora con su vehículo para el traslado de los imputados a la FECC Villa Montes; que de la testifical se tiene que los imputados lamentaron el hecho acusado a Roberto Carlos Zenteno Poma, como el que los contrató para cometer el hecho en su inicio a Carlos Valdez Ruiz y éste habría llevado a sus demás hermanos y a Juan Ordoñez Guerrero, que está plenamente demostrada la participación de Roberto Carlos Zenteno quien en audiencia en su participación al momento de la declaración del testigo, reconoce haber sido aprehendido en el lugar del hecho por los trabajadores de YPFB, que por la prueba testifical y documental se tendría probado que los tubos o caños cortados no fueron el día del hecho transportados por los imputados, permaneciendo en el lugar; en cuanto, a la flagrancia del delito se tienen los arts. 220 del Cód. Pdto. Pen., y el 20 del Cód. Pen., que valorada la prueba de descargo -menos de Roberto Carlos Zenteno Poma por no haber producido prueba-, se tendría demostrado que no tienen antecedentes que son personas de escasa instrucción por su condición humilde, siendo la primera vez que cometen un hecho delictual, que para el a quo estaría plenamente demostrado la participación de los imputados en el hecho como autores del delito de robo agravado.

II.2. De la apelación restringida de YPFB.

Marco A. Rodríguez Barrero, en representación legal de YPFB interpuso recurso de apelación restringida, manifestando en síntesis: i) Previa alusión a los hechos probados por YPFB y pruebas que señala no fueron valoradas entre ellas la testifical, documental, denuncia el incumplimiento de los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., por cuanto el tribunal a quo dejó de lado la valoración de la prueba aportada por YPFB y el Ministerio Público, vulnerando sus derechos y garantías como acusadores constituyendo un defecto absoluto, más aun si se trata de testimonios y documentales importantes que esclarecen de forma contundente el hecho y la existencia del delito acusado; en consecuencia, indica que no se ha ingresado a interpretar o valorar pruebas importantes y proceden a identificarlas; y, ii) Existe insuficiente y contradictoria fundamentación en los hechos probados y ocurridos en la sentencia, porque de conformidad al art. 407 en concordancia con el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., afirma que inclusive hizo notar las contradicciones en las que incurrió la parte acusada, que no fueron tomadas en cuenta en sentencia, resultando ser injusta, no existiendo una fundamentación adecuada en infracción a la causal señalada, concluyendo que de todo lo mencionado al existir una inobservancia o errónea aplicación de la ley, se emitió una sentencia infundamentada, valoración defectuosa de la prueba en vulneración del valor justicia, tutela judicial efectiva, valores supremos de dignidad humana, libertad, igualdad y justicia y los principios constitucionales de supremacía constitucional, jerarquía normativa, seguridad jurídica y legalidad y las garantías constitucionales normativas jurisdiccionales, derecho a la doble instancia, debido proceso.

II.3. De la apelación restringida del Ministerio Público.

El representante del Ministerio Público arguye que existen vicios en la sentencia, citando entre ellos: i) La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva [inc. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.]; ii) Que no existe fundamentación de la sentencia, es insuficiente y contradictoria [inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.]; y, iii) Valoración defectuosa de la prueba [inc. 6) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.].

II.4. Del auto de vista impugnado.

La sala penal del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, emitió el A.V. N° 5/2011 de 21 de marzo, que anuló totalmente la sentencia disponiendo la reposición del juicio por el Tribunal de Sentencia de Villa Montes, fallo que fue dejado sin efecto por A.S. N° 766/2015 de 12 de octubre, al concluir esta sala penal que el tribunal de alzada incurrió en vulneración del debido proceso y la seguridad jurídica, al fundar la decisión de anulación de la sentencia en una jurisprudencia descentralizada relativa al incumplimiento de plazos y al verificar que la sentencia fue leída de manera íntegra dentro del plazo previsto por el art. 361 del Cód. Pdto. Pen.; es así, que devueltos los antecedentes el tribunal ad quem, emitió el A.V. N° 029/2016 de 8 de septiembre, que declaró sin lugar los recursos de apelación restringida planteados por el acusador particular YPFB y el Ministerio Público, confirmando la sentencia apelada, señalado entre otros aspectos sobre la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva, que es un defecto in judicando y no puede ser confundido con el de defectuosa valoración de la prueba, tampoco está orientado a cuestionar la prueba misma, ni los elementos que de ella se han obtenido, ya que se encuentra en la teoría general del delito, de ahí que el objeto de la denuncia de la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, es la crítica al razonamiento desarrollado por el juzgador en el momento de la subsunción del hecho que se juzga en el tipo penal; en consecuencia, quien recurre por ese motivo, debe señalar de manera concreta el razonamiento que considera errado. Que los recurrentes, también han denunciado defectuosa valoración de la prueba, consiguientemente, no pueden cuestionar la errónea o defectuosa aplicación de la ley sustantiva, porque no están consintiendo ni aceptando los elementos probatorios extraídos por el tribunal a quo, resultando una equivocada concepción de la norma procedimental, por lo que la denuncia sobre errónea aplicación de la ley sustantiva es enunciativa y sólo se limita a reclamar que el tribunal a quo, dejó de lado sin valoración algunas pruebas aportadas por YPFB y el Ministerio Público y que los Jueces ciudadanos valoraron incorrectamente al pronunciar sentencia absolutoria a favor de los imputados, cuando correspondía condenar, planteamiento que carecería de asidero legal siendo rechazado el agravio.

En cuanto a que la sentencia tenga una insuficiente y contradictoria fundamentación de los hechos probados y ocurridos en el juicio, [inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.]; señala que el a quo ha referido que los Jueces ciudadanos, fundamentan, manifestando que si bien el hecho ha existido encuentran una serie de contradicciones en los testigos de cargo, que no se identificó a los imputados en el lugar y sobre los tubos cañerías, no existiría prueba suficiente como para que se pueda acusar a los imputados, sembrando duda los mismos testigos, haciendo una referencia sobre el vehículo que conducía uno de los coacusados según acta de requisa, celular y demás aditamentos, además de las muestras fotográficas que no fueron presentadas en juicio, por lo que el tribunal ad quem advierte que la sentencia impugnada contiene la debida motivación, que se encuentra fundamentada, consignando los hechos debatidos en el juicio con un análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo, incorporada legalmente en el juicio. Afirma que la fundamentación es clara, sin contradicción, estableciendo la insuficiencia de prueba sobre la culpabilidad de los procesados, el iter lógico expresado en la fundamentación de sentencia apelada se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano, la motivación es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas de la sana crítica como ser la lógica, la experiencia común y la psicología, concluyendo que la sentencia cumple con los requisitos que debe contener de acuerdo a la S.C. Plurinacional N° 1300/2014 de 23 de junio, citándola al efecto, para luego señalar que el decisorio de la sentencia gira en torno a los elementos de prueba introducidos a juicio, no siendo evidente las denuncias realizadas al respecto.

En cuanto al agravio de valoración defectuosa de la prueba, el tribunal de alzada señala que el Tribunal a quo valoró toda la prueba introducida a juicio, citando la prueba testifical y documental, afirmando que se valoró de forma íntegra, asignando el valor correspondiente a cada una de ellas cumpliendo el art. 173 del Cód. Pdto. Pen, contando con la debida fundamentación, realizando el análisis e interpretación del significado de las pruebas y de los hechos, con claridad, experiencia, conocimiento, legalidad y lógica, teniendo coherencia, orden y razonamientos lógicos que manifiestan certidumbre, por lo que no sería evidente lo denunciado. Añaden que lo que se pretende es una revalorización de la prueba, soslayando el principio de intermediación; puesto que, la sentencia es el producto de la valoración de los antecedentes que fueron traídos por las partes a juicio y que fueron sometidos a control bajo el principio de la sana crítica, la lógica, la psicología y la experiencia, por lo que el tribunal de alzada considera que no es evidente lo manifestado por el apelante, por lo que rechaza el agravio, concluyendo que el fallo apelado se ajusta a las normas procesales vigentes, sin advertirse inobservancia o errónea aplicación de la ley procesal penal, ni sustantiva, por lo que los argumentos de los recursos de apelación serían inconsistentes y sin sustento alguno.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

Este Tribunal admitió el recurso interpuesto por YPFB representado por Lorena Jauregui Estrada, para su análisis de fondo por la concurrencia de los requisitos de flexibilización, abriendo su competencia para conocer las denuncias referidas a que el Tribunal de alzada: i) Incurrió en una falta de fundamentación en relación al agravio reclamado en apelación restringida referido a la valoración defectuosa la prueba; y, ii) Convalidó la decisión asumida de los juzgadores sobre la contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva en la sentencia, vulnerando el debido proceso; correspondiendo resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Sobre la garantía del debido proceso y la debida fundamentación.

Este tribunal en reiteradas oportunidades a señalado que el debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, es así que los arts. 115 y 117 de la C.P.E., reconocen y garantizan la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) El derecho a la defensa; b) El derecho al juez natural; c) La garantía de presunción de inocencia; d) El derecho a ser asistido por un traductor o intérprete; e) El derecho a un proceso público; f) El derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; g) El derecho a recurrir; h) El derecho a la legalidad de la prueba; i) El derecho a la igualdad procesal de las partes; j) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; k) El derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones: l) La garantía del non bis in ídem; ll) El derecho a la valoración razonable de la prueba; m) El derecho a la

comunicación previa de la acusación; n) La concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; o) El derecho a la comunicación privada con su defensor; p) El derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

Ahora bien, por mandato del art. 124 del Cód. Pdto. Pen, toda resolución debe encontrarse debidamente fundamentada, mandato que fue reflejado en la abundante doctrina legal emitida por este Supremo Tribunal de Justicia, cuando señala: “El derecho a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales, componente del debido proceso, se plasma en la exigencia procesal y constitucional a toda autoridad que emita una resolución, de fundamentarla motivadamente en sujeción a los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; respondiendo y emitiendo criterios jurídicos sobre cada punto impugnado, sin acudir a argumentos generales que dejen sin respuesta a las partes, lo contrario ocasiona incertidumbre e indefensión; en ese entendido, se establece la falta de fundamentación en el auto de vista cuando de sus fundamentos se observa la falta de respuesta puntual y específica a todas y cada una de las alegaciones planteadas en el recurso de alzada y, contrariamente acude a argumentos evasivos para evitar cumplir con su obligación de pronunciarse sobre el fondo de uno o más cuestionamientos, omisión que vulnera los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., e infringe el derecho a los recursos, a la tutela judicial efectiva y la garantía al debido proceso, lo que constituye defecto absoluto invalorable al tenor del art. 169-3) de la norma legal precitada, ameritando en consecuencia la aplicación del art. 419 de la Ley adjetiva penal.” (A.S. N° 368/2012 de 5 de diciembre).

En concordancia con lo anterior, estableció: “Las resoluciones, para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas; debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: ‘Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación ‘Motivación como argumentación jurídica especial’, señala: ‘El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta).

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la Ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal, pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutive de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.” (A.S. N° 396/2014-RRC de 18 de agosto).

De la doctrina señalada, se establece que ninguna autoridad que emita un fallo puede omitir la fundamentación y motivación en la resolución que emita; toda vez, que además de brindar explicación lógica y coherente de su razonamiento y la decisión allí asumida, ésta debe vincularse de forma directa con la normativa, doctrina y/o jurisprudencia aplicable al caso en concreto, brindando así la validez legal que exige el debido proceso, que busca efectivizar la vigencia de los derechos fundamentales, frente al aparato estatal, a través del control de la actividad jurisdiccional.

III.2. Análisis del caso concreto.

En el primer motivo, la parte recurrente denuncia que el tribunal de alzada incurrió en una falta de fundamentación en relación al agravio reclamado en apelación restringida referido a la valoración defectuosa de la prueba, porque se aplicó erróneamente los arts. 173 con relación al 359 y 370-5) del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto, se debe partir señalando que el representante de YPFB, formuló uno de sus agravios señalando que no fueron valoradas las pruebas causándole extrañeza la inobservancia de los arts. 173 y 359 del Cód. Pdto. Pen., que el Tribunal de origen dejó de lado la valoración de la prueba aportada por YPFB y el Ministerio Público vulnerando sus derechos, constituyendo un defecto absoluto, más aun si se trataban de testimonios y documentales importantes que esclarecieron el hecho, por lo que acusó que no se ingresó a interpretar o valorar pruebas previamente identificadas en la apelación; afirmando también, que existió insuficiente y contradictoria fundamentación en los hechos probados y ocurridos en la sentencia, atribuyendo que se incurrió en la causal contenida en el inc. 5 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen, emitiéndose una sentencia infundamentada que conllevaba una valoración defectuosa de la prueba en vulneración del valor justicia, tutela judicial efectiva, valores supremos de dignidad humana, libertad, igualdad y justicia y los principios constitucionales de supremacía

constitucional, jerarquía normativa, seguridad jurídica y legalidad y las garantías constitucionales normativas jurisdiccionales, derecho a la doble instancia, debido proceso.

Sobre el particular se evidencia que el tribunal de alzada, englobando los dos recursos de apelación restringida, planteados por YPFB y el Ministerio Público, señaló sobre la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva, luego de referirse a la causal, que es un defecto in judicando y no podía ser confundido con el de defectuosa valoración de la prueba, observando que si se recurría de ese motivo, debía señalarse correctamente el razonamiento que se consideraba errado; en consecuencia, al denunciarse defectuosa valoración de la prueba no podían cuestionar la errónea o defectuosa aplicación de la ley sustantiva, porque no estaba consintiendo ni aceptando los elementos probatorios extraídos por el tribunal a quo; en consecuencia, rechazó los agravios planteados; asimismo, sobre la insuficiente y contradictoria fundamentación de los hechos probados y ocurridos en el juicio [inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen], hizo referencia casi íntegramente a lo indicado en sentencia, concluyendo que contiene la debida motivación, que se encuentra fundamentada, consignando los hechos debatidos en el juicio con un análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo, que la fundamentación es clara, sin contradicción, estableciendo la insuficiencia de prueba sobre la culpabilidad de los procesados y que cumple con los requisitos que debe contener habiéndose valorado la prueba de forma integral, asignando el valor correspondiente a cada uno de ellas cumpliendo el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., contando con la debida fundamentación, realizando el análisis e interpretación del significado de las pruebas y de los hechos, que fueron sometidos a control bajo el principio de la sana crítica, la lógica, la psicología y la experiencia.

Como se observa de las respuestas que da el tribunal ad quem a los argumentos vertidos por YPFB en su recurso de apelación restringida, se limita a citar fragmentos de la sentencia, para luego concluir que este fallo se encuentra fundado y que cumple los requisitos establecidos, además de haber dado cumplimiento al art. 173 del Cód. Pdto. Pen, sin realizar análisis alguno sobre las denuncias realizadas por la parte apelante, tampoco disgrega si evidentemente esas acusaciones son certeras o no, simplemente soslaya su fundamento a una afirmación vaga e imprecisa de que la sentencia se encuentra bien realizada y fue emitida de acuerdo a procedimiento, sin brindar una respuesta fundada y motivada sobre la denuncia fundada en una supuesta falta de valoración probatoria, evitando una respuesta en el marco del debido proceso a partir del análisis unificado de los recursos de apelación restringida presentados por los acusadores, cuando objetivamente se advierten que cada uno de ellos alegan sus propios argumentos y de manera específica la parte recurrente de casación no alegó fundadamente la concurrencia del defecto previsto por el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen; por consiguiente, resultando evidente lo aducido en el motivo de casación, resulta fundado.

En cuanto al segundo motivo, por el que la parte recurrente, reclama que el tribunal de apelación convalidó la decisión asumida de los juzgadores sobre la contradicción entre la parte considerativa con la dispositiva en la Sentencia, vulnerando el debido proceso, se tiene que el recurrente en su alzada restringida, también ha denunciado que la sentencia incurre en contradicción en los hechos probados y ocurridos atribuyéndole la causal 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen, aspecto sobre el cual el auto de vista impugnado como ya se tiene señalado, hizo alusión a lo indicado en la sentencia, sin advertir que la denuncia del recurrente sea cierta o no, omitiendo dar una explicación sobre ello; puesto que, no efectúa un contraste entre la parte considerativa y resolutive, así como de las razones que determinaron los votos de los miembros del tribunal y los motivos que arrojaron para la determinación asumida en la parte dispositiva de la sentencia, para así desvirtuar lo afirmado en la alzada y así no causar incertidumbre en el apelante sobre el agravio manifestado; puesto que, omite dar una respuesta fundamentada que se adhiera a los criterios de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, remitiéndose sólo a ciertas partes de la sentencia, más no al agravio formulado, como es la contradicción de la parte considerativa con la resolutive y la incursión en la causal citada por el apelante; quedando evidenciado la vulneración al debido proceso en su vertiente de la debida fundamentación, razones por las que el presente motivo también deviene en fundado, debiendo el tribunal de alzada pronunciarse sobre el recurso de apelación restringida planteado conforme a derecho, observando las previsiones establecidas por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen; razones por las que corresponde dejar sin efecto la resolución impugnada.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen, declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por YPFB representado por Lorena Jauregui Estrada, de fs. 333 a 338 vta., con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen, DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 29/2016 de 8 de septiembre, cursante de fs. 303 a 306, disponiendo que la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nuevo auto de vista, en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen, hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norika N. Mercado Guzmán.

Sucre, 20 de abril de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



308

**Ministerio Público y otra c/ Omar Gutiérrez Avilés.
Estupro.
Cochabamba.**

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 9 de enero de 2017, cursante de fs. 365 a 368 vta., Omar Gutiérrez Avilés, opone excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y por prescripción de la acción, dentro de la acción penal interpuesta en su contra por el Ministerio Público y acusación particular de Bertha Illanes de Gandarillas, por la presunta comisión del delito de estupro, previsto y sancionado por el art. 309 del Cód. Pen.

I. Excepción formulada por el imputado Omar Gutiérrez Avilés.

Alega que el 26 de agosto de 2009, se inició la investigación en su contra, fecha en la que la autoridad jurisdiccional admitió el informe de inicio de investigaciones realizado por la representante del Ministerio Público y el 17 de septiembre del mismo año, fue imputado por la presunta comisión del delito de estupro, previsto y sancionado por el art. 309 del Cód. Pen., que concluyó con la acusación fiscal de 17 de febrero de 2010 y su remisión ante el tribunal de sentencia de turno; instancia donde se celebró el juicio oral el 24 de noviembre de 2011, actuado procesal en el cual se lo identificó como presunto agresor de un hecho suscitado el 22 de agosto de 2009, fecha referida como acto inicial del proceso penal llevado en su contra a efectos del cómputo del art. 5 del Cód. Pdto. Pen., desde cuándo transcurrieron 7 años y 5 meses sin contar con sentencia ejecutoriada, por causas no atribuibles a su persona.

Sobre los fundamentos de la excepción de extinción de la acción por duración máxima del proceso, señala que los plazos procesales son perentorios y deben ser observados obligatoriamente por los operadores de justicia, como establecen los arts. 134 y 135 del Cód. Pdto. Pen., ya que si no se realiza ese control, se incurre en vulneración de los derechos a la seguridad jurídica, a la defensa, al debido proceso y a los principios de probidad y celeridad, al mantener el proceso penal más allá del término previsto en la ley, situación no atribuible a su persona.

Agrega que en los hechos, la presente causa se inició el 26 de agosto de 2009, desde cuando se atravesó la etapa preliminar de investigación, la etapa preparatoria y el acto de juicio oral de 24 de noviembre de 2011; sin embargo, a partir de la interposición del recurso de apelación restringida se pronunció el auto de 21 de agosto de 2012, fecha que se suspendió los plazos procesales, que no pueden ser suspendidos indefinidamente, pues desde que se emitió la precitada resolución transcurrieron más de cuatro años, sin que se resuelva el recurso de alzada y menos se otorgue una respuesta al memorial presentado por su parte, en diciembre de 2015, el cual, a la fecha se encuentra extraviado según lo manifestado por el personal del despacho judicial; empero, registrado en el respectivo libro diario de ingreso de memoriales, dejando pasar más de cuatro años a la espera de auto de vista que resuelva la apelación y la respuesta a su memorial, haciendo un total de siete años transcurridos, provocando, conforme quedó establecido en las S.C. N° 0245/2006-R y 0430/2010-R de 28 de junio, que la presente causa sea declarada extinguida, en aplicación a las normas contenidas en el art. 8-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, arts. 5, 27-10) y 133 del Cód. Pdto. Pen.

Respecto a los fundamentos de la excepción de extinción de la acción por prescripción, señala que ésta opera por el mero transcurso del tiempo, a partir de la comisión del delito, tal como señala el tratadista Binder, el A.S. N° 348 de 31 de agosto de 2006 y la S.C. N° 0023/2007-R de 16 de enero, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos por el art. 29 del Cód. Pdto. Pen., siendo el Estado a través de la norma penal el que establece los límites de tiempo en que se puede ejercer la persecución penal, que no podrá ser indefinida. Así se tiene, de la normativa penal recientemente citada, que la acción penal prescribe en cinco años para los que tengan señaladas penas privativas de libertad, cuyo máximo legal sea menor de seis y mayor de dos años, resultando que conforme a la sanción impuesta por el art. 309 del Cód. Pen., es de dos a seis años.

Entonces, de lo señalado se tiene que el término anotado líneas arriba no fue interrumpido por ninguna de las causales establecidas por el procedimiento penal; puesto que, a la fecha no existe declaratoria de rebeldía ni algún otro modo de suspensión; por tanto, su transcurso se inicia desde la comisión del hecho; es decir, 7 años y 5 meses computados a razón de lo preceptuado por el art. 30 del Cód. Pdto. Pen., estableciendo de la misma forma, que es un tipo penal instantáneo según la clasificación vigente dentro del ordenamiento jurídico que reconoce a dos tipos, como son los instantáneos y permanentes, ello por el momento de la consumación y la duración de la ofensa al bien jurídico protegido, según cita la S.C. N° 1190/2011-R de 12 de noviembre, caracterizándose el tipo instantáneo, cuando la conducta se lleva a cabo en un momento, o sea cuando el hecho que produce el delito da lugar al daño o peligro y no se prolonga en el tiempo.

Por consiguiente, resultaría evidente que en el presente caso transcurrió un lapso superior a los cinco años previstos para la prescripción de la acción penal, que en este caso es estupro y con mayor razón, si se toma en cuenta que no operó ninguna de las circunstancias de suspensión; concurriendo en consecuencia, todos los presupuestos que viabilizan la adopción de una declaratoria de prescripción de la acción.

Finalmente, en razón a lo circunstanciado, solicita que se dé curso a ambas excepciones planteadas por su parte, que tienen su razón de ser; la primera, por medio de los arts. 308-4), 27-10) y 133 el Cód. Pdto. Pen.; y la segunda, por los arts. 308-4), 27-8), 29-2), del mismo cuerpo legal; dando lugar al archivo de obrados.

II. Respuesta del ministerio público.

Mediante memorial presentado el 24 de enero de 2017, el representante del Ministerio Público, José Manuel Gutiérrez Velásquez, Fiscal Superior, en respuesta a las excepciones de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y por prescripción, planteadas por los imputados, argumentó lo siguiente:

1) En cuanto a la forma de resolver una petición de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, la S.C. N° 0551/2010-R de 12 de julio, puntualizó que la aplicación de dichos preceptos legales por las autoridades jurisdiccionales requiere en cada caso concreto de una valoración integral de varios factores que hacen a la defensa del debido proceso con relación al procesado, pero también al resguardo de las garantías jurisdiccionales que asisten a las otras partes procesales, y que no esté supeditada única y exclusivamente al transcurso del tiempo. En ese mismo orden, se afirmó en la S.C. N° 0428/2016-S3 de 6 de abril, que la autoridad jurisdiccional debe advertir con claridad que la vulneración del principio de plazo razonable sea más reprochable a las autoridades fiscales y judiciales que a la defensa del acusado. A lo que se agrega lo desarrollado por la S.C. N° 0275/2016-S2 de 23 de marzo, la que sistematiza las sub reglas desarrolladas en la materia.

Por otra parte, el A.S. N° 289/2016-RRC de 21 de abril, estableció que ante cualquier tipo de omisión, violación o afectación a derechos y garantías, a la parte afectada le corresponde de manera oportuna, cuestionar o recurrir contra tal afectación; de no hacerlo incurre en causales de preclusión, así también el A.S. N° 167/2016-RRC de 7 de marzo, determinó que no hay vulneración por actos de propia negligencia.

Con respecto al proceso propiamente dicho, el mismo se inició el 24 de agosto de 2009 con el informe de investigaciones al Juez cautelar; posteriormente, Omar Gutiérrez Avilés fue imputado formalmente el 17 de septiembre de 2009 y acusado el 17 de febrero de 2010; es decir, dentro de los plazos procesales determinados en los arts. 300 y 134 del Cód. Pdto. Pen.

En la fase de actos preparatorios del juicio oral, el 28 de octubre de 2011, al instalarse la audiencia de juicio, ante la ausencia de los Jueces ciudadanos y un Juez técnico, tanto la parte acusadora como el propio abogado del excepcionista (Álvaro Castro), solicitaron la suspensión del acto, lo que fue otorgado con suspensión de plazos procesales (fs. 241) hasta el 22 de noviembre de 2011, determinación que tiene como efecto que ese lapso de tiempo sea descontado de la duración del proceso, circunstancia que no fue señalada por el excepcionista y demuestra un planteamiento de mala fe y faltando a la verdad en actuaciones que el mismo conoció, promovió y aceptó. Finalmente el juicio se instaló en la fecha fijada, emitiéndose Sentencia el 24 de noviembre que declaró al imputado, culpable del delito de estupro y lo sentenció a cinco años de privación de libertad, fallo que fue apelado tan solo por el afectado (fs. 319 a 320 vta.).

De otro lado, debe tomarse en cuenta que mediante Auto de 31 de agosto de 2012, la sala penal tercera del Tribunal Departamental de Cochabamba (fs. 341), motivada en la excesiva carga de casos retrasados del antiguo y del nuevo sistema penal y las acefalías que sufrieron, dispuso la suspensión de plazos procesales, de acuerdo al art. 130 del Cód. Pdto. Pen., incluyendo expresamente el de duración máxima del proceso, hasta que se proceda a un nuevo sorteo, si bien dicha determinación judicial fue señalada por el excepcionista, lo que no mencionó es que no recurrió contra la misma, no expresó ningún reclamo ni pidió de alguna manera su revocatoria o modificación, aceptando expresamente sus efectos, si bien se realizó un sorteo del caso, mediante providencia de 14 de octubre de 2015, también fue dejado sin efecto, debido a que se suscitó una nueva acefalía en la Sala, Resolución que notificada al imputado, tampoco mereció reclamo alguno; pues si bien, el imputado alude un memorial presentado ante la sala, refiriendo un presunto extravío del mismo; sin embargo, no demuestra este aspecto con alguna copia con cargo, certificación y otro medio de prueba, en todo caso solo existe un memorial que pide sorteo del proceso, actuado que se efectuó el 18 de octubre de 2016 (fs. 348); en consecuencia, desde la emisión del Auto de 31 de agosto de 2012, hasta el sorteo antes referido se operó la suspensión del plazo de duración máxima del proceso; por ende, este lapso de tiempo también debe ser excluido del cómputo de duración del presente proceso, a más de lo cual la sala suspendió los plazos procesales en virtud a lo preceptuado por el art. 130 del Cód. Pdto. Pen., desde el 13 de enero de 2017, mediante providencia de tal fecha, sin que se hubiera objetado, reclamado y observado el incidentista.

Además de lo cual, debe hacerse alusión al denominado exceso de previsión desarrollado en el A.C. N° 0079/2004-ECA de 29 de septiembre; puesto que, en el caso, es evidente que el imputado excepcionista fue el único sujeto procesal que planteó tanto la apelación restringida como el recurso de casación que se viene tramitando, por lo que al momento de interponerlos debió sopesar y prever que su tramitación iba a tener como lógica consecuencia, la dilación en la conclusión del proceso.

También deben considerarse las vacaciones judiciales desde la gestión 2009, 30 días por 7 años, debiendo reducirse 210 días, de acuerdo a la previsión contenida en el art. 130 ultima parte, del Cód. Pdto. Pen.

Por lo referido, no se tiene demostrado que la duración del presente proceso penal hubiera afectado el derecho a un proceso en plazo razonable de Omar Gutiérrez Avilés.

2) En cuanto a la prescripción, el incidentista parte de un error inicial, al señalar que al delito de Estupro (art. 309 del Cód. Pen.), le corresponde el plazo de prescripción del art. 29-2) del Cód. Pdto. Pen., dado que el delito de estupro prescribe a los ocho años, ya que el máximo previsto en su sanción privativa de libertad es de seis años, lapso de tiempo que al momento de haberse intentado la presente excepción, aún no transcurrió.

Debe tenerse presente lo señalado por la S.C. N° 1306/2011 referida al deber de fundamentación, pues en la forma de presentación de toda excepción, conforme dispone el art. 308-I del Cód. Pdto. Pen., deberá presentarse con prueba idónea y pertinente, además que el imputado tiene el deber de acreditar que durante la causa, desde su inicio no fue declarado rebelde y de exponer fundadamente de qué modo concurren las causales de suspensión del término de la prescripción, demostrando en su caso, objetivamente dicho extremo en función a los pertinentes antecedentes del proceso. Lo que no ocurre en el caso concreto; por cuanto, el imputado hizo una simple mención que nunca hubiera sido declarado rebelde pero no demostró objetivamente, por ejemplo, con la presentación del certificado del REJAP, a tiempo de sostener que no contaría con la declaratoria de rebeldía; por cuanto, la prueba debe ser presentada al tribunal, para que éste tenga la certidumbre de que el imputado durante el proceso penal no fue declarado rebelde, como también tenía el deber de exponer fundadamente de qué modo no concurren las causales de suspensión o interrupción del término en cuestión; debiendo comprender el excepcionista que a los juzgadores les corresponde resolver las pretensiones de las partes con base a su planteamiento fundamentado y a las pruebas que las sustenten, no pudiendo de manera oficiosa, suplir la omisión de las partes, porque ello importaría un desconocimiento del principio de imparcialidad, conforme dispone el art. 178-I de la C.P.E.

En la especie, se advierte que el excepcionista sólo realizó su petición, señalando lo establecido por los arts. 27-8) y 29-2) de Cód. Pen., incumpliendo la carga establecida en el A.S. N° 554/2016 de 15 de julio, dictado en un caso similar. Por tanto, al haberse incumplido con la carga procesal, básica y elemental que hace al planteamiento de cualquier pretensión ante una autoridad judicial, respecto al deber que tiene el excepcionista de ofrecer prueba idónea y pertinente, además de justificar debidamente la inconcurrencia de las causales de suspensión o interrupción del término de la prescripción o por qué invoca el art. 29-2) y no el inc. 1).

A más de ello, debe considerarse que en el presente caso, se suspendieron expresamente los plazos procesales en dos ocasiones, conforme se refirió en el punto anterior, a tiempo de instalarse el juicio oral y durante la tramitación de la apelación restringida.

Por lo señalado, solicita que se declaren infundadas las Excepciones de Extinción de la Acción Penal por duración máxima del proceso y por prescripción, conforme dispone el art. 351-I del Cód. Pdto. Pen., modificado por la ley 586, al ser las mismas, manifiestamente dilatorias, maliciosas y temerarias; y, se disponga la interrupción de los plazos de la prescripción de la acción penal y de duración máxima del proceso, computándose nuevamente los mismos, además de la imposición de sanción pecuniaria, al abogado patrocinante, conforme dispone el art. 315-III del Cód. Pdto. Pen., modificado por la L. N° 586.

III. Respuesta de la acusación particular.

Mediante memorial presentado el 31 de marzo de 2017, la acusadora particular Bertha Illanes de Gandarillas, dando respuesta a las excepciones planteadas, señaló lo que sigue:

De acuerdo al formulario de denuncia del caso ante la Fuerza Especial de Lucha Contra del Crimen (FELCC), se tiene que su persona acusó al imputado, el 22 de agosto de 2009 por la comisión del delito de estupro, cometido en contra de su hija menor de edad (15 años).

Cita la S.C. N° 0023/2007-R de 16 de enero, que establece los lineamientos generales sobre la prescripción de la acción penal, sus argumentos y la forma de cómputo del término, previsto en los arts. 29 y 30 del Cód. Pdto. Pen., de donde se desprende que la prescripción sirve también para compeler a los órganos encargados de la persecución penal y a la misma administración de justicia penal, a revolver de forma rápida y definitiva el ilícito que se ha cometido; combinándose entonces, la necesidad de una justicia pronta y efectiva (art. 180-I de la C.P.E.), como garantía de la sociedad a un debido proceso y al imputado (art. 116 de la C.P.E.), que a su vez precautele sus derechos a la defensa y a la seguridad jurídica (art. 23-I de la C.P.E.).

En el caso analizado, "...de acuerdo a la denuncia formulada, la acusación fiscal, la acusación particular, la Sentencia de 28 de noviembre de 2011, se advierte que el imputado cometió el hecho calificado en el art. 309 del Cód. Pen., delito entre los que se tiene bajo el nomen juris de estupro. En ese entendido el art. 309 establece que: 'Quien mediante seducción o engaño, tuviere acceso carnal con persona de uno y otro sexo mayo de 14 y menos de 18 años, será sancionado con privación de libertad de tres a seis años'".

Consiguientemente, el marco legal mayor de privación de libertad es de tres a seis años, que a los efectos de la prescripción se debe analizar la pena mayor, dado que como consecuencia lógica si el término de la prescripción alcanza el ilícito con pena mayor, los delitos menores también se encontrarán prescritos. Así "...tomando en cuenta a partir del 22 de agosto de 2009 vale decir desde la media noche, de este, con referencia al delito endilgado, han transcurrido siete años, siete meses y 09 días. No habiéndose operado la prescripción toda vez que el art. 29 de la L. N° 1970 en su numeral 1 refiere que la acción pena prescribe a los 8 años para delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de seis o más de seis años, en el caso presente el delito tiene como pena máxima la de seis años, no operando en el presente caso el instituto de la prescripción de acuerdo a la doctrina y la

jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia así como del Tribunal Constitucional Plurinacional...” (sic). Por lo que, rechaza el presente incidente de prescripción de la acción penal por el transcurso del tiempo.

Finalmente en el otrosí primero del memorial, agregó que con relación a la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, se debe considerar que el art. 133 de la norma adjetiva penal precisa que todo proceso no podrá durar más de tres años a contarse desde el primer acto procesal. Asimismo, el art. 130 del Cód. Pdto. Pen. establece que los plazos se suspenderán por: “...circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que hagan imposible el desarrollo del proceso”; y en el presente caso, por Auto de 31 de agosto de 2012, la sala penal tercera de manera fundamentada determinó la suspensión de plazo, siguiendo los criterios adoptados por la sala pena de la “Corte Superior de Justicia de Cochabamba”, mediante Resolución de 21 de noviembre de 2005, por lo que los fundamentos del incidentista carecen de asidero legal y tanto solo demuestran la falacia con la que, se ha estado actuando en el transcurso del tiempo con la finalidad de quedar impune con medios dilatorios como la apelación presentada, el recurso incidental y el recurso de casación. Por lo que, no corresponde aplicar lo previsto por el art. 133 del Cód. Pdto. Pen., al caso que nos ocupa.

IV. Análisis jurídico y resolución de las excepciones de extinción de la acción penal formuladas por el imputado.

Del análisis de los antecedentes y fundamentos expuestos por el excepcionista y las respuestas emitidas por el Ministerio Público y querellante, corresponde emitir la correspondiente resolución en observancia a lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., conforme se tiene a continuación:

IV.1. De la competencia de este tribunal para resolver cuestiones incidentales referidas a la extinción de la acción penal.

La S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, estableció el siguiente entendimiento: “Pues bien, al estar fijados los entendimientos desarrollados precedentemente, los fundamentos de la S.C. N° 1716/2010-R, no constituyen argumentos suficientes para determinar que la única autoridad competente para asumir el conocimiento de los incidentes de extinción de la acción penal, sean las autoridades jurisdiccionales que emitieron la sentencia de primera instancia, sino que, en virtud a lo establecido por el art. 44 del Cód. Pdto. Pen, el juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas’. En este sentido, es menester dejar establecido que, la autoridad competente para asumir el conocimiento y resolver los incidentes de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción, es el juez o tribunal donde radica la causa principal, así, si el planteamiento de la excepción se da en etapa de apelación o casación, las decisiones emergentes de las salas penales y del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud los entendimientos plasmados precedentemente, pero fundamentalmente por la naturaleza de la etapa procesal, no admiten impugnación; en efecto, lo que se pretende es evitar las exageradas dilaciones que conllevan las peticiones y envíos de expedientes entre el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales o jueces conocedores de la causa principal, que a cuya consecuencia, en muchos casos, se han postergado innecesariamente las decisiones oportunas en cuanto al fondo del proceso se refiere, muchas veces por las comunicaciones inoportunas de los jueces y tribunales conocedores de la causa principal, como ocurrió en el caso analizado; asimismo, como se expresó, la interposición de los incidentes ante las prenombradas autoridades, en la práctica sirvió para paralizar el pronunciamiento de fondo, ya que inclusive, estando sorteada la causa, el máximo tribunal de justicia ordinaria, se vio impedido de emitir la resolución mientras no esté resuelta la excepción ante el Juez de instancia, lo que sin duda constituye una clara vulneración de los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de acceso a la justicia y una afrenta a la vigencia del principio de celeridad y también de concentración de actos. En este sentido, cuando el justiciable decida plantear extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, deberá formularlo ante el juez o tribunal que conoce la causa principal; sin embargo, también es imperioso aclarar que, si el incidente fuere suscitado ante el Juez de Instrucción en lo Penal o, ante los tribunales o jueces de sentencia penal, sus decisiones efectivamente son impugnables, ya que la naturaleza de la etapa procesal así lo permite. El presente entendimiento implica la reconducción de la línea jurisprudencial establecida en la S.C. N° 1716/2010-R a los entendimientos asumidos en la S.C. ‘0245/2006’, que emergió de los razonamientos establecidos en las SS.CC. Nos. ‘0101/2004, 1868/2004-R, 0036/2005, 0105-R, 1365/2005-R’ y AC 0079/2004-ECA”.

En el caso de autos, se advierte que como emergencia de la formulación de recurso de casación por parte del propio excepcionista en contra del A.V. N° 90/2016 de 18 de agosto, la causa se encuentra radicada ante esta sala penal, de modo que, en observancia del entendimiento jurisprudencial glosado precedentemente, se encuentra revestida de competencia para resolver la excepción opuesta.

IV.2. Respecto a la Excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso.

El art. 15-II de la C.P.E. dispone que: “El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”, asimismo el art. 178-I constitucional, relativo a los principios que sustentan la potestad del Órgano Judicial de impartir justicia, contempla como tales a la celeridad, a la seguridad jurídica y el respeto a los derechos, principios reconocidos en los arts. 115, 178 y 180-I de la C.P.E. De igual manera, los arts. 3 con relación al 30 de la L. N° 025 (Ley del Órgano Judicial) prevé los principios en los que se sustenta dicha potestad, como la seguridad jurídica, la celeridad, el respeto a los derechos, la eficiencia y el debido proceso.

Entre los motivos de extinción de la acción penal establecidos por la norma procesal penal contenida en el art. 27-10) del Cód. Pdto. Pen, se contempla: “Por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso”; con relación a lo cual, el art. 133 del mismo Código,

establece la forma de realizar el cómputo para determinar el vencimiento del plazo máximo, disponiendo que: "Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía.

Las causas de suspensión de la prescripción suspenderán el plazo de duración del procedimiento. Cuando desaparezcan éstas, el plazo comenzará a correr nuevamente computándose el tiempo ya transcurrido.

Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal".

Por su parte, el segundo párrafo del art. 5 del Código adjetivo penal, determina: "Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito.

Toda persona a quien se atribuya un delito tiene derecho a ser tratada con el debido respeto a su dignidad de ser humano".

Sobre la temática y en relación al cómputo del plazo para determinar la duración máxima del proceso, el Tribunal Constitucional, analizando la actuación del tribunal de alzada, determinó que: "...no tomaron en cuenta lo previsto por la S.C. N° 1036/2002-R, de 29 de agosto, pues el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 del Cód. Pdto. Pen para el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, plazo que en casos de existir pluralidad de imputados se computa desde la última notificación con la imputación formal; lo que no implica que el plazo de tres años (art. 133 Cód. Pdto. Pen) en el que deben finalizar los juicios se amplíe, con ese razonamiento interpretativo la ya citada S.C. N° 1036/2002-R, en forma clara, determinó que el cómputo de los tres años de duración del proceso no debía efectuarse desde la imputación formal al señalar que: 'éste entendimiento interpretativo (se refiere a la imputación formal y al inicio del proceso) no significa que nuestro sistema procesal se aparte del mandato de justicia pronta y efectiva, que contiene el art. 116-X constitucional, por cuanto el plazo de tres años (art. 133 del Cód. Pdto. Pen) en el que deben finalizar los juicios, no se amplía con este razonamiento interpretativo'.

Por su parte el art. 5 del Cód. Pdto. Pen, párrafo segundo, dispone que: 'Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito'; por consiguiente, considerando dicha normativa, el cómputo de los tres años de duración del proceso penal previsto en el art. 133 del Cód. Pdto. Pen, se computa a partir de la primera sindicación efectuada en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito; en consecuencia, para computar la extinción de la acción penal por el transcurso máximo del tiempo previsto en el referido art. 133 del Cód. Pdto. Pen, es necesario considerar lo manifestado" (S.C. N° 0033/2006 de 11 de enero, resaltado propio).

Ahora bien, en cuanto a los aspectos que la autoridad jurisdiccional debe observar para determinar la extinción de la acción penal, la jurisprudencia constitucional, en reiterados fallos, aclaró no ser suficiente considerar únicamente el transcurso del tiempo, sino que se debe analizar caso por caso la complejidad del asunto, referida no sólo a los hechos; sino también, a la cuestión jurídica, la conducta de las partes que intervienen en el proceso y de las autoridades competentes -Órgano Judicial y Ministerio Público-, carga atribuida al imputado (SS.CC. Nos. 101/2004 de 14 de septiembre de 2004, AC 0079/2004-ECA de 29 de septiembre y 1042/2005-R de 5 de septiembre, entre otras); en esa misma línea, la S.C. N° 0551/2010-R de 12 de julio, estableció: "Con relación a ello, vale dejar claramente establecido que el plazo fatal y fijo, no puede ser considerado como único criterio para extinguir una causa por duración máxima del proceso, sino que también debe ponderarse en forma concurrente los factores ya citados en la jurisprudencia constitucional glosada, efectuando un análisis para cada caso concreto, donde deberá analizarse si existen elementos suficientes que establezcan la extinción de la acción, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, aspectos que constituyen una omisión indebida por parte de los codemandados, sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano, como la falta de nombramiento oportuno de dichas autoridades, las frecuentes e intempestivas renunciaciones de funcionarios de esas reparticiones, así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia. En consecuencia, corresponderá efectuar un estudio integral de los elementos que incidieron en la mora procesal, sin atentar contra la eficacia de la coerción penal favoreciendo a la impunidad".

Ahora bien, una vez realizadas las precisiones doctrinales y jurisprudenciales precedentes, corresponde a continuación ingresar al análisis del caso concreto, bajo el contexto normativo desarrollado en el Fundamento Jurídico precedente, determinando de un lado: 1) El transcurso del tiempo; y, 2) La ponderación integral de todos los elementos que hacen al caso en particular, los cuales conforme dispuso la S.C. N° 0551/2010-R de 12 de julio, se resumen en la conducta asumida por las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, además de las condiciones de operatividad de los órganos a cargo de la investigación y tramitación, de conformidad a la realidad que atraviesa el país.

En ese orden, a efectos de determinar el primero de los elementos prenombrados, referido al transcurso del tiempo, se concluye de manera llana que el primer acto considerado dentro del proceso penal, conforme a las normas previstas por el art. 5 del Cód. Pdto. Pen, constituye cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunta autora o partícipe de la comisión de un hecho ilícito, en la especie este momento procesal se materializó cuando Bertha Illanes de Gandarillas, madre de la supuesta víctima, formalizó su denuncia ante la FELCC de Cochabamba contra Omar Gutiérrez Ávila, por la presunta comisión del delito de Rapto Impropio de menor de edad (fs. 246), denuncia que data de 24 de agosto de 2009, fecha que por las razones anotadas

precedentemente, constituye el inicio para el cómputo del plazo a efectos de determinar la extinción o no de la causa penal por duración máxima del proceso.

A continuación, corresponde ingresar al análisis sobre la ponderación integral de los demás elementos que hacen al caso en particular; a dicho efecto, resulta necesario tener en cuenta los siguientes actuados procesales que cursan en el cuaderno procesal remitido en casación ante este Tribunal Supremo de Justicia:

- Conforme se desprende de obrados, en la audiencia para la consideración de la aplicación de medidas cautelares de 25 de septiembre de 2009, la jueza sexta de sentencia de instrucción en lo penal del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, dispuso la detención preventiva del imputado Omar Gutiérrez Avilés en el penal de San Sebastián Varones. Determinación contra la cual, el procesado activó recurso de apelación de medida cautelar (fs. 17 a 21).

- La audiencia y resolución de la apelación incidental contra la medida cautelar de detención preventiva, se llevó a cabo el 14 de octubre de 2009 ante la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, instancia que determinó declarar improcedente el mecanismo de defensa activado y confirmó el Auto de 25 de septiembre de 2009 (fs. 24 a 26).

- A petición expresa del imputado, el 25 de noviembre de 2009, se instaló y celebró audiencia para la consideración de una nueva solicitud de cesación a la detención preventiva, que concluyó con la determinación de rechazo a la petición (fs. 22 a 23).

- Apelada la determinación asumida el 25 de noviembre de 2009 por la parte acusada, dio como resultado la celebración de la audiencia de medida cautelar de 15 de diciembre de 2009, en la cual la Sala Penal Tercera declaró improcedente el recurso y confirmó el Auto de 25 de noviembre de 2009 (fs. 29 a 30).

- Por memorial presentado el 9 de marzo de 2010, Omar Gutiérrez Avilés, reiteró su solicitud al Tribunal Segundo de Sentencia, de cesación a la detención preventiva (fs. 33), petición atendida en audiencia celebrada el 16 de marzo de 2010, en la que se concedió la cesación a la detención preventiva, bajo aplicación de medidas sustitutivas (fs. 51 a 53), por lo que una vez cumplidas las mismas y dadas a conocer al Tribunal de Sentencia (fs. 62), se fijó audiencia para tomar promesa formal al imputado para el 27 de marzo de 2010 (fs. 63), la que se celebró a la hora y fecha indicada (fs. 69 a 70), dando lugar a la obtención de su libertad (fs. 71).

- Mediante Auto de 18 de febrero de 2011, la Presidenta del Tribunal Segundo de Sentencia del Distrito Judicial de Cochabamba, formuló excusa del conocimiento del caso (fs. 139), que fue aceptada por Auto de 3 de marzo del mismo año (fs. 145).

- Por Auto de 18 de marzo de 2011, los Jueces integrantes del Tribunal de Sentencia N° 3, aclararon que, ante la excusa aceptada de la Presidenta del Tribunal Segundo y teniendo presente la inexistencia de otra autoridad que integre dicha instancia, debido a su acefalía, correspondía regularizar procedimiento, señalando nuevas fechas de sorteo y constitución de tribunal con jueces ciudadanos y otra fecha para juicio oral, fundamentando que resultaba imposible fijar audiencia hasta agosto de ese año, considerando el rol de audiencias establecido en el propio Despacho, por lo que determinaron la suspensión del plazo por razones de fuerza mayor, conforme prevé el art. 130 del Cód. Pdto. Pen, señalando audiencia para el sorteo de Jueces ciudadanos, para el 1 de agosto de 2011 y audiencia de juicio oral para el 19 de agosto de ese año (fs. 155). Determinación contra la cual, no se evidencia que se hubiera planteado recurso alguno de impugnación por ninguna de las partes procesales.

- Una vez realizado el sorteo y la designación de los Jueces ciudadanos en la fecha indicada, se instaló la audiencia de juicio oral, que fue suspendida a pedido de las partes procesales, el Ministerio Público argumentó que no pudo notificar a la totalidad de sus testigos y los notificados no pudieron hacerse presentes en la audiencia, petición a la que se allanó la acusadora particular; a lo cual, el imputado señaló no hacer ninguna observación, añadiendo que de la misma forma sus testigos imprescindibles no pudieron ser habidos, como Tito Jarro y Wilfredo Calle, quienes cumplían funciones en el Comando Departamental de la Policía y fueron desplegados, por lo que se acogió a la solicitud planteada por el Ministerio Público. En virtud a lo cual, se señaló nueva fecha de juicio oral para el 28 de octubre de 2011, "...con suspensión de plazos procesales por razones de fuerza mayor, conforme al art. 130 del Cód. Pdto. Pen..." (sic) (fs. 226 a 227).

- La audiencia programada para el 28 de octubre de 2011, volvió a ser suspendida, debido a la inasistencia de los jueces ciudadanos designados para la causa, al igual que el Presidente del Tribunal de Sentencia quien se encontraba con baja médica del 26 al 28 de ese mes y año, a lo cual la defensa del procesado, señaló que: "...toda vez que este acto de acomoda al art. 335 del Cód. Pdto. Pen., solicita la suspensión del presente acto..." (sic). En virtud a lo cual, se señaló nueva audiencia de juicio oral para el 22 de noviembre de 2011, con suspensión de plazos procesales por razones de fuerza mayor (fs. 240 a 241 vta.). Fecha esta última en la que se celebró la audiencia de juicio oral, que concluyó el 24 siguiente, con la lectura de la parte resolutive de la sentencia (fs. 280 a 296 vta.).

- Así el 28 de noviembre de 2011, se procedió a dar lectura íntegra de la Sentencia N° 14/11 (fs. 297 a 311), la cual el 8 de junio de 2012, fue objeto de apelación restringida por parte del condenado Omar Gutiérrez Avilés (fs. 319 a 320 vta.), la que corrida en traslado a las otras partes procesales, mereció respuesta por parte de la acusadora particular, mediante memorial presentado el 26 de junio de 2012 (fs. 326 a 330). En virtud a lo cual, por decreto de 9 de julio siguiente, el Tribunal Tercero de Sentencia dispuso la remisión de la apelación restringida (fs. 335).

- Previo a la resolución del recurso de apelación restringida, la sala penal tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, con el informe evacuado por la Secretaria de Cámara, emitió el Auto de 31 de agosto de 2012, por el cual determinó lo siguiente: "Del contenido de la norma citada (art. 120 Cód. Pdto. Pen) se entiende que los plazos podrán declararse en suspenso por

circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que hagan imposible el desarrollo del proceso; disposición que no es aplicable sólo para dejar en suspenso los plazos que corren para cumplir determinadas actuaciones dentro del proceso; sino para suspender el plazo de duración máxima del procedimiento, puesto que la norma citada incide en las circunstancias que impiden el desarrollo del proceso en su integridad, de modo que el plazo de duración máxima del proceso se ve inevitablemente afectado...

(...)

En el caso, del informe de la Secretaría de Cámara que precede, se evidencia que existen 233 expedientes pendientes de sorteo (conforme el informe de movimiento de causas del primer semestre de la gestión 2012 para que resuelvan los respectivos recursos de apelación interpuestos. La excesiva carga procesal que soporta esta Sala, sumado al hecho que este tribunal en exclusiva debió resolver durante tres meses aproximadamente los recursos de apelación incidental, en medidas cautelares personas que ingresaron en el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 hasta el 22 de enero de 2009, completando el número de ciento setenta causas, así como la acefalía de un vocal a partir del 1 de agosto de 2011, hasta fines de febrero de 2012, lo que hace imposible cumplir razonablemente los plazos procesales. Esas circunstancias resultan ciertamente de hechos que no han podido preverse o que, aún previstos no han podido evitarse. No se pudo prever que los recursos de apelación restringida se incrementarían en el volumen que hoy existe y que los tribunales de alzada en materia penal resultarían insuficientes para atender esa carga procesal, además de otros asuntos que deben conocer, como las acciones constitucionales. Pero aun, habiéndose previsto estas circunstancias resultan ajenas a la voluntad de los operadores de justicia.

Por las razones expuestas, se suspende el plazo para el sorteo de la causa y en consecuencia el plazo de duración máxima del proceso, hasta que se la sortee conforme al orden cronológico que corresponda, o siguiendo en su caso los criterios de la resolución adoptada por la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba, de 21 de noviembre de 2005" (sic).

- Posteriormente, el 15 de noviembre de 2016, la sala penal tercera pronunció el auto de vista que declaró improcedente el recurso de apelación restringida interpuesto por el imputado Omar Gutiérrez Avilés y confirmó la Sentencia impugnada.

Una vez descritos los actuados procesales que cursan en el expediente, corresponde analizarlos a partir de lo denunciado por el incidentista, quien tiene la obligación legal de demostrar de manera irrefutable las dilaciones que considera determinantes a efectos del cómputo de la duración máxima del proceso penal. En ese orden, se verifica que de manera errada identifica el inicio de dicho término como 26 de agosto de 2009, cuando lo correcto, tal como se demostró precedentemente es el 24 de agosto de 2009, fecha en la cual, la madre de la supuesta víctima, formalizó denuncia contra Omar Gutiérrez Ávila por el delito de Rapto Impropio, ante la FELCC de Cochabamba, tal consta en el acta de denuncia cursante a fs. 246; de otro lado, a efectos de demostrar el vencimiento del plazo de duración máxima del proceso, alude que desde la interposición del recurso de apelación restringida; no obstante, la existencia de un Auto de 21 de agosto de 2012 que suspende los plazos, se pasó a resolver su recurso cuatro años más tarde, sin que incluso se pronuncie sobre el memorial presentado por su parte, en diciembre de 2015, el que hubiera sido extraviado, por lo que hubieran transcurrido siete años sin obtener una resolución oportuna, la que finalmente se hubiera emitido cuatro años después, demora que la atribuye directamente al órgano jurisdiccional.

Lo señalado precedentemente, resulta ser el único argumento detallado por la parte imputada, que se concentra exclusivamente en la demora que hubiera existido en la dictación del auto de vista que resuelva su recurso de apelación restringida, materializado en cuatro años de tardanza, señalando finalmente, sin explicar las razones por las que arribó a tal conclusión que el proceso se hubiera demorado siete años en total; afirmaciones que no justifican ni mucho menos demuestran, de manera indubitable que la argüida dilación procesal que atribuye para el transcurso de siete años, es indebida o que no está debidamente sustentada en alguna causal que obedezca a motivos fuera del alcance de la voluntad de las autoridades que a su turno, conocieron, tramitaron y resolvieron la presente causa, teniéndose presente que el solicitante no identifica expresamente en qué etapa se incurrió en la dilación que denuncia, excepto aquella ocurrida en la etapa de apelación restringida. Consecuentemente, la demora de los otros tres años para alcanzar los siete denunciados, no constituyen actuaciones que puedan demostrarse de manera tácita por sí misma; por lo tanto, con relación a dicho lapso, se advierte que el solicitante no cumplió con la carga procesal de demostrar la dilación ilegal o indebida, de exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales y/o del Ministerio Público.

A estas alturas del análisis, corresponde señalar al excepcionista que la obligación de fundamentación de las solicitudes y motivación de los fallos, constriñe a todos los habitantes del país, tanto gobernantes como gobernados, quienes tienen la obligación legal de explicar de manera detalladas las razones por las cuales concluyen de una o de otra forma, ya sea a los peticionantes, en este caso de una extinción de la acción penal a acreditar de manera indubitable la demora o dilación y que esta sea atribuible exclusivamente al órgano jurisdiccional o al Ministerio Público, tal como se estableció en la S.C. N° 0101/2004-R de 14 de septiembre y A.C. N° 079/2004 de 29 de septiembre y las autoridades de explicar en sus fallos las razones que sustentan su determinación. Sin embargo, en el presente caso el imputado concluye que la dilación en la tramitación de la causa, fue de siete años; sin embargo, sólo explica la razón por la cual, se hubieran prorrogado cuatro años en la dictación del auto de vista, sin demostrar dónde y cómo transcurrieron los otros tres años.

Pues, tal como se aclaró precedentemente la procedencia o no de la excepción de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, no puede limitarse únicamente al cómputo aritmético efectuado con relación al tiempo transcurrido, sino que resulta imprescindible efectuar una valoración concurrente de todos los factores que incidieron en el transcurso del proceso, el que, como se

detalló, no está sujeto única y exclusivamente al factor tiempo, puesto que el plazo no puede operar de facto; es decir, no es sólo el transcurso del tiempo en exclusivo, como un criterio rector para extinguir la acción penal por duración máxima del proceso como erradamente interpreta el excepcionista. Cabe destacar que también atinge la ponderación de otros factores como la conducta de las partes que intervienen en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, sin perder de vista la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público que no se encuentra sujeto únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (como la jurisprudencia constitucional estableció), así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia.

En el caso presente, debe tenerse presente que si bien las reiteradas solicitudes de cesación a la detención preventiva del imputado, así como sus recursos de apelación incidental, restringida y de casación, son un medio de defensa previstos por ley; en el caso particular, no pueden ser motivo de cómputo como actos dilatorios en virtud a que no pueden ser recargados a ninguna de las partes y menos al órgano jurisdiccional a cargo de su atención y resolución cuando éstos fueron resueltos de manera oportuna, debiendo considerarse que cada uno de éstos, cuenta con sus procedimientos previos; es decir, traslado a las partes, notificaciones y en caso del recurso de casación la remisión vía presidencia desde cada uno de los distritos judiciales, tiempos que no pueden ser considerados, desde ningún punto de vista, como ineficacia del órgano judicial.

Además de lo señalado, resulta necesario referirse que debido a una excusa presentada y declarada legal de la única integrante del Tribunal Segundo de Sentencia, dio lugar a la remisión del cuaderno procesal a su similar tercero; instancia esta última que en uso y atribución conferida por el art. 130 del Cód. Pdto. Pen, determinó una primera suspensión de plazos, explicando la imposibilidad de señalar día y hora para las audiencias de sorteo y constitución de Tribunal, con Jueces ciudadanos y para juicio oral, de manera inmediata, debido a las recargadas funciones y el rol de audiencias establecido en dicho despacho, aludiendo a las mismas como fuerza mayor, demorando en la fijación de dichas audiencias desde marzo de 2011 hasta agosto del mismo año. Ahora bien, contra dicha determinación, no se evidencia que el imputado hubiera planteado reclamo alguno; por lo tanto, consintió y admitió expresamente dicha suspensión, tiempo que no puede ser reputado por ningún motivo, como transcurrido a favor de la duración máxima del proceso.

Posteriormente, cuando se instaló finalmente el juicio oral, todas las partes procesales inclusive el acusado, solicitaron su suspensión por no contar con los testigos imprescindibles para su desarrollo, lo que dio lugar a una nueva demora, ante la falta de espacio para el señalamiento de una nueva audiencia, razón por la cual el tribunal de juicio se vio en la necesidad de establecer nueva fecha para la celebración del verificativo oral, para el 28 de octubre de 2011, con suspensión de plazos procesales por razones de fuerza mayor, aludiendo nuevamente el art. 130 del Cód. Pdto. Pen; decisión que tampoco fue objetada de ningún modo, por el ahora excepcionista.

En la fecha indicada, se instaló la audiencia de juicio oral, la que sufrió nueva postergación para el 22 de noviembre, esta vez debido a que la inasistencia de un juez ciudadano y de un juez técnico, este último por baja médica, determinándose nuevamente suspensión de plazos procesales por razones de fuerza mayor, determinación admitida y consentida por las partes ante la falta de presentación de reclamo alguno, cuando finalmente se llevó a cabo la audiencia de juicio, llegándose a leer la parte resolutive de la Sentencia el 24 del mismo mes y año, procediéndose finalmente a leer en su integridad el 28 siguiente.

Posteriormente, el 8 de junio de 2012 dicha sentencia fue objeto de apelación restringida por parte del acusado, la cual previos trámites de rigor, fue remitida ante la sala penal tercera, para resolución.

En similar sentido, se advierte que el recurrente no justificó ni demostró de modo alguno que el tiempo que se tomó en la resolución del recurso de apelación restringida que formuló el 8 de junio de 2012 y recién fue resuelto el 15 de noviembre de 2016, a través del auto de vista de esa fecha, hubiere provocado una dilación indebida, ilegal o injustificada, únicamente atribuible a la actuación del Ministerio Público y/o de las autoridades jurisdiccionales, limitándose a expresar que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cualquier suspensión de plazos es una prórroga ilegal, por cuanto con un auto de vista no es posible modificar la ley que establece que los plazos son improrrogables; más aún, cuando las sentencias constitucionales citadas, acreditan que el sistema del plazo fijado de los tres años fue modificado por la teoría del no plazo o el llamado plazo razonable, situación de preferente aplicación por disposición del art. 410 de la C.P.E.

Al respecto, resulta necesario tomar en cuenta ciertos criterios con el fin de determinar si el plazo de duración de un proceso; es decir, analizando cada caso particular, amerita la extinción de la acción penal, conforme se expuso en el fundamento jurídico precedente, en el que se establecieron pronunciamientos constitucionales sustentados en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se estableció que deben considerarse en el análisis, la ponderación de: a) La complejidad del asunto; b) La actividad procesal del interesado; y, c) La conducta de las autoridades judiciales; siendo éstos los criterios que este tribunal asumió en reiterados fallos, precisamente en atención al bloque de constitucionalidad reconocido en el art. 410 de la Norma Fundamental y a la interpretación emanada del Tribunal Constitucional; en consecuencia, no es suficiente considerar el fenecimiento del plazo de duración máxima al cabo de tres años de iniciado el proceso, sino que es preciso que se demuestre que la duración del proceso más allá del plazo legal establecido, no obedeció a parámetros razonablemente justificables y que estaban fuera del alcance de previsión de los órganos encargados de la persecución penal y su juzgamiento, o que se debieron a la naturaleza compleja del objeto de juzgamiento o a la conducta del interesado.

Con relación a la dilación en el pronunciamiento del auto de vista, se evidencia que radicado el recurso de alzada ante la sala penal tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, previo al informe de la Secretaria de Sala, a través de Auto de 31 de agosto de 2012, se fundamentó que existían 233 expedientes pendientes de sorteo en el primer semestre de la gestión 2012, sumado al hecho de que dicho tribunal debió resolver durante tres meses aproximadamente los recursos de apelación incidental en medidas cautelares personales en el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 hasta el 22 de enero de 2009, completando el número de 170 causas, así como la acefalía de un Vocal a partir del 1 de agosto de 2011 hasta fines de febrero de 2012, lo que en ese momento hacía imposible cumplir razonablemente los plazos procesales, circunstancias extraordinarias que no podían haberse previsto y aún previstas, no podían evitarse. No se pudo prever que los recursos de apelación restringida se incrementarían en el volumen ese día existente y que los tribunales de apelación en materia penal resultarían insuficientes para atender esa carga procesal, además de otros asuntos que debían conocer como las acciones constitucionales, razones por las cuales determinó suspender el plazo para el sorteo de la causa y en consecuencia, el plazo de duración máxima del proceso hasta que se sortee, conforme al orden cronológico que corresponda o siguiendo en su caso los criterios de la resolución adoptada por la sala plena de dicho tribunal. Resolución que tampoco originó reclamo alguno por parte del imputado; y si bien, ahora alega haber presentado un memorial en diciembre de 2015 que supuestamente no hubiera ingresado a despacho; y por tanto, no mereció pronunciamiento alguno, sin embargo, de no especificar ni siquiera su fecha exacta, tampoco presenta prueba que demuestre su reclamo y menos que el mismo se hubiera referido a alguna contraposición de su parte con relación al auto de suspensión de plazos, emitido el 31 de agosto de 2012; por tanto, dicho extremo no puede ser considerado ni analizado desde ningún punto de vista por este tribunal.

Con dicho antecedente, se puede verificar que de manera justificada y razonable, el tribunal de apelación suspendió el plazo para el sorteo de la causa y el cómputo de duración máxima de duración del proceso, en el tiempo comprendido entre el 31 de agosto de 2012 hasta el 17 de octubre de 2016 (fs. 347), fecha en la cual se convocó a la Vocal Karem Lorena Gallardo Sejas, de la sala penal primera, para conformar quórum, a efectos de resolver los recursos de apelación restringida, debido a la acefalía de un vocal en la sala penal tercera, emitiéndose el Auto de Vista el 15 de noviembre del mismo año, habiendo sido notificado al acusado el 29 de noviembre de 2016 (fs. 353); a cuyo efecto, interpuso recurso de casación a través de memorial presentado el 2 de diciembre de 2016, habiendo interpuesto posteriormente, el 9 de enero de 2017 la solicitud de extinción de la acción penal ante la sala penal tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que fue remitido a este tribunal el 11 del mismo mes y año, en atención a la reconducción de línea jurisprudencial constitucional (S.C.P. N° 1061/2015-SII de 26 de octubre).

De lo expuesto, se puede concluir que en la presente acción penal, además de revestir cierto grado de complejidad por las acefalías y suplencias legales de las autoridades jurisdiccionales, no se demostró de manera objetiva y fundamentada que la suspensión legal (por vacaciones judiciales considerando veinticinco días por gestión) expresamente determinada en el art. 130 último párrafo de la L.O.J. y la circunstancial (establecida por resoluciones judiciales, la última reclamada que duró cuatro años, un mes y diecisiete días), no hubiera sido establecida dentro del marco de previsibilidad de las referidas autoridades; y que por ende, resultaren ilegales y de exclusiva responsabilidad de los órganos encargados de la persecución penal; por cuanto, como se estableció en los párrafos precedentes, el solicitante tenía la obligación procesal de demostrar que el vencimiento del plazo máximo de duración del proceso resultó injustificado, al no haberlo hecho, corresponde declarar infundada la extinción analizada.

IV.3. Con relación a la excepción de extinción de la acción penal por prescripción.

El Código de Procedimiento Penal, señala de forma expresa que, de conformidad a lo dispuesto por el art. 27-8) concordante con el art. 29-1) al 4) de la misma ley, los plazos que rigen para la extinción de la acción penal son de 2, 3, 5 u 8 años de cometido el delito. La prescripción se computa desde la media noche del día en que se cometió el delito o cesó su consumación y no se interrumpe por el inicio de la acción penal, ya que esa interpretación vulneraría el principio de inocencia que favorece a todo imputado y la jurisprudencia vigente con relación a esta temática.

Sobre el cómputo de la prescripción se debe tomar en cuenta lo establecido por el art. 29 del Cód. Pdto. Pen, que determina los plazos para la prescripción de la acción penal, atendiendo al máximo legal de la pena privativa de libertad (presidio o reclusión) prevista para los distintos tipos penales establecidos en el código penal. Los términos señalados en esa norma, de acuerdo al art. 30 del Cód. Pdto. Pen, empiezan a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación, y pueden interrumpirse por la declaratoria de rebeldía del imputado conforme lo prevé el art. 31 del Cód. Pdto. Pen y suspenderse en los siguientes casos previstos en el art. 32 del Cód. Pdto. Pen:

1. Cuando se haya resuelto la suspensión de la persecución penal y esté vigente el periodo de prueba correspondiente.
2. Mientras esté pendiente la presentación del fallo que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas.
3. Durante la tramitación de cualquier forma de antejuicio o de la conformidad de un gobierno extranjero de la que dependa el inicio del proceso; y,
4. En los delitos que causen alteración del orden constitucional e impidan el ejercicio regular de la competencia de las autoridades legalmente constituidas, mientras dure ese estado.

Ahora bien, de acuerdo a la norma procesal vigente, sólo esas causales suspenden la prescripción; en consecuencia, fuera de ellas, la prescripción continúa corriendo, independientemente de que se hubiera iniciado o no la acción penal correspondiente, lo que sin duda

marca una clara diferencia con la anterior normativa sobre el particular, que en el art. 102 del Cód. Pen., establecía que la prescripción se interrumpía con el inicio de la instrucción penal y se la computaba nuevamente desde la última actuación que ésta registrará.

Efectivamente, el anterior sistema procesal, permitía la prolongación indefinida de los procesos y el sometimiento del imputado a la exclusiva voluntad del Ministerio Público y/o del querellante, quienes, de manera arbitraria, podían hacer abandono del proceso penal y reactivarlo después de mucho tiempo, sólo con la finalidad de evitar la prescripción, lo que determinaba la constante zozobra del imputado y la vulneración de sus derechos y garantías, fundamentalmente del derecho a la seguridad jurídica.

El actual código de procedimiento penal, conforme se tiene dicho, cambió radicalmente el sistema anterior, puesto que no establece entre sus causales de interrupción o prescripción de la acción, el inicio de la acción penal; consecuentemente, es posible interponer esta excepción en cualquier momento del proceso, conforme ha quedado establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la S.C. N° 1510/2002-R, de 9 de diciembre, que de manera expresa determinó que la denuncia no constituye causal de interrupción o suspensión de la prescripción, al no estar contemplada en los arts. 29 y 31 Cód. Pdto. Pen. Entendimiento que fue reiterado en la S.C. N° 0187/2004-R, de 9 de febrero, en la que se determinó que "...para la interrupción o suspensión de la prescripción, necesariamente tienen que presentarse uno de los supuestos descritos, entre los que no se encuentra el inicio de la acción penal, debiendo contarse el plazo desde el día en que supuestamente se consumó el delito, sin interrupción". En similar sentido se ha pronunciado la S.C. N° 0101/2006-R de 25 de enero".

Más adelante, al referirse a la otra excepción expresó: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la S.C. N° 0101/2004, sobre el derecho a la conclusión de los procesos en un plazo razonable, ha establecido la siguiente doctrina constitucional:

'...Si bien nuestra Constitución no establece de manera expresa el derecho fundamental del imputado a la conclusión del proceso penal dentro de un plazo razonable, de manera implícita lo consagra al proclamar en forma genérica que la 'celeridad' es una de las '...condiciones esenciales de la administración de justicia', entendimiento que se extrae del contenido del art. 116-X Constitucional. Nos parece que una interpretación en sentido contrario sólo podría tener sustento si se aceptara que tal proclamación carece de significado, lo que no es posible tratándose de una norma jurídica, y aún más, de la norma fundamental del país, siempre cargada de significado y fines'.

'A su vez, la normativa internacional sobre derechos humanos (los Pactos), que según la doctrina de este Tribunal integran el bloque de Constitucionalidad y por tanto tienen rango constitucional (Así SS.CC. N° 1494/2003-R, 1662/2003-R, 69/2004, entre otras), de manera expresa reconocen tal derecho, conforme a lo siguiente:

'1) Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8-1) 'Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'.

'2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14-3) 'Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas'.

'De lo anterior se extrae que la finalidad que persigue el legislador constituyente boliviano al introducir, en concordancia con los preceptos internacionales aludidos, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es que el imputado pueda definir su situación ante la ley y la sociedad dentro del tiempo más corto posible, desde un punto de vista razonable; poniendo fin a la situación de incertidumbre que genera todo juicio, y la amenaza siempre latente a su libertad que todo proceso penal representa. Con esto se persigue evitar que la dilación indebida del proceso, por omisión o la falta de la diligencia debida de los órganos competentes del sistema penal, pueda acarrear al procesado lesión a otros derechos, entre ellos, el de la dignidad y la seguridad jurídica, que resulten irreparables".

Debe agregarse lo previsto por el art. 314 del Cód. Pdto. Pen., el cual dispone que las excepciones se tramitarán por la vía incidental por una sola vez, estableciendo como carga procesal para quien las oponga, la obligatoriedad de ofrecer prueba idónea y pertinente; lo que implica que no será suficiente el planteamiento de la excepción, sino el ofrecimiento de prueba destinada a acreditar los argumentos o fundamentos en los que se base la pretensión, se entienda encaminada a demostrar que la excepción resulte fundada.

Sobre la carga e importancia de la prueba para sustentar una pretensión se tiene desarrollado por Carnelutti: Como aquella que no sólo sirve para el conocimiento del hecho, sino también como la certeza o convicción que aquella proporciona, siendo en sentido amplio, un equivalente sensible del hecho que habrá de valorarse, Chiovenda señaló que: Consiste en crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, suministrando los medios para tal fin.

Ingresando al análisis del caso de autos, es posible evidenciar que el excepcionista Omar Gutiérrez Avilés, a fin de fundamentar su pretensión de extinción de acción penal por prescripción, enfatiza que la acción penal, en su caso, prescribe en cinco años para los que tengan señaladas penas privativas de libertad, cuyo máximo legal sea menor a seis meses y mayor de dos años, que el mismo conforme a la sanción establecida en el art. 309 del Cód. Pdto. Pen, es de dos a seis años; entonces, en su planteamiento al no haber sido interrumpido el término por ninguna de las causales que el procedimiento establece, al no existir supuestamente declaratoria de rebeldía o alguno de los modos de suspensión, su transcurso desde la comisión del hecho, habría sido de siete años y cinco meses, que deben ser computados a razón del art. 30 del Cód. Pdto. Pen, estableciendo que se trata de un tipo penal instantáneo.

Concluyendo finalmente el excepcionista que resulta por demás evidente que en el caso, transcurrió un lapso superior a cinco años previstos para la prescripción de la acción penal que en este caso es estupro y con mayor razón si se toma en cuenta que no hubiera operado ninguna de las circunstancias de suspensión, concurriendo en consecuencia, todos los presupuestos que viabilizan la adopción de una declaratoria de prescripción de la acción.

Con relación a lo señalado por el peticionante, se debe tener presente que en el ordenamiento jurídico procesal penal, el instituto jurídico de la prescripción, como motivo de la extinción de la acción penal, se halla reconocida por el art. 27-8) del Cód. Pdto. Pen y regulado el requisito temporal por el art. 29 de la misma norma adjetiva penal. Así, por disposición del art. 30 de la misma norma, dicho plazo inicia a computarse desde: i) La media noche del día en que se cometió el delito; o, ii) Desde la media noche en que cesó su consumación, de modo tal, que corresponde para su procedencia, demostrarse; por un lado, el tiempo transcurrido conforme a lo previsto por el art. 29 del Cód. Pdto. Pen, así como la falta de una resolución que ponga fin al proceso; además, de la inconcurrencia de las causales de interrupción o suspensión del término de la prescripción, conforme las previsiones contenidas en los arts. 31 y 32 del Cód. Pdto. Pen.

En ese ámbito, se advierte de la excepción planteada, que el excepcionista se limitó a sostener que en el caso de autos no operaría ninguna de las causales de interrupción o suspensión del término de la prescripción, alegando al efecto, “que a la fecha no existe declaratoria de Rebeldía o alguno de los modos de suspensión, su transcurso desde la comisión del hecho habría sido de 7 años y cinco meses” (sic). Ahora bien, verificados los antecedentes cursantes en obrados y remitidos a esta Sala Penal se tiene que, se adjuntaron los actuados que permiten establecer la fecha del presunto acto delictivo para el inicio del cómputo de la extinción de la acción penal; empero, no cursa en antecedentes ninguna certificación de antecedentes penales emitida por el Registro Judicial de Antecedentes Penales (REJAP), como consecuencia de un requerimiento fiscal, que acredite que Omar Gutiérrez Avilés, no registra antecedente penal referido a sentencia condenatoria ejecutoriada, declaratoria de rebeldía o suspensión condicional del proceso; prueba necesaria para establecer que en efecto, hasta la fecha de presentación de la presente solicitud de extinción de la acción penal, 9 de enero de 2017, el imputado no fue declarado rebelde o haya existido alguna causal de suspensión, incumpliendo lo establecido por el art. 314-I del Cód. Pdto. Pen, respecto del deber que tenía de acreditar que durante la causa desde su inicio no fue declarado rebelde; sin soslayar, que también tenía el deber de exponer fundadamente de qué modo no concurren las causales de suspensión del término en cuestión, demostrando en su caso objetivamente dicho extremo en función a los pertinentes antecedentes del proceso.

No debe perderse de vista, que a esta sala penal le corresponde resolver las pretensiones de las partes, pero siempre con base al planteamiento fundamentado y a las pruebas idóneas que las sustenten, no pudiendo suplir la omisión de los sujetos procesales, porque ello importaría un desconocimiento del principio de imparcialidad, en el que se sustenta entre otros, la potestad de impartir justicia, conforme a lo preceptuado por el art. 178-I de la C.P.E., no correspondiéndole emitir criterios sin bases probatorias que sustenten la decisión final; y en este caso, no se tiene constancia expresa de que el imputado no hubiere sido declarado rebelde durante la tramitación de “todo el proceso penal”, extremo de vital importancia que no puede desmerecerse, para sustentar su pretensión.

Por lo expuesto, al no existir el ofrecimiento de prueba idónea y pertinente que respalde la pretensión del excepcionista; y toda vez, que este tribunal no puede subsanar las falencias en las que incurrió el precitado, corresponde declarar infundada la excepción planteada, además de manifiestamente dilatoria, en consideración al incumplimiento a una carga procesal básica y elemental que hace al planteamiento de cualquier solicitud, ante una autoridad jurisdiccional y al deber que tiene el excepcionista de ofrecer prueba idónea y pertinente, conforme al mandato establecido por el art. 314 del Cód. Pdto. Pen.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, constituido en tribunal de garantías, en aplicación del art. 44 in fine del Cód. Pdto. Pen., resuelve declarar; INFUNDADAS las excepciones de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y por prescripción opuestas por Omar Gutiérrez Avilés de fs. 365 a 368 vta., con costas; en consecuencia, se reanuda el plazo inserto en el art. 418 del Cód. Pdto. Pen.

En cumplimiento del art. 123 del Cód. Pdto. Pen, se deja constancia, que conforme el mismo excepcionista señaló este trámite se encuentra regido a lo dispuesto por la S.C. Plurinacional N° 1061/2015, que estableció que al interponerse una excepción de extinción de la acción penal ante esta Sala, no existiendo tribunal competente que de acuerdo a norma legal, tenga atribución para sustanciar y resolver algún recurso ulterior respecto a la presente resolución, no admite recurso ordinario alguno contra la misma.

Notifíquese en forma personal a las partes con la presente resolución en observación del art. 163-2) del Cód. Pdto. Pen.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 02 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



309

Ministerio Público c/ Rómulo Lafuente López

Estafa

Oruro

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 13 de febrero de 2017, cursante de fs. 770 a 780, Rómulo Lafuente López, opone excepción de extinción de la acción penal por prescripción, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Francisco Gutiérrez Colque en su contra, por la presunta comisión del delito de estafa, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen.

I. Argumentos de la excepción opuesta.

El imputado Rómulo Lafuente López, formula prescripción de la acción penal, señalando que fue procesado por hechos que ocurrieron el 2006 (al haber suscrito una carta de intenciones de 12 de junio de 2006 y el documento privado de anticipo de compra de lotes de 3 de julio de 2006, por el cual había logrado en calidad de anticipo la suma de \$us. 15.000; de los comunarios de la Tercera Sección de la provincia Cercado, utilizado como ardid para lograr beneficiarse, sin haber entregado los lotes de terreno comprometidos, ni haber devuelto el dinero a las víctimas), hecho que aduce fue forzado con la figura de estafa agravada, cuando en realidad se refería a contratos civiles (ámbito civil y no penal); es así, que manifiesta que el delito de estafa es un delito instantáneo que ocurrió el 12 de junio y 3 de julio de 2006, empezando a correr el plazo para la prescripción desde la media noche de las indicadas fechas, que hasta la presentación de esta excepción, han transcurrido más de diez años, sin que exista resolución judicial que haya puesto fin al proceso, ya que a finales del año 2011 (recién se le denunció por el delito de estafa), se presentó la acusación el 15 de julio de 2013, el juicio oral es de 13 de octubre de 2014, siendo posteriormente condenado por sentencia cuando el delito no existe, ya que habría devuelto el dinero recibido como anticipo y entregó los lotes comprometidos, observando además que el juez era también titular de uno de los lotes en conflicto, lo cual dice entre líneas constituiría un defecto absoluto.

Apelada la sentencia por A.V. N° 7 de 11 de febrero de 2016, fue confirmada, que recurrido de casación, se emitió el A.S. N° 561/2016-RA de 2 de agosto (fs. 779 a 781 vta.), que declaró inadmisibles sus recursos, planteando Amparo Constitucional, mediante Resolución N° SCI 07/2016 de 5 de enero de 2017 (fs. 757 a 763 vta.) se dejó sin efecto el mismo; en consecuencia, no existiría resolución judicial que haya puesto fin al proceso penal.

Arguye que no fue declarado rebelde en el proceso, por lo que tampoco concurrirían las causales de suspensión previstas por el art. 32 del Cód. Pdto. Pen., conforme constan de las pruebas que adjuntaría y que ofrece en calidad de prueba acreditando –afirma– que ha operado la prescripción de la acción, al haber transcurrido más de diez años desde que ocurrieron los hechos, justificando su solicitud en el art. 129 del Cód. Pdto. Pen. y que el cómputo debe ser en conformidad al art. 30 del Cód. Pdto. Pen.

Para ello parte aludiendo a la clasificación doctrinal de los delitos citando la S.C. N° 1190-R de 12 de noviembre, resaltando que en los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico, cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica; asimismo, cita al autor Benjamín Miguel Harb, afirmando que con relación al caso concreto en cuanto al delito por el cual fue procesado se refiere a la estafa, que en la S.C. N° 190/2007-R se determina que es un delito instantáneo, en ese sentido añade que el término de la prescripción de la acción penal de acuerdo al art. 31 del Cód. Pdto. Pen, se interrumpirá por la declaratoria de rebeldía del imputado y se suspenderá de acuerdo a las causales del art. 32 del Cód. Pdto. Pen, así también la interposición de la prescripción debe ser de acuerdo a las SS.CC. Nos. 1510/2002-R, 0187/2004-R, 0101/2006-R y la 0104/2013 de 22 de enero, con relación a la diferenciación entre lo que debe entenderse por extinción de la acción penal por prescripción y lo que es extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, a su vez cita la S.C. N° 1406/2014 de 7 de julio, sobre la interrupción por declaratoria de rebeldía del imputado, concluyendo que fue procesada y condenada por el delito de estafa agravada ocurrida en el año 2006 encontrándose afectada la causa por la prescripción de acuerdo a los arts. 101-a) del Cód. Pen., y 29-1) de la Ley adjetiva penal, que hacen al principio de legalidad.

Que en el caso particular desde la supuesta comisión de los hechos en junio y julio del año 2006, han transcurrido diez años, sin que se haya producido interrupción o suspensión; subsecuentemente, pese a encontrarse el proceso en fase de casación, operó a su favor la prescripción del delito de estafa, que ahora invoca su aplicación efectiva como una garantía del principio de legalidad y seguridad jurídica dentro de debido proceso en el marco de un Estado constitucional de derecho que rige desde la constitución del 2009, también hace alusión a los principios de favorabilidad y *pro homine* en el sentido que permite la aplicación en sentido favorable la prescripción de la acción penal que solicita, nombrando de acuerdo a la sentencia de Corte Interamericana en su párrafo 119, que el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el proceso penal, de manera injusta que no responden a la verdad material, ni el valor justicia reiterando que devolvió los dineros recibidos en calidad de anticipo y entregó los lotes de terreno comprometidos, afirmando que no debió prosperar el proceso penal; empero, continua en grado de casación, provocándole consecuencias a su derecho al debido proceso, a la defensa,

al plazo razonable, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y a la justicia, afectando su salud física y psicológica así como a su esposa e hijos.

Resalta que el inicio de la acción penal no constituye causal de suspensión o interrupción del término de la prescripción, por lo que el haberse iniciado el presente proceso dictado en sentencia condenatoria, auto de vista confirmatorio y encontrándose en grado de casación, no se encuentra interrumpido ese plazo o cómputo según las SS.CC. Nos. 0283/2013 y 1406/2014, reiterando que se ha operado la prescripción, instituto integrante de su derecho al debido proceso, vinculado con el principio de legalidad y seguridad jurídica; en consecuencia, solicita se declare fundada la excepción planteada, disponiendo la extinción de la acción penal por prescripción y el consiguiente archivo de obrados.

II. Respuestas a la excepción opuesta.

Por Decreto de 14 de febrero de 2017 (fs. 781), conforme lo dispuesto por el art. 314 del Cód. Pdto. Pen, modificado por el art. 8 de la L. N° 586 de 30 de octubre de 2014, se corrió traslado a la parte adversa; en cuyo mérito, responden:

José Manuel Gutiérrez Velásquez, Fiscal Superior, quien hace referencia al deber de fundamentación que también corresponde al excepcionista para proveer al tribunal interiorizar los alcances de la materia recurrida o controvertida de acuerdo a la S.C. N° 1306/2011, afirmando que debió acreditarse que durante el inicio de la causa no fue declarado rebelde y exponer de qué modo no concurren las causales de suspensión del término de la prescripción, pudiendo acudir al REJAP o a certificaciones de los respectivos juzgados o tribunales en los que radicó la causa, prueba que debe ser presentada ante el tribunal para que tenga certidumbre, sin soslayar que también tenía el deber de exponer fundadamente de qué modo no concurren las causales de suspensión o interrupción del término en cuestión, debiendo comprender el excepcionista que a los juzgadores les corresponde resolver las pretensiones de las partes con base a su planteamiento fundamentado y a las pruebas que la sustenten; aspecto que, no puede ser suplido de oficio que implicaría un desconocimiento al principio de imparcialidad de acuerdo al art. 178-I de la C.P.E., que en el caso de autos, advierte que el excepcionista incumple con la carga prevista en el A.S. N° 554/2016 de 15 de julio, además de invocar el art. 101-1 del Cód. Pen, cuando dicha norma fue derogada por la disposición transitoria sexta inc. 2) de la L. N° 1970.

Añade que al haberse incumplido con la carga procesal de ofrecer prueba idónea y pertinente justificando debidamente la inconcurrencia de las causales de suspensión o interrupción del término de la prescripción, de acuerdo al auto supremo que citó, correspondería declarar infundada la excepción, agregando que su planteamiento fue de forma posterior al recurso de casación evidenciando su afán dilatorio.

Asimismo, observa de antecedentes que en octubre de 2012, el imputado no asistió a una audiencia de medidas cautelares, debiendo librar en su contra declaratoria de rebeldía y librándose mandamiento de aprehensión y recién el 4 de octubre de 2012 se dejó sin efecto ese mandamiento, verificándose la causal de interrupción del término de la prescripción del art. 31 del Cód. Pdto. Pen., debiendo computarse nuevamente el término de la prescripción desde octubre de 2012, por lo que desde ése entonces hasta el presente transcurrieron cuatro años y cuatro meses, sin que se haya cumplido el plazo previsto en el art. 2-I del Cód. Pdto. Pen., añadiendo que se debe considerar que se suspendieron los plazos procesales por vacaciones judiciales desde la gestión 2011; es decir, 25 días por año en cinco años, son 125 días que por mandato del art. 130 del Cód. Pdto. Pen, periodo que debe ser sustraído para el cómputo de la prescripción.

Razones por las que solicita se declare infundada la excepción de extinción de la acción penal por prescripción al ser manifiestamente dilatoria, maliciosa y temeraria.

A su vez, Zaida Cecilia Vargas Subia, Fiscal de Materia de la Unidad de Liquidación de la Fiscalía Departamental de Oruro, señaló que si bien los delitos de estafa tienen característica de ser instantáneos, a los fines de considerar el incidente debe tenerse presente que la conducta del imputado no ha obstaculizado el normal desarrollo del proceso penal; en consecuencia, de la revisión del cuaderno procesal observa que el peticionante si lo hizo; puesto que, a fines de realizarse la audiencia de medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público, la autoridad jurisdiccional tuvo que emitir mandamiento de aprehensión en su contra, ya que no se hizo presente a la audiencia, que si bien el mandamiento fue dejado sin efecto posteriormente a petición del ahora excepcionista, circunstancias que a su decir, constituyen una forma de obstaculizar el normal desarrollo del proceso, siendo que la conducta del peticionario motivó su declaratoria de rebeldía, por lo que efectuado el cómputo necesario, desde la declaratoria de rebeldía del imputado hasta la gestión 2017, no transcurrieron 8 o 10 años como pretende hacer ver, por lo que los arts. 29 y 30 del Cód. Pdto. Pen., no pueden ser aplicados por el solo hecho de ser mencionados como cumplidos, debiéndose adjuntar la prueba necesaria que demuestre lo aseverado en su excepción y no limitarse a indicar que las pruebas se encuentran en el expediente, considerando que el régimen de la prescripción no opera sólo por el transcurso del tiempo, sino que debe acreditarse tanto el plazo transcurrido como el no haberse interrumpido o suspendido, por las causales previstas en los arts. 31 y 32 de la ley adjetiva penal.

También añade que de los antecedentes de la acusación fiscal se le indilga el delito de Estafa agravada cuya pena máxima es de diez años, en consecuencia no se habría cumplido los arts. 27-8), 29 y 30 del Cód. Pdto. Pen; por consiguiente, señala que corresponde denegar su petición y solicita se la rechace in limine y se declare sin lugar e improcedente la excepción de extinción de la acción penal por prescripción.

Por su parte Juvenal Condori Valencia, Toribio Ramos Choque, Elena Bernabé Miranda de Quispe, Gregorio Tomas Gutiérrez, Raymundo Vallejos Rodríguez y Mateo Ciprian Salvador, señalan que en junio del 2008 a denuncia de sus representantes legales se inició querrela por el delito de Estafa agravada en contra de Rómulo La Fuente, siendo objeto de mentiras y engaños de parte de Francisco Gutiérrez Colque quien insistió en una demanda penal, cuando muchos de ellos pretendían arreglar de manera amigable un tema que era de carácter civil, al comprender que se debían a problemas internos, dando lugar a que pasen los años y no puedan llegar a un arreglo satisfactorio con Rómulo La Fuente López.

Añaden que Francisco Gutiérrez Colque, constantemente les fue sonsacando dinero con fines de llevar adelante el mencionado juicio, sin ninguna rendición de cuentas dándose cuenta que han sido engañados, utilizando el proceso penal insulsamente y con mentiras. Aclarando

que a la fecha no tienen nada pendiente con Rómulo Lafuente López, ya que \$us 15.000; fueron devueltos a todos los aportantes, que fue utilizado incluso para iniciarse la demanda de estafa que ha cumplido con todo lo acordado sobre la venta de los lotes de terreno, que se utilizó para perseguir penalmente a Rómulo Fuentes López, que los lotes de terreno fueron entregados a los comunarios como se había convenido e incluso la gran mayoría ya se encontraban viviendo junto a sus familias en esos terrenos, afirmando que resulta un contrasentido condenar por supuestos incumplimientos de contratos civiles y que fueron cumplidos, reiterando que están en la posesión, que han construido sus viviendas en dichos terrenos, por lo que consideran injusto que se lo haya condenado a su vendedor Rómulo Lafuente López.

Asimismo, señalan que según el Poder N° 52/2015 se les instruye iniciar demanda de rendición de cuentas, querrela por estafa, abuso de confianza, apropiación Indebida en contra de Francisco Gutiérrez Colque y otros, quienes aprovechando de la confianza que habrían depositado los miembros, manifiestan que fueron utilizados deslealmente para denunciar de forma irresponsable y burda a Rómulo Lafuente, llegando al extremo de lograr su condena. Por dichos motivos, como actuales representantes legales de la urbanización de la Tercera Sección de la Provincia Cercado del Departamento de Oruro, según señalan, piden que al no existir el delito de estafa se declare procedente la excepción de extinción de la acción penal por prescripción.

III. Análisis y resolución de la excepción opuesta.

Del análisis de los antecedentes y fundamentos expuestos por el excepcionista y la parte contraria en su respuesta, corresponde analizar y resolver la pretensión planteada, a través de una resolución fundamentada en observancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

III.1. De la competencia de este tribunal para resolver cuestiones incidentales referidas a la extinción de la acción penal.

La S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, estableció el siguiente entendimiento: “Pues bien, al estar fijados los entendimientos desarrollados precedentemente, los fundamentos de la S.C. N° 1716/2010-R, no constituyen argumentos suficientes para determinar que la única autoridad competente para asumir el conocimiento de los incidentes de extinción de la acción penal, sean las autoridades jurisdiccionales que emitieron la Sentencia de primera instancia, sino que, en virtud a lo establecido por el art. 44 del Cód. Pdto. Pen, El juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas”. En este sentido, es menester dejar establecido que, la autoridad competente para asumir el conocimiento y resolver los incidentes de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción, es el juez o tribunal donde radica la causa principal, así, si el planteamiento de la excepción se da en etapa de apelación o casación, las decisiones emergentes de las salas penales y del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud los entendimientos plasmados precedentemente, pero fundamentalmente por la naturaleza de la etapa procesal, no admiten impugnación; en efecto, lo que se pretende es evitar las exageradas dilaciones que conllevan las peticiones y envíos de expedientes entre el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales o jueces conocedores de la causa principal, que a cuya consecuencia, en muchos casos, se han postergado innecesariamente las decisiones oportunas en cuanto al fondo del proceso se refiere, muchas veces por las comunicaciones inoportunas de los jueces y tribunales conocedores de la causa principal, como ocurrió en el caso analizado; asimismo, como se expresó, la interposición de los incidentes ante las prenombradas autoridades, en la práctica sirvió para paralizar el pronunciamiento de fondo, ya que inclusive, estando sorteada la causa, el máximo Tribunal de justicia ordinaria, se vio impedido de emitir la resolución mientras no esté resuelta la excepción ante el Juez de instancia, lo que sin duda constituye una clara vulneración de los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de acceso a la justicia y una afrenta a la vigencia del principio de celeridad y también de concentración de actos. En este sentido, cuando el justiciable decida plantear extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, deberá formularlo ante el juez o tribunal que conoce la causa principal; sin embargo, también es imperioso aclarar que, si el incidente fuere suscitado ante el juez de instrucción en lo penal o, ante los tribunales o jueces de sentencia penal, sus decisiones efectivamente son impugnables, ya que la naturaleza de la etapa procesal así lo permite. El presente entendimiento implica la reconducción de la línea jurisprudencial establecida en la S.C. N° 1716/2010-R a los entendimientos asumidos en la S.C. N° '0245/2006', que emergió de los razonamientos establecidos en las SS.CC. '0101/2004, 1868/2004-R, 0036/2005, 0105-R, 1365/2005-R' y AC 0079/2004-ECA”.

III.2. Respecto a la diferencia entre la extinción de la acción por prescripción y por duración máxima del proceso.

Conforme a las normas previstas por el art. 308 del Cód. Pdto. Pen, las partes podrán oponerse a la acción penal, a través de excepciones de previo y especial pronunciamiento, como aquellas establecidas en el art. 27-8) y 10) del Cód. Pdto. Pen; es decir, por prescripción o por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, siendo menester precisar que si bien ambas se hallan destinadas a una similar finalidad, están sujetas a normas distintas y criterios diferentes a ser considerados por la autoridad judicial que conozca y resuelva su planteamiento, a los fines de ser o no declaradas fundadas; conforme se tiene del entendimiento jurisprudencial contenido en la S.C. N° 0023/2007 de 16 de enero que precisó: “El código de procedimiento penal, al referirse a la extinción de la acción penal, establece diferentes supuestos, entre los que se encuentran la prescripción (art. 27-8) del Cód. Pdto. Pen) y el vencimiento del plazo máximo de duración del proceso (art. 27-10) del Cód. Pdto. Pen), haciendo una diferenciación entre ambas causales de extinción, que se traduce en un tratamiento específico para ambos institutos.

En la doctrina, si bien se reconoce que ambos supuestos tienen fundamentos diferentes y particularidades que los distinguen, se considera a la prescripción de la acción penal por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, como una especie de prescripción, atendiendo, fundamentalmente, a la característica común del transcurso del tiempo como medio para la extinción de derechos; sin embargo, como se tiene dicho, nuestro Código, sin desconocer esa similitud, pero resaltando las diferencias, regula a estos institutos de manera independiente (...).”.

En ese ámbito, la citada sentencia constitucional estableció respecto a la prescripción lo siguiente: “De acuerdo a la doctrina, la prescripción se traduce en los efectos que produce el transcurso del tiempo sobre el ejercicio de una determinada facultad. Esta definición, aplicada al ámbito penal, significa la expresa renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar debido al tiempo transcurrido.

Conforme a ello, es el propio Estado el que, a través de la norma penal (procesal o sustantiva, según las legislaciones), establece los límites de tiempo en que puede ejercer la persecución penal. La actividad represiva del Estado no puede ser ejercida de manera indefinida, ya que al hacerlo se quebrantaría el equilibrio que debe existir entre la función de defensa de la sociedad y la protección de derechos y garantías individuales.

Tradicionalmente se ha fundamentado la prescripción en diferentes razones, unas de tipo subjetivo, vinculadas a los cambios que el tiempo opera en la personalidad del delincuente, que determinan la desaparición de su peligrosidad para la sociedad; otras consideradas objetivas y de utilidad social, que señalan que con el transcurso del tiempo desaparece la alarma social y no existe necesidad de prevención general; aquellas de orden procesal que sostienen que existen dificultades en la recolección de elementos probatorios para determinar la culpabilidad o inocencia del presunto autor. También se han aducido razones de política criminal, en sentido que el castigo impuesto mucho tiempo después de la comisión del hecho no alcanza los fines de la pena (prevención especial y prevención general, positiva y negativa), careciendo, en consecuencia, su imposición de razón de ser; así como razones jurídicas, que inciden en la necesidad de eliminar la incertidumbre en las relaciones jurídicas y la desaparición de la intranquilidad causada por el delito.

Si bien los anteriores fundamentos son válidos, actualmente la prescripción debe fundamentarse desde la Constitución, en la medida en que este instituto está íntimamente vinculado con los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, fundamentalmente la garantía del debido proceso, la prohibición de indefensión y el derecho a la seguridad jurídica.

Así, respecto al derecho a la defensa, es innegable que si pese al tiempo transcurrido, la acción penal se dirigiera contra el supuesto culpable, llegando inclusive a imponerse una pena, se produciría una grave indefensión, pues los medios de defensa de los que podría servirse el imputado, o ya no existirían o se encontrarían debilitados, corriéndose el riesgo de condenar a un inocente por el tiempo transcurrido. En síntesis, el transcurso del tiempo incrementa el riesgo del error judicial, por encontrarse debilitadas las pruebas de la defensa.

A su vez, el derecho a la defensa se encuentra conectado con la seguridad jurídica, derecho que se garantiza al evitar que se celebren procesos que no gozan de las mínimas garantías que permitan obtener una sentencia justa y que ocasionarían lesión a la garantía del debido proceso.

De lo dicho se desprende que la prescripción sirve también para compeler a los órganos encargados de la persecución penal, y a la misma administración de justicia penal, a resolver de forma rápida y definitiva el ilícito que se ha cometido; combinándose, entonces, la necesidad de una justicia pronta y efectiva (art. 116-X de la C.P.E.), como garantía de la sociedad, y un debido proceso, como garantía del imputado (art. 16-IV de la C.P.E.), que a su vez precautele sus derechos a la defensa (art. 16-II de la C.P.E.) y a la seguridad jurídica (art. 7-a de C.P.E.).

Cómputo de la prescripción.

El art. 29 del Cód. Pdto. Pen determina los plazos para la prescripción de la acción penal, atendiendo al máximo legal de la pena privativa de libertad (presidio o reclusión) prevista para los distintos tipos penales establecidos en el código penal. Los términos señalados en esa norma, de acuerdo al art. 30 del Cód. Pdto. Pen, empiezan a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación, y pueden interrumpirse por la declaratoria de rebeldía del imputado, como se analizará posteriormente, y suspenderse en los siguientes casos previstos en el art. 32 del Cód. Pdto. Pen:

1. Cuando se haya resuelto la suspensión de la persecución penal y esté vigente el periodo de prueba correspondiente.
2. Mientras esté pendiente la presentación del fallo que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas.
3. Durante la tramitación de cualquier forma de antejuicio o de la conformidad de un gobierno extranjero de la que dependa el inicio del proceso; y,
4. En los delitos que causen alteración del orden constitucional e impidan el ejercicio regular de la competencia de las autoridades legalmente constituidas, mientras dure ese estado.

Ahora bien, de acuerdo a nuestra norma procesal, sólo esas causales suspenden la prescripción; en consecuencia, fuera de ellas, la prescripción continúa corriendo, independientemente de que se hubiera iniciado o no la acción penal correspondiente, lo que sin duda marca una clara diferencia con la anterior normativa sobre el particular, que en el art. 102 del Cód. Pen., establecía que la prescripción se interrumpía con el inicio de la instrucción penal y se la computaba nuevamente desde la última actuación que ésta registrara.

Efectivamente, el anterior sistema procesal, permitía la prolongación indefinida de los procesos y el sometimiento del imputado a la exclusiva voluntad del Ministerio Público y/o del querellante, quienes, de manera arbitraria, podían hacer abandono del proceso penal y reactivarlo después de mucho tiempo, sólo con la finalidad de evitar la prescripción, lo que determinaba la constante zozobra del imputado y la vulneración de sus derechos y garantías, fundamentalmente del derecho a la seguridad jurídica.

El nuevo código de procedimiento penal, conforme se tiene dicho, cambia radicalmente el sistema anterior, puesto que no establece entre sus causales de interrupción o prescripción de la acción penal, el inicio de la acción penal; consecuentemente, es posible interponer esta excepción en cualquier momento del proceso, conforme ha quedado establecido en la jurisprudencia del Tribunal contenida en la S.C. N° 1510/2002-R, de 9 de diciembre, que de manera expresa determinó que la denuncia no constituye causal de interrupción o suspensión de la prescripción al no estar contemplada en los arts. 29 y 31 Cód. Pdto. Pen. Entendimiento que fue reiterado en la S.C. N° 0187/2004-R, de 9 de febrero, en la que se determinó que "...para la interrupción o suspensión de la prescripción, necesariamente tienen que presentarse uno de los supuestos descritos, entre los que no se encuentra el inicio de la acción penal, debiendo contarse el plazo desde el día en que supuestamente se consumó el delito, sin interrupción." En similar sentido se ha pronunciado la S.C. N° 0101/2006-R, de 25 de enero".

Más adelante, al referirse a la otra excepción expresó: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la S.C. N° 101/2004, sobre el derecho a la conclusión de los procesos en un plazo razonable, ha establecido la siguiente doctrina constitucional:

"...Si bien nuestra Constitución no establece de manera expresa el derecho fundamental del imputado a la conclusión del proceso penal dentro de un plazo razonable, de manera implícita lo consagra al proclamar en forma genérica que la 'celeridad' es una de las '...condiciones esenciales de la administración de justicia', entendimiento que se extrae del contenido del art. 116-X Constitucional. Nos parece que una interpretación en sentido contrario sólo podría tener sustento si se aceptara que tal proclamación carece de significado, lo que no es posible tratándose de una norma jurídica, y aún más, de la norma fundamental del país, siempre cargada de significado y fines".

A su vez, la normativa internacional sobre derechos humanos (los Pactos), que según la doctrina de este Tribunal integran el bloque de Constitucionalidad y por tanto tienen rango constitucional (Así SS.CC. Nos. 1494/2003-R, 1662/2003-R, 69/2004, entre otras), de manera expresa reconocen tal derecho, conforme a lo siguiente:

'1) Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8-1) 'Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'.

'2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14-3) 'Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas'.

'De lo anterior se extrae que la finalidad que persigue el legislador constituyente boliviano al introducir, en concordancia con los preceptos internacionales aludidos, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es que el imputado pueda definir su situación ante la ley y la sociedad dentro del tiempo más corto posible, desde un punto de vista razonable; poniendo fin a la situación de incertidumbre que genera todo juicio, y la amenaza siempre latente a su libertad que todo proceso penal representa. Con esto se persigue evitar que la dilación indebida del proceso, por omisión o la falta de la diligencia debida de los órganos competentes del sistema penal, pueda acarrear al procesado lesión a otros derechos, entre ellos, el de la dignidad y la seguridad jurídica, que resulten irreparables'.

'[...] en el sentido de la Constitución, se vulnera el derecho a la celeridad procesal y, dentro de ello, a la conclusión del proceso en un plazo razonable, cuando los órganos competentes de la justicia penal del Estado omiten desplegar, injustificadamente, la actividad procesal dentro de los términos que el ordenamiento jurídico establece; por tanto, en sentido del orden constitucional, no habrá lesión a este derecho, si la dilación del proceso, en términos objetivos y verificables, es atribuible al imputado o procesado. Un entendimiento distinto no guardaría compatibilidad ni coherencia con las exigencias de seguridad jurídica que la Constitución proclama [art. 7-a)] así como el deber del Estado de proteger de manera eficaz, toda lesión o puesta en peligro concreto, de los bienes jurídicos protegidos por el orden penal boliviano'.

Conforme a lo anotado, el fundamento de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, prevista en el art. 133 del Cód. Pdto. Pen se encuentra en el derecho del imputado a la conclusión del proceso penal dentro de un plazo razonable, derecho que implica, como señala la jurisprudencia glosada, que el imputado pueda definir su situación jurídica dentro del tiempo más corto posible, desde un punto de vista razonable; poniendo fin a la situación de incertidumbre que genera todo juicio.

Ante la infracción a ese derecho, por sobrepasar el proceso penal el término razonable, que en muchas legislaciones -como la nuestra- está previsto en la norma procesal penal, se impone, entonces, la extinción de la acción penal ante la omisión o falta de diligencia de los órganos competentes del sistema penal".

Debe agregarse que el art. 314 del Cód. Pdto. Pen, establece que las excepciones se tramitarán por la vía incidental por una sola vez, estableciendo como carga procesal para quien las oponga a ofrecer prueba idónea y pertinente, lo que implica que no será suficiente el planteamiento de la excepción, sino el ofrecimiento de prueba destinada a acreditar los argumentos o fundamentos en los que se base la pretensión, se entiende encaminada a demostrar que la excepción resulta fundada.

III.3. Análisis del caso concreto.

En el caso de autos, se evidencia que el excepcionista Rómulo Lafuente López, a fin de fundamentar su pretensión de extinción de acción penal por prescripción, enfatiza que desde la presunta comisión del delito de estafa agravada -12 de junio y 3 de julio de 2006, hasta la fecha de presentación de la excepción de extinción de la acción penal por prescripción -13 de febrero de 2017- transcurrieron 10 años, justificando que hasta esa fecha no existe una resolución judicial que haya puesto fin al proceso; es así, que haciendo una relación de actuados señala que se presentó la acusación el 15 de julio de 2013, el juicio oral el 13 de octubre de 2014, para luego ser condenado por Sentencia, afirmando que el delito no existe, porque aparentemente devolvió el dinero recibido como anticipo y entregó los lotes comprometidos; empero, afirma que esta sentencia fue confirmada por el A.V. N° 7 de 11 de febrero de 2016, que recurrido de casación, se emitió el A.S. N° 561/2016-RA de 2 de agosto, declarando inadmisibles sus recursos, contra el que interpuso Amparo Constitucional, cuya Resolución dejó sin efecto el mismo; en consecuencia, a su decir no existiría resolución judicial que haya puesto fin al proceso penal, adicionalmente asevera que no fue declarado rebelde por lo que no existiría causales de suspensión; sin embargo, por una parte se tiene que el impetrante al efectuar una relación de las fechas de algunas actuaciones contenidas en el proceso, en cierta manera confunde el instituto de la prescripción con el de duración máxima del proceso, exponiendo además argumentos que hacen a la causa principal, haciendo hincapié en las fechas de su emisión como si se tratase de una eventual retardación de justicia, pretendiendo a través de esta excepción que inclusive se ingrese al fondo de la causa al señalar que no existiría el delito porque aparentemente habría cumplido con el pago adeudado y entregado los terrenos prometidos.

Asimismo, se debe tener presente que el excepcionista se limita a sostener que en el caso de autos no operaría ninguna de las causales de interrupción o suspensión del término de la prescripción, ofreciendo como prueba el cuaderno de control de investigación y el cuaderno procesal, sosteniendo que no cuenta con declaratoria de rebeldía, cuando dicho aspecto no cursa en certificación alguna y sin que los

actuados procesales ofrecidos como prueba, permitan a este Tribunal tener la certidumbre de que el imputado durante el proceso penal no fue declarado rebelde, de modo que el acusado en el ámbito del art. 314-I del Cód. Pdto. Pen, tenía el deber de acreditar que durante la causa desde su inicio no fue declarado rebelde, sin soslayar que tenía el deber de exponer fundadamente de qué modo no concurren las causales de suspensión del término en cuestión, demostrando en su caso objetivamente dicho extremo en función a los pertinentes antecedentes del proceso, debiendo comprender el excepcionista que a esta sala penal le corresponde resolver las pretensiones de las partes con base a su planteamiento fundamentado y a las pruebas que las sustenten, no pudiendo de manera oficiosa suplir la omisión de las partes, porque ello importaría un desconocimiento del principio de imparcialidad, en el que se sustenta entre otros, la potestad de impartir justicia conforme el art. 178-I de la C.P.E.

Por lo expuesto, al no existir una fundamentación coherente con la solicitud de prescripción de la acción penal y menos el ofrecimiento de prueba idónea y pertinente que la respalde, porque el imputado expone tácitamente fechas de actuaciones y luego la problemática de fondo de la causa, los cuales no corresponden ser analizados a tiempo de resolver la prescripción; toda vez, que este tribunal no puede subsanar las falencias en las que incurrió, corresponde declarar infundada la excepción planteada, además de manifiestamente dilatoria, teniendo en cuenta el incumplimiento a una carga procesal básica y elemental que hace al planteamiento de cualquier pretensión ante una autoridad judicial y al deber que tiene el excepcionista de ofrecer prueba idónea y pertinente, conforme el mandato establecido por el arts. 314-I del Cód. Pdto. Pen.

Con relación a la respuesta brindada por Juvenal Condori Valencia y otros, en su condición de presuntas víctimas, en sentido de que a la fecha no existiría nada pendiente con el imputado al haberse, según manifiestan, procedido a la devolución de dineros y entrega de terrenos a los comunarios, es necesario precisar que dichos aspectos no resultan atinentes a la excepción de prescripción opuesta, pudiendo hacerse valer a través de otros mecanismos procesales que la ley prevé.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida en los arts. 44 in fine y 315 del Cód. Pdto. Pen., resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la Excepción de Extinción de la acción penal por prescripción del delito de estafa agravada, previsto y sancionado por el art. 335 del Cód. Pen., opuesta por el imputado Rómulo Lafuente López, conforme lo dispuesto por el art. 268 del Cód. Pdto. Pen, con los efectos previstos por el art. 315 párrafo tercero del Cód. Pdto. Pen.

En cumplimiento de la S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, se advierte a las partes que la presente resolución no es recurrible, debiendo notificarse a las partes conforme al art. 163 del Cód. Pdto. Pen.

Se reanuda el plazo procesal inserto en el art. 418 del Cód. Pdto. Pen.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 02 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



310

Mavilda Lijerón Saavedra c/ Esteban Ruíz Romero
Despojo
Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 14 de marzo de 2017, cursante de fs. 571 a 575, Esteban Ruíz Romero, opone excepción de extinción de la acción penal por prescripción y duración máxima del proceso, dentro del proceso penal seguido en su contra por Mavilda Lijerón Saavedra, por la presunta comisión del delito de despojo, previsto y sancionado por el art. 351 del Cód. Pen.

I. Argumentos de la excepción opuesta:

El imputado Esteban Ruíz Romero, formula su pretensión en base a los siguientes argumentos:

I. Propugna los fundamentos conclusivos y resolutive del Auto de Amparo Constitucional N° SCI 002/2017 de 21 de febrero, debido a que hace referencia a que los AA.SS. Nos 792/2016-RRC y el A.V. N° 15/2016, establecen que la presente causa se debe remitir a materia civil para declarar el mejor derecho propietario del inmueble, siendo que los juzgadores admiten la duda razonable sobre el derecho de propiedad y

sobre la presunta autoría del delito de despojo, enfatizando que legalmente despoja o desposee del derecho propietario y posesorio al legítimo titular del inmueble.

II. Refiere que en el expediente de fs. 138 a 142, 266 a 267, 268, 289, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307 a 309, 354 a 355, 356, 367, 384 a 385, 396 y 397, cursan memoriales de petición de incidentes, solicitando extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, reclamo que hubiera realizado desde el 15 de enero de 2013, arguyendo que desde que el imputado Esteban Ruiz fue notificado con el auto inicial de admisión de la acusación de 14 de enero de 2010 (fs. 35), hasta la presentación del memorial de extinción de la acción penal transcurrieron exactamente de tres años conforme prevé el art 133 del Cód. Pdto. Pen., que dispone: “que todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de la rebeldía...”; posteriormente, de que desaparecieron las causales de interrupción de la extinción de una injusta e ilegítima declaratoria de rebeldía declara de manera fraudulenta que duró solo un día del 22 al 23 de agosto de 2011; en consecuencia, señala que el plazo de la extinción por duración máxima del proceso comenzó a correr nuevamente computándose (válido) el tiempo ya transcurrido, cuya primera condición de tres años para la extinción de la duración máxima del proceso y cinco años cumplidos para la prescripción extintiva de la acción penal por el solo transcurso del tiempo previsto por el art. 29-2) del Cód. Pdto. Pen., por lo que señala que ya se operó y cumplió de manera superabundante, a partir de 15 de enero de 2013 adelante, según el art. 133 del Cód. Pdto. Pen., desde la notificación con el auto de admisión de la querrela al imputado el 14 de enero de 2013, transcurrieron siete años y un mes para operarse la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, transcurriendo también más 5 años que prevé la ley; en consecuencia, ya transcurrieron siete años y cuatro meses para declararse la prescripción extintiva de la acción penal por el transcurso del tiempo, previsto en el art. 29-2) del Cód. Pdto. Pen., a computarse desde el 22 de octubre de 2009, en que la querellante presenta su injusta e imaginaria querrela e inicia la tramitación del proceso de despojo; al respecto, hace referencia al A.S. N° 792/2016, el cual no hubiera logrado probar la presunta existencia o comisión del delito atribuido, por lo que ante una acción de amparo constitucional fue dejado sin efecto por la Resolución del Tribunal de garantías SCI 002/2017 de 21 de febrero, por lo que a la fecha el proceso no se encuentra ejecutoriado.

III. Fundamenta y justifica causales de dilación del proceso penal atribuidas al órgano judicial, bajo argumentos que se encuentran establecidos en las SS.CC. Nos. 1863/2013, 23/2007, 0101/2004-R, 1036/2002 y 1090/2010, pruebas documentales de sucesivas resoluciones judiciales que justifican las causales de dilación atribuidas al órgano judicial; al respecto, señala que la Sentencia N° 23/2010 de 4 de septiembre fue injusta, por esas circunstancias el A.V. N° 32/2011 de enero de 2011 anuló dicha resolución; asimismo, señala que fueron probos los argumentos del A.S. N° 607/2015 al declarar fundado el recurso de casación que interpuso el impetrante y de la misma forma fue correcta la fundamentación del Auto de Amparo Constitucional N° SCI 002/2017 de 21 de febrero de 2017, que con los mismos argumentos legales que del primer A.V. N° 32/2011 dejó sin efecto el A.S. N° 792/2016 que erróneamente declaró infundado el recurso de casación que interpuso el impetrante.

Posteriormente, señala que la segunda Sentencia N° 03/2012 de 16 de febrero incurrió en los mismos defectos procesales absolutos de fondo y de forma insubsanables por los cuales se anuló la primera sentencia y como emergencia de dicha sentencia refiere que recurrió de apelación restringida, por lo que el tribunal de alzada con relación a lo denunciado emitió el A.V. N° 26/2014 de 6 de febrero que declaró admisible e improcedente el recurso planteado; posteriormente, ante la interposición del recurso de casación, el Tribunal Supremo de Justicia en su sala penal emitió el A.S. N° 607/2015 de 11 de septiembre que declaró fundado el recurso interpuesto y dejó sin efecto el auto de vista de donde se concluyó por presunción legal documentada probada que los vocales incurrieron en impericia jurídica e irregularidades judiciales culposas o dolosas; y consecuentemente, incurrieron en irresponsabilidad profesional disciplinaria; por consiguiente, señala que incurrieron en las causales de dilación culposas o dolosas atribuidas al órgano judicial probablemente por confabulación judicial con la querellante.

Asimismo, refiere que en la tramitación de la presente causa transcurrieron aproximadamente siete años en los que se incurrieron en dilaciones indebidas ocasionadas por el Órgano Judicial. En consecuencia, solicita que se declare la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso o alternativamente y de forma paralela procede la prescripción extintiva de la acción penal cumplida por el solo transcurso del tiempo de 7 años y 4 meses haciendo referencia a la querrela de 22 de octubre de 2009, debido a que no se probó una fecha de la comisión del delito denunciado y menos la existencia del delito de despojo acusado, por lo que tampoco se puede observar la interrupción de la prescripción.

IV. Hace referencia a jurisprudencia constitucional vinculante sobre la declaratoria de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y por prescripción extintiva de la acción penal por el solo transcurso del tiempo, consistente en las SS.CC. Nos. 1036/2002 de 29 de agosto, 23/2007-R de 16 de enero y 1863/2013 de 29 de octubre.

Por los argumentos referidos solicita se declare probada la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso o alternativamente se declare la prescripción de la acción penal.

II. Respuesta a la excepción opuesta

Por Decreto de 23 de marzo de 2017 (fs. 570), conforme lo dispuesto por el art. 314 del Cód. Pdto. Pen., se corrió traslado la excepción opuesta, sin que curse respuesta de la parte contraria, motivo por el cual por Decreto de 25 de abril de 2017, se dispuso que pasaran antecedentes a despacho para la resolución de las pretensiones planteadas.

III. Análisis y resolución de la excepción opuesta

Del análisis de los antecedentes y fundamentos expuestos por el excepcionista, corresponde analizar y resolver la pretensión planteada, a través de una resolución fundamentada en observancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

III.1. De la competencia de este tribunal para resolver cuestiones incidentales referidas a la extinción de la acción penal.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, efectuando una reconducción de la línea asumida por el Tribunal Constitucional de transición en cuanto a los jueces y tribunales competentes para resolver las excepciones o incidentes de solicitud de extinción de la acción penal, estableció el siguiente razonamiento, que este Máximo Tribunal de Justicia ordinaria, tiene el deber de acatar en mérito al carácter vinculante y cumplimiento obligatorio que los pronunciamientos constitucionales ostentan en mérito al art. 203 de la C.P.E.

Así la S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, estableció el siguiente entendimiento: “Pues bien, al estar fijados los entendimientos desarrollados precedentemente, los fundamentos de la S.C. N° 1716/2010-R, no constituyen argumentos suficientes para determinar que la única autoridad competente para asumir el conocimiento de los incidentes de extinción de la acción penal, sean las autoridades jurisdiccionales que emitieron la sentencia de primera instancia, sino que, en virtud a lo establecido por el art. 44 del Cód. Pdto. Pen., ‘Él juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas’. En este sentido, es menester dejar establecido que, la autoridad competente para asumir el conocimiento y resolver los incidentes de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción, es el juez o tribunal donde radica la causa principal, así, si el planteamiento de la excepción se da en etapa de apelación o casación, las decisiones emergentes de las salas penales y del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud los entendimientos plasmados precedentemente, pero fundamentalmente por la naturaleza de la etapa procesal, no admiten impugnación; en efecto, lo que se pretende es evitar las exageradas dilaciones que conllevan las peticiones y envíos de expedientes entre el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales o jueces concedores de la causa principal, que a cuya consecuencia, en muchos casos, se han postergado innecesariamente las decisiones oportunas en cuanto al fondo del proceso se refiere, muchas veces por las comunicaciones inoportunas de los jueces y tribunales concedores de la causa principal, como ocurrió en el caso analizado; asimismo, como se expresó, la interposición de los incidentes ante las prenombradas autoridades, en la práctica sirvió para paralizar el pronunciamiento de fondo, ya que inclusive, estando sorteada la causa, el máximo Tribunal de justicia ordinaria, se vio impedido de emitir la resolución mientras no esté resuelta la excepción ante el juez de instancia, lo que sin duda constituye una clara vulneración de los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de acceso a la justicia y una afrenta a la vigencia del principio de celeridad y también de concentración de actos. En este sentido, cuando el justiciable decida plantear extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, deberá formularlo ante el juez o tribunal que conoce la causa principal; sin embargo, también es imperioso aclarar que, si el incidente fuere suscitado ante el Juez de Instrucción en lo Penal o, ante los Tribunales o Jueces de Sentencia Penal, sus decisiones efectivamente son impugnables, ya que la naturaleza de la etapa procesal así lo permite. El presente entendimiento implica la reconducción de la línea jurisprudencial establecida en la S.C. N° 1716/2010-R a los entendimientos asumidos en la S.C. N° ‘0245/2006’, que emergió de los razonamientos establecidos en las SS.CC. Nos. ‘0101/2004, 1868/2004-R, 0036/2005, 0105-R, 1365/2005-R’ y AC 0079/2004-ECA.”

III.2. De la base legal y jurisprudencial sobre la extinción de la acción penal por prescripción y por duración máxima del proceso.

El art. 315 del Cód. Pdto. Pen., modificado por el art. 8 de la L. N° 586 de 30 de octubre de 2014, señala que: I) La o el juez o tribunal, dictará resolución fundamentada conforme a los plazos previstos en el artículo precedente, declarando fundada o infundada las excepciones y/o incidentes, según corresponda; II) Cuando las excepciones y/o incidentes sean manifiestamente improcedentes, por carecer de fundamento y prueba, la o el juez o tribunal, deberá rechazarlas in limine sin recurso ulterior, en el plazo de 24 hrs., sin necesidad de audiencia y sin mayor trámite; III) En caso de que las excepciones y/o incidentes sean declaradas manifiestamente dilatorias, maliciosas y/o temerarias, interrumpirán los plazos de la prescripción de la acción penal, de la duración de la etapa preparatoria y de duración máxima del proceso, computándose nuevamente los plazos. Consecuentemente, la o el juez o tribunal previa advertencia en uso de su poder coercitivo y moderador, impondrá a la o el abogado una sanción pecuniaria equivalente a dos salarios mínimos nacionales, monto de dinero que será depositado en la cuenta del Órgano Judicial y en caso de continuar con la actitud dilatoria, la o el juez o tribunal apartará a la o el abogado de la actuación del proceso en particular, designando a un defensor público o de oficio; y, IV. El rechazo de las excepciones y de los incidentes impedirá que sean planteados nuevamente por los mismos motivos.

Sobre la prescripción.

Por su parte el art. 29 del Cód. Pdto. Pen., señala que la acción penal prescribe: 1) En ocho años, para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de seis o más de seis años; 2) En cinco años, para los que tengan señaladas penas privativas de libertad cuyo máximo legal sea menor de seis y mayor de dos años; 3) En tres años, para los demás delitos sancionados con penas privativas de libertad; y, 4) En dos años para los delitos sancionados con penas no privativas de libertad.

Conforme el art. 31 del Cód. Pdto. Pen. el término de la prescripción, sólo se interrumpirá por la declaratoria de rebeldía del imputado, momento desde el cual el plazo se computará nuevamente.

Por otro lado, se establece que sólo se suspenderá en los siguientes casos previstos por el art. 32 del Cód. Pdto. Pen.:

- “1) Cuando se haya resuelto la suspensión de la persecución penal y esté vigente el periodo de prueba correspondiente;
- 2) Mientras esté pendiente la presentación del fallo que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas;
- 3) Durante la tramitación de cualquier forma de antejuicio o de la conformidad de un gobierno extranjero de la que dependa el inicio del proceso; y,
- 4) En los delitos que causen alteración del orden constitucional e impidan el ejercicio regular de la competencia de las autoridades legalmente constituidas, mientras dure ese estado”.

El art. 351 del Cód. Pen., tipifica el delito de Despojo: “El que en beneficio propio o de un tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio, despojare a otro de la posesión o tenencia de un inmueble, o del ejercicio de un derecho

real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes incurrirá en privación de libertad de seis meses a cuatro años”.

Respecto a la duración máxima del proceso.

La Constitución Política del Estado en su art. 15-II señala: “El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”; asimismo, el art. 178-I relativo a los principios que sustentan la potestad del Órgano Judicial de impartir justicia, contempla como tales a la celeridad, la seguridad jurídica y el respeto a los derechos, principios reconocidos en los arts. 115, 178 y 180-I de la C.P.E. De igual manera el art. 3 de la L. N° 025 con relación al art. 30, establece los principios en los que se sustenta, siendo estos los de seguridad jurídica, celeridad, respeto a los derechos, eficiencia y debido proceso.

Entre los motivos de extinción de la acción penal que fija la norma procesal penal, el art. 27-10) del Cód. Pdto. Pen., dispone: “Por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso”; en relación a ello, el mismo Código, en el art. 133, establece la forma de realizar el cómputo, disponiendo: “Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía.

Las causas de suspensión de la prescripción suspenderán el plazo de duración del procedimiento. Cuando desaparezcan éstas, el plazo comenzará a correr nuevamente computándose el tiempo ya transcurrido.

Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal”.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 5 del Código adjetivo penal, determina: “Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito.

Toda persona a quien se atribuya un delito tiene derecho a ser tratada con el debido respeto a su dignidad de ser humano” (resaltado propio).

Sobre la temática y en relación al cómputo del plazo para determinar la duración máxima del proceso, el Tribunal Constitucional estableció, analizando la actuación del tribunal de alzada, que: “...no tomaron en cuenta lo previsto por la S.C. N° 1036/2002-R, de 29 de agosto, pues el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 del Cód. Pdto. Pen., para el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, plazo que en casos de existir pluralidad de imputados se computa desde la última notificación con la imputación formal; lo que no implica que el plazo de tres años (art. 133 Cód. Pdto. Pen.) en el que deben finalizar los juicios se amplíe, con ese razonamiento interpretativo la ya citada S.C. N° 1036/2002-R, en forma clara, determinó que el cómputo de los tres años de duración del proceso no debía efectuarse desde la imputación formal al señalar que: ‘éste entendimiento interpretativo (se refiere a la imputación formal y al inicio del proceso) no significa que nuestro sistema procesal se aparte del mandato de justicia pronta y efectiva, que contiene el art. 116-X constitucional, por cuanto el plazo de tres años (art. 133 del Cód. Pdto. Pen.) en el que deben finalizar los juicios, no se amplía con este razonamiento interpretativo’.

Por su parte el art. 5 del Cód. Pdto. Pen., párrafo segundo, dispone que: ‘Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito’; por consiguiente, considerando dicha normativa, el cómputo de los tres años de duración del proceso penal previsto en el art. 133 del Cód. Pdto. Pen., se computa a partir de la primera sindicación efectuada en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito; en consecuencia, para computar la extinción de la acción penal por el transcurso máximo del tiempo previsto en el referido art. 133 del Cód. Pdto. Pen., es necesario considerar lo manifestado” (S.C. N° 033/2006 de 11 de enero, resaltado propio).

A lo expresado, debe añadirse que con relación al momento a partir del cual debe computarse el término previsto en el art. 133 del Cód. Pdto. Pen., en los delitos de acción privada, la S.C. N° 0023/2007-R de 16 de enero, efectuó la siguiente precisión: “De acuerdo al art. 133 del Cód. Pdto. Pen., todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía.

En los delitos de acción privada, ese plazo se computa desde la notificación con la admisión de la acusación particular presentada por el querellante, ya que se constituye en el primer actuado por el cual se hace conocer al juez y al procesado de la existencia de una acusación”.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos que la autoridad jurisdiccional debe observar para determinar la extinción de la acción penal, la jurisprudencia constitucional en reiterados fallos, aclaró no ser suficiente considerar únicamente el transcurso del tiempo, sino que se debe analizar caso por caso la complejidad del asunto, referida no sólo a los hechos, también a la cuestión jurídica, la conducta de las partes que intervienen en el proceso y de las autoridades competentes -Órgano Judicial y Ministerio Público-, carga atribuida al imputado (S.C. N° 101/2004 de 14 de septiembre de 2004, Auto Constitucional N° 0079/2004-ECA de 29 de septiembre y 1042/2005-R de 5 de septiembre, entre otras); en esa misma línea, la S.C. N° 0551/2010-R de 12 de julio, estableció: “(...) vale dejar claramente establecido que el plazo fatal y fijo, no puede ser considerado como único criterio para extinguir una causa por duración máxima del proceso, sino que también debe ponderarse en forma concurrente los factores ya citados en la jurisprudencia constitucional glosada, efectuando un análisis para cada caso concreto, donde deberá analizarse si existen elementos suficientes que establezcan la extinción de la acción, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, aspectos que constituyen una omisión indebida por parte de los codemandados, sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano, como la falta de nombramiento oportuno de dichas autoridades, las frecuentes e intempestivas renunciaciones de funcionarios de esas reparticiones, así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia. En consecuencia, corresponderá efectuar un estudio integral de los elementos que incidieron en la mora procesal, sin atentar contra la eficacia de la coerción penal favoreciendo a la impunidad”.

De ahí que se entiende que el plazo previsto por el art. 133 del Cód. Pdto. Pen., constituye un parámetro objetivo a partir del cual corresponde analizar en cada caso concreto la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso, para cuyo análisis la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó tres criterios esenciales: a) La complejidad del asunto; b) La actividad procesal del interesado; y, c) La conducta de las autoridades judiciales, criterios que fueron asimilados por el Tribunal Constitucional mediante la S.C. N°0101/2004 de 14 de septiembre y el Auto Complementario N° 0079/2004-ECA de 29 del mismo mes. Por ello, no todo proceso que exceda el plazo de duración máxima previsto por ley vulnera la garantía de juzgamiento en plazo razonable, sino únicamente cuando resulta evidente la indebida dilación de la causa.

Se debe entender por la complejidad del asunto, que éste debe determinarse en función de las circunstancias de jure y de facto del caso concreto, que a su vez, alternativamente pueden estar compuestas por: a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y, d) la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas defensas, entre otros elementos.

La actividad o conducta procesal del imputado, con relación a la conducta procesal, cabe destacar que ésta puede ser determinante para la pronta resolución del proceso o para su demora, en el caso que el imputado demuestre un comportamiento procesal obstruccionista o dilatorio. Por ello, para determinar si la conducta procesal del imputado ha contribuido a la demora en la resolución del proceso penal, es necesario verificar si ésta ha sido obstruccionista o dilatoria y si ha trascendido o influido en la resolución de éste, para lo cual debe tenerse presente si ha hecho uso abusivo e innecesario de los instrumentos que la ley pone a su disposición, bajo la forma de recursos o de otras figuras.

La conducta de las autoridades judiciales, para evaluar la conducta o comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente: a) la insuficiencia o escasez de los tribunales; b) la complejidad del régimen procesal; y c) si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal.

En definitiva, la garantía de juzgamiento en plazo razonable es coherente con la garantía a una justicia sin dilaciones indebidas, pues lo que se pretende es resguardar al imputado de aquellos actos injustificados que dilatan la tramitación del proceso y la resolución final, provocando y manteniendo en incertidumbre y zozobra al encausado, por ello corresponde en cada caso analizar si la no conclusión de un proceso en el plazo máximo previsto por ley, obedece o no a dilaciones indebidas.

En consecuencia, la garantía de juzgamiento en plazo razonable, es coherente con la garantía a una justicia sin dilaciones indebidas, pues lo que se pretende es resguardar al imputado de aquellos actos injustificados que dilatan la tramitación del proceso y la resolución final, provocando y manteniendo en incertidumbre y zozobra al encausado, por ello corresponde en cada caso analizar si la no conclusión de un proceso en el plazo máximo previsto por ley, obedece o no a dilaciones indebidas. Asimismo, debe agregarse, que el art. 314 del Cód. Pdto. Pen., establece específicamente que en las excepciones planteadas el impetrante deberá correr con la carga de la prueba acompañando la documentación correspondiente.

III.3. Análisis del caso concreto.

Previamente al análisis del caso, es preciso tener presente que, de acuerdo al art. 17-II de la L.O.J., en grado de apelación, casación o nulidad, los tribunales deberán pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos solicitados en los recursos interpuestos, lo que obedece a la congruencia que deben observar los fallos a tiempo de resolver las cuestiones planteadas, sujetándose a los puntos expresamente observados o impugnados en la interposición de los recursos.

Sobre la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción.

Se debe tener en cuenta que en el caso de autos el excepcionista de una forma por demás confusa y contradictoria formula inicialmente una solicitud de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y a la misma vez refiere la "prescripción extintiva de la acción penal por el solo transcurso del tiempo", que se entendería que se refiere a una excepción de extinción de la acción penal por prescripción bajo la previsión del art. 29-2) del Cód. Pdto. Pen., sin precisar la fecha del hecho para realizar un cómputo sobre el plazo en el que opera la prescripción en sus diferentes variantes, señalando simplemente que ya transcurrió más de 7 años y 4 meses; por otro lado, debe quedar precisado que el excepcionista incurre en imprecisión cuando señala que al ser declarado rebelde se suspendió y/o interrumpió el plazo (sin precisar que se refiere a la prescripción), es más no fundamenta la incidencia de este aspecto y de qué manera hubiera interferido el cómputo del plazo -cuando era su deber- para considerar en la resolución de la presente excepción; en consecuencia, se advierte que de manera conjunta y confusa pretende argumentar aspectos que hacen a estos dos institutos que tienen connotaciones diferentes en este caso las previstas en los arts. 29, 30, 31, 32 del Cód. Pdto. Pen.; aspecto que, debió observar el impetrante en la solicitud de la extinción de la acción penal por prescripción; teniendo en cuenta que refiere dos momentos para el inicio del cómputo; uno, el día que fue notificado con el auto inicial de la admisión del acusación; y otro, el día de la presentación de la querrela, aspecto que no condice para nada con lo establecido en el art. 30 del Cód. Pdto. Pen.; vale decir, considerar la media noche del día en que se cometió el delito o en el que cesó su consumación, de donde se advierte el incumplimiento de los aspectos esenciales que hacen al cómputo del plazo que debe correr por parte del excepcionista para que este tribunal tenga las bases para realizar un cómputo adecuado con la normativa que hace a la excepción de la extinción de la acción penal por prescripción planteada.

Otro aspecto a tener en cuenta es que mediante acta de audiencia de 22 de agosto de 2011, el imputado fue declarado rebelde instruyéndose la emisión del mandamiento de aprehensión y arraigo en su contra (fs. 131 y vta.), lo que implica que el recurrente debió explicar este antecedente a efectos de la aplicación del art. 31 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, que el término de la prescripción de la acción se interrumpió por la declaratoria de rebeldía, momento desde el cual el plazo se computa nuevamente; en este caso; en la excepción planteada

no se advierte en lo más mínimo desde qué momento empezó a correr el plazo de la prescripción conforme lo establecido por el art. 30 del Cód. Pdto. Pen., aspecto extrañado en el aludido memorial que desde luego imposibilitan a este tribunal realizar una precisión respecto del momento idóneo para realizar el cómputo del plazo de la prescripción, teniendo en cuenta que el impetrante no proveyó dichos insumos.

En ese contexto, se advierte que el incidentista, incurre en confusión con relación a dos institutos jurídicos distintos, destinados ambos a limitar el ejercicio del ius puniendi del Estado en un plazo razonable y no arbitrario; sin embargo, regulados legalmente de manera independiente debido a su naturaleza jurídica distinta y la forma del cómputo de su vencimiento, la prescripción de la acción estrictamente vinculada al momento de la comisión de los hechos penales y su configuración en el tipo penal correspondiente; y, extinción por duración máxima del proceso, al inicio del movimiento del aparato estatal de investigación y de juzgamiento, a partir de la denuncia de los hechos endiligados (en sede judicial o administrativa), soslayando su deber de exponer fundadamente de qué modo se produce la extinción de la acción penal, demostrando objetivamente que no concurren las causales de suspensión o interrupción del término en cuestión, a través de prueba idónea y pertinente, conforme exige el art. 314 del Cód. Pdto. Pen.; por cuanto, ni siquiera hace alusión en esta excepción concurrió o no en alguna de las causales de suspensión y/o interrupción de la prescripción de acuerdo a los arts. 31 y 32 del Cód. Pdto. Pen., señalando simplemente que fue declarado rebelde pero se presentó posteriormente a la audiencia y que la declaratoria de rebeldía fue ilegal sustentando lo referido solo para la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y no así para la prescripción, estas omisiones señaladas no pueden ser salvadas de oficio por este tribunal; por cuanto, la normativa procesal penal descrita en la parte final del fundamento jurídico III.2 de este auto supremo, establece una carga procesal al excepcionista con la finalidad que éste demuestre los extremos aducidos en su excepción.

Respecto a la alusión que hace sobre la extinción de la acción penal por máxima duración del proceso, conforme se destacó en el acápite anterior, la jurisprudencia ha impuesto a la parte que pretende la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, el deber de fundamentar que la mora procesal más allá del plazo máximo establecido por ley, es de responsabilidad del órgano judicial o del Ministerio Público, o se entiende del acusador particular considerando los sujetos procesales que intervienen en un proceso por acción privada, precisando de manera puntual en qué partes del expediente se encuentran los actuados procesales que provocaron la demora o dilación invocada.

En ese sentido, analizada la excepción de extinción de la acción opuesta por Esteban Ruiz Romero, se evidencia que en su planteamiento incumple con el citado deber o carga procesal, pues se limita a realizar una cronología de los actuados procesales dentro el caso de autos como la propugnación que hace a los fundamentos conclusivos y resolutivos de una acción de amparo constitucional que planteó contra el A.S. N° 792/2016 de 14 de octubre, en la cual le fue concedida la tutela por el tribunal de garantías mediante Resolución N° 002/2017 de 21 de febrero, sin establecer el incidentista la adecuación a lo establecido en la S.C. N° 0101/2004 de 14 de septiembre y el Auto Complementario N° 0079/2004-ECA de 29 del mismo mes, que son los parámetros a los cuales se debe regir la interposición de estas excepciones de extinción de la acción penal; posteriormente, realiza una puntualización en la que reitera de manera confusa el pedido de que se conceda la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y por prescripción, refiriendo fojas en las que supuestamente constan que interpuso solicitudes de extinción de la acción penal, haciendo de manera conjunta un análisis respecto del inicio del cómputo del plazo en el caso de la extinción de la acción penal, tomando en cuenta el 14 de enero de 2010 que sería la fecha que fue notificado con el auto de inicial de admisión de la acusación y que hasta la fecha de la presentación de su memorial transcurrieron 7 años y 1 mes para la aplicación de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso; sin explicar, como se dijo anteriormente la dilación atribuible al Órgano Judicial o en este caso al acusador particular, tratándose del delito de despojo, situación que no se advierte en el presente caso.

Por otro lado, con relación a que si el Órgano Judicial hubiera incurrido en dilaciones indebidas, no establece cuáles los actos dilatorios, pues se limita a señalar como prueba las resoluciones de las actuaciones emergentes de las denuncias y/o recursos que plantearon las partes como: La Sentencia N° 23/2010 de 4 de septiembre, A.S. N° 607/2015, Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 002/2017 de 21 de febrero, el A.S. N° 792/2016, el A.V. N° 32/2011, el A.V. N° 26/2014, la denominación de auto de vista que le da a la disidencia del Vocal Victoriano Morón Cuellar de 11 de febrero de 2016, el A.V. N° 15/2016 de 21 de abril; situación que no justifica que el Órgano Judicial haya incurrido en dilaciones indebidas debido a que no se realiza una estimación de qué tiempo dicho actuado generó mora indebida; es más, si en la mayoría de los actos fue el impetrante quién recurrió de casación y/o de apelación e incluso acudió a la vía constitucional. Por los aspectos señalados, se tiene que el recurrente no cumplió con lo establecido en la S.C. N° 0101/2004 de 14 de septiembre y el Auto Complementario N° 0079/2004-ECA de 29 del mismo mes, por lo que debe entenderse que el impetrante no precisó en qué actuados este tribunal puede objetivamente verificar la dilación indebida; lo que implica, que el excepcionista no tomó en cuenta que quién interpone la excepción debe fundamentar que la mora procesal más allá del plazo máximo establecido por ley, no es de responsabilidad en el caso concreto del imputado, debiendo en todo caso precisar de manera puntual en qué partes del expediente se encuentran los actuados procesales que provocaron la demora o dilación invocada, aspectos omitidos por la parte imputada, lo que hace inviable su pretensión de extinción de la acción penal.

Asimismo, se debe establecer que de acuerdo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a efectos de la viabilidad o no de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, es preciso observar los siguientes aspectos de orden legal:

Con relación al actividad procesal del interesado, este tribunal no puede soslayar de la revisión de antecedentes, que el recurrente al plantear sus memoriales denota obstaculización en el desarrollo del proceso, teniendo en cuenta que en dos oportunidades se emitió Sentencia por el delito de despojo, en las cuales se le impuso la pena de tres años de reclusión, de la misma forma se advierte que recurrió de todas las resoluciones aspecto que generó la dilación en la presente causa, tal como se detalló anteriormente y de los cuales se analizará infra, hechos que en definitiva se traducen en parámetros objetivos y verificables que impidieron la conclusión del proceso en un plazo razonable que fueron provocadas por el imputado de acuerdo al siguiente detalle:

La solicitud de postergación de audiencia de conciliación presentada el 19 de enero de 2010 (fs. 36); solicitud de suspensión de audiencia de 17 de agosto de 2010 (fs. 61); el 4 de septiembre de 2010 se emitió Sentencia N° 23/2010 en su contra por la comisión del delito de despojo condenándolo a la pena privativa de libertad de tres años; mediante acta de audiencia de juicio oral se advierte que el 22 de agosto de 2011 fue declarada su rebeldía instruyéndose la emisión del mandamiento de aprehensión y arraigo (fs. 131 y vta.); se advierte que interpone objeción a la querrela de 9 de septiembre de 2011 (fs. 148 a 149); mediante acta de audiencia de objeción de querrela se informa que la parte no tomó en cuenta los recaudos para llevar adelante dichas notificaciones por lo que se suspendió el acto (fs. 152), solicita nuevo día y hora de audiencia el 21 de septiembre de 2011 (fs. 154); el 5 de octubre de 2011 se rechaza la objeción de querrela que planteó (fs. 158 a 159 vta.); posteriormente, ante la emisión de una nueva Sentencia N° 03/2012 de 16 de febrero que le condena por la comisión del delito de despojo con la pena privativa de libertad de tres años, interpone recurso de apelación restringida el 29 de febrero de 2012 (fs. 232 a 236 vta.), plantea excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso el 15 de enero de 2013 (fs. 266 a 267 vta.) solicitud que es rechazada mediante Resolución de 7 de enero de 2013 (fs. 289 y vta.), ante dicha resolución plantea apelación incidental el 27 de marzo de 2013 (fs. 292 a 293) que es rechazada mediante Auto de Vista de 5 de julio de 2013 (fs. 305 y vta.), mediante el Auto de Vista de 6 de febrero de 2014 se declara improcedente la apelación presentada por el imputado (fs. 323 a 326 vta.); posteriormente, interpone recurso de casación el 12 de mayo de 2014 (fs. 343); una vez radicada la causa en el Tribunal Supremo de Justicia, interpone excepción de extinción de la acción penal por prescripción el 2 de septiembre de 2014 (fs. 354 a 355 vta.), que es tramitada conforme las previsiones de la S.C. N° 1716/2010-R de 25 de octubre, por lo que se remite el proceso a su distrito, donde el Juzgado Primero de Sentencia el 29 de octubre de 2014 rechaza la pretensión (367 y vta.); ante dicha resolución plantea apelación incidental el 21 de noviembre de 2014 (fs. 374 a 377), la cual fue resuelta por Auto de Vista de 8 de julio de 2015 que determinó rechazar la apelación interpuesta, también plantea el 3 de agosto de 2015 incidente de nulidad de obrados por defectos absolutos (fs. 400 a 401), posterior a dichas intervenciones mediante A.S. N° 607/2015 de 11 de septiembre, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia determinó dejar sin efecto el Auto de Vista de 26 de febrero de 2014 al advertirse que el auto de vista no se pronunció respecto de uno de los puntos apelados (fs. 409 a 412), ante estas observaciones el tribunal de alzada emitió un nuevo Auto de Vista el 21 de abril de 2016, que declara improcedente el recurso de apelación restringida que planteó el imputado (fs. 428 a 433 vta.), ante esta determinación el imputado nuevamente plantea recuso de casación el 4 de mayo de 2016 (fs. 444 a 453), que fue resuelto por el A.S. N° 792/2016 de 14 de octubre que determinó declarar infundado el recurso de casación (529 a 537), dicho Auto Supremo fue dejado sin efecto ante la emisión de la Resolución N° 002/2017 de 21 de febrero del Tribunal de garantías constituido por la Sala Civil y Familiar Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca. En consecuencia, de todo lo expuesto se advierte que la conducta del procesado fue determinante para la demora en la resolución del proceso, así se demostró de su comportamiento procesal que contribuyó a la demora en la resolución del proceso penal, verificándose una conducta dilatoria transcendental que ha influido en la tramitación de la presente causa.

Respecto a la conducta de las autoridades judiciales, donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa, resulta será preciso examinar las actuaciones u omisiones del órgano judicial en la tramitación de la causa y todas las incidencias que conlleva su tramitación respecto de que las mismas fueron o no justificadas, la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, siendo criterios que permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no y que deben ser analizadas en este caso respecto de lo alegado por el impetrante.

De lo manifestado, se advierte que el impetrante refirió como causales de dilación del proceso penal atribuidas al órgano judicial los siguientes actuados: Que la Sentencia N° 23/2010 de 4 de septiembre fue injusta, por esas circunstancias el A. V. N° 32/2011 de enero de 2011 anuló dicha resolución; asimismo, señala que fueron probos los argumentos del A.S. N° 607/2015 al declarar fundado el recurso de casación que interpuso y de la misma forma fue correcta la fundamentación del Auto de Amparo Constitucional SCI 002/2017 de 21 de febrero de 2017 que con los mismos argumentos legales que del primer A.V. N° 32/2011, dejó sin efecto el A.S. N° 792/2016 que erróneamente declaró infundado el recurso de casación que interpuso. Posteriormente, señala que la segunda Sentencia N° 03/2012 de 16 de febrero incurrió en los mismos defectos procesales absolutos de fondo y de forma insubsanables por los cuales se anuló la primera sentencia y como emergencia de dicha Sentencia refiere que recurrió de apelación restringida por lo que el tribunal de alzada con relación a lo denunciado emitió el A.V. N° 26/2014 de 6 de febrero, que declaró admisible e improcedente el recurso planteado, posteriormente ante la interposición del recurso de casación, el Tribunal Supremo de Justicia en su sala penal emitió el A.S. N° 607/2015 de 11 de septiembre, que declaró fundado el recurso interpuesto y dejó sin efecto el Auto de Vista de donde se concluyó por presunción legal documentada probada que los vocales incurrieron en impericia jurídica e irregularidades judiciales culposas o dolosas; y consecuentemente, incurrieron en irresponsabilidad profesional disciplinaria; por consiguiente, señala que incurrieron en las causales de dilación culposas o dolosas atribuidas al órgano judicial probablemente por confabulación judicial con la querellante.

Por lo analizado, de los antecedentes del proceso y los aspectos observados por el recurrente, resulta evidente que el órgano judicial en resguardo de los derechos y garantías de las partes realizó una correcta labor en cuanto a la tramitación de la causa, teniendo en cuenta que dio una respuesta debida y oportuna a la apelación y recursos que el impetrante planteó en el desarrollo del proceso que se constituyeron en los motivos por los cuales transcurrió el tiempo en el caso de autos; vale decir, que las dilaciones en la presente causa se debe a factores externos al verificarse que los actos procesales realizados fueron los necesarios y pertinentes para el desarrollo de la presente causa, por lo que no se puede atribuir dilación alguna al órgano judicial.

Asimismo, se observa que las impugnaciones dentro la presente causa y la acción tutelar, fueron tramitadas y resueltas en resguardo a la normativa vigente, por lo que en la presente causa se advierte con claridad que la dilación de la resolución del caso de autos, no resulta imputable al órgano judicial, sino a las circunstancias; por tanto, respecto a la pretensión de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, se cuentan con las consecuencias de las dilaciones que se enmarcan a las impugnaciones realizadas por el imputado, estableciéndose de un análisis integral que todos estos elementos incidieron en la mora procesal; empero, sin atentar contra la eficacia de la tramitación de la causa, al enmarcarse en las previsiones contenidas en la normativa y jurisprudencia señalada en la presente resolución que

determinan el rechazo de dicha pretensión; a todo aquello, sumado el hecho de que en el planteamiento de la excepción de la extinción de la acción penal por prescripción, el imputado no cumplió con los presupuestos destinados a demostrar objetivamente el cumplimiento de los arts. 29 y siguientes del Cód. Pdto. Pen.; correspondiendo que las excepciones sujetas al presente análisis, sean declaradas infundadas de acuerdo al párrafo I del art. 315 del Cód. Pdto. Pen., modificado por el art. 8 de la L. N° 586 de 30 de octubre de 2014.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida en los arts. 44 in fine y 315 del Cód. Pdto. Pen., resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la excepción de extinción de la acción penal por prescripción y por duración máxima del proceso, opuestas por el imputado Esteban Ruíz Romero.

En cumplimiento de la S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, se advierte a las partes que la presente resolución no es recurrible, debiendo notificarse a los sujetos procesales conforme al art. 163 del Cód. Pdto. Pen.; y posteriormente, procederse al sorteo de la presente causa.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 02 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



311

Ministerio Público c/ Paulo de Matos Pereira y otros
Tráfico de sustancias controladas
Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 10 de abril de 2017, cursante de fs. 2290 a 2294 vta., Paulo de Matos Pereira, opone excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, dentro de la acción penal interpuesta en su contra por el Ministerio Público, por la presunta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas, previsto y sancionado por los arts. 48 con relación al 33-m) de la L. N° 1008.

I. Excepción formulada por el imputado: El excepcionista alega que el 23 de noviembre de 2016, hubiese sido detenido con fines investigativos junto a otras personas, prestando para ello su declaración informativa en dependencias de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico (FELCN) el 24 del mismo mes y año, para posteriormente disponerse su detención preventiva. Posteriormente, el 17 de junio de 2011 se presenta Acusación Fiscal (después de 7 meses), la presentación de pruebas se la efectúa el 5 de septiembre de 2011 (tres meses después), con dichos antecedentes bajo la denominación de Auditoria de actividad procesal, describe los siguientes actuados:

1. Suspensiones de la cesación preventiva; a) Por falta de notificación al Ministerio Público a fs. 532; b) A solicitud del Ministerio Público por tener un mega operativo a fs. 543; c) Inasistencia del Ministerio Público a fs. 545; d) A fs. 617 cursa el acta de rechazo a la solicitud de cesación. Concluido dicho trámite se fija audiencia conclusiva para el 26 de septiembre de 2011, que fue suspendida para el 22 de octubre de 2001 (cuatro meses de presentarse la acusación).

2. Radicado el proceso, el tribunal sexto emite auto de apertura de juicio oral el 6 de febrero de 2012 (1 año y 3 meses después de iniciada la etapa preparatoria), fijando fecha de juicio para el 16 de marzo de 2012.

3. El 7 de marzo de 2012, se efectúa la audiencia de cesación a la detención preventiva, que es rechazada, mediante memorial a fs. 883 se renuncia al recurso de apelación. El 27 de marzo de 2012, nuevamente se lleva adelante audiencia de Cesación a la detención preventiva, declarándose no ha lugar a lo solicitado de fs. 931 a 934.

4. Respecto de las suspensiones de audiencias de juicio oral: a) De fs. 944 a 945 a solicitud de Ministerio Público, fijándose nueva fecha para el 13 de abril de 2012; b) A fs. 979 y 980 por inasistencia de un abogado patrocinante del co-acusado Alberto Francisco Pereyra, señalándose una nueva para el 25 del mismo mes y año; c) De fs. 988 a 994 por lo avanzado de la hora el tribunal de sentencia suspende la audiencia para el 5 de junio del mismo año.

5. El 24 de abril de 2012, se inicia el Juicio Oral con la consideración de la cesación de la detención preventiva, siendo concedida con la aplicación de medidas sustitutivas de fs. 1000 a 1002.

6. El 5 de junio de 2012, a petición del Ministerio Público en aplicación del art. 335-1) del Cód. Pdto. Pen., se suspende la audiencia de juicio oral. El 26 del mismo mes y año se vuelve a suspender por la misma causal.

7. El 5 de julio de 2012, se emite la Sentencia de primera instancia, por lo que de fs. 1110 a 1115 se plantea recurso de apelación, dejando constancia que desde la radicatoria en el tribunal sexto de sentencia hasta la notificación con la sentencia transcurrió cinco meses.

8. Tramite en alzada: a) Remitido el expediente en alzada mediante decreto de 8 de octubre de 2012, la sala penal segunda señala audiencia de fundamentación para el 28 de enero de 2013 (3 meses y 8 días después); b) A fs. 1176 cursa acta de suspensión de audiencia de fundamentación de audiencia oral de 28 de enero de 2013, por falta de notificación a uno de los apelantes, fijándose para el 1 de febrero del mismo año; sin embargo, por memorial de fs. 1179 y prueba de fs. 1177 a 1178, al estar notificado para otra audiencia de cesación de una cliente de su abogado se suspende por causal acreditada; c) A fs. 1384 cursa diligencias de notificaciones a las partes a excepción Paulo De Matos Pereira; f) Acta de 15 de agosto de 2014 donde se advierte que se emitiría resolución en el plazo de veinte días; g) A fs. 1422 cursa decreto de 28 de mayo de 2015, por el que la Sala Penal Primera señala audiencia de fundamentación; h) De fs. 1453 a 1455 cursa acta de fundamentación oral de 10 de junio de 2015, donde se establece veinte días para dictar resolución; y, i) Se emite Auto de Vista de 10 de julio de 2015 (Desde la radicatoria de su recurso hasta la remisión del expediente ante el Tribunal Supremo de Justicia transcurrieron 2 años y 8 días).

9. Del recurso de Casación; a) De fs. 1477 a 1480 se interpone recurso de casación; b) El 16 de octubre de 2015 se remite el expediente original ante este Tribunal Supremo de Justicia; c) De fs. 1494 a 1496, cursa A.S. N° 751/2015-RA de 2 de diciembre de 2015, que declara admisible su recurso.

10. Remisión de expediente a distrito de origen: a) A fs. 1505 cursa oficio de 1 de diciembre de 2015, por el que la sala penal primera de Santa Cruz, solicita la remisión del expediente para dar cumplimiento a la sentencia constitucional; b) Por oficio de 14 de diciembre del mismo año, la presidencia del Tribunal Supremo de Justicia, pone a conocimiento de dicha solicitud; c) El 27 de enero de 2016 se devuelve el expediente al Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz; y, d) Por Auto N° 47 de 1 de abril de 2016, se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen para que se dé cumplimiento a la Sentencia Constitucional de 6 de octubre de 2015, dentro de la acción constitucional interpuesta por María Lidia Sandoval Montaña.

11. Con estos antecedentes, el excepcionista alega que de acuerdo al art. 134 del Cód. Pdto. Pen., la etapa preparatoria debe finalizar en el plazo máximo de 6 meses de iniciado el proceso; en consecuencia, tomando en cuenta que fue detenido el 23 de noviembre de 2010 y se presenta acusación el 17 de junio de 2011, se tendría que después de la imputación transcurrieron siete meses. Observa también que entre la formalización de la acusación fiscal y la presentación de la prueba transcurrió tres meses.

12. Ya en la fase de preparación del juicio oral desde que se radica la causa en el Tribunal de sentencia y se emite el auto de apertura transcurre 1 año y 3 meses, para recién darse la posibilidad de celebrarse el juicio.

El excepcionista pide se considere lo establecido en el art. 133 del Cód. Pdto. Pen. respecto de la duración máxima del proceso, esto en resguardo de los derechos y garantías constitucionales establecidos en los arts. 115-I) y II), 116-I), 117-I), 119-I), 120-I) y 180 de la C.P.E. y art. 8-1) del Pacto de San José de Costa Rica y art. 1-13) de la L.O.J. De igual manera procede a citar las normas legales que el Ministerio Público no hubiera cumplido durante la tramitación del proceso, arts. 1, 3, 5, 8, 12, 40 de la L. N° 260 de 11 de julio de 2012; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus arts. 7, 8, 9, y 10; arts. 1 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica; y, Convención de América sobre Derechos Humanos art. 8-1).

Señala también que de acuerdo al art. 133 del Cód. Pdto. Pen, la duración máxima del proceso es de tres años computables a partir del primer acto del procedimiento, existiendo al respecto diversas sentencias constitucionales que por su efecto vinculante debe ser cumplidas, siendo estas la 1036/02, 0033/04 y la 0101/04, el Auto Constitucional N° 0079/2004-ECA modulador de la S.C. N° 101/2004. Asimismo, debe considerarse la S.C. N° 1141/2003-R de 12 de agosto de 2003 que desarrolló el deber de la motivación en las decisiones judiciales.

Concluye solicitando se declare extinguida la acción penal por haber transcurrido seis años y cinco meses sin que a la fecha de presentación de su excepción exista sentencia con calidad de cosa juzgada.

II. Respuesta del ministerio público a la excepción planteada.

Dispuesto el traslado con la excepción de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, el Ministerio Público a través del Fiscal Superior, José Manuel Gutiérrez Velásquez, por memorial de fs. 2324 a 2330 se pronunció alegando que:

A tiempo de resolverse lo planteado en la excepción corresponde previamente considerar lo establecido por las SS. CC. Nos. 0551/2010-R de 12 de julio, 0428/2016-S3 de 6 de abril y 275/2016-S2 de 23 de marzo; y, el Auto Complementario N° AC 0079/2004-ECA de 29 de septiembre. De igual manera lo establecido por los AA.SS. Nos. 289/2016-RRC de 21 de abril, 167/2016-RRC de 7 de marzo, 628/2015-RRC-L de 18 de septiembre y 794/2015-RRC-L de 6 de noviembre (todos ellos referidos a la preclusión de derechos y al control sobre las dilaciones), pues resulta importante tener presente lo establecido en el art. 134 del Cód. Pdto. Pen, ya que es ésta la norma legal a la cual le correspondía acudir al excepcionista para invocar la extinción en la etapa preparatoria, por lo que cualquier reclamo hubiera precluido al no haberse interpuesto el remedio procesal pertinente, situación que tiene concordancia con lo previsto en los arts. 16 y 17 de la L. N° 025; consiguientemente, se hubiese convalidado cualquier posible retardo en la etapa preparatoria, lo que conlleva a representar en el caso de posibles afectaciones al derecho al plazo razonable reclamado, siendo aplicable el principio de convalidación establecido en el A.S. N° 415/2016-RRC de 13 de junio.

Otro aspecto que debiera considerarse es que el excepcionista no menciona que el proceso no sólo fue seguido contra su persona, sino que además fueron procesados Carlos Alberto Francisco Pereira y Pedro Horal Carneiro; y, que todos a su turno interpusieron distintos mecanismos de defensa, en particular la cesación a la detención preventiva, tampoco consideró que en el proceso se presentó un tercero

interesado quien litiga vía incidental la situación de un inmueble incautado dentro del presente proceso y que inclusive llegó a presentarse un Amparo Constitucional derivando en la devolución de todo el cuaderno procesal al Tribunal Departamental de Santa Cruz, siendo estos aspectos los que configuran la pluralidad de imputados y multiplicidad de trámites procesales e incluso constitucionales, todos estos elementos permiten afirmar que se trata de un proceso complejo.

Respecto de las audiencias suspendidas y que no serían atribuibles al imputado, señala que ante estas suspensiones el imputado no reclamó la supuesta dilación, aceptando tácitamente sus motivos e incluso mostró su acuerdo como se tendría acreditado en el acta de la audiencia de 26 de junio de 2012, por lo que aceptó el efecto en la duración del proceso. Asimismo, señala que revisada la audiencia de juicio oral se tendría que el excepcionista no efectuó reclamo alguno respecto de la duración del proceso ni las suspensiones de audiencias emitiéndose la correspondiente Sentencia condenatoria, que fue apelada por los tres coimputados, siendo la sala penal primera del Tribunal Departamental de Santa Cruz, la que resolvió mediante A.V. N° 60 de 10 de julio de 2015.

Se debe también considerar que el 21 de enero de 2014, se declaró la Extinción de la Acción Penal por Muerte de Pedro Horaldo Carneiro, siendo sólo recurrente de casación Paulo de Matos Pereira, quien posteriormente por efecto de una acción de amparo constitucional promovida por María Lidia Sandoval Montaña, se dispuso la remisión del cuaderno de control jurisdiccional al Tribunal Departamental de Santa Cruz mediante providencia de 15 de diciembre de 2015, resolución que además dispuso la suspensión de plazos conforme al art. 130 in fine del Cód. Pdto. Pen, actuación jurisdiccional que tampoco fue observada o reclamada por el imputado.

También debiera tomarse en cuenta el exceso de previsión desarrollado en el AC 0079/2004-ECA de 29 de septiembre; toda vez, que hubiese interpuesto recurso de apelación restringida contra la sentencia; y posteriormente, recurso de casación siendo el único sujeto procesal en interponerlo, denotando que el imputado miente cuando afirma que la dilación del caso se debe al Ministerio Público y el Órgano Jurisdiccional; puesto que, tanto él como los demás co-procesados interpusieron recursos de apelación restringida; pero además, el excepcionista al interponer los recursos antes mencionados resultaba lógico suponer que con ello se debió sopesar y prever que su tramitación iba a tener como lógica consecuencia la dilación en la conclusión del proceso, en todo caso lo que se debiera concluir es que el imputado pretende dilatar el proceso para buscar la extinción de la causa.

Concluye señalando que este cúmulo de causas justificarían la duración de este proceso, a lo cual debe añadirse las vacaciones judiciales conforme manda el art. 130 del Cód. Pdto. Pen, que desde la gestión 2010 son 7 y que conforme el art. 154-I de la L.O.J. son 25 días lo que equivale a 175 días que deben sustraerse de la duración del presente proceso, por lo que solicita se rechace la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, declarándola infundada conforme el art. 315-I del Cód. Pdto. Pen, modificado por la L. N° 586 y al ser manifiestamente dilatoria, maliciosa y temeraria se disponga la interrupción de plazos de la prescripción de la acción penal y duración máxima del proceso computándose nuevamente los plazos y la imposición al abogado de la sanción pecuniaria que señala el art. 315-III de la norma procesal antes citada.

De igual forma mediante memorial de fs. 2332 a 2339 el Fiscal de Sustancias Controladas de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico del Distrito de Santa Cruz, Saúl Balcázar Reyes se pronunció señalando:

Haciendo referencia a los antecedentes del proceso, alega que para disponer la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, previamente se debe realizar una auditoría jurídica minuciosa del proceso del cual se plantea la extinción a efectos de considerar si procede o no la extinción, debiendo tenerse presente también los tres criterios esenciales adoptados por la Corte Internacional de Derechos Humanos: 1) La complejidad del asunto; 2) La actividad procesal del interesado; y, 3) La conducta de la autoridades judiciales, criterio asumido por el Tribunal Constitucional en la S.C. N° 0101/2004 y Auto Complementario N° 0079/2004 ECA.

En cuanto al argumento de la defensa del imputado que hubiese transcurrido más de 6 años desde el inicio de la investigación, tiempo este que sería computable días calendarios, debe tenerse presente la S.C. N° 0255/2014 de 12 de febrero que en su ratio decidendi estableció que de acuerdo al sistema procesal boliviano, el art. 133 del Cód. Pdto. Pen establece un plazo de 3 años, mismo que ha sido reglado por la jurisprudencia constitucional a partir de situaciones ajenas al órgano judicial denominadas como mora estructural, como por ejemplo la falta de nombramiento de autoridades, las crisis institucionales, cambio de sistema normativo etc., no siendo en consecuencia suficiente establecer llanamente el transcurso del tiempo para que opere la extinción, sino que debe demostrarse que no fue el procesado quien generó aquella retardación, debiendo tomarse en cuenta los plazos relativos a vacaciones y otro inhábiles a efectos de la ponderación de una demora real e injustificada; asimismo, la referida Sentencia Constitucional indica que se debe restar el tiempo que paralizó el proceso, vacaciones judiciales, días inhábiles y feriados, hechos que no se presentan en este caso concluyéndose que el tiempo de duración efectivo del proceso es menor a tres años.

Continúa efectuando la siguiente relación de fechas: a) Inicio de investigación el 23 de noviembre de 2010 (tiempo transcurrido gestión 2010, 28 días hábiles); b) Tiempo transcurrido durante la gestión 2011, 251 días hábiles; y, c) Tiempo transcurrido durante la gestión 2012, 252 días hábiles. De lo detallado se hace un total de 531 días hábiles, menos vacaciones 100 días (20 por gestión) resulta que transcurrieron 471 días hábiles mismos que equivaldrían a un año, tres meses y dieciséis días, hecho que haría ver que no transcurrió los tres años como pretendería hacer ver el imputado.

Señala que en el presente caso, el imputado hubiese presentado un incidente de nulidad de manera maliciosa respecto de que necesitaría un traductor, pretendiendo beneficiarse de manera maliciosa y premeditada. Por tanto, esta cadena de actos dilatorios y consecutivos, con los cuales se retrasó el proceso no son atribuibles al Ministerio Público y no al imputado; por lo tanto, a tiempo de resolverse la excepción opuesta debe verificarse el cumplimiento de lo establecido en las SS.CC. Nos. 1494/2033-R, 1662/2003-R y 69/2004-R, que señalan que los procesos se pueden extinguir siempre y cuando las dilaciones no sean por parte de los acusados.

También solicita se tome en cuenta las SS.CC. Nos. 1529/2011-R de 11 de octubre, 1684/2010-R de 25 de octubre y 0551/2010-R de 12 julio; igualmente los autos supremos, referentes a la extinción de delitos de narcotráfico que de forma clara y uniforme establecieron que estos delitos son imprescriptibles por ser un atentado directo a la salud pública, la juventud y la sociedad en general e incluso los Tratados Internacionales como la Convención de Viena, aprobado mediante L. N° 2116 de 11 de septiembre del 2000, lo que hace inviable la extinción de la acción penal en los delitos de Narcotráfico y estos tratados son también de cumplimiento obligatorio. Al respecto, cita también los AA.SS. Nos 222 de 22 de marzo de 2007 y 244 de 7 de julio de 2006.

Observa que el excepcionista se limita enumerar los actos supuestamente dilatorios sin hacer una relación cronológica, completa y objetiva del cuaderno procesal (auditoria jurídica), pues no precisa de manera puntual en qué parte del expediente se encuentran los actuados procesales que provocan la demora o dilación invocada con fojas y fechas exactas, cuanto tiempo, días o meses provocó cada acto dilatorio, cuando se inició la denuncia, las declaraciones informativas, así como el descuento de vacaciones judiciales por cada año, omisiones que no pueden ser suplidas el juez o tribunal de alzada no cumpliéndose con los requisitos de forma que establecen y exigen las SS.CC. Nos. 101/2001, 0033/2006-R, 245/2006-R y 430/2010-R; y, el A.C. N° 0079/2004-ECA.

Concluye señalando que Paulo de Matos Pereira, hubiera adoptado una actitud totalmente pasiva en el proceso, “no solicitando nada” hecho contrario a la S.C. N° 0449/2011-R de 18 de abril, que indica que el imputado tiene la obligación de adoptar una actitud activa durante todo el proceso, hecho este que origina negligencia por parte del imputado en el proceso y por ende dilación en el presente proceso, con la finalidad de evadir la pena, por lo que solicita se declare improbadamente el incidente de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y se ordene proseguir con el proceso penal conforme a procedimiento.

III. Análisis jurídico y resolución de la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso formulada por el imputado.

Del análisis de los antecedentes y fundamentos expuestos por el excepcionista y la respuesta de los representantes del Ministerio Público, corresponde emitir la debida resolución fundamentada en observancia del art. 124 del Cód. Pdto. Pen, conforme se tiene a continuación:

III.1. Base Legal y jurisprudencial sobre la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso.

La Constitución Política del Estado en su art. 15-II señala: “El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”; asimismo, el art. 178-I) relativo a los principios que sustentan la potestad del Órgano Judicial de impartir justicia, contempla como tales a la celeridad, la seguridad jurídica y el respeto a los derechos, principios reconocidos en los arts. 115, 178 y 180-I) de la C.P.E. De igual manera la L. N° 025 (L.O.J.) en su art. 3 con relación al art. 30 establece los principios en los que se sustenta, siendo estos los de seguridad jurídica, celeridad, respeto a los derechos, eficiencia y debido proceso.

Entre los motivos de extinción de la acción penal que fija la norma procesal penal, el art. 27-10) del Cód. Pdto. Pen, dispone: “Por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso”; en relación a ello, el mismo Código, en el art. 133, establece la forma de realizar el cómputo, al precisar: “Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía.

Las causas de suspensión de la prescripción suspenderán el plazo de duración del procedimiento. Cuando desaparezcan éstas, el plazo comenzará a correr nuevamente computándose el tiempo ya transcurrido.

Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal”.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 5 del Código adjetivo penal, determina: “Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito.

Toda persona a quien se atribuya un delito tiene derecho a ser tratada con el debido respeto a su dignidad de ser humano” (resaltado propio).

Sobre la temática y en relación al cómputo del plazo para determinar la duración máxima del proceso, el Tribunal Constitucional estableció, que: “...no tomaron en cuenta lo previsto por la S.C. N° 1036/2002-R, de 29 de agosto, pues el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 del Cód. Pdto. Pen para el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza a partir de que el juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, plazo que en casos de existir pluralidad de imputados se computa desde la última notificación con la imputación formal; lo que no implica que el plazo de tres años (art. 133 Cód. Pdto. Pen) en el que deben finalizar los juicios se amplíe, con ese razonamiento interpretativo la ya citada S.C. N° 1036/2002-R, en forma clara, determinó que el cómputo de los tres años de duración del proceso no debía efectuarse desde la imputación formal al señalar que: ‘éste entendimiento interpretativo (se refiere a la imputación formal y al inicio del proceso) no significa que nuestro sistema procesal se aparte del mandato de justicia pronta y efectiva, que contiene el art. 116-X constitucional, por cuanto el plazo de tres años (art. 133 del Cód. Pdto. Pen) en el que deben finalizar los juicios, no se amplía con este razonamiento interpretativo’.

Por su parte el art. 5 del Cód. Pdto. Pen, párrafo segundo, dispone que: ‘Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito’; por consiguiente, considerando dicha normativa, el cómputo de los tres años de duración del proceso penal previsto en el art. 133 del Cód. Pdto. Pen, se computa a partir de la primera sindicación efectuada en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito; en consecuencia, para computar la extinción de la acción penal por el transcurso máximo del tiempo previsto en el referido art. 133 del Cód. Pdto. Pen, es necesario considerar lo manifestado” (S.C. N° 033/2006 de 11 de enero, resaltado propio).

Ahora bien, en cuanto a los aspectos que la autoridad jurisdiccional debe observar para determinar la extinción de la acción penal, la jurisprudencia constitucional en reiterados fallos, aclaró no ser suficiente considerar únicamente el transcurso del tiempo, sino que se debe analizar caso por caso la complejidad del asunto, referida no sólo a los hechos, también a la cuestión jurídica, la conducta de las partes que intervienen en el proceso y de las autoridades competentes -Órgano Judicial y Ministerio Público-, carga atribuida al imputado (SS.CC. Nos. 101/2004 de 14 de septiembre de 2004, A.C. N° 0079/2004-ECA de 29 de septiembre y 1042/2005-R de 5 de septiembre, entre otras); en esa misma línea, la S.C. N° 0551/2010-R de 12 de julio, estableció: "(...) vale dejar claramente establecido que el plazo fatal y fijo, no puede ser considerado como único criterio para extinguir una causa por duración máxima del proceso, sino que también debe ponderarse en forma concurrente los factores ya citados en la jurisprudencia constitucional glosada, efectuando un análisis para cada caso concreto, donde deberá analizarse si existen elementos suficientes que establezcan la extinción de la acción, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, aspectos que constituyen una omisión indebida por parte de los codemandados, sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano, como la falta de nombramiento oportuno de dichas autoridades, las frecuentes e intempestivas renunciaciones de funcionarios de esas reparticiones, así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia. En consecuencia, corresponderá efectuar un estudio integral de los elementos que incidieron en la mora procesal, sin atentar contra la eficacia de la coerción penal favoreciendo a la impunidad".

Finalmente, sobre la competencia para resolver las excepciones de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción por parte de la sala penal del Tribunal Supremo se debe tomar en cuenta lo establecido por la S.C. N° 1061/2015-S2 de 26 de octubre, que desarrolló el siguiente entendimiento: "(...) al estar fijados los entendimientos desarrollados precedentemente, los fundamentos de la S.C. N° 1716/2010-R, no constituyen argumentos suficientes para determinar que la única autoridad competente para asumir el conocimiento de los incidentes de extinción de la acción penal, sean las autoridades jurisdiccionales que emitieron la sentencia de primera instancia, sino que, en virtud a lo establecido por el 14 art. 44 del Cód. Pdto. Pen, "El juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas". En este sentido, es menester dejar establecido que, la autoridad competente para asumir el conocimiento y resolver los incidentes de extinción de la acción penal, ya sea por duración máxima del proceso o por prescripción, es el juez o tribunal donde radica la causa principal, así, si el planteamiento de la excepción se da en etapa de apelación o casación, las decisiones emergentes de las salas penales y del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud los entendimientos plasmados precedentemente, pero fundamentalmente por la naturaleza de la etapa procesal, no admiten impugnación; en efecto, lo que se pretende es evitar las exageradas dilaciones que conllevan las peticiones y envíos de expedientes entre el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales o jueces conocedores de la causa principal, que a cuya consecuencia, en muchos casos, se han postergado innecesariamente las decisiones oportunas en cuanto al fondo del proceso se refiere, muchas veces por las comunicaciones inoportunas de los jueces y tribunales conocedores de la causa principal, como ocurrió en el caso analizado; asimismo, como se expresó, la interposición de los incidentes ante las prenombradas autoridades, en la práctica sirvió para paralizar el pronunciamiento de fondo, ya que inclusive, estando sorteada la causa, el máximo Tribunal de la justicia ordinaria, se vio impedido de emitir la resolución mientras no esté resuelta la excepción ante el Juez de instancia, lo que sin duda constituye una clara vulneración de los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de acceso a la justicia y una afrenta a la vigencia del principio de celeridad y también de concentración de actos. En este sentido, cuando el justiciable decida plantear extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, deberá formularlo ante el juez o tribunal que conoce la causa principal; sin embargo, también es imperioso aclarar que, si el incidente fuere suscitado ante el juez de instrucción en lo penal o, ante los tribunales o jueces de sentencia penal, sus decisiones efectivamente son impugnables, ya que la naturaleza de la etapa procesal así lo permite. El presente entendimiento implica la reconducción de la línea jurisprudencial establecida en la S.C. N° 1716/2010-R a los entendimientos asumidos en la S.C. N° "0245/2006", que emergió de los razonamientos establecidos en las SS.CC. "0101/2004, 1968/2004-R, 0036/2005, 0105/2005-R, 1365/2005-R" y AC 0079/2004-ECA".

II.2. Resolución de la Excepción opuesta.

Bajo el contexto descrito en el acápite anterior de la presente resolución y a efectos de resolver el caso concreto, en primer lugar debe precisarse que el primer acto considerado dentro del proceso penal conforme el art. 5 del Código adjetivo penal, se produjo el 24 de noviembre de 2010, (a raíz de una orden de allanamiento) como se advierte del actuado cursante de fs. 4 a 10, fecha a partir de la cual corresponde efectuar el cómputo del plazo, que a la presentación de la excepción opuesta de 10 de abril de 2017, implicaría que hubiera transcurrido 6 años, 4 meses y 17 días, de los cuales corresponde restar 175 días correspondientes a las vacaciones judiciales de la gestiones 2010 a 2016, conforme la parte final del art. 130 del Cód. Pdto. Pen, totalizando en consecuencia 5 años, 10 meses y 22 días.

Ahora bien, para concluir con la procedencia o no de la excepción de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, no es permisible limitarse únicamente al cómputo aritmético efectuado precedentemente, sino que se debe realizar una valoración concurrente de todos los factores que incidieron en el transcurso del proceso, que no está sujeta única y exclusivamente al factor tiempo, pues el plazo no puede operar de facto; es decir, no es sólo el transcurso del tiempo un criterio rector y exclusivo para extinguir la acción penal por duración máxima del proceso, como erradamente interpreta el excepcionista o solamente pretender señalar que las causas de dilación del proceso no le son atribuibles pues, cabe destacar que también atinge la ponderación de otros factores además de la conducta de las partes que intervienen en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el caso, sin perder de vista la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público que no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad, sino a aspectos ajenos al propio órgano (como la jurisprudencia constitucional estableció), así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia, siendo menester en ese ámbito destacar los siguientes antecedentes:

- El excepcionista a lo largo del proceso penal formuló varias solicitudes de cesación a la detención preventiva, correspondiendo identificar en consecuencia cada una de ellas. Respecto a la primera solicitud de cesación a la detención preventiva se tiene; a) A fs. 255, cursa memorial de solicitud presentado el 20 de mayo de 2011; b) Mediante memorial de fs. 304, de 25 de mayo del mismo año, adjunta documentación de respaldo para la consideración de su solicitud; c) El 15 de junio del mismo año solicita se señale día y hora de audiencia para consideración de su solicitud de cesación; d) Acta de suspensión de audiencia de 8 de julio, por causa de falta de notificación al Ministerio Público; e) Por memorial de 8 de julio, el representante fiscal solicita suspensión de audiencia por tener previsto para esa fecha un "mega operativo" de carácter confidencial; f) El 15 de julio se suspende la audiencia por causa justificada; g) Mediante memorial de 19 de agosto de 2011, cursante a fs. 614 adjunta nueva documental para valoración en audiencia de cesación, y; h) Por Auto Interlocutorio de 23 de agosto de 2011 de fs. 617 vta., a 618 vta., se rechaza y declara improcedente la demanda incidental de cesación a la detención preventiva, empleándose en su tramitación y resolución 3 meses y 3 días.

- Segunda solicitud; a) Por memorial de 30 de agosto de 2011 de fs. 631, nuevamente adjunta documentación para cesación de la detención preventiva; b) A fs. 634 adjunta nueva documentación; c) El 12 de septiembre del mismo año, adjunta nueva documentación fs. 637; d) Por memorial de 12 octubre, solicita señalamiento de audiencia, y; e) Por Auto de 22 de octubre de 2011 cursante de fs. 720 a 721 vta., se rechaza y declara improcedente la demanda incidental de cesación a la detención preventiva, solicitada por el excepcionista, empleándose en su tramitación y resolución 1 mes y 22 días.

- Tercera solicitud; a) Por memorial de 1 de noviembre de 2011, cursante de fs. 730 a 731, nuevamente solicita cesación de la detención preventiva; b) El 28 de noviembre de 2011 por memorial de fs. 741 a 742, pide se considere su solicitud; c) El 13 de diciembre del mismo año, reitera su petitorio; d) En el decreto de señalamiento de audiencia de fs. 754 se deja constancia que la fecha de realización de la audiencia corresponde al receso de fin de año; e) El 9 y 24 de febrero de 2012, solicita cesación a la detención preventiva; y, f) Por Auto de 7 de marzo del mismo año, cursante de fs.856 a 858 vta., se resuelve no haber lugar a la solicitud planteada, empleándose en su tramitación y resolución 4 meses y 6 días.

- Cuarta Solicitud; a) Por memorial de 16 de marzo de 2012, de fs. 907 y vta., solicita cesación a la detención preventiva; b) Por Auto Interlocutorio de 27 de marzo de 2012 de fs. 933 a 934 vta., se declara no haber lugar a la solicitud de cesación formulada por Paulo de Matos Pereira, empleándose en su tramitación y resolución 11 días.

- Quinta solicitud; a) Por memorial de 14 de abril de 2012 solicita día y hora para considerar cesación de la detención preventiva; y, b) Por Auto Interlocutorio de 25 de abril de 2012, se determina haber lugar a la solicitud de cesación a la detención preventiva, empleándose en su tramitación y resolución 11 días.

- Por memorial de fs. 999, el 27 de abril de 2012 plantea recurso de apelación incidental contra el Auto Interlocutorio de 25 de abril del mismo año y a fs. 1044 y vta., cursa Auto de 27 de junio, por el que se confirma la resolución apelada.

- Por memorial de 23 de enero de 2012, plantea incidente por defecto absoluto alegando vulneración a derechos fundamentales.

- A fs. 1016, cursa memorial presentado por el Fiscal de materia solicitando suspensión de audiencia de juicio oral, por estar declarado en comisión para asistir a un taller de "Investigación criminal en delitos de narcotráfico".

- Por memorial de 18 de julio de 2012, el excepcionista solicita modificación de medidas cautelares y por Auto de 1 de agosto de 2012, se declara no haber lugar a la modificación solicitada, empleándose en su tramitación y resolución 14 días.

- El 3 de agosto de 2012 el Paulo De Matos Pereira, presenta recurso de apelación restringida contra la sentencia condenatoria emitida en su contra.

- El 30 de septiembre de 2015, presenta recurso de casación contra el auto de vista que resuelve su recurso de apelación restringida. Por A.S. N° 751/2015-RA de 2 de diciembre, se admite su recurso.

- Por oficio de 1 de diciembre de 2015 cursante a fs. 1505, el Vocal de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, solicita que a la brevedad posible se remita el cuaderno procesal correspondiente al presente proceso a los fines de dar cumplimiento a la sentencia constitucional emitida por la sala civil segunda, por lo que el 15 del mismo mes y año, se dispone se remita el expediente suspendiéndose el plazo de resolución del recurso de casación en aplicación del art. 130 del Cód. Pcto. Pen. En 15 de marzo de 2017 se devuelve el expediente a esta sala penal del Tribunal Supremo de Justicia a los fines de la continuación del trámite del recurso de casación. (Tiempo transcurrido 1 año 3 meses y 14 días).

Al respecto, corresponde señalar que conforme lo establecido por las sentencias constitucionales anteriormente referidas, que quien solicite la extinción de la acción penal debe fundamentar que la mora procesal más allá del plazo máximo establecido por ley, es de responsabilidad del Órgano Judicial o del Ministerio Público, precisando de manera puntual en qué partes del expediente se encuentran los actuados procesales que provocaron la demora o dilación invocada; así como: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y, c) la conducta de las autoridades judiciales.

En ese sentido, analizada la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso interpuesta, se advierte que la misma carece de los aspectos señalados por las sentencias constitucionales que se hacen referencia, siendo que se limitó a referir sólo a algunas fechas de los supuestos actos procesales, que dilataron y que fuera atribuida al Órgano Judicial y el Ministerio Público, debiendo tenerse presente que en el caso de autos, para el transcurso del tiempo influyó en definitiva las constantes solicitudes de cesación a la detención preventiva planteadas no sólo por los otros dos co-imputados; sino también, por el excepcionista pues, efectuando el cómputo respecto de este último se tiene cinco solicitudes en total, que si bien se fundan en el uso legítimo de su derecho a la defensa, no es menos cierto que la tramitación de estos generó una consideración extra al proceso penal en sí, observándose que si bien existió suspensiones no

atribuibles al impetrante, éstas fueron debidamente justificadas, ya sea porque las notificaciones no se encontraban corrientes o en su caso por la imposibilidad de asistencia del representante fiscal.

Otro aspecto, que no puede ser soslayado en el análisis de la presente excepción, es que cuando la presente causa se encontraba en etapa de resolución del recurso de casación formulado por el excepcionista, por oficio de 1 de diciembre de 2015 el vocal de la sala penal primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, solicitó la remisión del expediente a fin de cumplir con la sentencia constitucional emitida dentro de la presente causa, lo que impidió se pueda resolver el fondo del recurso de casación que se encontraba admitido por A.S. N° de 751/2015-RA, esta situación provocó una demora en su devolución de 1 año y 3 meses. Esta situación excepcional, no atribuible al Órgano jurisdiccional, no puede ser ignorada al momento de analizar las causas de la mora procesal, que en el caso concreto el incidentista cuestiona; por cuanto, no es suficiente el cómputo aritmético para determinar el vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, sino que se deben tomar en cuenta los factores externos que imposibilitaban la resolución de causas en menor tiempo posible, acreditándose con ello la complejidad del proceso.

Por tanto, las consecuencias de las dilaciones se enmarcan a los recursos planteados por el imputado, a la complejidad del proceso en la tramitación de la causa que se ve reflejada, en las constantes solicitudes de cesación, no pudiéndose dejar de lado la excesiva carga procesal con que cuentan tanto el Ministerio Público como los juzgados y tribunales de nuestro país y más aún en el distrito judicial de Santa Cruz, de ahí haciendo un análisis integral de todos estos elementos que incidieron en la mora procesal; empero, sin atentar contra la eficacia de la tramitación del acusa, éstas se enmarcan en la previsiones contenidas en la normativa y jurisprudencia señalada en la presente resolución.

Finalmente, siempre en el ámbito de la ponderación de esos factores, si bien los recursos de apelación y casación son un medio de defensa previstos por ley y en el caso particular no fueron motivo de cómputo como acto dilatorio, se debe tener presente que el tiempo transcurrido para la resolución de los mismos no resulta ser como numéricamente cita el impetrante; pues por un lado, debe considerarse que cada uno de los medios de impugnación cuentan con un procedimiento que debe ser observado al estar establecido taxativamente en la norma procesal penal, que obviamente requieren de tiempos que no pueden ser considerados ligeramente como ineficacia del órgano judicial, cuando a la fecha el despacho de causas se aceleró de manera considerable con relación a la anterior estructura del poder judicial y como se señaló precedentemente el recurso de casación no fue resuelto en el fondo en virtud a la solicitud de remisión de obrados a su distrito de origen para el cumplimiento de una sentencia constitucional.

En conclusión, para analizar la excepción de la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, se efectuó un estudio integral de los elementos que incidieron en la mora procesal, sin atentar contra la eficacia de la coerción penal y favoreciendo a la impunidad. (S.C. N° 0551/2010-R de 12 de julio). La misma Sentencia que resume que la extinción de la acción penal sólo puede ser admitida cuando concurren dos elementos: "1) El transcurso del tiempo; y, 2) Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, además de las condiciones de operatividad de los órganos a cargo de la investigación y tramitación del mismo, conforme a la realidad que atraviesa nuestro país", que en el caso presente no concurren, porque el imputado con sus constantes solicitudes de cesación a la detención preventiva provocó un retraso en la tramitación de la causa conforme se precisó precedentemente y porque el proceso que además ya cuenta con un auto supremo que declara admisible su recurso de casación, presenta complejidad no sólo por la cantidad de imputados que inicialmente estaban incluidos en la causa, sino también por la tramitación y resolución de otras peticiones que incidieron en su sustanciación.

Por las razones expuestas no corresponde deferir favorablemente la pretensión de la parte imputada.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación del art. 44 in fine del Cód. Pdto. Pen., resuelve declarar INFUNDADA la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, opuesta por Paulo De Matos Pereira, cursante de fs. 2290 a 2294 vta., con costas.

En cumplimiento del art. 123 del Cód. Pdto. Pen, se deja constancia que esta resolución no admite recurso ordinario alguno, teniendo en cuenta que el trámite de la excepción se encuentra regido a lo dispuesto por la S.C. Plurinacional N° 1061/2015, que estableció que al interponerse una excepción de extinción de la acción penal ante esta sala, no existe tribunal competente que de acuerdo a norma legal, tenga atribución para sustanciar y resolver algún recurso ulterior.

Notifíquese en forma personal a las partes con la presente resolución en observación del art. 163-2) del Cód. Pdto. Pen, debiendo procederse al sorteo de la causa para la resolución de fondo del recurso de casación planteado y admitido por A.S. N° 751/2015-RA de 2 de diciembre.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 02 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Crithian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



312

Ministerio Público c/ Mario Jhasmani Medina Durán
Violencia familiar o doméstica
Santa Cruz

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 19 de septiembre de 2016.

VISTOS: La Juez 1° de Instrucción Mixto de la Capital con Asiento Judicial en el Plan Tres Mil, pronunció sentencia a fs. 170 a 171 vta., en los siguientes términos: Declarando al imputado Mario Jhasmani Medina Durán culpable del delito de violencia familiar o doméstica, previsto en el art. 272 bis del Cód. Pen., incorporado por el art. 84 de la L. N°348, en aplicación del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., condenándolo a cumplir la pena de tres años de reclusión, asimismo lo condena al pago de costas procesales.

Que contra el referido fallo judicial, la denunciante Virginia Villca Sullca interpone el recurso de apelación restringida, tal como consta por el memorial de fs. 187 a 188 vta., de obrados.

Que verificada la deliberación respectiva, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: Que el recurso de apelación restringida interpuesto por la denunciante se encuentra previsto y justificado en la forma exigida por los arts. 407 y ss., del Cód. Pdto. Pen., se admite para su sustanciación.

CONSIDERANDO: Que el A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003, señala que "De acuerdo a la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe doble instancia, y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: declarar procedente o in -procedente la apelación restringida, o anular total o parcialmente la sentencia".

Que la violencia es aquello que se ejecuta con fuerza y brusquedad, o que se hace contra la voluntad y el gusto de uno mismo. Se trata de un comportamiento deliberado que puede ocasionar daños físicos o psíquicos a otro sujeto. Por lo general, un comportamiento violento busca obtener o imponer algo por la fuerza. Por otra parte, la familia es la principal forma de organización de los seres humanos. Es una agrupación social basada en lazos de consanguinidad (como la filiación entre padres e hijos) o en el establecimiento de un vínculo reconocido socialmente (como el matrimonio).

La violencia familiar, por lo tanto, es la acción u omisión que el integrante de un grupo familiar ejerce contra otro y que produce un daño no accidental en el aspecto físico o psíquico.

Entre los principales tipos de maltrato o violencia que se -dan en el seno de una familia hay que destacar dos grandes grupos. Así, en primer lugar está la física que es la que se manifiesta a través de lesiones graves o bien a través de otras menores, que no requieren asistencia médica pero que igualmente causan un gran daño a todos los niveles a la víctima. En segundo lugar está la violencia familiar emocional que es aquella en la que la víctima no sufre físicamente sino a nivel sentimental. En este caso la citada se manifiesta a través de lo que es el rechazo, el ignorar, el terror o el aislamiento. Este tipo de violencia es penado por la ley, aunque se trata de un delito que no suele ser denunciado. Es que la víctima siente temor, vergüenza y hasta culpa por denunciar a un integrante de su propia familia. Entre las principales señas de identidad que podemos destacar que tiene todo maltratador se encuentran su incapacidad para expresar cualquier tipo de afecto, una baja autoestima, el no saber controlar sus impulsos y también el haber sido víctima de maltrato, por parte de su entorno, durante su infancia. Por su parte, las víctimas de la violencia familiar suelen tener en común características tales como el ser sumisos, contar igualmente con una baja autoestima, ser absolutamente conformistas con lo que creen que es lo que les toca vivir, y también el tener problemas para mostrar su afecto. Tal como mencionábamos líneas arriba, la violencia familiar también puede ejercerse por la omisión de obligaciones y responsabilidades. Por ejemplo, cuando un padre abandona a su hijo y no le proporciona los alimentos y el cuidado que éste necesita. En la actualidad ha aumentado de manera considerable la violencia familiar que los hijos llevan a cabo sobre sus padres. Un hecho que es fruto no sólo de diversas desestructuraciones en el seno familiar sino también de haberseles consentido todo a aquellos y de no haber sabido imponerles unas reglas de conducta, comportamiento y obligaciones. La violencia familiar, por otra parte, incluye casos de abuso sexual, incluso dentro de un matrimonio. Ese es el caso de un hombre que obliga, presiona o condiciona a su esposa a tener cualquier tipo de relación sexual sin que la mujer tenga la voluntad de hacerlo. La conveniencia de regular jurídicamente la violencia familiar se fundamenta en la necesidad de encontrar mecanismos para proteger los derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar frente a los cotidianos maltratos, insultos, humillaciones y

agresiones sexuales que se producen en el ámbito de las relaciones familiares. Si bien es cierto que las manifestaciones de violencia familiar no se producen exclusivamente contra las mujeres, son éstas -a lo largo de su ciclo vital- las afectadas con mayor frecuencia. De este modo, la casa constituye un espacio de alto riesgo para la integridad de mujeres y niños, derivándose de ahí precisamente la denominación de violencia doméstica o familiar. Resulta evidente, sin embargo, que el agente de la violencia no se limita siempre a dichos espacios; encontramos casos de agresiones en las calles, los centros de estudio y/o trabajo y en general los espacios frecuentados por las víctimas.

L. N° 348, Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia.- Define la erradicación de la violencia como un tema de prioridad nacional y como un problema de salud pública, desde un enfoque de prevención, protección de las mujeres en situación de violencia y la sanción de los agresores.

- Reconoce 16 formas de violencia, pasando su tratamiento al ámbito penal, a través de la simplificación de algunos aspectos del procedimiento penal.

- Se establecen nuevos tipos penales: el feminicidio, acoso sexual, violencia familiar o doméstica, esterilización forzada, incumplimiento de deberes, padecimientos sexuales, actos sexuales abusivos. Y se incorpora como delitos contra la mujer la violencia económica, violencia patrimonial y sustracción de utilidades de actividades económicas familiares.

- Señala que los delitos de violencia contra las mujeres se convierten en delitos de acción pública, lo que significa que la investigación de estos hechos, se efectuará de oficio por el Ministerio Público en coordinación con la Fuerza Especial de Lucha contra la Violencia-FELCV.

- Establece que en casos de feminicidio no se puede utilizar la figura de homicidio por emoción violenta, figura penal que hacía referencia a razones de "honorabilidad", por la cual los agresores se acogían a esta figura, para lograr sanciones entre 2 y 6 años. El cambio incluye la eliminación de razones de honorabilidad y el incremento de la pena a entre 2 y 8 años.

- Plantea un conjunto de medidas de prevención en diferentes niveles y ámbitos, que pretenden contribuir a modificar los comportamientos violentos, tanto individuales como colectivos y estructurales, que toleran, naturalizan y reproducen la violencia, priorizando medidas de prevención en los ámbitos familiar, comunitario, educativo, de salud, laboral y comunicacional, estableciendo tareas de cumplimiento obligatorio.

- Contempla la adopción de medidas inmediatas de protección para salvaguardar la vida, integridad física, psicológica, sexual, derechos patrimoniales, económicos y laborales de las mujeres en situación de violencia y los de sus dependientes de parte de las autoridades competentes y garantizar su protección en tanto dura la investigación.

- Señala, que los servidores/as públicos que tengan contacto directo con la mujer en situación de violencia debe aplicar el principio fundamental de trato digno, evitando su revictimización.

- Se crean, nuevas instancias de atención para las mujeres en situación de violencia en los diferentes niveles autonómicos del Estado. Las universidades públicas deben crear los servicios de atención integral coordinando y articulando con los Servicios Legales Integrales Municipales.

- Se establece la creación de Casas Comunitarias de la Mujer en el área rural con apoyo de los gobiernos autónomos municipales. Adicionalmente prevé la creación de servicios de rehabilitación de los agresores.

- Los Gobiernos Departamentales tienen la obligación de crear, sostener, equipar y mantener las casas de acogida y refugio temporal para mujeres en situación de violencia.

-Se determina la creación de la Fuerza de Lucha contra la Violencia, incluida en la estructura de la Policía Boliviana, jerarquizando la instancia policial de atención a delitos de violencia contra las mujeres encargada de tareas de prevención, auxilio e investigación, identificación y aprehensión de los responsables de hechos de violencia hacia las mujeres y la familia. Desarrollará plataformas de atención y recepción de denuncias, crearán unidades móviles especializadas para acudir a las mujeres en situación de violencia.

En ese contexto, el art. 272 Bis del Cód. Pen.- Dice: Quien agrediere físicamente, psicológica o sexualmente dentro los casos comprendidos en el num. 1 al 4 del presente art. incurrirá en pena de reclusión de dos a cuatro años, siempre que no constituya otro delito. 1. El cónyuge o conviviente o por quien mantenga o hubiera mantenido con la víctima una relación análoga de afectividad o intimidad, aún sin convivencia. 2. La persona que haya procreado hijos o hijas con la víctima, aún sin convivencia. 3. Los ascendientes o descendientes, hermanos, hermanas, parientes consanguíneos o afines en línea directa y colateral hasta el cuarto grado. 4. La persona que estuviere encargada del cuidado o guarda de la víctima, o si ésta se encontrara en el hogar, bajo situación de dependencia o autoridad. En los demás casos la parte podrá hacer valer su pretensión por ante la vía correspondiente.

CONSIDERANDO: Que para que se pueda efectivizar la salida alternativa de procedimiento abreviado, el fiscal tiene dos momentos bien precisos para solicitarlo: al término de la investigación preliminar, al analizar el contenido de las actuaciones preliminares, vale decir cuando recibe las actuaciones policiales, luego de analizarlas, según reza el art. 301-4) del Código Adjetivo Penal; a la conclusión de la investigación, es decir cuando presenta su requerimiento conclusivo que lo dirige al Juez de Instrucción en lo Penal, art. 373 en concordancia con los arts. 325 y 326 del citado cuerpo de leyes, es decir en la audiencia conclusiva. En nuestra legislación no existe ninguna restricción sobre el tipo penal, en este sentido puede ser homicidio, estafa, violencia familiar como delitos de sustancias controladas, es indiferente.

CONSIDERANDO: Que previo a la presentación del requerimiento fiscal debe existir una negociación o acuerdo entre el fiscal y la parte imputada acompañado siempre de su abogado, a efecto de precisar el delito y el quantum de la pena. Sin embargo también puede participar de la misma la víctima cuando existe denuncia o querrela de persona particular; aunque el fiscal tiene amplios poderes para requerir por un procedimiento abreviado aún con la oposición de la víctima. En ésta negociación se debatirá principalmente el quantum de la pena; verbigracia, si es un delito que tiene una pena privativa de libertad de 1 a 5 cinco años, el fiscal puede pedir dos o tres años en consideración a las

circunstancias en que se produjo el hecho, con la posibilidad de la suspensión condicional de la pena, previos los requisitos de ley. En ningún caso el fiscal puede requerir una pena menor del mínimo legal que señala el código penal o la L. N° 1008.

Que por decisiones político-criminales se busca simplificar el procedimiento en su totalidad, para que el costo del servicio de administración de justicia sea menor. Entonces, una forma de abreviar el proceso penal se verifica en aquellos casos en los que la admisión de los hechos por parte del imputado torna innecesaria la realización del debate en un juicio contradictorio. La idea básica consiste en que, si el imputado ha admitido los hechos y, además, ha manifestado su consentimiento para la realización de este tipo de procedimiento, se pueda prescindir de toda la formalidad del debate y dictarse sentencia de un modo simplificado. Estos mecanismos son muy útiles, pero deben ser legislados y observados con cuidado, para que no se conviertan en una forma de acabar con ese conjunto de garantías que significa el juicio oral y público. Por tal motivo, se sugiere que se establezcan resguardos claros para preservar un consentimiento libre y seguro por parte del imputado; inclusive, prever que el imputado cuente con el suficiente asesoramiento y advertencia para tomar su decisión. Por otra parte, se advierte que los jueces y tribunales no deben aplicar estos mecanismos de un modo automático, sino que siempre deben controlar que cumplan su cometido, que se respeten las garantías e incluso, cuando exista alguna duda, se debe preferir la realización del juicio oral, aún por encima de la voluntad manifestada por el imputado.

CONSIDERANDO: Que ahora ingresando a considerar y analizar el recurso de apelación restringida interpuesto por la denunciante, diremos que argumenta que con la audiencia de procedimiento no habría sido notificada; al respecto diremos que si en este caso sería evidente la falta de notificación o error en la misma, la parte agraviada debió interponer el incidente de nulidad de notificación, en este caso no lo hizo, convalidando el acto, además se le ha otorgado el derecho de interponer el recurso de apelación restringida como sucede en el caso de autos, por lo que no existe ningún defecto o actividad procesal defectuosa; asimismo el argumento de una supuesta reincidencia o continuo peligro de obstaculización no incide en el fondo del asunto, ya que no se reclamó en su debida oportunidad, dejando vencer las etapas respectivas. Por lo que la juez inferior al dictar el fallo judicial apelado de fs. 170 a 171 vta., ha procedido en forma correcta y conforme a lo previsto por los arts. 124, 373, 374, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen., ya que ha tomado en cuenta que el imputado Mario Jhasmani Medina Duran ha cumplido con la mencionada disposición legal, es decir que en la misma audiencia de juicio oral él ha renunciado al juicio oral ordinario, ha manifestado su declaración de culpabilidad y que su renuncia es libre y voluntaria, su abogado defensor también ha manifestado su aceptación al acuerdo y requerimiento realizado con el fiscal de materia; es decir el Ministerio Público mediante el acuerdo legal de 20 de abril de 2016 cursante a fs. 148 y vta., ha llegado a un acuerdo con respecto al delito y pena requerida en el cual se acuerda una sentencia condenatoria por el delito de violencia familiar o doméstica previsto en el art. 272 Bis del Cód. Pen., y a imponerse una pena de tres años de reclusión, dicho acuerdo legal ha sido firmado por la representante del Ministerio Público Giovanna Jacqueline Rivas Rojas, el imputado y su abogada defensora; en ese sentido, la juez inferior tiene la firme certeza de que se trata de la comisión del delito citado, por lo que la calificación efectuada en el requerimiento por el Ministerio Público en acuerdo con la defensa, se ha adecuado al accionar antijurídico del imputado, y la sentencia condenatoria dictada por la juez se ajusta correctamente a lo previsto y exigido por los arts. 124, 360, 373, 374 y 365 del Cód. Pdto. Pen.; de lo que resulta que la apelación restringida es improcedente.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE é IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta por la denunciante a fs. 187 a 188 vta., contra la sentencia condenatoria de fs. 170 a 171 vta., dictada por la Juez 1° de Instrucción Mixto del Plan Tres Mil.

Se otorga el plazo de cinco días a las partes para que puedan hacer uso del recurso de casación, conforme al art. 416 y ss., del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Mirael Salguero Palma.

Regístrese y notifíquese.

Fdo.: Dres.: Victoriano Morón Cuellar.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Carlos Arroyo Arebalo.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 21 de octubre de 2016, cursante de fs. 227 a 229, Virginia Villca Sullca, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 56 de 19 de septiembre de 2016, de fs. 211 a 215, pronunciado por la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Mirael Salguero Palma y Victoriano Morón Cuellar, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la recurrente contra Mario Jhasmani Medina Durán, por el delito de violencia familiar o doméstica, previsto y sancionado por el art. 272 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a. Por Sentencia de 30 de mayo del 2016 (fs. 170 a 171 vta.), la Jueza Primero de Instrucción Mixto de la Capital con asiento Judicial en el Plan Tres Mil del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, dentro de un procedimiento abreviado, dictó sentencia condenatoria contra Mario Jhasmani Medina Durán, por la comisión del delito de violencia familiar o doméstica, previsto y sancionado por el art. 272 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, con costas a favor del Estado.

b. Contra la mencionada sentencia, la víctima Virginia Villca Sullca, interpuso recurso de apelación restringida y rechazó el Procedimiento Abreviado (fs. 187 a 188 vta.), resuelto por A.V. N° 56 de 19 de septiembre del 2016, dictado por la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 66/2017-RA de 24 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

Como antecedente la recurrente refiere que en la audiencia de consideración de procedimiento abreviado de 30 de mayo de 2016, la Jueza Primero de Instrucción Mixto de la Capital con asiento Judicial en el Plan Tres Mil, dictó resolución aceptando el procedimiento abreviado y sentenció al acusado Mario Jhasmani Medina Durán, a tres años de reclusión. Aclaró que no participó en esa audiencia, porque no fue legalmente notificada, debido a que la abogada del acusado y su concubino "robaron" la notificación de la oficina donde equivocadamente el oficial de diligencias pegó la cédula, hecho que demostró con prueba idónea (video y fotos) que no fue considerada, viéndose obligada a interponer el recurso de apelación.

El Auto de Vista de 19 de septiembre de 2016, pronunciado por la sala penal segunda que resolvió el recurso de apelación, tampoco valoró las pruebas aportadas, la gravedad del hecho y su oposición al procedimiento abreviado; al contrario, favoreció y ratificó el procedimiento abreviado que condenó al acusado a solo tres años de reclusión en desmedro suyo, violentando el principio de igualdad previsto por el art. 12 de la C.P.E., olvidando que el Estado debe garantizar a la víctima un mínimo de condiciones que le permitan recuperarse moral y materialmente. Entendimiento ausente en la fundamentación del auto de vista, que además reconoce que la sentencia sólo contenía motivos de hecho y no de derecho; y, que por lo mismo era carente de fundamentación; sin embargo, dando por bien hecho lo actuado ratificó la sentencia, cuando correspondía declarar procedente el recurso y anular la resolución impugnada, ordenando la reposición del juicio.

Esos presupuestos jurídico-procedimentales al no ser considerados por la Sala Penal Segunda, dieron lugar a que se produzca la vulneración del derecho al debido proceso y la seguridad jurídica por errónea aplicación de la ley, consagrada en los arts. 13 de la C.P.E., 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita a este Tribunal Supremo de Justicia, la revocatoria de la resolución impugnada.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 66/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 255 a 257, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Virginia Villca Sullca, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia de 30 de mayo del 2016, la Jueza 1° de Instrucción Mixto de la Capital con asiento Judicial en el Plan Tres Mil del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, dentro de un Procedimiento abreviado, dictó Sentencia condenatoria contra Mario Jhasmani Medina Durán, por la comisión del delito de Violencia Familiar o Doméstica, previsto y sancionado por el art. 272 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, con costas a favor del Estado, al evidenciar que el imputado en varias oportunidades agredió a su concubina incumpliendo medidas de protección impuestas.

II.2. De la apelación restringida de la víctima.

La apelante argumentó en apelación, que la notificación con la fijación de audiencia para considerar la aplicación de procedimiento abreviado, había sido realizada de forma errónea en otra oficina distinta a la señalada en su denuncia, por lo que refiere que la misma sería nula conforme lo previsto por el art. 166 del Cód. Pdto. Pen., sumado a este hecho refiere que debió notificársele personalmente con dicho señalamiento de audiencia, en su condición de víctima; argumenta que la copia dejada en una oficina distinta de la señalada, había sido sustraída de la puerta por el supuesto concubino de la abogada del imputado, hecho que demostraría que continua siendo víctima de peligro de obstaculización, conforme lo previsto por el art. 234 del Cód. Pdto. Pen., bajo dichos fundamentos refiere interponer recurso de apelación restringida y oponerse a la aplicación de procedimiento abreviado.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, por auto de vista impugnado, declaró admisible e improcedente el recurso de apelación restringida planteado por la víctima, bajo los siguientes argumentos:

Haciendo remembranza de los antecedentes del proceso e invocando el A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003, que establecería la naturaleza del recurso de apelación restringida y explicando abundantemente lo que es la violencia y sus tipos, además de referirse a la L. N° 348, así como los fines del procedimiento abreviado, el tribunal de alzada en el quinto considerando, previo análisis de los fundamentos del recurso de apelación, refiere que el mismo observa una cuestión incidental, por lo que la víctima debió interponer un incidente de nulidad de notificación; empero, ésta habría convalidado el acto y que en el caso de autos no existe ningún defecto o actividad procesal defectuosa; en cuanto al supuesto peligro de obstaculización, el tribunal de apelación refiere que el mismo debió ser reclamado en su debida oportunidad y no

dejar vencer las etapas, finalmente refirió que en la aplicación de procedimiento abreviado se cumplieron con los arts. 124, 373, 374, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen.

III. Verificación de la posible vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el caso presente, este tribunal admitió el recurso de casación por la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, por cuanto la recurrente después de referirse a la defectuosa notificación con el señalamiento de audiencia para la consideración y aplicación de procedimiento abreviado, denuncia que el tribunal de apelación no había valorado las pruebas aportadas, la gravedad del hecho y su oposición al procedimiento abreviado, ratificando la sentencia en desmedro suyo y violentando el principio de igualdad, derecho al debido proceso y seguridad jurídica, tutelados por los arts. 12 y 13 de la C.P.E., 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, sumado a este hecho el tribunal de alzada habría reconocido que la sentencia carece de fundamentación; sin embargo, lo habría ratificado en lugar de declarar procedente su recurso.

Previamente a resolver el motivo de casación, es prudente referirse al principio de taxatividad, que está destinado a la parte que ejerce su derecho de impugnación, a fin de que el mismo plantee su recurso extraordinario en la forma y por las causas expresamente previstas por ley; al respecto, Vega Fernández citado por Orlando Rodríguez, en su obra "Casación y revisión penal", refiere: "Las infracciones para ser denunciadas deben ubicarse perfectamente dentro de las posibilidades especificadas por las exigencias técnicas del recurso, para cada causal".

En el sistema jurídico penal vigente, por disposición del art. 407 del Cód. Pdto. Pen., el recurso de apelación restringida puede ser interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley, que se encuentran especificadas en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen. o en los casos previstos por los arts. 167 y 169 de la misma norma adjetiva penal; empero, esta inobservancia o errónea aplicación de la ley, debe surgir durante el juicio oral, público y contradictorio en la emisión de la resolución del juez o tribunal de mérito.

En el caso de autos, conforme lo descrito en el acápite II.2 de la presente resolución, se establece que la recurrente vía apelación restringida, pretendió la corrección de un acto procesal consistente en la supuesta errónea notificación con el señalamiento de audiencia para la aplicación de procedimiento abreviado, constituyendo una cuestión incidental, que no podría ser corregida es una cuestión incidental, la cual no puede ser corregida mediante un recurso de apelación restringida, como determinó el tribunal de apelación en la resolución hoy impugnada, por lo que en observancia del principio de igualdad de las partes ante la ley, lo que implica no solo que las partes puedan ejercer sus facultades y derechos durante el trámite de un proceso, pues el trato igualitario implica también rechazar cualquier pretensión de las partes cuando éstas no ejercen sus facultades en el momento procesal oportuno o no lo hacen por el medio idóneo previsto por ley, lo cual a la vez da seguridad jurídica y velando por el derecho al debido proceso, corresponde declarar infundado el recurso de casación, debiendo destacarse además que esta sala penal de la revisión del contenido del auto de vista impugnado, no advierte que el tribunal de alzada haya asumido que la sentencia emitida en la presente causa solo contendría los motivos de hecho y no de derecho como sostiene la recurrente; por el contrario, estableció que el referido fallo se ajustó a las previsiones de los arts. 124, 360, 373, 374 y 365 del Cód. Pdto. Pen., sin que además se advierta un planteamiento fundado que la oposición alegada por la recurrente a la aplicación del procedimiento abreviado posibilitaría un resultado distinto al establecido en la sentencia emitida por la juez cautelar; pues este tribunal debe velar porque las partes, tanto víctima como imputado, accedan a una solución pronta y razonable a su conflicto procesal penal, como sucede en el presente caso.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Virginia Villca Sullca.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 03 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.

**313**

**Ministerio Público y otro c/ Mario Fernando Nemtala Ballon
Estafa y estelionato
La Paz**

AUTO DE VISTA

La Paz, 24 de diciembre de 2008.

VISTOS: En grado de apelación la sentencia de fs. 1110-1118, la apelación de fs. 1224-1233, la adhesión a la apelación restringida de fs. 1252-1253, la apelación de fs. 1235; la adhesión a la apelación de fs. 1252-1253, la respuesta de fs. 1254-1255, la respuesta de fi. 1263-1267, la fundamentación oral de los recursos de apelación de fs. 1292-1295, y todo lo que ver convino y se tuvo presente, y;

COSIDERANDO: Que el Tribunal de Sentencia N° 3 de este Distrito Judicial a fs. 1110 al 1118, pronuncia la Sentencia bajo Resolución N° 10/2008 de 29 de abril de 2008, por la cual falla declarando al acusado Mario Fernando Nemtala Ballon, autor del delito de estelionato tipificado y sancionado en el art. 337 del Cód. Pen., absolviéndole del delito de estafa, tipificado y sancionado en el art. 335 del Cód. Pen. y en consecuencia condena a la pena privativa de libertad de tres años y seis meses de reclusión en el penal de San Pedro de esta ciudad, más el pago de costas, daños y perjuicios a calificarse en ejecución de sentencia.

Que contra dicha sentencia a fs. 1224-1233, Mario Fernando Neintala Ballon, plantea recurso de apelación restringida alegando los siguientes extremos:

1. Que durante el juicio se a planteado incidente de exclusión probatoria referida a la Prueba 22 por que no fueron obtenidas mediante requerimiento ni orden judicial, siendo obtenidas antes de la iniciación del proceso, no siendo de su conocimiento, siendo en consecuencia ilícita su obtención.

2. Que la parte acusadora particular a producido prueba extraordinaria y se viola la igualdad entre partes conforme al art. 12 del Cód. Pdto. Pen., al no concederle en el plazo razonable para refutar dicha prueba.

3. Que la parte acusadora particular a introducido en el juicio testimonio del proceso civil seguido por Jaques Dame contra Mario Fernando Nemtala Ballon, que se ventila en el Juzgado 10° de Partido en lo Civil, introduciendo fotocopias simples.

4. Que si se lo absolvió contradictoriamente del delito de estafa no podía encontrárselo autor del delito de estelionato, habiéndose forzado al tipo penal ya que la descripción no estaba escrita en la acusación del Ministerio Publico ni del acusador particular.

5. Que los fundamentos para encontrarlo autor del delito de estelionato no son suficientes para fundar con precisión el tipo penal aludido no existiendo congruencia entre la acusación y la sentencia, si se reconoce que transfirió 5 lotes de terreno de su propiedad no hay justificación para alegar estelionato, al no existir voluntad criminal, no hay medios idóneos para la consumación en consecuencia nunca existió delito de estelionato existiendo una errónea aplicación de la ley sustantiva al no existir demento alguno del tipo penal.

6. Que se infringe los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., porque se le impone una pena privativa de libertad de 3 años y 6 meses, sin justificar con razones el porqué de esa pena.

7. Que existe ausencia de la enunciación de los hechos al estar basada en hechos inexistentes, incurriéndose en la causal 3 del art. 370 de Cód. Pdto. Pen.

8. Que la sentencia se basa en elementos de prueba no incorporados legalmente porque se basa en certificado expedido por el Juzgado 4° de Partido en lo Familiar que resulta la prueba PD-8, que fue excluida como elemento probatorio incurriéndose en el num. 4) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

9. Que no existe una correcta valoración de la prueba producida violándose la sana critica al atribuirle un hecho inexistente, conteniendo además una fundamentación insuficiente porque la supuesta garantía ofrecida por Nemtala de 4 hectáreas de terreno registrados bajo las Partidas Nos. 0279497, 1146558 y 0146560, no se halla sustentada en ningún elemento probatorio, conforme se observa en la cláusula quinta del documento que figura bajo el Código MP. 1, siendo además la fundamentación contradictoria e insuficiente en lo relativo a las compras efectuadas a los comunitarios y la acción de nulidad interpuesto por los vendedores por la falta de cancelación. Ocurriendo lo mismo con la prueba del proceso ordinario seguido por Maria Lucy Rodríguez en representación de Jacques Duhaine contra el imputado que se ventila en el Juzgado 10° de Partido en lo Civil, donde el acusador particular fue testigo, siendo dicha prueba irrelevante en relación al caso.

10. Que el proceso que se ventila en materia civil se trata de un juicio de resolución de contrato.

11. Que la sentencia se funda en que el imputado tuviera en copropiedad con Julio Escobar Duran, cuando dicha co-propiedad se refiere a terrenos en Achocalla .y no en Humamanta.

12. Que la sentencia se basa en hechos inexistentes o no acreditados porque la prueba PD-5, relativa a un proceso sobre resolución de contrato seguido por Valentin Paucara Calle en representación de Faustino Paucara Quispe en su contra y de Elias Ismael Evia, jamás debió ser entendida por el tribunal como elemento probatorio porque demuestra únicamente que existe un proceso litigioso, interpuesto por uno de los vendedores y no existe sentencia ejecutoriada.

13. Que el tribunal arranco de su imaginación al condenarlo por estelionato baso en la supuesta prohibición de transferencia de lotes de terrenos signados con los Nos. 377 /02, 378/02, 38/07, 379/ 02, relativas a transferencia a favor de Elias Ismael Evia, por la supuesta copropiedad con Julio Escobar Duran, relativa a un terreno en Achocalla de 213 Has. Existiendo confusión de ubicación geográficas.

14. Que existe contradicción entre la parte dispositiva y considerativa al tenor del art. 370-8) del Cód. Pdto. Pen., porque se lo absuelve del delito de estafa, cuando se le reclama incumplimiento de obligación, penalizando obligaciones contractuales emergentes de un documento privado del año 1999.

15. Que existe inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia, al no señalarse cuales serían las razones para que hubieran en su contra suficiente prueba para condenarlo por el delito de Estelionato no existiendo claridad en su decisión.

16. Que finalmente existe inobservancia de las reglas a la congruencia entre la sentencia y la acusación porque los fundamentos de la sentencia difieren respecto de lo acusado por el Ministerio Público y por acusador particular.

Que Víctor Hugo Vásquez Millón Fiscal de Materia a fs. 1235, plantea recurso de apelación restringida alegando los siguientes fundamentos:

1. Que no se puede alegar que exista prohibición de penalizar el incumplimiento de contrato, porque en el presente caso el imputado actuó con engaño al mostrar documentos de una supuesta urbanización, mostrando supuestos documentos de división y partición, que dio lugar a que Ismael Elias Evia Rodríguez disponga de su patrimonio en favor del imputado no existiendo tal urbanización menos los terrenos que dijo tener el acusado constituyendo estos hechos elementos característicos del delito de estafa logrando una disposición de \$us. 40.000,00.- para la compra de terrenos urbanizados y \$us. 40.000.00.- para la compra de tractores, de una supuesta Empresa que no existe.

2. Que la pena impuesta de 3 años y 6 meses es un triunfo para al acusado al ser absuelto del delito de estafa, siendo benevolente el tribunal en contra de los derechos de la víctima quien se va resignado a perder el esfuerzo de toda la vida.

Que a fs. 1252-1253, Elias Ismael Luis Evia Rodríguez, acusador particular plantea adhesión a apelación restringida planteada por el Ministerio Publico alegando los siguientes extremos:

1. Que no es evidente que los contratos civiles no den lugar a una acción penal, más cuando el imputado actuó con dolo y premeditación, al desarrollar artilugios logrando sonsacarle \$us 80.000.00.- para luego suscribir arreglos que nunca cumple, quedándose con su dinero, porque tiene una Empresa ficticia "NEMTRAC" para importar tractores que son fantasmas, mostrando tarjetas como gerente, ofreciendo terrenos en la Urb. Vía Roma que no existe, obteniendo planos de división y partición.

2. Que no es evidente que en la sentencia falte la enunciación del hecho objeto del juicio y su determinación circunstanciada como erróneamente sostiene el imputado, al contrario revisado el contenido de la sentencia bajo el epígrafe enunciación del hecho y circunstancias que hayan sido objeto del juicio, el tribunal hace una precisión clara precisa e inequívoca de los hechos que motivaron la acción describiendo adecuadamente la relación entre víctima y acusado; habiéndose cumplido exactamente lo previsto en el art. 360-2) del Cód. Pdto. Pen., no existiendo la causal prevista en el art. 370-3) del Código Penal Adjetivo.

3. Que no es cierto que la sentencia se base en elementos de prueba no incorporados legalmente, al contrario como se sostuvo anteriormente la sentencia está basada en medios de prueba idóneos que fueron judicializados v en base a una apreciación conjunta de todos los medios de prueba adecuadamente fundamentados en relación a ambos tipos penales acusados conforme el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., no siendo determinante en la decisión la prueba PD8 relativa a un certificado, de tal manera que no se incurrió en la causal prevista en el art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

4. Que en relación a la supuesta falta de fundamentación de la sentencia o que la misma fuera contradictoria, porque no se valoraría correctamente la prueba producida; tal criterio no es evidente porque tal como se explicó anteriormente la autoría del imputado en el delito de estelionato está plenamente demostrado toda vez que dio en calidad de garantía terrenos sobre los cuales existe litigio, donde se discute su derecho propietario y quien otorga en garantía bienes litigiosos comete delito de estelionato no evidenciándose que exista contradicción por el hecho de que se absuelva del delito de estafa y se condene por el delito de estelionato, cuando son dos tipos penales diferentes, al tener elementos constitutivos diferentes en razón de que la estafa al tenor del art. 335 del Cód. Pen., requiere que una persona actué con dolo para obtener para sí o para un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios, provocando error en su víctima, lleve a la disposición de su patrimonio; mientras el delito de estelionato previsto en el art. 337 del Cód. Pen., solo exige vender o gravar un bien como libre siendo litigioso. Los miembros del tribunal llegaron a la convicción de que se cometió el segundo de los delitos y no así el primero. Este tribunal, no comparte el criterio de que para cometerse el delito de estelionato exista cosa juzgada en el juicio civil sobre nulidad o resolución, porque la ley no exige ese presupuesto basta que exista litigio sobre un bien para incurrir en el delito de estelionato. En consecuencia, no se incurrió en la causal 5) del art. 370 de Cód. Pdto. Pen.

5. Que este tribunal no tiene competencia para revalorizar la prueba producida en el juicio oral público y contradictorio como pretende el apelante imputado, en relación a la prueba PD-5,MP- 5 Y MP8, porque es competencia exclusiva del Tribunal de Sentencia, conforme el principio de inmediación; sin embargo tampoco se observan defectuosa la valoración de la prueba porque el fundamento esencial para encontrar autoría en el imputado en el delito de estelionato, es que el imputado otorgo en garantía bienes litigiosos en la forma explicada anteriormente no siendo argumento para desvirtuar el fundamento de la sentencia alegar que" jamás en mi vida cotidiana habría hecho algo

parecido!" así mismo no tiene trascendencia que la demanda civil haya sido impuesta por uno de los vendedores y no por todos porque reiteramos la ley determina como presupuesto el hecho que sea litigioso y un bien es litigioso cuando se discute su titularidad. En consecuencia no se incurrió en la causal prevista por el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen.

6. Tampoco es evidente que exista contradicción entre la parte considerativa dispositiva, por el contrario existe plena congruencia armonía que se expresa en el análisis razonado que hace el tribunal porque no llegan a la convicción de que no existe estafa y porque la prueba los convenció de que si el imputado incurrió en el delito de estelionato de tal manera que no se incurrió en la causal prevista en el art. 370-8) del Cód. Pdto. Pen.

7. Que la sentencia peca de subjetiva para ser benevolente con el imputado y no analiza objetivamente los elementos constitutivos del delito de estafa.

Que las respectivas apelaciones fueron fundamentadas oralmente y respondidas por escrito conforme se evidencia a fs. 1254-1255, 1263-1267 y 1292-1295.

CONSIDERANDO: Que de una revisión exhaustiva y prolija de los obrados se llega a las siguientes conclusiones:

1. Que no es evidente que en la sentencia falte la enunciación del hecho objeto del juicio y su determinación circunstanciada, como erróneamente sostiene el imputado, al contrario revisado el contenido de la sentencia bajo el epígrafe 2 enunciación del hecho y circunstancias que hayan sido objeto del juicio, el tribunal hace una precisión clara precisa e inequívoca de los hechos que motivaron la acción describiendo adecuadamente la relación entre la víctima y el acusado, habiéndose cumplido exactamente lo previsto en el art. 360-2) del Cód. Pdto. Pen., no existiendo la causal prevista en el art. 370-2) del Cód. Pen. Adjetivo.

2. Que no es cierto que la sentencia se base en elementos de prueba no incorporados legalmente a juicio, al contrario como se motivó anteriormente la sentencia está basada en medios de prueba idóneos que fueron judicializados y en base a una apreciación conjunta de todos los medios de prueba conforme al art. 173 del Cód. Pdto. Pen., no siendo determinante en la decisión la prueba PD8 relativa a un certificado de tal manera que no se incurrió en la causal prevista en el art. 370-4) del Cód. Pdto. Pen.

3. Que en relación a la supuesta falta de fundamentación de la sentencia o que la misma fuera contradictoria, porque no se valoriza correctamente la prueba producida, tal criterio no es evidente porque tal como se explicó anteriormente la autoría del imputado en el delito de estelionato está plenamente demostrado toda vez que dio en garantía terrenos sobre los cuales existe litigio, donde se discute su derecho de propiedad y quien otorga en garantía bienes litigiosos comete delito de estelionato no evidenciándose que exista contradicción por el hecho de que se absuelva por el delito de estafa y se condene por el delito de estelionato, cuando son dos tipos penales diferentes, al tener elementos constitutivos diferentes, en razón de que la estafa al tenor del art. 335 del Cód. Pen., requiere que una persona actúe con dolo para obtener para sí o para un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños artificios, provocando error en su víctima, que provoque la disposición patrimonial, mientras que en el delito de estelionato previsto en el art. 337 del Cód. Pen., solo exige vender o gravar un bien como libre siendo litigioso. Los miembros del tribunal llegaron a la convicción de que se cometió el segundo de los delitos y no así el primero, y este tribunal, no comparte el criterio de que para cometerse el delito de estelionato exista cosa juzgada en juicio civil sobre nulidad o resolución, porque la ley no exige ese presupuesto hasta que exista litigio sobre un bien para incurrir en el delito de estelionato, en consecuencia, no se incurrió en la causal 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

4. Que este Tribunal no tiene competencia para revalorizar la prueba producida en el juicio oral, público y contradictorio como pretende el apelante imputado, en relación a la prueba PD-5. MP-5y MP-8 porque es competencia exclusiva del Tribunal de Sentencia, conforme al principio de inmediación, sin embargo tampoco se observa defectuosa valoración de la prueba, porque el fundamento esencial para encontrar autoría en el imputado en el delito de estelionato, es que el imputado otorgó en garantía bienes litigiosos en la forma explicada anteriormente, no siendo argumento para desvirtuar el fundamento de la sentencia alego; que jamás en mi vida cotidiana habría hecho algo parecido "y", asimismo no tiene trascendencia que la demanda civil haya sido impuesta por uno de los vendedores y no por todos, porque reiteramos la ley determina que como respuesta el hecho que sea litigioso y un bien es litigioso, cuando se discute su titularidad. En consecuencia no se incurrió en la causal prevista por el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen.

5. Tampoco es evidente que exista contradicción entre la parte considerativa y dispositiva, por el contrario existe plena congruencia y armonía que se expresa en el análisis razonado que hace el tribunal porque no llegan a la convicción de que no existe estafa y porque la prueba los convenció de que el imputado si incurrió en el delito de estelionato; de tal manera que no se incurrió en la causal prevista en el art. 370-8) del Cód. Pdto. Pen.

6. Que revisada la sentencia no se observa que se hayan violado las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia al no ser evidente que no se explicaría cuáles serían las razones del porque se lo condena, cuando justamente la sentencia bajo los epígrafes W2 fundamentación fáctica, fundamentación probatoria, fundamentación intelectual y fundamentación jurídica, concluyen de que por unanimidad llegaron a la convicción en la (tutoría del delito de Estelionato, explicando de manera razonada y en base a juicios de valor porque arribaron a dichas conclusiones; lo que demuestra que no se incurrió en la causal 10 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

7. Que en relación a la violación del art. 370-11) del Cód. Pdto. Pen., este tribunal considera que no es cierto tal extremo porque la sentencia guarda absoluta coherencia v correspondencia entre la acusación del Ministerio Público y del acusado particular y la decisión final, conforme al art. 342 del Cód. Pdto. Pen., que el imputado fue acusado de dos tipos penales: Estafa y estelionato, en base a los hechos explicados en la parte narrativa de la sentencia, no siendo evidente que haya sido condenado por un hecho distinto, al atribuido en la acusación.

8. En cuanto a la apelación del Fiscal de Materia Víctor Hugo Vásquez Millán y la adhesión a la misma por parte del acusador particular Elias Ismael Luis Evia Rodriguez, por el cual alegan la causal prevista en el art. 370-1) del Cód. Pdto. Pen., relativa a la errónea aplicación del

art. 335 del Cód. Pen., porque se hubiera comprobado los artificios y engaños en que incurrió Mario Fernando Nemtala Bailan para lograr llevar a un error a su víctima en la disposición de su patrimonio, el tribunal aquo llegó a la convicción suficiente en base a los medios de prueba producidos en lo relativo a los artificios y este tribunal no tiene competencia para suplir este extremo al considerar que es potestad del Tribunal de Primera instancia, más cuando la fundamentación de las apelaciones tanto del fiscal como del acusador particular, están cargadas de subjetivismo y no sustentadas en fundamentos en relación a la prueba de producida, por cuya circunstancia este Tribunal se ve obligado a desestimar dichas apelaciones.

POR TANTO: La Sala Penal Tercero de la R. Corte Superior de Distrito declara IMPROCEDENTES los fundamentos de los recursos de apelación restringida planteadas por Mario Fernando Nemtala nailon a fs. 1224- 1233, Víctor Hugo Vásquez Millón Fiscal de Materia de 1235; y de fs. 1252-1253 de Ellas Ismael Luis Evia Rodríguez y en consecuencia CONFIRMA la sentencia pronunciada bajo Resolución N° 10/2008 de 29 de abril de 2008 de fs. 1110-1118.

Vocal relatora: Dra. Blanca Isabel Alarcón de Villarroel.

Regístrese y notifíquese.

Fdo.- Dres.: William Alave Laura.- Blanca Isabel Alarcón de Villarroel.

Ante mí: Walter Aguilar S.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 30 de enero de 2009, cursante de fs. 1318 a 1321, Mario Fernando Nemtala Ballón, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 298/2008 de 24 de diciembre, de fs. 1297 a 1301 vta., pronunciado por la Sala Penal Tercera de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, integrada por los Vocales Blanca Alarcón Villarroel y William Alave Laura, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Elías Ismael Evia Rodríguez contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de estafa y estelionato, previstos y sancionados por los arts. 335 y 337 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N°10/2008 de 29 de abril (fs. 1110 a 1118), el Tribunal de Sentencia N° 3 de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, declaró a Mario Fernando Nemtala Ballón, autor de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pdto. Pen., imponiendo la pena de tres años y seis meses de reclusión, más el pago de costas, daños y perjuicios a calificarse en ejecución de sentencia; asimismo, lo absolvió de pena y culpa por el delito de estafa, tipificado por el art. 335 del Cód. Pdto. Pen.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Mario Fernando Nemtala Ballón (fs. 1224 a 1233 vta.) y el Ministerio Público (1235 y vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por el A.V. N° 298/2008 de 24 de diciembre, que declaró improcedentes los fundamentos de ambos recursos y confirmó la sentencia impugnada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 97/2017-RA de 14 de febrero, se extraen los motivos a ser analizados en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

1) El Tribunal de alzada refiere que su autoría en el delito de estelionato está totalmente comprobada y previa transcripción parcial del auto de vista impugnado y la Sentencia emitida en la presente causa, sostiene que fue condenado en mérito a una valoración defectuosa de la prueba; además, que se valoraron elementos inexistentes como la copropiedad de Escobarí Durán Julio en los terrenos transferidos en la localidad de Humamanta y que el argumento de bienes litigiosos jamás fue demostrado en juicio.

2) Por otro lado, indica que el tribunal de alzada refirió que las pruebas ofrecidas signada como PD-5, MP-5 y MP-8, no puede ser valorada nuevamente, aspecto que resulta cierto, pero estaba en la obligación de valorar prueba que demuestra la fundamentación de los agravios sufridos, pues dicha prueba desvirtúa la errónea fundamentación del tribunal al condenarlo por el delito de estelionato, al demostrar que el supuesto litigio que le atribuyen con referencia al juicio de Jaques Duhaime, corresponde a otros terrenos que no fueron transferidos y aquellos que si lo fueron están realengos.

En el acápite titulado: "De los precedentes contradictorios", invoca como precedente contradictorio el A.S. N° 144 de 22 de abril de 2006, que a decir del recurrente dispone: "la prohibición de penalizar el incumplimiento del contrato privado, que en la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de ambas partes y no limitarse al sentido literal de la palabra..." "en la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato", fundamento que indica sería contrario al auto de vista recurrido, que confirmó la condena por el delito de estelionato, sin considerar que la base del contrato, son dos contratos privados enteramente civiles signados como pruebas MP-1 y MP-2, los que se plasman en acuerdos transaccionales contenidos en las documentales, signadas como MP-5 y MP-6, documentos civiles que garantizan y dejan sin efecto los documentos anteriores, por lo que debe averiguarse cuál fue la intención común de las partes y apreciar el comportamiento total de éstos y la circunstancia del contrato y que los hechos por los cuales fue juzgado no constituyen delito de estelionato.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido, disponiendo se pronuncie nuevo auto de vista que anule proceso que lo sentenció por el delito de estelionato.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 097/2017-RA de 14 de febrero, cursante de fs. 3423 a 3426, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Mario Fernando Nemtala Ballón, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 10/2008 de 29 de abril, el Tribunal de Sentencia N° 3 de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, declaró a Mario Fernando Nemtala Ballón, autor de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pdto. Pen., imponiendo la pena de tres años y seis meses de reclusión; asimismo, lo absolvió de pena y culpa por el delito de estafa, tipificado por el art. 335 del Cód. Pdto. Pen., en mérito a los siguientes hechos probados:

El acusado con la finalidad de que Ilías Ismael Evia le entregue la suma de \$us. 80.000; realizó una serie de actos con la finalidad de ganarse la confianza, demostró ser un próspero empresario, ser dueño de grandes cantidades de terreno en Humamanta, Lipari, experto en urbanizaciones, tener contactos con grandes empresas, por lo que inicialmente convence a la víctima para que lo entregue \$us. 40.000.- para la compra de terrenos en Humamanta - Lipari a nombre de Elías Ismael Evia Rodríguez, compra que se entiende hubiere sido cuestionada por no haberse pagado el monto y dentro del plazo establecido; y \$us. 40.000.- para la compra de una pala cargadora; sin embargo, se concluyó, que jamás se realizó la operación de compra; puesto que, no se solicitó la compra de la referida pala cargadora y que ni siquiera se habría cotizado la misma.

En vista de esos incumplimientos se firma un acuerdo transaccional, por el que el acusado con la decisión de conciliar y en compensación del daño ocasionado la víctima transfiere cinco lotes de terreno de su propiedad al acusador, que en el momento de la transferencia se hubieran encontrado en trámite de registro, comprometiéndose a entregar las minutas máximo hasta la audiencia de suspensión condicional del proceso, con la aclaración de que la minuta será firmada por la esposa del acusado, por lo que se habría dispuesto la suspensión del proceso penal; aspecto que, no fue cumplido.

Por lo que, el Tribunal de Sentencia subsume la conducta del imputado al tipo penal de Estelionato, por haber adquirido dos hectáreas de terreno en Humamanta, del cual solo canceló la tercera parte del valor, lo cual generó litigiosa la venta y se ventiló proceso ordinario; por otro lado, transferido cinco lotes de terreno ubicado también en Humamanta, las cuales no se encontraban saneadas, no tienen planos de división y partición, menos plano de urbanización aprobado por la alcaldía de Mecapaca, con la propiedad de Escobari Durán Julio, por lo que no podía transferir ni otorgar en garantía los citados bienes.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Notificado el acusado con la referida sentencia, interpuso recurso de apelación restringida arguyendo:

1) Como primer agravio denunció errónea aplicación de la ley sustantiva, señalando que el Tribunal de Sentencia determinó que no se subsumió su conducta al tipo penal de Estafa, por no existir dolo, por lo que a su criterio tampoco podía existir Estelionato.

2) Por otro lado, señala que el Tribunal de Sentencia no habría fundamentado el quantum de la pena.

3) Asimismo, señaló que no existiría la enunciación del hecho.

4) Además señala que el tribunal habría valorado la documental PD-8, siendo que la misma a criterio del recurrente hubiere sido excluido.

5) También indicó que en la Sentencia se hubiera incurrido en una contradicción entre su parte considerativa y resolutive.

6) Finalmente, concluye señalando que la sentencia no se habría basado en los hechos señalados en las acusaciones tanto fiscal como particular, porque las mismas indicaría que su persona hubiere garantizado los \$us. 80.000.- que fueron entregados por el acusador particular con las cuatro hectáreas de terreno que estarían registradas bajo las Partidas Nos. 01279457, 01446558 y 0146560; y, que dos de las mismas no le corresponderían al acusado y que la sentencia habría basado su decisión en que el imputado adquirió para Elías Ismael Evia Rodríguez 2 Has. de terreno en Humamanta, cancelando de las mismas solo la tercera parte de su valor, generando litigiosa la venta por lo cual se ventila proceso ordinario, y que por el acuerdo transaccional del 2002, "transfiere 5 lotes de terreno de su inmueble en la zona de Humamanta, las que no se encontrarían saneadas, planos de división y partición, planos de urbanización aprobada en la honorable alcaldía de Mecapaca como la copropiedad de Escobari Durán Julio por lo que no podía transferir ni otorgar en garantía los citados bienes, por lo que la conducta de Mario Fernando Nemtala se subsume al tipo penal del delito de estelionato" (sic), hechos que no estarían en las acusaciones.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, emitió el auto de vista impugnado, que declaró improcedentes el recurso interpuesto y confirmó la sentencia, bajo los siguientes argumentos en relación a los motivos que se analizan:

Concluyó que, la autoría del imputado en relación al delito de estelionato está plenamente demostrado; toda vez, que dio en garantía terrenos sobre los cuales existe litigio, donde se discute su derecho de propiedad, porque quién otorga bienes litigiosos comete delito de estelionato, que no existe contradicción por el hecho de haberlo absuelto por el delito de estafa y haberlo condenado por el delito de estelionato; puesto que, los mismos son tipos penales diferentes, al tener elementos constitutivos diferentes, ya que el estelionato exige vender

o gravar un bien como libre siendo que el mismo es litigioso y que la ley no exige que, para que concurra el tipo penal de estelionato necesariamente tuviera que existir cosa juzgada en juicio civil sobre nulidad o resolución.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado.

En el presente recurso, el acusado hoy recurrente, en los dos motivos admitidos denuncia defectuosa valoración de la prueba en la sentencia y el auto de vista recurrido, a cuyo efecto se habría derivado en una errónea fundamentación del tribunal de apelación al condenarlo por el delito de estelionato, porque a su criterio hubiera sido condenado en base a dos contratos privados que son enteramente de carácter civil; en cuyo mérito, corresponde analizar y resolver los motivos contenidos en el mismo, conforme los límites establecidos en el Auto Supremo de Admisión N° 97/2017-RA de 14 de febrero; a cuyo fin, antes de identificar los entendimientos asumidos en el precedente invocado por el recurrente y el análisis del recurso, previamente efectuamos una precisión, sobre la labor de contraste en el recurso de casación por parte del tribunal supremo.

III.1. Requisitos que debe cumplir el precedente contradictorio.

Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previo al caso analizado, que al ser emanado por un tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del Cód. Pdto. Pen.). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva, atribución que se encuentra descrita en los arts. 419 del Cód. Pdto. Pen. y 42-3) de la L.O.J. y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).

De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos Autos de Vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso; sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del Cód. Pdto. Pen.; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo.

Refiriéndose a la labor de contraste que debe realizar este tribunal, el A.S. N° 219/2014-RRC de 4 de junio señaló: "El art. 416 del Cód. Pdto. Pen., instituye que: 'El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores o por la sala penal de la Corte Suprema', en esa línea el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., establece como formas de resolución de aquel recurso dos supuestos, a saber: 'Si existe contradicción la resolución establecerá la doctrina legal aplicable, caso contrario lo declarará infundado y devolverá los antecedentes a la Corte Superior de Justicia. En el primer caso y cuando se deje sin efecto el fallo que motivó el recurso, se devolverán actuados a la sala penal de la Corte Superior que dictó el auto de vista recurrido para que pronuncie nueva resolución de acuerdo con la doctrina legal establecida'.

En el caso que este tribunal llegue a determinar la existencia de la contradicción señalada en el art. 419 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, contradicción entre la resolución recurrida en casación y el precedente contradictorio invocado, el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., señala que los efectos de la doctrina legal establecida: '...será obligatoria para los tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación', norma que es afín con el inc. 3) del art. 42 de la L.O.J., que instituye como atribución de las Salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, el sentar y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión y el efecto de la doctrina legal a ser sentada por este Tribunal Supremo, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) respeto a la seguridad jurídica; b) realización del principio de igualdad; y c) unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al precedente contradictorio exigido como requisito procesal de cumplimiento obligatorio a momento de la interposición del recurso de casación, es necesario precisar que el mismo en esencia constituye una cuestión jurídica que ha sido discutida y resuelta anteriormente, la cual puede aplicarse a casos similares, con posterioridad a ese primer pronunciamiento, como vía de solución a la propuesta o reclamo pretendido en casación; vienen a constituir, entonces, criterios interpretativos que han sido utilizados por los entes que conforman la estructura de la jurisdicción ordinaria en materia penal en el Estado, integrada por los Autos Supremos pronunciados por el Tribunal Supremo y autos de vista emitidos por las salas penales de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Bajo esa línea, la legislación nacional dentro del tercer párrafo del art. 416 del Cód. Pdto. Pen., manifiesta: 'Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance'. En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, ha puntualizado: 'Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el

legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar.

De ello se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el código de procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un auto supremo y/o un auto de vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por ley a este tribunal”.

III.2. Análisis del hecho concreto.

Conforme se estableció precedentemente, en los dos motivos admitidos, el recurrente denuncia defectuosa valoración de los elementos probatorios y que el tribunal de alzada estaba en la obligación de valorar la prueba signada como PD-5, MP-5 y MP-8, por lo que hubiera sido condenado en base a una causa atinente a materia civil, señalando que esa situación es contraria a la doctrina legal establecida en el A.S. N°144 de 22 de abril de 2006.

El referido precedente, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de Estafa, en el cual la entonces Corte Suprema de Justicia, determinó que conforme a los elementos probatorios, el auto de vista entonces recurrido no se percató que la conducta de la acusada no se subsumió al tipo penal de estafa, porque el hecho que originó la causa resultaba ser un contrato privado que corresponde al ámbito civil y que el contrato de anticrético se constituye por documento público y surte efectos respecto a terceros solo desde el día de su inscripción en el registro, por lo que el acusador particular tiene la vía civil, para reclamar la devolución de su dinero, sin penalizar un acto civil como el incumplimiento del contrato privado, concluyendo en consecuencia que se sometió a un proceso penal a la acusada por un hecho que no corresponde al ámbito penal, por cuanto no se configuraban los elementos del tipo penal de estafa en la conducta de la acusada, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo previamente como doctrina legal la siguiente: "Si el tribunal de alzada en el marco constitucional del art. 116-VI de la Carta Fundamental del Estado, art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 3 del Cód. Pdto. Pen., con legítima independencia y análisis jurídico, forma convencimiento pleno que el hecho objeto de la acusación particular no existió, no constituye delito o que la imputada no participó en él; conclusión que se origina en los antecedentes que constituyen la base del juicio, en el cual se halla plasmada la voluntad de las partes, de naturaleza civil, en aplicación del principio doctrinal de la universalidad de la administración de justicia por la cual ésta debe resolver el conflicto que las partes han sometido a su conocimiento mediante el código procesal correspondiente, resolviendo los extremos expuestos en el recurso de apelación de defectos absolutos, previstos en los arts. 370-1) y 6, y 169-3) del citado Código Adjetivo Penal.

Por lo señalado precedentemente cuando el Tribunal Supremo advierte que en el proceso se han pronunciado fallos que atentan contra el debido proceso, afectando en el fondo no sólo al principio de legalidad formal sino material, corresponde regularizar el procedimiento, disponiendo que la sala penal segunda de la Corte Superior del Distrito de Potosí, dicte un nuevo auto de vista aplicando la doctrina legal adoptada en el presente auto supremo, garantizando a la vez los principios de universalidad, legalidad y probidad jurisdiccional que debe caracterizar a todo Tribunal de Justicia”.

A diferencia de lo resuelto en el precedente invocado por el impugnante de casación, el que funda su doctrina legal en el hecho de haberse condenado por el delito de estafa, en base a un contrato de carácter privado, sobre el cual el querellante tenía la vía civil para para demandar la acción legal correspondiente, en el caso de autos, se cuestiona que el tribunal de alzada, al igual que la sentencia, habría realizado una defectuosa valoración de la prueba –lo que ni a título de referencia se trató en los hechos que dieron lugar al precedente invocado-, en base a la cual habría emitido una fundamentación incorrecta en relación a la subsunción de la conducta del imputado, actual recurrente, al delito de estelionato –tipo penal que tampoco fue analizado en los supuestos fácticos que dieron lugar al precedente invocado, por cuanto el análisis de la norma sustantiva se dio sobre el delito de estafa-, a cuyo efecto, corresponde declarar infundados los dos motivos de casación, por cuanto el recurrente no cumplió con la carga procesal de demostrar que existen supuestos fácticos similares entre el precedente invocado y los motivos de casación, a efectos de que este tribunal pueda ingresar al fondo de las temáticas expuestas con la finalidad de unificar la jurisprudencia en materia penal, en cuanto a la defectuosa valoración de prueba aludida y la adecuada subsunción de la conducta endilgada al tipo penal de estelionato.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Mario Fernando Nemtala Ballón.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 03 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



314

Ministerio Público c/ Rudy Daniel Roca Valencia y otro
Violación
Santa Cruz

AUTO DE VISTA

16 de septiembre de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesto por los sentenciados Rudy Daniel Roca Valencia y José Luis Camargo Sandoval, corriente de fs. 232 a 234 y vta. y de fs. 237 a 242, respectivamente, contra Sentencia N° 39/2.016, de 08 de junio de 2016, corriente de fs. 215 a 225, resolución en la que se declara autores y culpables del delito de violación a los acusados José Luis Camargo Sandoval y Rudy Daniel Roca Valencia, condenándoles a cumplir una pena de siete años de presidio, a cumplirse en el Centro de Rehabilitación Santa Cruz-Palmasola. Revisado los antecedentes del proceso y;

CONSIDERANDO: I.- Que los recursos de apelación restringida interpuestos por los imputados Rudy Daniel Roca Valencia y José Luis Camargo Sandoval, se encuentran previstos y justificados en la forma exigida por el art. 407 y ss., del Cód. Pdto. Pen., por lo que se admite para su consideración y sustanciación conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: II.- Que el sentenciado Rudy Daniel Roca Valencia interpuso recurso de apelación restringida, señalando que se vulneró sus derechos y garantías constitucionales, el principio de oralidad, inmediatez y de contradicción dentro del juicio oral. Se han introducido pruebas al juicio oral por su lectura sin que las partes intervinientes estén en el juicio, tales como ser el investigador asignado al caso, el perito psicológico, el perito laboratorista, la víctima ni el denunciante (art. 370-4 del Cód. Pdto. Pen.), violentándose el principio de inmediación, oralidad y contradicción. Solicita que se ordene la realización de un nuevo juicio a cargo de un tribunal diferente.

Que por su parte el sentenciado José Luis Camargo Sandoval también recurre contra la Sentencia Condenatoria N° 39/2016, de 08 de junio, argumentando que la sentencia no reúne los requisitos previstos por el art. 360-1, 2, 3 y 4 del Cód. Pdto. Pen., no contiene una relación de los hechos imparcial (num. 2). Por otro lado, la sentencia en su título "hechos probados y valoración de la prueba", expresa que no se valoró la prueba testifical, específicamente del testigo Luis German Mamani Marca. En el presente caso no concurren los elementos del tipo penal: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Como segundo aspecto, alega que la sentencia se basa en presunciones y conjeturas inconsistentes que no constituyen prueba, vulnerándose el principio de presunción de inocencia. Tercer aspecto: la pena de 7 años se ha impuesto aplicando erróneamente el art. 20 del Cód. Pen., cuando él manifiesta que ha llevado una vida meritoria y no tiene antecedentes penales. También señala que la sentencia contiene inobservancia y consiguiente violación a las normas, por ello cae en los defectos contemplados en el art. 370-1, 3, 4, 5, 8 y 10 del Cód. Pdto. Pen. Solicita que se pronuncie sentencia acorde a los hechos y que sea justa y equitativa.

CONSIDERANDO: III.- Que de acuerdo a la naturaleza jurídica del recurso de apelación restringida prevista en el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., dice "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley". Ello significa que el tribunal de alzada está en el deber jurídico de revisar la sentencia en los aspectos de la aplicación de derecho en el cual el tribunal o juez hubiese incurrido en defectos para su aplicación, ya sea en el derecho material o procesal. En consecuencia el ámbito de protección y resguardo de los derechos se abre de manera amplia en todas las normas legales, constitucionales, principios del debido proceso establecidos en la L. N° 1970, C.P.E., tratados internacionales y todo lo que implica la correcta aplicación del derecho en general. Es así que de acuerdo a los motivos del recurso de apelación restringida formulado por los sentenciados, es pertinente en el presente caso sintetizar y buscar de manera objetiva los agravios que implican violación a derechos fundamentales y que impliquen la dictación de una sentencia, debido a los defectos en la aplicación de la norma procesal, ya que primeramente el tribunal de alzada debe cuidar que el proceso se tramite sin vulnerar derechos fundamentales tanto del acusador como del acusado.

Que la acción penal es un poder jurídico que tiene el Estado para perseguir la averiguación de un hecho que presume delictivo, así como su juzgamiento y la imposición de una pena, mediante ello se provoca la intervención y la decisión del juzgador acerca de una acusación de un delito y de todas las demás situaciones que se determinen en un proceso penal. Se puede definir como el acto mediante el cual se demanda la punición del culpable o del derecho subjetivo de pedir a la instancia juzgadora la aplicación de la norma sustantiva penal.

Que para vincular a una persona a un proceso como posible responsable de la comisión de un hecho delictivo, se requieren motivos bastantes y comprometedores para sospechar de su participación en el hecho delictivo, entendiéndose como ello a todo elemento de prueba o dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto y probable acerca de los extremos de la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también en cuanto permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad con que se requiere para el procesamiento, esta idoneidad conviccional se conoce como relevancia o utilidad de la prueba.

CONSIDERANDO: IV.- Que la presunción de inocencia determina la exclusión o exoneración de culpabilidad, equivale a situar inicialmente a todo acusado en una posición incontestable de inocencia, que exige para ser desvirtuada, la existencia de actividad probatoria practicada con todas las garantías de las que pueda deducirse la culpabilidad del acusado; en ese sentido el derecho a la presunción de inocencia conlleva un conjunto de reglas de la actividad probatoria como garantías constitucionales, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado sea suficiente para reprochar la conducta del acusado, ya que la inocencia a la que se refieren estas garantías, se entienden en el sentido de que no actuaría, no produciría daño o no participación en el hecho, por lo que la presunción de inocencia equivale a demostrar una ausencia total de culpabilidad o de contrario se impone la obligatoriedad de que determinados medios probatorios deben ser suficientes para destruir, desvirtuar o confirmar la comisión del delito (art. 6 del Cód. Pto. Pen., y art. 116 de la C.P.E.).

Que el A.S. N° 317 de 13 de junio de 2.003, señala que: "De acuerdo a la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación derecho a la libertad juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe doble instancia, y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: declarar procedente o improcedente la apelación restringida, o anular total o parcialmente la sentencia"(sic).

CONSIDERANDO: V.- Que luego de revisar y analizar de manera exhaustiva los antecedentes del proceso elevados en originales y todo cuanto convino ver, se llega a determinar lo siguiente:

En cuanto a la apelación restringida planteada por el sentenciado Rudy Daniel Roca Valencia.

- El recurrente planteó como único defecto de la sentencia el previsto en el art. 370-4 del Cód. Pto. Pen., que se refiere a que la sentencia "se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación a las normas de este Título". Las pruebas documentales presentadas por el Ministerio Público Nos. 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11 y 12, como también las Pruebas Periciales Nos. 2, 3, 4 y 5 no fueron incidentadas de exclusión probatoria por ninguno de los acusados, menos aún por la defensa del recurrente Rudy Daniel Roca Valencia; tampoco fueron reclamados en su oportunidad sobre la validez y/o legalidad de las mismas, siendo que el momento procesal oportuno para incidentar la exclusión probatoria de las pruebas observadas en el recurso de apelación restringida, era al momento de instalarse el juicio oral, cuando el Tribunal de Sentencia preguntó a las partes si tenían incidentes y excepciones que plantear, la defensa técnica de ambos acusados señalaron que no tenían; el otro momento procesal para plantear incidente de exclusión probatoria, era al momento de que el Tribunal de Sentencia, a solicitud del Ministerio Público de que se judicialicen las pruebas mencionadas up supra, hizo dar lectura por secretaría las pruebas documentales y periciales hoy observadas, ello conforme a la S.C. N° 0406/2007-R de 16 de mayo. La omisión de la parte acusada, de no reclamar oportunamente la vulneración de derechos y garantías procesales o documentales por las vías legales, no puede ser reclamada posteriormente en la apelación restringida cuando dejó precluir ese derecho en el mismo juicio oral, por el principio de inmediación, oralidad y contradicción (art. 407 del Cód. Pto. Pen.).

- Por otro lado el recurrente no señaló específicamente qué normas del título II "juicio oral y público" se violentó con la introducción y judicialización de las pruebas documentales y periciales observadas; se limitó a señalar que se violentó el principio de inmediación (art. 330 del Cód. Pto. Pen.), oralidad (art. 333 del Cód. Pto. Pen.), y contradicción, cuando estos principios pertenecen al juicio oral en sí y no se señaló qué derechos y garantías de su defendido se vulneraron con las denuncias relatadas en su memorial de apelación restringida.

- Referente a la no presencia del policía asignado al caso, del perito Miguel Ángel Barba del Laboratorio Mabe, del denunciante ni de la víctima. La presencia de testigos y/o peritos en el juicio oral, es opcional, dado que el art. 333-2 del Cód. Pto. Pen. señala expresamente que en el juicio oral solo podrán incorporarse por su lectura: "2. Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por ley, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia del testigo o perito cuando sea posible"; es claro el procedimiento al señalar que los informes emitidos por los peritos, serán incorporados por su lectura, tal como ocurrió en el juicio oral y en la sentencia hoy cuestionada; la asistencia de los peritos o técnicos es opcional según la normativa vigente, no es imprescindible. Con relación a la no presencia del investigador asignado al caso, de la víctima ni del denunciante en el juicio oral, su presencia si bien podría dar mayores luces al Tribunal de Sentencia para que se convenza para emitir una sentencia, tampoco es imprescindible y no significa que sin ellos se vaya a dictar una sentencia absolutoria, máxime si los actuados realizados por el investigador asignado al caso y las declaraciones de la víctima y denunciante se encuentran plasmados en informes y actas de registro que fueron judicializadas por su lectura en el juicio oral, no siendo observadas por la parte imputada y cumplieron con las previsiones contenidas en el art. 333-3 y 4 del Cód. Pto. Pen. La oralidad también se cumplió en esta parte de la sentencia cuestionada, dado que los informes periciales y del investigador asignado al caso, fueron introducidas al juicio oral por su lectura y dichas pruebas también incidieron para que el Tribunal de Sentencia emita una sentencia condenatoria.

- Por estos argumentos de orden legal y no habiendo más puntos cuestionados de la resolución conforme al art. 398 del Cód. Pto. Pen., corresponde declarar la improcedencia de la apelación restringida planteada por el sentenciado Rudy Daniel Roca Valencia.

En cuanto a la apelación restringida planteada por el sentenciado Jose Luis Camargo Sandoval.

- Respecto a que no se habría cumplido con el requisito de la sentencia previsto por el art. 360-1 y 2 del Cód. Pto. Pen. El num. 1 de esta norma se ha cumplido a cabalidad, puesto que a fs. 215 del cuaderno procesal se evidencia: la mención del Tribunal de Sentencia N° 1 de la Capital, lugar y fecha: Santa Cruz, 08 de junio de 2.016, el nombre de los jueces técnicos: Gladys Alba Franco, Jesús R. Eguez Ayala y Lucio Condori Rodríguez, se menciona a las partes y los datos personales de los dos imputados. Por lo que lo aseverado por el acusado José Luis Camargo Sandoval, no es evidente. Tampoco se evidencia una fundamentación clara y precisa sobre el num. 1 del art. 360 del Cód. Pto. Pen., no correspondiendo por ello entrar en mayor abundamiento por economía procesal y por mandato del art. 398 del Cód. Pto. Pen.

- El acusado también alega el incumplimiento del art. 360-2 del Cód. Pdto. Pen., que no se habría realizado una fundamentación fáctica imparcial. De la revisión de la Sentencia N° 39/2.016, se evidencia una relación de los hechos, pero la enunciación del hecho y circunstancias objeto del juicio a la que se refiere el art. 360-2 del Cód. Pdto. Pen., se refiere no solo a la relación de los hechos que evidentemente recoge la versión de la parte acusadora, sino también comprende la relación que el Tribunal de Sentencia realizó respecto al punto 2 "declaración del imputado" José Luis Camargo Sandoval, quien al hacer uso de la palabra también hizo una relación de los hechos y que el Tribunal de Sentencia lo incluyó en su sentencia (ver fs. 216), contrastándose luego con los demás elementos probatorios que desfilaron en el juicio.

- Referente a que no se habría valorado la declaración testifical de Luis Germán Mamani Marca. El Tribunal de Sentencia realizó una relación de su declaración (ver fs. 219), valoró dicho testimonio conforme a las reglas de la sana crítica y reglas previstas en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., se realizó una alusión y una comparación en los "hechos probados" de la sentencia. Al margen de ello el Tribunal de Sentencia realizó un análisis lógico, coherente, basado en la objetividad y la realidad, poniendo en relieve el lugar donde ocurrieron los hechos, la calidad de las personas que se encontraban en el lugar y las circunstancias en las que se cometió el hecho ilícito.

- El recurrente también enumera (a fs. 240) la falta de los requisitos de la sentencia previstos en el art. 360-1, 2, 3 y 4, con relación a los arts. 172 y 173 del Cód. Pdto. Pen., sin embargo no hace mayor explicación ni exposición de agravios para que este tribunal de alzada pueda ingresar al análisis de los mismos conforme al art. 398 del Cód. Pdto. Pen. Al margen de ello el Tribunal de Sentencia ha actuado con objetividad, aplicando las reglas de la sana crítica, la verdad material, la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida y judicializada en el juicio, dictando correctamente una sentencia condenatoria contra los dos implicados en el hecho delictivo de violación, aplicándose una sanción para los dos imputados dentro del presente proceso penal. Por todo ello corresponde declarar la improcedencia del recurso de apelación restringida planteada por el sentenciado José Luis Camargo Sandoval.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLES e IMPROCEDENTES las apelaciones restringidas interpuestas por los sentenciados Rudy Daniel Roca Valencia y José Luis Camargo Sandoval, contra Sentencia N° 39/2.016, de 08 de junio de 2.016, que fuera dictada por el Tribunal de Sentencia N° 1 en lo Penal de la Capital.

Se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial como lo establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Mirael Salguero Palma.

Regístrese y notifíquese.

Fdo.: Dres.: Victoriano Morón Cuellar.- Mirael Salguero Palma.

Ante mí: Abg. Carlos Arroyo Arévalo.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 9 de noviembre de 2016, cursante de fs. 278 a 281, José Luis Camargo Sandoval, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 62 de 16 de septiembre de 2016, de fs. 262 a 265 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Mirael Salguero Palma y Victoriano Morón Cuellar, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente y Rudy Daniel Roca Valencia, por la presunta comisión del delito de violación, previsto y sancionado por el art. 308 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 39/2016 de 8 de junio (fs. 215 a 225), el Tribunal de Sentencia N° 1 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declara a José Luis Camargo Sandoval y Rudy Daniel Roca Valencia, autores de la comisión del delito de violación, previsto y sancionado por el art. 308 del Cód. Pen., imponiendo la pena de siete años de reclusión, con costas averiguables en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada Sentencia, los imputados Rudy Daniel Roca Valencia (fs. 232 a 234 vta.) y José Luis Camargo Sandoval (fs. 237 a 242), interpusieron recursos de apelación restringida, resueltos por A.V. N° 62 de 16 de septiembre de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisibles e improcedentes los recursos planteados, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 67/2017-RA de 24 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente Resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

El recurrente refiere la existencia de contradicción en la valoración defectuosa de la prueba, debido a que el auto de vista al confirmar la sentencia convalidó la misma sin que exista algún elemento que rompa el principio de inocencia, sin otorgarle valor probatorio a las declaraciones informativas de los testigos y la ausencia de elementos para poder determinar una responsabilidad penal, sin tomar en cuenta la existencia de un desistimiento a su favor; al respecto, expresa que la norma, como la jurisprudencia prohíben la emisión de una sentencia condenatoria sin la existencia de pruebas y su efectiva valoración según la sana crítica, en el presente caso se podrá apreciar que no se ha valorado la misma; toda vez, que se funda en una acusación sin establecer de forma real y cierta la participación del imputado en el proceso,

sin demostrarse el inter criminis; aclarando, que resultaría evidente que la sentencia dictada por el inferior y el auto de vista, no realizaron un correcto control de la valoración de la prueba; en consecuencia, no se hubiera respetado el debido proceso y la presunción de inocencia al tener en cuenta que las pruebas documentales como testificales no pudieron demostrar la participación del imputado en el tipo penal que se denuncia, situación que demuestra la existencia de valoración defectuosa de la prueba.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita que se case el auto de vista impugnado, sea dejado sin efecto y se ordene se emita uno nuevo.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 67/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 291 a 295, este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado José Luis Camargo Sandoval, únicamente para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 39/2016 de 8 de junio, el Tribunal de Sentencia N° 1 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declara a José Luis Camargo Sandoval y Rudy Daniel Roca Valencia, autores de la comisión del delito de violación, previsto y sancionado por el art. 308 del Cód. Pen., imponiendo la pena de siete años de reclusión, al tener como acreditados los siguientes hechos:

El 15 de julio de 2012, Lino Coronado Maturano padre de la víctima Heidy Coronado Arancibia, formaliza denuncia en la Unidad de Víctimas Especiales en contra de los acusados por el delito de violación indicando que su hija de dieciocho años el 14 de julio de 2012, después de salir de su trabajo a hrs. 20:00, se reunió con sus compañeros del colegio en la discoteca Primavera, para festejar el cumpleaños de su compañero de colegio, lugar donde consumieron bebidas alcohólicas hasta las 4:00 am, que por iniciativa de uno de sus compañeros se dirigieron al alojamiento Kahomy, donde continuaron ingiriendo bebidas alcohólicas hasta que Heidy perdió el conocimiento siendo abusada sexualmente por los acusados, de acuerdo al acta de denuncia, el informe del policía asignado al caso que hizo las tomas fotografías del alojamiento, de los acusados en el interior de la pieza, la declaración del acusado Rudy Daniel Roca Valencia, quien admitió en audiencia de juicio relatando los hechos fácticos que estuvo en el alojamiento con la víctima con quien compartió besos y caricias en la misma cama, cuando el co-acusado José Luis Camargo Sandoval, tuvo relaciones sexuales con la víctima, así como la declaración de descargo de Germán Mamani Marca, que fue quien dio la idea de ir al alojamiento y el que apagó la luz de la habitación para que sus amigos puedan abusar sexualmente de la víctima.

Añade el tribunal a quo que también se probó que una vez sentada la denuncia se procedió al examen médico forense a la víctima, habiéndose certificado que fue abusada sexualmente por sus compañeros y que no recordaba nada porque ingirió bebidas alcohólicas, concluyendo que al examen ginecológico se observó himen con desgarros cicatrizados sin ninguna otra lesión, que tomadas las muestras de flujo vaginal, arrojaron la presencia de semen y espermatozoides demostrando que la víctima mantuvo relaciones sexuales, hechos probados por la declaración del acusado Rudy Daniel Roca Valencia, el testigo Germán Mamani y las pruebas periciales de la médico forense; y, la pericia practicada por el laboratorio de análisis MABE.

Durante el juicio los acusados produjeron la prueba documental consistente en un desistimiento de 17 de mayo de 2013, realizado a su favor por el denunciante y padre de la víctima Lino Coronado Maturano, donde señala que la denuncia la realizó en un momento de confusión emocional y que pasado tanto tiempo (casi un año), considera que no amerita continuar con la misma, ya que significa un desgaste emocional, económico y de tiempo, desistiendo sin entrar en más detalles; afirma también que el acusado Rudy Daniel Roca Valencia, presentó como pruebas de descargo la declaración de Germán Mamani Marca, quien corroboró la conducta realizada por los acusados la noche en que abusaron sexualmente de Heidy Coronado Arancibia en el Alojamiento Kahomy, así también produjo la documental consistente en un certificado del REJAP, que demuestra no contar con antecedentes penales anterior a este hecho y un certificado domiciliario, hecho probado indica por el documento de desistimiento suscrito entre el denunciante y los acusados, certificados del REJAP y de domicilio.

Por otra parte, el tribunal de origen señala en el acápite destinado a los hechos no probados, que es cierto y evidente que de las muestras del flujo vaginal de la víctima no se realizó una muestra con los acusados para contrastar el perfil genético con las del hisopado, como tampoco ninguno de los acusados acudió a la toma de la muestra de sangre para que se pueda realizar la pericia en el laboratorio y se pueda demostrar lo contrario. Añaden que la víctima abandonó el caso, que no concurrió a la entrevista psicológica, según la carta enviada por la psicóloga y por el desistimiento producido como pruebas de descargo, que advierte que en ninguna parte de dicho documento señala que los acusados no hubieran cometido el hecho como lo indicado por la defensa de los acusados.

II.2. De la apelación restringida del co-acusado.

José Luis Camargo, interpuso recurso de apelación restringida, denunciando: i) Que la sentencia no reúne los requisitos previstos en el art. 360-1), 2), 3) y 4) del Cód. Pdto. Pen., extrañando una relación de hechos; asimismo, afirma que en sentencia no se valoró la prueba testifical de Luis Germán Mamani Marca, añade que no asisten los elementos del tipo penal; ii) La sentencia se basa en presunciones y conjeturas inconsistentes que no constituyen prueba, en vulneración del principio de presunción de inocencia; y, iii) La pena de siete años se ha impuesto aplicando erróneamente el art. 20 del Cód. Pen., ya que habría llevado una vida meritoria además de afirmar que no tiene antecedentes penales, añadiendo que hubo una inobservancia y violación de las normas incurriendo la sentencia en las causales del art. 370-1), 3), 4), 5), 8) y 10) del Cód. Pdto. Pen.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró admisibles e improcedentes las apelaciones restringidas interpuestas por ambos imputados, señalando entre sus conclusiones respecto a la alzada planteada por el imputado José Luis Camargo Sandoval, que con relación a que no se habría valorado la declaración testimonial de Luis Germán Mamani Marca, que el Tribunal de Sentencia realizó una relación de su declaración, valorando dicho testimonio conforme a las reglas de la sana crítica y reglas previstas en el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., habiendo hecho alusión y una comparación en los hechos probados de la sentencia; que asimismo, realizó un análisis lógico, coherente, basado en la objetividad y la realidad, poniendo en relieve el lugar donde ocurrieron los hechos, la calidad de las personas que se encontraban en el lugar y las circunstancias en las que se cometió el hecho ilícito.

Más adelante refiere que el apelante enumeró la falta de los requisitos de la sentencia, previstos en el art. 360-1), 2), 3) y 4) con relación a los arts. 172 y 173 del Cód. Pdto. Pen., omitiendo mayor explicación y exposición de agravios, que permita su análisis conforme al art. 398 del Cód. Pdto. Pen.; al margen de ello, el tribunal de origen actuó con objetividad, aplicando las reglas de la sana crítica, la verdad material, la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida y judicializada en el juicio, dictando correctamente una sentencia condenatoria contra los dos implicados en el hecho delictivo de violación, aplicando una sanción para los dos imputados dentro del proceso.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el caso presente, él imputado denuncia que el tribunal de alzada no realizó un correcto control de la defectuosa valoración de la prueba debido a que Las documentales como testificales, no demostraron su participación en el tipo penal atribuido, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. Sobre el debido proceso y el principio de inocencia.

Este Tribunal en reiteradas oportunidades a señalado que el debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, es así que los arts. 115 y 117 de la C.P.E., reconocen y garantizan la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) El derecho a la defensa; b) El derecho al Juez natural; c) La garantía de presunción de inocencia; d) El derecho a ser asistido por un traductor o intérprete; e) El derecho a un proceso público; f) El derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; g) El derecho a recurrir; h) el derecho a la legalidad de la prueba; i) El derecho a la igualdad procesal de las partes; j) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; k) El derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones; l) La garantía del non bis in ídem; ll) El derecho a la valoración razonable de la prueba; m) El derecho a la comunicación previa de la acusación; n) La concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; o) El derecho a la comunicación privada con su defensor; p) El derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado, cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

En cuanto al principio de inocencia, este tribunal a través del A.S. N° 89/2013 de 28 de marzo, ha señalado: “El principio de presunción de inocencia, garantía constitucional reconocida por el parág. I del art. 116 de la C.P.E., y normada por el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., constituye uno de los pilares fundamentales del sistema procesal penal vigente en nuestro país, cuyo alcance se encuentra contenido en la S.C. N°. 035/2013 de 01 de febrero que señala: 1. Jurisprudencia constitucional sobre la presunción de inocencia. Alcance La presunción de inocencia, al igual que el debido proceso tiene una triple dimensión: principio, derecho y garantía. Principio, porque está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal, ello supone que se convierte en una directriz de la administración de justicia que debe ser observada por todas las autoridades y servidores públicos encargados de ejercitar la potestad punitiva del Estado, tanto en el ámbito punitivo como en todo el sistema administrativo sancionador. Derecho, porque es predicable respecto de todas las personas, vincula a todos los órganos de poder y se encuentra reconocido como un derecho humano por los instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8-2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14-2), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11-1), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 26) como en los Instrumentos Internacionales se encuentra reconocido como un derecho humano. Garantía, de carácter normativo constitucional, que se constituye en un mecanismo protector dentro de los procesos judiciales o administrativos a través del cual se proscriben la presunción de culpabilidad. En el ordenamiento jurídico boliviano, la presunción de inocencia con su triple valor, se encuentra reconocida por norma suprema al señalar en su art. 116-I que: “Se garantiza la presunción de inocencia”, cuyo contenido ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional de la siguiente forma: a) En su dimensión de principio-garantía, que no es el imputado el que debe probar su inocencia, sino que es el acusador el que debe probar la culpabilidad del encausado o procesado. Así la S.C. N° 0011/2000-R de 10 de enero, determinó lo siguiente: “este principio constitucional de presunción de inocencia se constituye en una garantía del debido proceso, protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrían dar margen al prejuzgamiento y a condenas sin proceso. Este principio constitucional traslada la carga de la prueba al acusador, vale decir que obliga a éste, en materia penal, a probar sus acusaciones dentro del respectivo proceso, y que los jueces dicten sentencia condenatoria siempre que exista plena prueba, o sea, cuando no haya duda sobre la culpabilidad del encausado demostrada por todos los medios de prueba, dentro de un proceso en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...”. Del entendimiento desarrollado por la jurisprudencia constitucional se extrae que el principio-garantía de presunción de inocencia, que es componente del debido proceso, no solo implica un “estado” nominal reconocido al imputado, sino se hace efectiva durante toda la tramitación del proceso y únicamente puede ser desvirtuada mediante una Sentencia que haya adquirido calidad de cosa juzgada. (...)

El debido proceso, del que es elemento el principio-garantía de presunción de inocencia, exige, para ser desvirtuado el principio de inocencia, la existencia de actividad probatoria suficiente, generada por el titular de la acción penal, quien debe acreditar la existencia de los

elementos constitutivos y específicos del delito y la autoría; además que dicha actividad sea llevada a cabo con total respeto a los derechos, principios y garantías procesales y constitucionales que rigen el juicio oral, exigiendo al juez o tribunal valorar la prueba conforme las reglas de la sana crítica (art. 173 del Cód. Pdto. Pen.), debiendo basar su resolución únicamente en prueba legalmente obtenida y, que ésta sea suficiente para generar en el juzgador la convicción sobre la existencia del hecho punible, así como la participación y responsabilidad penal del imputado en el hecho acusado. En resumen, para que dicha garantía sea desvirtuada (presunción de inocencia) a través de la actividad probatoria, requiere: a) Siendo el acusador el titular de la acción penal, le corresponde la carga de la prueba, consecuentemente, debe producir en audiencia de juicio oral prueba legal y/o lícita, obtenida en apego a las garantías procesales y constitucionales. b) Dicha prueba debe acreditar la existencia de los elementos específicos del tipo penal, la participación del imputado y su grado de culpabilidad, sin que este último se encuentre obligado a probar su inocencia o la inconcurrencia de alguno de los elementos del tipo penal acusado. Por su parte el juzgador queda vinculado a lo alegado por el acusador y lo probado en juicio cuando éste se ha desarrollado en respeto al debido proceso, encontrándose obligado a valorar todos los medios de prueba conforme señala el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., y de cuya valoración emerge el convencimiento pleno de la existencia del hecho punible y la participación del imputado; solo cuando la resolución de mérito adquiere calidad de cosa juzgada se desvirtúa el principio de inocencia”.

III.2. Análisis del motivo.

Definiendo el ámbito de análisis del recurso en los términos señalados en el preámbulo del presente acápite, se debe partir señalando que de acuerdo a lo expuesto en el acápite II.1. del presente auto supremo, mediante sentencia el tribunal de origen declaró a los acusados José Luis Camargo Sandoval y Rudy Daniel Roca Valencia autores del delito de violación, que en sus partes principales destacó los hechos probados y en mérito a que prueba; así también, contempló qué hechos no fueron probados, apelada esta determinación por el ahora recurrente, el tribunal de alzada a través del auto de vista impugnado, efectuando su labor de control evidenció que con relación a la denuncia de que no se habría valorado la declaración testifical de Luis Germán Mamani Marca, relievó que el a quo hizo una relación de su declaración, siendo valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica y el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., aludiendo a los hechos probados, además de contener un análisis lógico, coherente, basado en la objetividad y la realidad, haciendo notar los hechos fácticos, los actores y circunstancias del ilícito; no obstante, que el imputado no dio mayor explicación acerca del incumplimiento de ciertos requisitos de la sentencia y de los arts. 172 y 173 del Cód. Pdto. Pen., concluyendo que la valoración fue realizada de manera conjunta y armónica de toda la prueba producida, es así que en base a estos argumentos, se observa que el auto de vista impugnado analizó la resolución impugnada, expresando las conclusiones a las que se arribó luego de un examen sobre las denuncias formuladas, concluyendo que no eran evidentes.

Razones por las que no se advierte que el tribunal ad quem a momento de resolver la alzada haya incurrido en vulneración de derecho alguno; por cuanto, al confirmar la sentencia no advirtió una defectuosa valoración de la prueba como aduce el recurrente; al contrario, verificó el cumplimiento de las reglas de la sana crítica y que el tribunal de origen otorgó valor a cada elemento probatorio que demostraron los hechos fácticos que motivan la causa. Tampoco es evidente que se haya desconocido la existencia del desistimiento, ya que como se tiene señalado, en el presente fallo, el a quo disgregó las razones por las que este documento no precisó que los acusados no hubieran cometido el hecho delictivo como habría indicado la defensa en esa oportunidad; consecuentemente, no se ha acreditado que la prueba haya resultado insuficiente para que no genere en el juzgador la convicción sobre la existencia del hecho punible, así como la participación y responsabilidad penal del ahora recurrente en el hecho acusado con base a las pruebas testificales de cargo y descargo, corroboradas con el certificado médico forense y el dictamen pericial del laboratorio de análisis clínicos y toxicológicos MABE; por consiguiente, se concluye que el tribunal de alzada conforme se tiene de los párrafos que anteceden, se pronunció de forma congruente y fundamentada, respecto a los motivos en los que sustenta su determinación, ejerciendo la labor de control respecto a la actuación del tribunal de origen en la valoración de los elementos probatorios judicializados en el acto de juicio, sin haberse acreditado una lesión al debido proceso ni al principio de presunción de inocencia, menos la existencia de defecto absoluto alguno, quedando evidenciado que además observó el cumplimiento de los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., resultando el presente recurso infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por José Luis Camargo Sandoval.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 03 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.

**315**

**Ministerio Público y otro c/ Marco Antonio Barrios Monje
Violación de Infante Niño, Niña o Adolescente
Chuquisaca**

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 15 de noviembre de 2016, cursante de fs. 250 a 263, Marco Antonio Barrios Monje, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 287/2016 de 28 de octubre, de fs. 230 a 239 y su Auto Complementario N° 340/2016, de fs. 244 a 245, pronunciados por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Elena Esther Lowenthal Claros de Padilla y Hugo Córdova Eguez, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Marina Padilla Romero de Andrade contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de violación de infante niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 8/2016 de 16 de marzo (fs. 161 a 177), el Tribunal Segundo de Sentencia en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Marco Antonio Barrios Monje, autor de la comisión del delito de violación de infante niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio sin derecho a indulto, más el pago de costas del proceso, así como los daños y perjuicios a favor de la víctima a calificarse en ejecución de Sentencia.

b) Contra la referida sentencia, el imputado Marco Antonio Barrios Monje (fs. 186 a 804 vta.) interpuso recurso de apelación restringida, que previo memorial de subsanación (fs. 220 a 221 vta.), fue resuelto por A.V. N° 287/2016 de 28 de octubre, dictado por la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, que declaró procedentes los motivos primero, segundo y cuarto; e, improcedente el tercer motivo del recurso planteado; en consecuencia, revocó en parte la sentencia y mantuvo con los fundamentos contenidos, la condena impuesta al apelante sólo en relación al último hecho que fue al que se enmarcó el juicio en el auto de apertura, manteniéndose incólume la sentencia en todo lo vinculado al hecho, motivando la interposición del recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 29/2017-RA de 20 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

1) El recurrente denuncia que el auto de vista recurrido y su auto complementario incurrieron en inobservancia de los arts. 309 y 23 del Cód. Pen.; puesto que, se mantuvo la errónea subsunción del hecho por el cual fue sentenciado (art. 308 Bis del Cód. Pen.), con pena de quince años de presidio sin derecho a indulto por supuestamente haber mantenido relaciones sexuales con la menor víctima en tres oportunidades, la primera el 26 de octubre de 2010 cuando la menor tendría 12 años y 11 meses de edad; la segunda, el 22 de julio de 2011 cuando la menor habría tenido 13 años y 8 meses de edad; y, la tercera el 13 de enero de 2012 teniendo la menor 14 años, 1 mes y 15 días de edad, aspecto por el que recurrió en apelación restringida, reclamando como primer agravio la falta de enunciación del hecho objeto del juicio y su determinación circunstanciada y como segundo agravio la incongruencia entre la sentencia; y, la acusación fiscal y particular, reclamationes que fueron declarados procedentes por el tribunal de alzada que constató que el objeto del juicio oral sólo se delimitó al tercer hecho descrito en la fundamentación fáctica de la sentencia (el ocurrido el 13 de enero de 2012), que al haber sido condenado su persona por los dos primeros hechos descritos en la sentencia en sus conclusiones segunda y tercera evidenciaba defecto, establecido en el art. 370-3) y 11) del Cód. Pdto. Pen., que vulneraba el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia: "pero única y exclusivamente en lo que atañe al ocurrido el 26 de octubre de 2010 y al ocurrido el 22 de julio de 2011"; no obstante, mantuvo la culpabilidad con pena de quince años de presidio por la comisión del delito de Violación de Infante Niño, Niña y Adolescente, sin considerar que el elemento constitutivo de acceso carnal con persona menor de catorce años estaba totalmente ausente; puesto que, para el propio tribunal de alzada sólo se demostró que su persona habría sostenido relaciones sexuales con la menor el 13 de enero de 2012, cuando la menor tenía 14 años, 1 mes y 15 días de edad, además que no había mediado violencia ni intimidación, sino que se dio fruto de una relación de enamoramiento, por lo que asevera que su conducta no se encuadró a lo previsto por el art. 308 Bis del Cód. Pdto. Pen., que tiene como elemento constitutivo que la persona sea menor de 14 años, lo que en su caso no ocurrió, sino le correspondía al tribunal de alzada en apego al debido proceso, principio de legalidad efectuar la correcta subsunción del hecho al delito acusado; puesto que, la sentencia solo debe recaer sobre los hechos acusados, donde podía advertir que su conducta se adecuaría a lo previsto por el art. 309 del Cód. Pen., que sanciona la conducta que con engaño accede a relaciones sexuales con una mayor de catorce años de edad, como habría sostenido el tribunal de mérito una relación sentimental amorosa; sin embargo, dicho artículo fue inobservado por el ambos tribunales; aspecto que, lesiona su derecho al debido proceso y el principio de legalidad precautelado por los arts. 115-II, 117-I y 180 de la C.P.E., constituyendo defecto absoluto previsto por el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, debido a la errónea

calificación de los hechos al tipo penal de violación infante niño, niña o adolescente se habría mantenido la sentencia, cuando a su criterio el tribunal de alzada no debió ratificar la calificación del tipo penal efectuado por el Tribunal de Sentencia, sino que podía adecuar el hecho al tipo penal correcto, sin necesidad de juicio de reenvío; sin embargo, no lo hizo. Al respecto, invoca los AA.SS. N° 239/2012 de 3 de octubre y 726 de 26 de noviembre de 2004.

2) En el acápite “acusó violación de mi derecho al debido proceso, en su vertiente derecho a una resolución debidamente fundamentada, previsto en el art. 115-II y 117-I de la constitución política del estado, con relación a mi cuarto motivo de apelación: acuso inobservancia del art. 314 del Cód. Pdto. Pen., en su primer párrafo a momento de emitirse el auto de vista”, manifiesta que el auto de vista recurrido inobservó el mandato del primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, reclamó en el cuarto motivo de su recurso de apelación restringida que el juez de primera instancia le negó el valor probatorio a las conclusiones 6 y 7 del dictamen pericial médico psicológico, arguyendo que el perito no habría realizado el trabajo encomendado por el tribunal, sino que por el contrario hubiere realizado un trabajo propio y con criterio personal; empero, no fundamentando cuál el trabajo que el tribunal habría encomendado al perito, o qué hechos reflejarían que el perito hubiere realizado un trabajo apartado de lo encomendado por el tribunal y qué hechos reflejarían que el perito hubiese realizado su trabajo bajo un simple criterio personal, por lo que acusó, falta de fundamentación fáctica que afectó el resultado final de la sentencia; puesto que, la conclusión 6 habría establecido que el testimonio brindado por su persona en el sentido de que no hubiese procedido en ningún momento a cometer el hecho de violación en contra de la víctima fue creíble y la conclusión 7 estableció que la credibilidad respecto al testimonio de la menor víctima resultó no creíble por el cúmulo de contradicciones en sus declaraciones; a cuyo efecto, invocó el A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004; no obstante, el tribunal de alzada pese a que declaró procedente su reclamo, ya que constató que el juez habría incurrido en defecto de omisión por motivación en la valoración intelectual infringiendo el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., agregó que el defecto carecía de trascendencia, ya que el solo peritaje no desvirtuaba el resto de las pruebas en el que sustentaba la sentencia, no considerando que al evidenciarse la vulneración del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., constituyó defecto absoluto que vulneró su derecho al debido proceso en su vertiente a una resolución debidamente fundamentada incumplida por el tribunal de mérito, que afirma no podía ser subsanado por el tribunal de alzada, correspondiendo la aplicación del primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, la anulación de la sentencia y reposición del juicio; no obstante, dispuso revocar parcialmente la sentencia y mantener su condena con los fundamentos contenidos en la sentencia.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se declare procedente su recurso y se deje sin efecto el auto de vista impugnado y su complementario, debiendo emitir el tribunal a quo una nueva resolución.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 29/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 280 a 283, este tribunal admitió el recurso de casación interpuesto por Marco Antonio Barrios Monje, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 8/2016 de 16 de marzo, el Tribunal de Sentencia N° 2 en lo Penal del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Marco Antonio Barrios Monje, autor de la comisión del delito de violación de infante niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., de acuerdo a los siguientes argumentos:

Como hechos generadores del proceso penal, se tiene que en el mes de septiembre de 2010 la menor de nombre JAP, hubiese estado recibiendo clases de lenguaje y matemáticas por parte de Marco Antonio Barrios Monje (imputado), que hubiese sido contratado por la querellante a raíz de un aviso de periódico puesto por el acusado, desde el momento que empezó a tomar las clases la conducta de la víctima se hubiese vuelto retraída, además de poco comunicativa situación que empeoró el año 2011 notándosele esquiva, preocupada y pensativa con sus ojos llorosos, hasta que llega un momento en el que no soporta más y comunica que Marco Antonio Barrios Monje de treinta años de edad aproximadamente, aprovechando la ausencia de sus padres, con una serie de amenazas atentatorias de muerte contra la indicada menor como hacia sus padres, la hubiera forzado para tener acceso carnal con intimidación y fuerza, argumentándose que en el momento del hecho la víctima contaba con trece años de edad; esta acción se hubiese consumado en varias oportunidades, con las mismas circunstancias de fuerza, presión y amenazas, habiendo sido la última ocasión el 13 de enero de 2012, en la calle Medinaceli de esta ciudad en el domicilio del agresor y a cuyo lugar había llevado a la menor.

Entre los hechos probados en juicio y que hubieran sido motivo de apelación restringida, se encuentran las conclusiones; Segunda: Que se evidenció que transcurrido un mes aproximadamente de las clases que impartía el acusado a la víctima, el 26 de octubre de 2010 el imputado hubiera ido a buscarla a su colegio a eso de las 14:00, para llevarla a la fuerza en un taxi hasta el parque libertadores, lugar donde hubiese procedido a desvestir y abusar sexualmente de la menor, siendo esta la primera vez en el que la víctima J.A.P. tuvo relaciones sexuales con el acusado, para consumar el hecho el acusado hubiera procedido a taponar la boca a la menor para que no grite; en consecuencia, se estableció que el acusado en la referida fecha consumó el delito de violación al tener la víctima 12 años y 11 meses de edad; Tercera: En lo que concierne a la problemática planteada, estableció que el 22 de julio de 2011, el acusado hubiese logrado un encuentro con la víctima, con el objeto de que celebraran el día de la amistad que se celebraba al día siguiente, por ello se encontraron en la zona del Cementerio para posteriormente tomar un vehículo de transporte público para trasladarse a la zona del Tejar (Calancha), una vez en el lugar el acusado nuevamente (segunda vez), logró tener relaciones sexuales con la víctima, cuando la menor tenía la edad de 13 años y 8 meses aproximadamente y el imputado treinta y dos años; y, Cuarta: Se tuvo acreditado que el acusado continuó con la misma conducta con relación a la víctima, por lo que el 13 de enero de 2012 trasladó a la menor a la calle Medinaceli por la zona del Cementerio, a una casa que era de uno

de sus parientes, ya en el interior en una habitación nuevamente el acusado mantuvo relaciones sexuales con la menor, para esa fecha la víctima contaba con 14 años, 1 mes y 15 días aproximadamente y el acusado 33 años.

Para conseguir el acusado sus objetivos hubiera enamorado e ilusionado a la víctima, efectuado algunos regalos, pero además le profería amenazas que cuando ella se negaba a sus pedidos, señalaba que algo le iba a pasar a los miembros de su familia y que cuando abusó de ella le tapaba la boca, se tuvo acreditado que la víctima estaba cansada, porque la vez que la llamaba el imputado para citar la era para llevarla a algún lugar y conseguir su objetivo de seguir abusando de ella, por ello la manipulaba con amenazas contra sus padres y hermanos. Asimismo, el hermano al tener conocimiento de todos estos hechos, hubiese dado parte a sus padres y que una vez consultada la menor sobre los abusos sufridos por parte del acusado se inició las acciones legales, efectuándose en primera instancia la valoración médico forense del IDIF, cuyo diagnóstico fue de himen con desgarramiento antiguo, con lo que quedaba acreditado que el acusado cometió el delito de violación.

II.2. De la apelación restringida del imputado.

Conforme al memorial cursante de fs. 186 a 204 vta., en cuanto a los agravios motivo del recurso de casación, se tiene los siguientes motivos:

1. Denunció el defecto de la sentencia previsto por el inc. 3) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., alegando la falta de enunciación del hecho objeto del juicio y su determinación circunstanciada, ya que en la sentencia motivo de apelación no se le atribuyó que; a) El 26 de octubre de 2010 hubiera sostenido relaciones sexuales con la menor JPA, en el parque los libertadores; b) El 22 de julio de 2011 se hubiera encontrado con la menor en la zona del Cementerio, para luego consumir por segunda vez una relación sexual en la zona de la Calancha; y, c) Mucho peor que el 13 de enero de 2012 se hubiera trasladado a la menor a la calle Medinaceli, la casa de uno de sus parientes. Respecto de estos tres hechos reitera que no fueron expuestos en la sentencia como hecho o circunstancia objeto del juicio; sin embargo, se le condena por estos hechos.

El defecto anotado se constituiría en un defecto absoluto invalorable, acorde lo establecido en el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen., por vulnerar el derecho al debido proceso.

2. Acusó incongruencia entre la sentencia y la acusación fiscal y particular, defecto establecido en el inc. 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., alegando que ningún imputado puede ser condenado por hechos distintos a los atribuidos en la acusación; sin embargo, así se acreditaría en la consideración de hechos probados consignados en las conclusiones segunda, tercera y cuarta de la Sentencia impugnada.

3. Que el Tribunal de Sentencia, hubiese vulnerado su derecho al debido proceso por falta de fundamentación fáctica suficiente y razonable, en la sentencia a momento de negarle valor a parte de la prueba pericial propuesta de su parte, lesionando su derecho a la defensa, alegando que en el punto F) de la sentencia impugnada correspondiente a la prueba pericial de descargo de la defensa, en la que los jueces a quo luego de transcribir el dictamen pericial médico psicológico de 29 de enero de 2016, concluyeron señalando que esta prueba: "no merecía fe probatoria respecto de las conclusiones N° 6 y N° 7 en razón de que el perito no realizó el trabajo encomendado por el tribunal, sino que por el contrario efectuó un trabajo propio y con criterio personal, además de haber utilizado métodos que sólo se aplican en víctimas de agresión sexual, lo que comprometió los principios de imparcialidad, objetividad y neutralidad, a los cuales deben estar sometidos los peritos", conclusión que a decir del imputado no va acorde la conclusión sexta de la sentencia; pero además, que al observar que el perito no hubiera efectuado el trabajo encomendado, no se precisa ¿Cuál el trabajo que el tribunal encomendó al perito propuesto? ¿Qué Hechos reflejan que el perito realizó un trabajo apartado de lo encomendado? ¿Qué hechos reflejan que el perito hubiese realizado su trabajo bajo un simple criterio personal?, son aspectos que no fueron debidamente motivados.

II.2. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, resolvió el recurso de apelación restringida desarrollado en el anterior acápite de la presente resolución, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1) En cuanto a los agravios primero y segundo, al ser similares en su planteamiento, se resolvieron ambos de manera conjunta, argumentándose que de la demarcación del objeto del juicio oral, se enmarcan al acceso carnal con mediación de violencia e intimidación ocurrido cuando la víctima tenía trece años de edad, siendo la última oportunidad el 13 de enero de 2012, no existiendo ninguna otra precisión a más de que los hechos se hubieran producido en varias oportunidades; al respecto, se concluye que la Sentencia confutada, en la parte considerativa correspondiente a la fundamentación, conclusiones segunda y tercera, estableció que el imputado el 26 de octubre de 2010, tuvo relaciones sexuales con la menor, cuando ésta tenía 12 años y 11 meses de edad, hecho que se repitió el 22 de julio de 2011, en la zona de la Calancha, cuando la menor tenía 13 años y 8 meses; y, el 13 de enero de 2012 por tercera vez, en una casa de los parientes del imputado, cuando la menor contaba con 14 años, 1 mes y 15 días de edad aproximadamente, en tal sentido la fundamentación jurídica afirmaría que el imputado entabló una relación amorosa con la víctima y que una vez logrado que ésta sea su enamorada, logra tener relaciones sexuales en tres oportunidades, en las dos primeras la víctima era menor de catorce años y en la tercera mayor de catorce años, situación que en su momento provocó que sea declarado autor del delito de violación de niño, niña o adolescente. Con lo desarrollado, teniéndose en cuenta la fundamentación fáctica del pliego acusatorio y delimitado el objeto del juicio oral en el auto de apertura, se fijó como objeto del juicio oral, el hecho de la agresión sexual atribuido al imputado y calificado en el tipo penal ya referido anteriormente, marcándose como relación precisa y circunstanciada, como hecho concreto el 13 de enero de 2012, en un domicilio de la calle Medinaceli; sin embargo, la sentencia confutada condena al imputado por tres circunstancias diferentes; en el que los dos primeros, ciertamente no figuran en el pliego acusatorio público ni particular, menos hubieran sido delimitados como objeto del juicio oral en el auto de apertura de juicio oral, además de inexistente en la fundamentación fáctica de la sentencia confutada, por lo que si bien el pliego acusatorio refería que la agresión sexual sufrida por la víctima fue en varias oportunidades, la fundamentación fáctica de la acusación y sentencia, no contienen estos aspectos de inexcusable referencia,

omisiones contenidas en los pliegos acusatorios, que delimitaron el objeto del juicio oral a tan sólo el tercer hecho descrito en la fundamentación fáctica de la sentencia (13 de enero de 2012), dado que no existiría en auto, una ampliación de acusación, que hubiera permitido incluir los dos primeros hechos como objeto del juicio y al haber sido condenado también por éstos; en las conclusiones segunda y tercera de la resolución impugnada, se evidenció la concurrencia de los defectos establecidos en los incs. 3) y 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., por vulnerar el debido proceso en sus vertientes derecho a la defensa y al principio de congruencia o coherencia entre la acusación y la sentencia: “pero única y exclusivamente en lo que atañe a los dos hechos: al ocurrido el 26 de octubre de 2010 y al ocurrido el 22 de julio de 2011”, declarándose la procedencia de los motivos primero y segundo de la apelación planteada, con los efectos a establecer más adelante.

2) Respecto del cuarto motivo, en el que se alegó la falta de fundamentación fáctica suficiente y razonable a momento de negársele el valor a la parte de la prueba pericial, en que si bien el tribunal de la causa asignó valor relativo de fe probatoria; pero además, respecto de las conclusiones sexta y séptima, estableció que no merecían fe probatoria, verificados dichos argumentos el tribunal de alzada refirió que la valoración del peritaje, si bien cumple en cuanto a la valoración descriptiva y asignándose valor a la prueba en parte, el fundamento del por qué el contenido de las conclusiones 6 y 7 de dicho peritaje, no mereció fe probatoria resulta insuficiente en cuanto a su fundamentación, siendo evidente que no se especifica cuál el trabajo encomendado por el tribunal—se entiende puntos de pericia establecidos— que “no realizó” el perito, tampoco se especifica los elementos que sustentaren la afirmación de que “realizó un trabajo propio y con criterio personal”, no se explica por qué y en base a que llega a tal afirmación, menos se expone por qué un “trabajo propio” de un perito mereciera ser descalificado, no señala por qué “el criterio personal”, que se hubiere expuesto en el peritaje se desmarcare del científico aceptado, y menos existe una confrontación con otros criterios, tampoco se especificaron cuáles fueron los “métodos utilizados” que se consideraron impertinentes o erróneamente aplicados en el peritaje, ni el porqué como los utilizados, hubieren “comprometido los principios de imparcialidad, objetividad y neutralidad”, que afirma.

Por lo señalado se concluyó que el tribunal de sentencia; en cuanto, a la valoración de la prueba pericial de descargo incurrió en evidente defecto por omisión de motivación en la valoración intelectual de la misma, infringiéndose el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; en cuyo mérito, dicho agravio resultaba procedente, con los efectos a desarrollarse más adelante.

Los agravios primero, segundo y cuarto descritos en la apelación restringida y que fueron declarados procedentes conforme a los argumentos desarrollados precedentemente; en cuando, a su alcance y/o efectos, fueron motivo de un pronunciamiento particular en el último considerando de la resolución impugnada, en la que se estableció que: a) Respecto de los motivos primero y segundo, al haberse resuelto los mismos se abordó únicamente los dos primeros hechos cuestionados y no así el tercero, por lo que la sentencia con relación a este último tendría absoluta validez, correspondiendo quedar incólume; y, b) Respecto del cuarto motivo, si bien se advirtió la concurrencia del defecto denunciado; sin embargo, este carecería de trascendencia que amerite el reenvío de la causa y un nuevo juicio, pues el peritaje motivo de consideración, no desvirtuaría el resto de las pruebas en las que se sustenta la Sentencia; en cuanto, a la verdad material emergente de ellas, por lo que la misma no cambiaría de decisión adoptada por el a quo; teniendo presente además los efectos nocivos de un nuevo juicio; en cuanto, los principios de celeridad, efectividad, oportunidad dado además, el tiempo transcurrido y otros, sino especialmente teniendo en cuenta los efectos de la re-victimización de la ahora adolescente víctima que en un nuevo juicio importare, con los efectos negativos de ello y que por mandato constitucional y legal corresponde proscribirlos.

III. Verificación de la existencia de contradicción entre el auto de vista impugnado y los precedentes invocados.

En el caso presente, la parte imputada denuncia que el tribunal de alzada inobservó los arts. 309 y 23 del Cód. Pen., al mantener la errónea subsunción del hecho al art. 308 bis del Cód. Pen., cuando en mérito a la edad de la víctima mayor de 14 años, su accionar estaría tipificado en el art. 309 del Cód. Pen.; así como el art. 413 del Cód. Pdto. Pen. que ameritaba la anulación de la sentencia con el respectivo reenvío, ante la falta de fundamentación fáctica que afectó el resultado final de la Sentencia; por lo que corresponde resolver en el fondo ambas problemáticas.

III.1. En cuanto a la denuncia vinculada a la subsunción de la conducta del imputado.

En el primer motivo de casación se denuncia que el auto de vista recurrido y su auto complementario incurrieron en inobservancia de los arts. 309 y 23 del Cód. Pen.; puesto que, se mantuvo la errónea subsunción del hecho por el cual el recurrente fue sentenciado (art. 308 Bis del Cód. Pen.), con pena de quince años de presidio sin derecho a indulto, pese que en alzada se constató que el juicio oral sólo se delimitó al tercer hecho descrito en la fundamentación fáctica de la sentencia (el ocurrido el 13 de enero de 2012) y al haber sido condenado su persona por los dos primeros hechos descritos en la sentencia en sus conclusiones segunda y tercera, se evidenciaba la inconcurrencia del defecto establecido en el art. 370-3) y 11) del Cód. Pdto. Pen., en vulneración al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia; no obstante, de ello mantuvo la culpabilidad con pena de quince años de presidio por la comisión del delito de violación de infante niño, niña o adolescente, sin considerar que el elemento constitutivo de acceso carnal con persona menor de catorce años, estaba totalmente ausente al haberse desvirtuado los dos primeros hechos; es decir, al reconocer el tribunal de alzada que sólo se demostró que su persona habría sostenido relaciones sexuales con la menor el 13 de enero de 2012, a esa fecha la menor tenía 14 años, 1 mes y 15 días de edad, además que no hubiera mediado violencia ni intimidación, sino que se dio fruto de una relación de enamoramiento, por lo que asevera que su conducta no se encuadra a lo previsto por el art. 308 bis del Cód. Pdto. Pen., sino correspondía al Tribunal de alzada en apego al debido proceso y al principio de legalidad efectuar la correcta subsunción del hecho al delito acusado; puesto que, la sentencia sólo debe recaer sobre los hechos acusados, donde podía advertir que su conducta se adecuaría a lo previsto por el art. 309 del Cód. Pen., que sanciona la conducta que con engaño accede a relaciones sexuales con una mayor de catorce años de edad, como habría sostenido el Tribunal de mérito una relación sentimental amorosa; sin embargo, dicho artículo fue inobservado por ambos Tribunales; aspecto que, lesiona su derecho al debido proceso y el principio de legalidad precautelado por los arts. 115-II, 117-I y 180 de la C.P.E., constituyendo defecto absoluto previsto por el art. 169-3) del Cód. Pdto. Pen.; al respecto, el recurrente invoca los AA.SS. Nos 239/2012 de 3 de octubre y 724 de 26 de noviembre de 2004, por lo que a los fines de resolver la problemática planteada corresponde tener presente lo establecido por los citados precedentes:

A.S. N° 239/2012 de 3 de octubre, emitido dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra PCC y otra, por la presunta comisión del delito de asesinato y otro, teniéndose como antecedente la denuncia de que el auto de vista que se impugnó, se habría apartado de la doctrina legal aplicable sentada por el Tribunal Supremo de Justicia respecto a la congruencia y el principio de desvinculación condicionada, contenida en el A.S. N° 166/2012-RRC de 20 de julio; siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

“Los jueces y tribunales deben considerar que el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal frente al derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El ‘principio de congruencia o coherencia entre acusación y sentencia’ implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”.

A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004, emitido dentro del proceso penal seguido por WLMC y otra contra VACG, por la presunta comisión de los delitos de estafa y estelionato, teniéndose como antecedente la denuncia que el auto de vista recurrido no se pronunció sobre todos los puntos apelados hecho que constituye defectos de sentencia insubsanables, por lo que correspondía anular la sentencia y disponer la reposición del juicio por otro tribunal, conforme determina el primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., siendo este antecedente el que dio origen a la emisión de la siguiente doctrina legal aplicable:

“Que el juicio oral, público y contradictorio conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla tutelado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio. En su desarrollo las partes asumen el papel protagónico de someterse a las reglas del debido proceso en igualdad de condiciones. Los Tribunales de Sentencia o el juez deben emitir la sentencia fundamentada consignando todos y cada uno de los hechos debatidos en el juicio, con un análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo incorporadas legalmente en el proceso, debiendo la fundamentación ser clara sin contradicción entre la parte considerativa y la resolutive, con indicación de las normas sustantivas o adjetivas que respalden el fallo requisitos que toda sentencia debe contener, constituyendo su omisión defectos de sentencia insubsanables al tenor del art. 370-3) y 5) del Cód. Pdto. Pen., por lo que en esos casos corresponde aplicar el primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.”.

Toda vez, que los precedentes contradictorios invocados resuelven una situación similar a la denunciada por el recurrente, corresponde ingresar a verificar si el tribunal de alzada a tiempo de la emisión del auto de vista recurrido, incurrió en contradicción a la doctrina legal aplicable de los precedentes invocados.

El recurrente en lo esencial denuncia que el tribunal de alzada al haber declarado procedente en parte su recurso de apelación restringida, particularmente en cuanto, al no haber sido motivo de acusación fiscal ni particular las presuntas agresiones sexuales de 26 de octubre de 2010 y 22 de julio de 2011, estas no podían ser motivo de condena, sino únicamente se podría considerar la de 13 de enero de 2012, pero para ello también debía tomarse en cuenta que para esta última fecha la víctima ya tenía 14 años, 1 mes y 15 días, por lo que el art. 308 Bis del Cód. Pen., resultaría inaplicable al ser uno de los elementos constitutivos del tipo penal; es decir, que la víctima sea menor de catorce años. Al respecto, resulta pertinente tener presente que en primera instancia el recurrente a tiempo de formular su recurso de apelación restringida denunció los defectos de la sentencia establecidos en los incs. 3) y 11) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, la falta de enunciación del hecho objeto del juicio o su determinación circunstancia y la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación; en consecuencia, con la atribución otorgada por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de alzada al emitir el auto de vista impugnado limitó su análisis y resolución a los defectos alegados en ese momento, cumpliendo con la labor encomendada por la norma procesal en su calidad de Tribunal de apelación; sin embargo, a partir de asumir la decisión de dejar de lado los hechos que no fueron motivo de acusación quedando únicamente la última fecha (13 de enero de 2012), se originó un error en la subsunción de los hechos acusados al tipo penal del violación de infante niño, niña o adolescente, particularmente en cuanto a la edad de la víctima, ya que en el último Considerando de la resolución impugnada se limita a señalar que: “respecto de los motivos primero y segundo, al haberse resuelto los mismos se abordó únicamente los dos primeros hechos cuestionados y no así el tercero, por lo que, la sentencia con relación a este último tendría absoluta validez, correspondiendo quedar incólume”, conclusión que si bien fue motivo de solicitud de explicación, complementación y enmienda, no fue resuelta de manera oportuna, generando únicamente dilación en la tramitación del proceso, máxime cuando a tiempo de resolver los citados agravios bien tuvo en cuenta este aspecto-la edad de la víctima-lo que lleva a la conclusión de que si bien en primera instancia no fue motivo de apelación la inadecuada subsunción de los hechos al tipo penal condenado, no es menos cierto que a partir de la decisión asumida por el tribunal de alzada, la situación legal en cuanto al tipo penal variaba atentos los hechos acreditados y mantenidos como probados de la sentencia de primera instancia con el delito condenado.

Con dichos antecedentes, debe tenerse presente que el tribunal de alzada al no considerar de manera adecuada los alcances de mantener únicamente la agresión sexual del 13 de enero de 2012, no sólo contradijo los precedentes contradictorios invocados por el recurrente, sino principalmente desconoció la aplicación del principio de legalidad, respecto al cual el A.S. N° 267/2013-RRC de 17 de octubre, que fue emitido como emergencia del análisis relativo a la subsunción en materia penal sustantiva y su directa vinculación con principios inmersos en la Constitución Política del Estado, preciso que: “La subsunción supone la concreción de la norma esencialmente abstracta (tipo penal) y general al caso concreto y particular (hecho o hechos) que haya sido objeto del juicio.

En primer término, y como labor inmediata, una vez concluido la valoración de la prueba y establecidos los hechos probados y no probados, el juzgador debe verificar la existencia y materialización del verbo rector en la conducta del imputado dentro de él o los hechos

debatidos en juicio, es decir realizar un enjuiciamiento jurídico del hecho, para después realizar el mismo trabajo de coincidencia para la restante estructura del tipo penal.

De este modo la selección e interpretación del tipo penal y su adecuada subsunción no sólo supondrá una aplicación coherente y correcta de la norma sustantiva, si no que involucrará el cumplimiento del derecho a una tutela judicial efectiva (art. 115-I de la C.P.E.), un entender contrario, es decir, el tomar una decisión por parte del juzgador, en base a una deficiente y defectuosa subsunción de la conducta enjuiciada aplicando el tipo penal irrazonablemente, comprometerá la vulneración del principio de la legalidad penal, en íntima y directa conexión con el derecho a la libertad”.

Ahora bien, ello no significa que ante la falta de concurrencia de un elemento constitutivo-edad-los hechos acusados y probados no sean motivo de un reproche penal, pues resulta plenamente aplicable la última parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., ya que como se desarrollará más adelante, este defecto bien puede ser corregido en alzada como el mismo recurrente reconoce al pedir la aplicación de otro delito (no debiendo restringirse su consideración únicamente al delito solicitado por el recurrente); pero principalmente, por los argumentos expuestos por el tribunal de alzada a tiempo de emitir el auto de vista ahora impugnado, cuando señaló que los efectos nocivos de un nuevo juicio afecta a los principios de celeridad, efectividad y oportunidad, el tiempo transcurrido, además teniendo en cuenta los efectos de la re-victimización de la ahora adolescente víctima, con los efectos negativos de ello y que por mandato convencional, constitucional y legal corresponde proscribirlos.

La justificación para la emisión directa de una nueva sentencia, se encuentra en la misma norma penal que otorga competencia al tribunal de alzada, en consideración a que queda un hecho vigente-13 de enero de 2012-que en el presente recurso no fue motivo de mayor observación en cuanto a los aspectos previos y emergentes de éste; por lo tanto, los hechos descritos como probados, en la conclusión cuarta de la sentencia, se constituirían como base para la nueva calificación jurídica y consecuente imposición de una pena dentro de los límites legales, a ser definida en el primer caso en observancia del principio iura novit curia, pues se tiene el hecho acusado que a partir de su comprobación y la convicción adquirida sobre su existencia, la participación del imputado y su culpabilidad, permitirá la subsunción al tipo penal adecuado, emitiéndose sentencia sobre la base fáctica acusada, comprobada y descrita ampliamente en su conclusión cuarta que hace referencia a una determinada fecha, a la edad que contaba la presunta víctima, al enamoramiento del imputado y las amenazas que hubiese proferido a la víctima, aplicando la nueva tipificación con la única limitante que tenga el mismo objeto de protección jurídica que el delito acusado.

En conclusión, respecto del presente motivo con los argumentos expuestos precedentemente, resulta necesaria la emisión de nueva resolución por parte de la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, a través de la cual se proceda a la correcta subsunción de la conducta del imputado al marco descriptivo penal, resultando en consecuencia fundado el presente motivo.

En el segundo motivo de casación, el recurrente acusa la violación de su derecho al debido proceso, en su vertiente derecho a una resolución debidamente fundamentada, previsto en el art. 115-II y 117-I de la C.P.E., pues el auto de vista recurrido hubiera inobservado el mandato del primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, reclamó en el cuarto motivo de su recurso de apelación restringida que el juez de primera instancia le negó el valor probatorio a las conclusiones 6 y 7 del dictamen pericial médico psicológico, lo que generó falta de fundamentación fáctica afectando el resultado final de la sentencia; a cuyo efecto, invocó el A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004. No obstante, el tribunal de alzada pese a que declaró procedente su reclamo, ya que constató que el Juez habría incurrido en defecto de omisión por motivación en la valoración intelectual infringiendo el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; agregó que el defecto carecía de trascendencia, ya que el solo peritaje no desvirtuaba el resto de las pruebas en las que se sustentaba la sentencia, sin considerar, que al evidenciarse la vulneración del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., se incurrió en un defecto absoluto que vulneró su derecho al debido proceso en su vertiente a una resolución debidamente fundamentada, incumplida por el Tribunal de mérito, que afirma no podía ser subsanado por el tribunal de alzada, correspondiendo la aplicación del primer párrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen.; es decir, la anulación de la sentencia y reposición del juicio.

El precedente invocado ya fue precisado en el primer agravio por lo que no resulta necesaria su reiteración, ingresándose de manera directa a la resolución del motivo traído en casación; es así, que analizados los argumentos expuestos por el recurrente resulta extraño y hasta malicioso, que respecto de su primer agravio haya solicitado la reparación del defecto de manera directa por el tribunal de alzada, pero respecto de su segundo motivo de manera completamente contraria pida la anulación de juicio por ende el reenvío; es decir, que ante la eventualidad de que no le sea favorable su primer agravio pretenda la anulación del juicio cuando el mismo hace alusión que los hechos acreditados respecto del 13 de enero de 2012, merecerían un reproche penal y la consecuente aplicación de una pena.

Ahora bien, se denuncia falta de fundamentación en cuanto a la decisión asumida por el Tribunal de alzada, para ello se tiene presente que a tiempo de resolverse lo planteado se argumentó que si bien se advirtió la concurrencia del defecto denunciado, carecía de trascendencia que amerite el reenvío de la causa y un nuevo juicio, pues el peritaje motivo de consideración en criterio del tribunal de apelación, no desvirtuaba el resto de las pruebas en las que se sustentaba la Sentencia, en cuanto a la verdad material emergente de ellas, de modo que la misma no cambiaría de decisión adoptada por el a quo; teniendo presente además, los efectos nocivos de un nuevo juicio en cuanto los principios de celeridad, efectividad, oportunidad dado además, el tiempo transcurrido y otros, sino especialmente teniendo en cuenta los efectos de la re-victimización de la ahora adolescente víctima, que en un nuevo juicio importare con los efectos negativos de ello y que por mandato constitucional y legal correspondía proscribirlos.

Estos argumentos desvirtúan una presunta falta de fundamentación, pues en reiteradas oportunidades este tribunal casacional a través de los fallos emitidos, estableció que una adecuada fundamentación no necesariamente debe ser ampulosa sino que ésta aun siendo concisa, puede cumplir con los parámetros establecidos para su valides; pues de manera por demás clara y expresa, el tribunal de alzada señala que aun con la valoración de la prueba pericial de descargo, no se desvirtúa los hechos probados en juicio a través de las demás pruebas producidas y judicializada en juicio oral, ante ello el recurrente no presenta argumentación alguna que demuestre que dicho argumento sea

incompleto o errado, respecto de la trascendencia está justificada por la protección a la víctima y el imputado tampoco sustenta con algún argumento sólido que destruya la teoría del tribunal de alzada en cuanto a que dicha prueba no cambiaría el resultado del proceso "en cuanto a los hechos probados", descritos en la conclusión cuarta de la cual no existe mayor objeción; consiguientemente, conforme a los argumentos expuestos el presente motivo resulta infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Marco Antonio Barrios Monje, con los fundamentos expuestos precedentemente; y en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 287/2016 de 28 de octubre y su complementario, disponiendo que la sala penal segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie un nuevo auto de vista en conformidad a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, para que por intermedio de sus presidentes, bajo responsabilidad, pongan en conocimiento de los Jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de la sala, ofíciase nota al Consejo de la Magistratura, para que tome conocimiento del presente auto supremo.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.: Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 03 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



316

Ministerio Público y otros c/ Carlos Sumoya Montaña

Estafa y otros

Distrito: Santa Cruz

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 16 de noviembre de 2016, cursante de fs. 3033 a 3040 vta., Carlos Sumoya Montaña, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 64 de 18 de octubre de 2016, de fs. 2102 a 2107 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Victoria Morón Cuellar y Mirael Salguero Palma, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, Lucía Vallejos vda. de Claros por sí y en representación de Elías Vallejos Baldivieso contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de estafa agravada por víctimas múltiples, estelionato, falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 335 con relación al 346 Bis., 337, 198, 199 y 203 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 23/2016 de 20 de abril (fs. 1947 a 1962), el Tribunal Cuarto de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Carlos Sumoya Montaña, autor de la comisión de los delitos de estafa agravada por víctimas múltiples y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 335 con relación al 346 bis y 203 del Cód. Pen., imponiendo una pena de cinco años de presidio y al pago de Bs 2.500.- correspondiente a quinientos días multa a razón de Bs 5.- por día, así como al pago de costas y gastos ocasionados al estado estimados en Bs 5.000.- calificables en ejecución de sentencia; asimismo, lo absolvió de los delitos de estelionato, falsedad material y falsedad ideológica.

b) Contra la referida Sentencia, los acusadores particulares Lucía Vallejos vda. de Claros y Elías Vallejos Baldivieso (fs. 1971 a 1979), así como el imputado Carlos Sumoya Montaña (fs. 2026 a 2047 vta.), interpusieron recursos de apelación restringida, resueltos por A.V. N° 64 de 18 de octubre de 2016, emitido por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisibles e improcedentes los recursos planteados, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 068/2017-RA de 24 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

1) Previa referencia al deber de fundamentación de toda resolución, el recurrente hace una descripción general del auto de vista, señalando que carece de fundamentación y que vulnera el principio "Tantum Devolutum, Quantum Apellatum", constituyéndose en una resolución que incurre en incongruencia omisiva, porque no resuelve todos los aspectos cuestionados en el recurso de apelación restringida, tal es así que, en el punto II de la apelación denunció como violadas o erróneamente aplicadas las normas procesales y sustantivas como los arts. 124 y 172 del Cód. Pdto. Pen., que hacen nula la sentencia por defectos absolutos; así también, los arts. 37, 38, 39, 40, 40 bis, 203, 346 bis y 335 del Cód. Pen. y que pese a la denuncia efectuada, el auto de vista omitió pronunciarse sobre cada uno de ellos, invoca como precedentes los AA.SS. Nos. 041/2012-RRC de 16 de marzo, 724/2004 de 26 de noviembre, 073/2013-RRC de 19 de marzo, 178/2012 de 16 de julio y 065/2012-RA de 19 de abril.

2) También, manifiesta que denunció en apelación restringida, errónea valoración de la prueba, específicamente en el punto III del recurso referido, consistente en la mala valoración de la prueba literal 20; sin embargo, señala que el tribunal de apelación no se pronunció sobre este extremo y que dio por bien hecho la vulneración del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., referido a la forma de valoración probatoria, señalando que por esa causa, incurrió en defecto de sentencia establecido en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

I.1.2. Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista recurrido.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 68/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 3049 a 3051 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Carlos Sumoya Montaña, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 23/2016 de 20 de abril, el Tribunal de Sentencia N° 4 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Carlos Sumoya Montaña, autor de la comisión de los delitos de estafa agravada por víctimas múltiples y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 335 con relación al 346 bis y 203 del Cód. Pen., imponiendo la pena de cinco años de presidio; asimismo, lo absolvió de los delitos de estelionato, falsedad material y falsedad ideológica, en mérito a los siguientes hechos probados:

Que el acusado Carlos Sumoya Montaña, fue la persona que hizo las tratativas para el negocio de la compra venta de los terrenos, que fue suscrita entre Miguel Ángel Aguirre Antelo, en calidad de apoderado de Francisco Mendoza Rosales, a favor de los acusadores Lucia Vallejos y su hermano Elías Vallejos, además el referido imputado exhibió los terrenos, tramitó la documentación pertinente y elaboró las minutas de transferencia en su calidad de abogado, quién hizo el negocio con los hermanos Vallejos, llegando a suscribir los documentos en su oficina, siendo llevados por el mismo a la notaría de fe pública, donde se realizaron los reconocimientos de firmas y rúbricas; en suma, se concluyó que el referido profesional ahora acusado fue quién los sedujo con un aparente negocio redondo, consistente en adquirir unos terrenos en una suma económicamente reducida y en una ubicación urbanamente apetecible, lo cual no condice con el argumento de que el imputado intervino solo profesionalmente en la facción o elaboración de los documentos de los cuales emana el presente proceso; situación que causó un perjuicio económico grande, puesto que los tres lotes comprados fueron transferidos el 2 de diciembre de 2011 a otra persona, vía judicial.

Además, se demostró que los mismos lotes fueron transferidos por los mismos vendedores a otras personas, donde también participó el acusado, por lo que el Tribunal de Sentencia llegó a la convicción de que la conducta del acusado se adecuó a los tipos penales de estafa agravada por víctimas múltiples y uso de instrumento falsificado.

II.2. De la apelación restringida.

Notificado el acusado con la referida sentencia, interpuso recurso de apelación restringida arguyendo:

1) Falta de fundamentación de la sentencia y que carecería de una debida motivación.

2) El Tribunal de Sentencia hubiere incurrido en una errónea valoración de toda la prueba literal y testifical, señala además que no se hubiere realizado la fundamentación intelectual.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, emitió el auto de vista impugnado, que declaró admisibles e improcedentes los recursos de apelación interpuestos por las partes y confirmó la sentencia, bajo los argumentos que a continuación se sintetizan y que tienen relación a los motivos que se analizan:

Respecto a la falta de fundamentación denunciada por el acusado, concluyó que ese aspecto ya fue desarrollado en un acápite anterior, manifestando que el tribunal inferior otorgó razones jurídicas del porque está dictando sentencia condenatoria contra el imputado por los delitos de estafa agravada y uso de instrumento falsificado, concluyendo que el Tribunal de Sentencia habría descrito la actividad probatoria con fundamentos sólidos cumpliendo con lo dispuesto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y respecto al quantum de la pena concluye que se cumplió con lo establecido por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pdto. Pen., siendo el resultado de la personalidad del imputado, su conducta

anterior al hecho, el grado de peligrosidad, el grado de instrucción y otros aspectos que deben tomarse en cuenta a tiempo de imponer la pena, situación que habría sido cumplida a cabalidad por el tribunal inferior.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados

En el presente recurso, el acusado recurrente denuncia incongruencia omisiva, porque el tribunal de alzada no hubiese respondido a todos los aspectos cuestionados en apelación como aquellos fundados en la violación de los arts. 124 y 172 del Cód. Pdto. Pen., 37, 38, 39, 40, 40 bis, 203, 346 bis y 335 del Cód. Pen., que harían nula la sentencia, así como la denuncia relativa a la defectuosa valoración de la prueba literal 20; por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones, para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro de las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas, debiendo entenderse por fundamentación, la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto.

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutoria de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.2. Sobre la incongruencia omisiva.

El art. 115-I de la C.P.E., hace hincapié en la protección oportuna y efectiva de los derechos e intereses legítimos, conforme el siguiente texto: "Toda persona será protegidos oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Este derecho en su contenido evidencia distintas dimensiones como el derecho de libre acceso al proceso, el derecho a la defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre las pretensiones planteadas, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas y, el derecho a los recursos previstos por ley.

En ese contexto, se incurre en el defecto de la incongruencia omisiva (*citra petita* o *ex silentio*) al no pronunciarse una autoridad jurisdiccional sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.; temática que fue ampliamente desarrollada por este tribunal en el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, refiriendo que: "...sin embargo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada.

La incongruencia omisiva quebranta el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del Tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual, "...sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo" (Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416).

Igualmente, refiere el versado Couture, que: "El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*" (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo - Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300).

Lo anterior significa que el tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. textualmente refiere: "Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución", se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada".

III.3. Análisis del caso concreto.

El recurrente denuncia incongruencia omisiva, indicando que el tribunal de alzada no hubiera resuelto determinados puntos de su apelación, en contradicción a la doctrina legal establecida en los AA.SS. Nos. 724/2004 de 26 de noviembre, 073/2013-RRC de 19 de marzo, 178/2012 de 16 de julio y 065/2012-RRC de 19 de abril.

El primer precedente, fue emitido dentro de un proceso seguido por los delitos de estafa y estelionato, en el cual la Corte Suprema de Justicia, advirtió que el auto de vista recurrido no se pronunció sobre todos los puntos apelados, por lo que fue dejado sin efecto con base a la siguiente doctrina legal: "Que el juicio oral, público y contradictorio conforme dispone el art. 1 del Cód. Pdto. Pen., se halla tutelado por las garantías constitucionales y las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio. En su desarrollo las partes asumen el papel protagónico de someterse a las reglas del debido proceso en igualdad de condiciones. Los Tribunales de Sentencia o el juez deben emitir la sentencia fundamentada consignando todos y cada uno de los hechos debatidos en el juicio, con un análisis de todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo incorporadas legalmente en el proceso, debiendo la fundamentación ser clara sin contradicción entre la parte considerativa y la resolutive, con indicación de las normas sustantivas o adjetivas que respalden el fallo requisitos que toda sentencia debe contener, constituyendo su omisión defectos de sentencia insubsanables al tenor del art. 370-3 y 5 del Cód. Pdto. Pen., por lo que en esos casos corresponde aplicar el primer parágrafo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen."

El A.S. N° 073/2013-RRC de 19 de marzo, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de robo, en el cual este Máximo Tribunal de Justicia, constató que el tribunal de alzada no ejerció su función de control de verificación de la correcta fundamentación, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo como doctrina legal aplicable la siguiente: "El art. 115 de la C.P.E., reconoce el derecho al debido proceso y el acceso a la justicia, al disponer que toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, garantizando el estado el derecho al debido proceso; estos derechos, considerados como la garantía de un procedimiento legal en resguardo de los derechos de las personas en el curso de un proceso judicial, así como el que tiene toda persona de recurrir ante un juez o tribunal superior competente e imparcial, para hacer valer sus pretensiones; son reconocidos por los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 8 y 11; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8; y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.

Una vez desarrollado el acto de juicio oral y agotadas las distintas actividades descritas por el Código de Procedimiento Penal, que hacen a su sustanciación, el Juez o Tribunal de Sentencia, en observancia del derecho al debido proceso, en su vertiente de debida fundamentación de toda resolución judicial, deberá emitir la Sentencia que corresponda, a través de una resolución debidamente motivada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, lo que supone la precisión del conjunto de hechos que se tienen por ciertos o debidamente probados con los requisitos de claridad, precisión y en términos positivos; la transcripción sintética pero completa del contenido de la prueba; la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta, esto implica que en la sentencia debe dejarse constancia sobre el merecimiento o desmerecimiento de la prueba, así como su relevancia o no; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, esto es la labor, a partir de los hechos estimados probados, de adecuar o no el hecho al presupuesto normativo aplicable; y, en caso de optarse por la responsabilidad del imputado, la determinación de la pena; incurriéndose en fundamentación insuficiente la ausencia de cualquiera de las fundamentaciones señaladas; por ende, en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

Ahora bien, el tribunal de apelación, en ejercicio de la competencia asignada por el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen., y ante el reclamo del apelante en su recurso de apelación restringida, tiene el deber de verificar que el tribunal inferior al emitir la sentencia haya desarrollado la debida labor de motivación, por lo que, de constatar la concurrencia de fundamentación insuficiente; en consecuencia, del defecto insubsanable señalado por el citado art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., debe disponer la reposición del juicio por otro juez o Tribunal de Sentencia en observancia del art. 413 del Cód. Pdto. Pen."

El A.S. N° 178/2012 de 16 de julio, fue emitido dentro de un proceso seguido por el delito de secuestro, en el cual este tribunal observó que el tribunal de apelación no se pronunció sobre todos los puntos apelados, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido, estableciendo como doctrina legal aplicable la siguiente: "Siendo el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, un componente de la garantía del debido proceso, garantía establecida en el parág. II del art. 115 de la C.P.E.; se vulnera la misma, cuando el órgano jurisdiccional, emite resolución sin atender todas las denuncias realizadas. En el caso de apelación restringida, el tribunal de alzada conforme los límites de su competencia, debe circunscribir su actividad jurisdiccional a los puntos cuestionados, los que deben clasificarse, resumiendo y describiendo cada uno de ellos, a efectos de expresar los fundamentos de la resolución de manera ordenada, sin omitir ninguna alegación, expresando los argumentos legales en los que sustenta su decisión. En ese entendido, el tribunal de apelación, al no ajustar su actividad jurisdiccional a los puntos impugnados, omitiendo pronunciamiento respecto a una o varias de las alegaciones, incurre en vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio), que tiene como esencia, su obligación de atender y resolver todas aquellas alegaciones que se hayan traído al proceso de manera oportuna, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada, deviniendo en consecuencia en defecto absoluto invalorable, vulnerando además los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen."

Finalmente, el A.S. N° 065/2012-RA fue emitido dentro de un proceso seguido por los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, en el que este tribunal constató que el tribunal de alzada no ejerció el control de la verificación de la correcta motivación de la sentencia, por lo que dejó sin efecto el auto de vista recurrido estableciendo como doctrina legal aplicable la siguiente: "Una vez desarrollado el acto de juicio y agotadas las distintas actividades descritas por el Código de Procedimiento Penal, que hacen a su sustanciación, el juez o Tribunal de Sentencia en observancia del derecho al debido proceso, deberá proceder a emitir la sentencia que corresponda a través de una resolución debidamente fundamentada que comprenda una fundamentación descriptiva, fáctica, analítica o intelectual y jurídica, lo que supone la precisión del conjunto de hechos que se tienen por ciertos o debidamente probados con los requisitos de claridad y precisión; la transcripción sintética pero completa del contenido de la prueba; la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta; la calificación jurídica de la conducta desplegada por el imputado, lo que importa analizar los elementos del delito como la tipicidad,

la antijuricidad y la culpabilidad, esto es la labor de adecuación o no del hecho al presupuesto normativo; y, la aplicación de la pena; incurriéndose en fundamentación insuficiente la ausencia de cualquiera de las fundamentaciones señaladas; por ende, en el defecto previsto por el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

Ahora bien, el tribunal de apelación, en ejercicio de la competencia asignada por el art. 51-2 del Cód. Pdto. Pen., tiene el deber de verificar que el tribunal inferior al emitir la Sentencia haya desarrollado la debida labor de motivación, por lo que de constatar la concurrencia de fundamentación insuficiente, en consecuencia del defecto insubsanable señalado por el citado art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.; disponer la reposición del juicio por otro juez o Tribunal de Sentencia”.

Contrastando con el caso de autos, se observa que la doctrina legal de los precedentes contradictorios citados por el recurrente, fundan su doctrina en el hecho de que el tribunal de alzada no respondió todos los puntos denunciados en las apelaciones restringidas; en el caso de autos, el recurrente denuncia también incongruencia omisiva, señalando que no se habría dado respuesta a la denuncia relativa a la violación o errónea aplicación de los arts. 124 y 172 del Cód. Pdto. Pen., 37, 38, 39, 40, 40 bis, 203, 346 bis, y 335 del Cód. Pen., menos a la denuncia de vulneración del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., por la mala valoración de la prueba documental 20; al respecto, de la revisión minuciosa del auto de vista que es objeto de análisis, se tiene que el mismo en una primera parte desarrolla de manera amplia el tipo penal de estafa, señalando sus elementos constitutivos a tiempo de resaltar que su configuración no exige necesariamente que exista un beneficio económico, bastando la intención; empero, necesariamente tiene que existir perjuicio económico en contra de la víctima. Además señala que el referido tipo penal es un delito de carácter doloso, para concluir en otro considerando que, la sentencia absolutoria impugnada por los querellantes cumple con lo normado por los arts. 124 y 160-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen., porque contiene los motivos de hecho y derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, conteniendo una relación del hecho histórico, que habría fijado de forma clara precisa y circunstanciada la especie que se estima acreditada y sobre la cual se emitió el juicio y que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral sin que se hubiera incurrido en lo previsto por los incs. 5 y 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; además, se hubiera desarrollado una actividad intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional a fin de determinar si los datos facticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio oral, poseían la entidad y cualidad suficiente para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, concluyendo que el tribunal inferior dio razones para declarar inocente al acusado por los delitos de estelionato, falsedad material y falsedad ideológica, dictando sentencia absolutoria en mérito a lo dispuesto por el art. 363-1 y 2 del Cód. Pdto. Pen., por ausencia de pruebas claras que provoquen certidumbre sobre la conducta del imputado.

Del mismo modo, el referido auto de vista en su último considerando se refiere a la apelación restringida del acusado ahora recurrente, señalando, que sobre la falta de fundamentación de la sentencia, ya se habría desarrollado y analizado en un acápite anterior, manifestando que el tribunal inferior dio razones jurídicas del porque dictó sentencia condenatoria contra el imputado por dos delitos, cumpliendo con el mandato establecido en el art. 124 del Cód. Pdto. Pen. y a continuación concluye señalando que la pena impuesta al imputado cumple con las formalidades previstas por los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., siendo el resultado de la personalidad del imputado, su conducta anterior al hecho, el grado de peligrosidad, el grado de instrucción y otros aspectos que deben tomarse en cuenta a tiempo de imponer la pena, situación que habría sido cumplida a cabalidad por el tribunal inferior.

Ahora bien, sobre la base de estos datos y teniendo en cuenta que este tribunal delimitó el ámbito de análisis del presente recurso al dejar constancia en el Auto de admisión 068/2017-RA de 24 de enero, que se limitaría a la verificación de la existencia o no de una falta de pronunciamiento sobre los motivos alegados por el imputado en su apelación, se advierte que la denuncia de incongruencia omisiva es evidente, puesto que el tribunal alzada no respondió a los cuestionamientos del imputado a la sentencia relativos a una supuesta falta de fundamentación, al remitirse a un análisis anterior contenido en otro acápite destinado a resolver la apelación restringida de la parte contraria, cuando le correspondía en el ámbito de las denuncias propias y particulares del imputado, emitir un pronunciamiento particular sobre cada una de ellas; y, si bien no es cierto que haya omitido resolver los aspectos relativos a la fijación de la pena (arts. 37, 38, 39, 40 y 40 bis del Cód. Pen.), también omitió pronunciarse respecto a los motivos alegados por el imputado con base a las normas previstas por los arts. 203, 346 bis y 335 del Cód. Pen., cuando era menester sobre la base de todo el desarrollo normativo y doctrinal, descrito en el considerando cuarto del auto de vista impugnado, resolver a través del respectivo pronunciamiento las cuestionantes planteadas por el imputado en su apelación restringida.

A lo señalado debe agregarse que el imputado a través de su apelación en el acápite III alegó como motivo la errónea valoración de prueba en vulneración del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., haciendo puntual referencia a la prueba literal 20 que consistiría en una certificación de derechos reales de 14 de marzo de 2013, sin que dicha problemática haya sido abordada por el tribunal de alzada al emitir el auto de vista impugnado de casación, que por un lado se remitió en una primera parte al análisis efectuado al recurso de la parte contraria emitiendo pronunciamiento únicamente sobre la denuncia de falta de fundamentación respecto a la imposición de la pena, incurriendo en una evidente incongruencia omisiva que además de significar la inobservancia del art. 398 del Cód. Pdto. Pen. que impone a los tribunales de alzada circunscribir sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución, genera contradicción con los autos supremos invocados en calidad precedentes, cuya doctrina establece la obligación del tribunal de alzada de atender y resolver todas las cuestiones alegadas en apelación, extremo no sucedido en el caso de autos, deviniendo en consecuencia el recurso en fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Carlos Sumoya Montaña; en consecuencia, se DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 64 de 18 de octubre de 2016, disponiendo que el tribunal de alzada, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie nueva resolución, observando la doctrina legal establecida en la presente resolución. A los efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En mérito al art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 03 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



317

Ministerio Público y otro c/ David Alcides López Coulthard
Violencia familiar o domestica
Distrito: Santa Cruz

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 22 de julio de 2016.

VISTOS: El Juez 9° de Sentencia anticorrupción y violencia contra la mujer, dentro de un procedimiento abreviado pronunció la sentencia de fs. 165 a 170 vta., en los siguientes términos: declarando al acusado David Alcides López Coulthard autor y culpable del delito de violencia familiar y doméstica, previsto en el art. 272 bis del Cód. Pen., y lo condena a cumplir la pena de dos años de reclusión en la Cárcel Pública de Palmasola, en aplicación de los arts. 365, 373, 374 del Cód. Pdto. Pen., además al pago de costas al estado.

Que contra el referido fallo judicial, la denunciante Betty Acebey Serrano interpone el recurso de apelación restringida, tal como consta por el memorial de fs. 173-174.

Que verificada la deliberación respectiva, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: Que de acuerdo a la naturaleza jurídica del recurso de apelación restringida prevista en el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., dice: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley". Esto significa que el tribunal de alzada está en el deber jurídico de revisar la sentencia en los aspectos de la aplicación de derecho en el cual el tribunal o juez hubiese incurrido en defectos para su aplicación, ya sea en el derecho material o procesal. En consecuencia el ámbito de protección y resguardo de los derechos se abre de manera amplia en todas las normas legales, constitucionales, principios del debido proceso, Tratados Internacionales y todo lo que implica la correcta aplicación del derecho en general; es así que de acuerdo a los motivos del recurso de apelación restringida formulado por la denunciante, es pertinente en el presente caso, sintetizar y buscar de manera objetiva los agravios que implican violación de derechos fundamentales y que impliquen la dictación de una sentencia, debido a los defectos en la aplicación de la norma procesal, ya que primeramente el tribunal de alzada debe cuidar que el proceso se tramite sin vulnerar derechos fundamentales, sin embargo la norma procedimental no le permite revalorizar las pruebas que ya fueron analizadas por el inferior, ya sea documentales o periciales.

CONSIDERANDO: Que entendemos que para que se pueda efectivizar la salida alternativa de procedimiento abreviado, el fiscal tiene dos momentos bien precisos para solicitarlo: al término de la investigación preliminar, al analizar el contenido de las actuaciones preliminares, vale decir cuando recibe las actuaciones policiales, luego de analizarlas, según reza el art. 301-4 del Código Adjetivo Penal; a la conclusión de la investigación, es decir cuando presenta su requerimiento conclusivo que lo dirige al Juez de Instrucción en lo Penal, art. 373 en concordancia con los arts. 325 y 326 del citado cuerpo de leyes, es decir en la audiencia conclusiva. En nuestra legislación no existe ninguna restricción sobre el tipo penal, en este sentido puede ser homicidio, violencia familiar como delitos de sustancias controladas, es indiferente.

CONSIDERANDO: Que previo a la presentación del requerimiento fiscal debe existir una negociación o acuerdo entre el fiscal y la parte imputada acompañado siempre de su abogado, a efecto de precisar el delito y el quantum de la pena. Sin embargo, también puede participar de la misma la víctima cuando existe denuncia o querrela de persona particular; aunque el fiscal tiene amplios poderes para requerir por un procedimiento abreviado aún con la oposición de la víctima. En ésta negociación se debatirá principalmente el quantum de la pena y el tipo penal; verbigracia, si es un delito que tiene una pena privativa de libertad de 1 a 5 cinco años, el fiscal puede pedir dos o tres años en consideración a las circunstancias en que se produjo el hecho, con la posibilidad de la suspensión condicional de la pena, previos los requisitos de ley. En ningún caso el fiscal puede requerir una pena menor del mínimo legal que señala el Código Penal o la L. N° 1008.

Que por decisiones político-criminales se busca simplificar el procedimiento en su totalidad, para que el costo del servicio de administración de justicia sea menor.

Entonces, una forma de abreviar el proceso penal se verifica en aquellos casos en los que la admisión de los hechos por parte del imputado torna innecesaria la realización del debate en un juicio contradictorio. La idea básica consiste en que, si el imputado ha admitido los hechos y, además, ha manifestado su consentimiento para la realización de este tipo de procedimiento, se pueda prescindir de toda la formalidad del debate y dictarse sentencia de un modo simplificado. Estos mecanismos son muy útiles, pero deben ser legislados y observados con cuidado, para que no se conviertan en una forma de acabar con ese conjunto de garantías que significa el juicio oral y público. Por tal motivo, se sugiere que se establezcan resguardos claros para preservar un consentimiento libre y seguro por parte del imputado; inclusive, prever que el imputado cuente con el suficiente asesoramiento y advertencia para tomar su decisión. Por otra parte, se advierte que los jueces y tribunales no deben aplicar estos mecanismos de un modo automático, sino que siempre deben controlar que cumplan su cometido, que se respeten las garantías e incluso, cuando exista alguna duda, se debe preferir la realización del juicio oral, aún por encima de la voluntad manifestada por el imputado.

CONSIDERANDO: Que en el presente caso del estudio minucioso de los datos del proceso elevados a consideración de este tribunal y todo cuanto convino ver, se llega a determinar que la recurrente cuestiona la sentencia porque dice que se habría aplicado de forma incorrecta los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen. respecto a las circunstancias de la responsabilidad penal por las agravantes existentes, que existió violencia contra su persona y contra su hija; también dice que se habría incurrido en insuficiente fundamentación de la sentencia; al respecto diremos que no es evidente tal afirmación, ya que si bien la víctima puede oponerse al procedimiento abreviado, sin embargo en este caso el Ministerio Público tiene amplias facultades para llegar a un acuerdo con el imputado, inclusive con la oposición de la víctima o querellante, así lo establece claramente el art. 373 y ss., del Cód. Pdto. Pen.; pese a ello, la denunciante ha tenido pleno conocimiento del tenor de la sentencia dictada y de la formalidades exigidas para esa salida alternativa de procedimiento abreviado, así se demuestra porque ha estado presente en la audiencia de 05 de mayo de 2016 junto a su abogado, y ha tenido la oportunidad de presentar su recurso de apelación restringida, en la cual no hace una exposición de agravios, no fundamenta, no cita concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas ni cuál es la aplicación que se pretende; es decir, no indica separadamente cada violación con sus fundamentos respectivos, tal como lo exige el procedimiento de la materia en sus arts. 169, 370, 396-3 y 408, no señala los supuestos defectos absolutos ni los defectos de sentencia; simplemente se limita a decir que debió aumentarse la pena por la gravedad de la conducta del imputado; por lo que se evidencia que el juez inferior ha adecuado correctamente el accionar del imputado dentro de los alcances de los arts. 272 bis del Cód. Pen., al haber éste asumido la plena responsabilidad y participación del delito y haber renunciado a un juicio oral contradictorio, por tal razón ha llegado a un acuerdo legal con el Ministerio Público y su abogado para la realización de una salida alternativa de procedimiento abreviado según consta por el acuerdo legal de 29 de marzo de 2016 cursante a fs. 158, en el cual se acordó el delito de violencia familiar o doméstica, y la imposición de una pena de dos años de reclusión; a tal efecto la Fiscal de Materia Dra. Milenca Rodas Patiño presentó su requerimiento conclusivo de salida alternativa de procedimiento abreviado pidiendo que se le dé curso conforme a derecho; por lo que la determinación circunstanciada del hecho es correcta, no existe contradicción en la sentencia, la parte considerativa y resolutive, tampoco se vulnera el derecho a la seguridad jurídica porque se ha dado amplias garantías constitucionales a las partes para que asuman su defensa dentro del marco legal.

Que el Juez 1° de Sentencia anticorrupción y violencia familiar contra la mujer de la Capital al dictar el fallo judicial apelado de fs. 165 a 170 vta., ha procedido en forma correcta y conforme a lo previsto por los arts. 124, 373, 374, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen., ya que ha tomado en cuenta que el imputado David Alcides López Coulthard ha cumplido con la mencionada disposición legal, es decir que en la misma audiencia ha renunciado al juicio oral ordinario, ha manifestado su declaración de culpabilidad y que su renuncia es libre y voluntaria, su abogado defensor también ha manifestado su aceptación al acuerdo y requerimiento realizado con la fiscal de materia; finalmente el Ministerio Público ha llegado a un acuerdo con respecto al delito y pena requerida con la suscripción del acuerdo legal cursante a fs. 158 en el cual se acuerda una sentencia condenatoria por el delito de violencia familiar o doméstica, y a imponerse una pena de 2 años de reclusión, es decir en la audiencia y previo acuerdo con el acusado, en el cual da su conformidad tanto el acusado, su abogado y la fiscal de materia asignada, en la cual la fiscal pide que se imponga una pena de 2 años de reclusión al imputado; en ese sentido, el Juez inferior tiene la firme certeza de que se trata de la comisión de ese delito citado, por lo que la tipificación efectuada por el Ministerio Público en acuerdo con la defensa, se ha adecuado al accionar antijurídico del imputado, y la sentencia condenatoria se ajusta correctamente a lo previsto y exigido por los arts. 124, 360, 373, 374 y 365 del Cód. Pdto. Pen.; en ese contexto, podemos establecer que el juez inferior ha valorado los antecedentes del caso en forma debida sin incurrir en ningún defecto de procedimiento y ha previsto que no es necesario el juicio oral ordinario, por lo que a tiempo de imponer la pena también ha tomado en cuenta las circunstancias y atenuantes previstas en los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., así como el acuerdo legal voluntario entre la fiscal y la defensa del imputado, con las facultades que le otorgan los arts. 124, 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen.; asimismo, se llega a determinar que el Ministerio Público logró demostrar con objetividad que se ha cometido el delito requerido, por cuanto también existe tipicidad en la configuración penal del delito imputado, aplicándose correctamente el art. 365 de la L. N° 1970 de acuerdo a las circunstancias ocurridas en la comisión del delito.

Que respecto al defecto previsto en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., diremos que cuando se trata de la salida alternativa de procedimiento abreviado previsto en los arts. 373 y 374 del Cód. Pdto. Pen., el juez simplemente debe verificar que el imputado asuma su responsabilidad penal y que renuncie al juicio ordinario, así como también que haya firmado un acuerdo legal junto con el fiscal de materia y su abogado defensor, los mismos que deberá relacionarlos con las pruebas de cargo ofrecidas por el Ministerio Público; si se cumplen con dichos requisitos el juez simplemente debe dictar sentencia homologando ese acuerdo legal suscrito entre partes; de lo que se deduce que la sentencia no debe ser ampulosa, sino concreta y precisa.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación de los arts. 373 y 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación restringida interpuesta por Betty Acebey Serrano a fs. 173-174 contra la sentencia condenatoria de fs. 165 a 170 vta., dictada por el Juez 9° de Sentencia Anticorrupción y violencia familiar de la Capital, dentro de un procedimiento abreviado.

Se advierte a las partes que tienen el plazo de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial, conforme lo manda el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Zenón Rodríguez Zeballos.

Regístrese y notifíquese.

Fdo.- Dres.: Zenón Rodríguez Zeballos.- Sifrido Soleto Gualoa.

Ante mí: Abg. Cesar Castro Calvimonte.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 22 de septiembre de 2016, cursante de fs. 218 a 220 vta., Betty Acebey Serrano, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 58 de 22 de julio de 2016, de fs. 183 a 186, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Sigfrido Soleto Gualoa y Cesar Castro Calvimonte, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la recurrente contra David Alcides López Coulthard, por la presunta comisión del delito de violencia familiar o doméstica, previsto y sancionado por el art. 272 Bis del Cód. Pen., con la incorporación de la Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia (L. N° 348 de 9 de marzo de 2013).

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 5/2016 de 5 de mayo (fs. 165 a 170 vta.), el Juez 9° de Sentencia en lo Penal, Anticorrupción y Violencia Contra la Mujer del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, a solicitud de la salida alternativa de procedimiento abreviado, declaró al imputado David Alcides López Coulthard, autor de la comisión del delito de violencia familiar o doméstica, previsto y sancionado por el art. 272 Bis del Cód. Pen., con la incorporación de la L. N° 348 de 9 de marzo de 2013, imponiendo la pena de dos años de reclusión, siendo concedido el beneficio del perdón judicial, más el pago de costas que serán tasadas en ejecución de sentencia.

b) Contra la referida sentencia, la acusadora particular Betty Acebey Serrano (fs. 173 a 174) interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 58 de 22 de julio de 2016, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 69/2017-RA de 24 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el auto de vista recurrido, violentó la garantía del debido proceso en su vertiente fundamentación; toda vez, que se limitó a efectuar una relación de antecedentes procesales y una exposición de cuestiones de dogmática penal relacionado al procedimiento abreviado, para luego señalar que su persona no habría expresado los agravios, ni citado cuáles las leyes que se consideren violadas ni cuál la aplicación que se pretende; aspecto que, no sería evidente; toda vez, que la misma resolución recurrida mencionó que se habría aplicado incorrectamente los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., respecto a las circunstancias de la responsabilidad penal por las agravantes existentes, además su persona en la formulación de su recurso de apelación señaló que el agravio sufrido con la sentencia fue el "art. 370-5, es decir sobre la falta de fundamentación"; no obstante, el auto de vista recurrido en un solo considerando incurrió en falta de fundamentación para rechazar y declarar improcedente su recurso, explicando la recurrente que en su caso el auto de vista incurrió en falta de fundamentación y que la relevancia incidiría en que de aceptarse el fallo recurrido, se estaría generando impunidad a su agresor con la pena impuesta vía procedimiento abreviado no consentido por su parte, haciéndose beneficiario del perdón judicial; aspecto que, vulneraría el debido proceso que se inserta en el defecto del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., debiendo a su criterio el tribunal de alzada conforme a la previsión del art. 413 parte final del Cód. Pdto. Pen., dictar directamente una nueva sentencia aumentando el quantum de la pena cuando menos a cuatro años de reclusión, así como la aplicación de las medidas de seguridad tomando en cuenta la naturaleza del delito.

I.1.2. Petitorio.

La recurrente solicita: "se anule la sentencia y se ordene por parte de tribunal de alzada conforme a las previsiones del art. 413 parte final, a los efectos de que se proceda a resolver directamente revocando la sentencia impugnada y dictando nueva sentencia en que se observe las normas que se extrañan en su aplicación como inobservadas o erróneamente aplicadas, ya que la nueva sentencia deberá contemplar el aumento del quantum de la pena y la consiguiente aplicación de la sanción penal correctamente de cuando menos 4 años de reclusión, así como la aplicación de medidas de seguridad, tomando en cuenta la naturaleza del delito" (sic).

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 69/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 230 a 232 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por la recurrente Betty Acebey Serrano, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De la sentencia.

Por Sentencia N° 5/2016 de 5 de mayo, el Juez 9° de Sentencia en lo Penal, Anticorrupción y Violencia Contra la Mujer del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, a solicitud de la salida alternativa de procedimiento abreviado, declaró al imputado David Alcides López Coulthard, autor de la comisión del delito de violencia familiar o doméstica, previsto y sancionado por el art. 272 Bis del Cód. Pen., con la incorporación de la L. N° 348 de 9 de marzo de 2013, imponiendo la pena de dos años de reclusión, siendo concedido el beneficio del perdón judicial, más el pago de costas, al asumir convicción mediante el acta de denuncia e informe del investigador asignado al caso, que la víctima mantuvo una relación de concubinato con el acusado por veinticinco años anteriores al ilícito, hasta que el 27 de agosto de 2014 a hrs. 20:30 aproximadamente, el acusado agredió físicamente a la víctima y su hija, quien opuso resistencia en varias ocasiones aspecto que afirma se demostró por el acta de denuncia, informe del asignado al caso y corroborado por el certificado médico forense y ratificados con el informe de acción directa, de las que se distinguen las agresiones físicas y psicológicas, que al existir prueba de cargo suficiente, advirtiéndose que el acusado con su carácter arbitrario y agresivo procedió a lesionarla implicando que existió un clima de violencia física y psicológica, que fue de forma deliberada, concurriendo los elementos del delito previsto en el art. 272 bis del Cód. Pen., sin que cause duda la conducta ilícita del acusado, como consecuencia de la agresión física, creando temor hacia el acusado según el Informe del investigador asignado al caso y denuncia, concurriendo en el acusado el elemento subjetivo del tipo penal, ya que su acción sobre la víctima confirman el dolo propio del delito; asimismo, de la reiterada conducta agresiva del acusado es responsable del delito, además de haberse comprobado la existencia del hecho punible y la culpabilidad del imputado.

Asimismo, refiere que para la aplicación de la sanción penal prevista por ley es necesario considerar las circunstancias que rodean la comisión del delito, la personalidad del imputado y las condiciones del medio social donde se desenvuelve, como también las agravantes y atenuantes que afecten su conducta con relación al hecho delictivo, que de la comisión del delito comprobado en audiencia de procedimiento abreviado esta precedido de una conducta voluntaria y culpable del acusado de adecuar su conducta al delito de violencia familiar o doméstica; por otra parte, analizando la personalidad del mismo estableció que es una persona adulta de cincuenta años de edad, de ocupación empleado, con capacidad mental y emocional suficiente para comprender un hecho punible, lo cual corresponde que se fije la pena a dos años de privación de libertad, conforme al acuerdo suscrito con su abogado defensor.

Añade que no puede rechazar la solicitud de la salida alternativa de procedimiento abreviado, por el hecho de que la víctima no esté de acuerdo con la pena requerida, en razón a que los hechos plasmados en la acusación y la valoración de la prueba hacen referencia al hecho ilícito, por lo que la petición de la víctima no sería acorde a la normativa, lo contrario implicaría someter al acusado a una incertidumbre total y someter el proceso a peticiones sin fundamento alguno, por lo que consideró que corresponde conceder la salida alternativa de procedimiento abreviado incoado por la parte acusada.

II.2. De la apelación restringida.

La recurrente Betty Acebey Serrano, interpuso recurso de apelación restringida manifestando que la sentencia emitió condena por el delito de violencia familiar o doméstica, aplicándose de manera insuficiente y errónea las previsiones de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., sobre las circunstancias modificativas a la responsabilidad penal; en cuanto, a la existencia de agravantes con su incidencia en el quantum de la pena, por lo que la sanción penal privativa de libertad de reclusión debió ser por el máximo de cuatro años, tomando en cuenta la existencia de violencia en su contra y de su hija, conforme señalaría la Sentencia y que al presente la misma persiste.

Manifiesta que el acusado sorprendió y convenció al fiscal, con su petición de aplicación de procedimiento abreviado a su favor, porque a su decir pretende liberarse del juicio penal, sin resarcir los daños civiles y acceder al beneficio del perdón judicial con la pena concertada, señalando que formuló oposición dejando constancia de que en caso de que la pena sea ínfima interpondría apelación restringida, afirmando que su oposición se funda a la aplicación del procedimiento abreviado como víctima del delito se halla amparada en el art. 373 párrafo tercero del Cód. Pdto. Pen., debido a la peligrosidad y agresividad del acusado quien busca acogerse a un perdón judicial, con riesgo de que siga atentando contra su persona o su hija, en este sentido señala que se dio una errónea aplicación a la citada norma legal.

Arguye que se incurrió en una insuficiente fundamentación a tiempo de dictar la Sentencia, citando la causal 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., ya que para efectos de la calificación legal de los hechos y para la aceptación del acuerdo del procedimiento abreviado, así como para la imposición de la sanción penal, no se ha fundamentado de acuerdo a los arts. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., que establece que los jueces deben expresar los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado de los medios de prueba; sin embargo, afirma que se hizo copia de Sentencias constitucionales y parafraseo de doctrina sin especificar cuál su aplicación al caso concreto, señalando que lo que pretende es que se anule la Sentencia y se ordene que de acuerdo al art. 413 parte final del Cód. Pdto. Pen., sin necesidad de reenvío se revoque la Sentencia dictando una nueva, observando las normas que extraña su aplicación y que contemple el aumento del quantum de la pena a cuatro años de reclusión y la aplicación de medidas de seguridad de acuerdo a la naturaleza del delito.

II.3. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, a través del auto de vista impugnado, declaró improcedente la alzada, señalando entre sus conclusiones que no es evidente las afirmaciones de la alzada interpuesta, ya que si bien la víctima puede oponerse al procedimiento abreviado, en este caso el Ministerio Público tiene amplias facultades para llegar a un acuerdo con el imputado, inclusive con la oposición de la víctima o querellante, según el art. 373 y ss., del Cód. Pdto. Pen., pese a ello la denunciante tuvo conocimiento de la sentencia y las formalidades exigidas para esa salida alternativa de procedimiento abreviado, porque estuvo presente en la audiencia de 5 de mayo de 2016, junto a su abogado y tuvo la oportunidad de presentar su recurso de apelación restringida; empero, no hizo una exposición de agravios, no fundamenta, no citó concretamente las leyes que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, ni cuál es la aplicación que se pretende, no indicaría separadamente cada violación con sus respectivos fundamentos de acuerdo a los "arts. 169, 370, 396 inc. 3 y 408" (sic), no señalaría los supuestos defectos absolutos, ni los defectos de sentencia, simplemente se limitó a decir que debió aumentarse la pena por la gravedad de la conducta del imputado.

Razones por las que el ad quem advierte que el juez a quo adecuó el accionar del acusado dentro de los alcances del art. 272 bis del Cód. Pen., al haber asumido plena responsabilidad y participación en el delito y renunciar a juicio oral, por tal razón llegó a un acuerdo legal con el Ministerio Público y su abogado, para la realización de una salida alternativa de procedimiento abreviado según consta por el acuerdo legal de 29 de marzo de 2016 (fs. 158), donde se acordó el delito de violencia familiar o doméstica y la imposición de una pena de dos años de reclusión; a tal efecto, la fiscal de materia presentó su requerimiento conclusivo de salida alternativa de procedimiento abreviado, pidiendo que se le dé curso conforme a derecho; en consecuencia, concluye que la determinación circunstanciada del hecho sería correcta y no existiría contradicción en la sentencia, de la parte considerativa y resolutive, tampoco se vulnera el derecho a la seguridad judicial, porque se habría dado amplias garantías constitucionales a las partes para que asuman su defensa dentro del marco legal, en ese sentido considera que el a quo al dictar la sentencia procedió en forma correcta y conforme a lo previsto a los arts. 124, 373, 374, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen., ya que tomó en cuenta que el acusado cumplió con la señalada norma legal; es decir, que en la misma audiencia renunció al juicio, manifestando su declaración de culpabilidad y que su renuncia fue libre y voluntaria, habiendo manifestado su abogado defensor su aceptación al acuerdo y requerimiento fiscal de materia, llegando el Ministerio Público a un acuerdo respecto al delito y pena requerida con la suscripción del acuerdo legal, acordándose una sentencia condenatoria por el delito de violencia familiar o doméstica e imponerse una pena de dos años de reclusión; es decir, en la audiencia y previo acuerdo con el acusado en el cual da su conformidad tanto el acusado, su abogado y la fiscal de materia asignada, en la que la fiscal pidió se imponga una pena de dos años de reclusión al acusado, por lo que considera que el a quo tendría la certeza de que se trata de la comisión de ese delito; por cuanto, la tipificación efectuada por el ministerio público en acuerdo con la defensa, se adecuó al accionar antijurídico del acusado y la sentencia se ajustaría a los arts. 124, 360, 373, 374 y 365 del Cód. Pdto. Pen., por lo que considera que el Juez inferior valoró los antecedentes del caso en forma debida sin incurrir en ningún defecto de procedimiento y ha previsto que no es necesario el juicio, por lo que a tiempo de imponer la pena, también tomó en cuenta las circunstancias y atenuantes previstas en los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen., el acuerdo legal voluntario entre la fiscal y la defensa del imputado en conformidad a los arts. 124, 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen., adicionalmente el tribunal ad quem afirma que el ministerio público demostró con objetividad que se ha cometido el delito existiendo; en consecuencia, la tipicidad en la configuración penal del delito imputado, advirtiendo que se aplicó correctamente el art. 365 del Cód. Pdto. Pen.

Asimismo, en cuanto al art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., señala que cuando se trata de la salida alternativa de procedimiento abreviado previsto en los arts. 373 y 374 del Cód. Pdto. Pen., el juez simplemente debe verificar que el imputado asuma su responsabilidad penal y que renuncie al juicio ordinario, como también que haya firmado un acuerdo legal con el fiscal de materia y su abogado defensor, que deberá relacionarlos con las pruebas de cargo ofrecidas por el ministerio público, de modo que cumplidos estos requisitos el juez debe dictar sentencia, homologando ese acuerdo legal, afirmando que la sentencia no debe ser ampulosa, sino concreta y precisa.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el presente recurso Betty Acebey Serrano, denuncia que el auto de vista carece de una debida fundamentación, porque se limitó a señalar que en su apelación no expresó sus agravios, ni citó las leyes que consideró violadas ni la aplicación que pretendía, lo cual niega, ya que denunció la aplicación incorrecta de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., y precisó en su agravio el “art. 370-5; es decir, sobre la falta de fundamentación”, siendo rechazado su recurso por el tribunal de alzada, en vulneración del debido proceso, constituyendo defecto del art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1. Sobre la garantía del debido proceso y la debida fundamentación.

Este tribunal en reiteradas oportunidades a señalado que el debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, es así que los arts. 115 y 117 de la C.P.E., reconocen y garantizan la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) El derecho a la defensa; b) El derecho al juez natural; c) La garantía de presunción de inocencia; d) El derecho a ser asistido por un traductor o intérprete; e) El derecho a un proceso público; f) El derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; g) El derecho a recurrir; h) El derecho a la legalidad de la prueba; i) El derecho a la igualdad procesal de las partes; j) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; k) El derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones; l) La garantía del non bis in idem; ll) El derecho a la valoración razonable de la prueba; m) El derecho a la comunicación previa de la acusación; n) La concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; o) El derecho a la comunicación privada con su defensor; p) El derecho a que el estado le otorgue un defensor proporcionado por el estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

Ahora bien, por mandato del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., toda resolución debe encontrarse debidamente fundamentada, mandato que fue reflejado en la abundante doctrina legal emitida por este Supremo Tribunal de Justicia, cuando señala: “El derecho a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales, componente del debido proceso, se plasma en la exigencia procesal y constitucional a toda autoridad que emita una resolución, de fundamentarla motivadamente en sujeción a los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; respondiendo y emitiendo criterios jurídicos sobre cada punto impugnado, sin acudir a argumentos generales que dejen sin respuesta a las partes, lo contrario ocasiona incertidumbre e indefensión; en ese entendido, se establece la falta de fundamentación en el auto de vista cuando de sus fundamentos se observa la falta de respuesta puntual y específica a todas y cada una de las alegaciones planteadas en el recurso de alzada y, contrariamente acude a argumentos evasivos para evitar cumplir con su obligación de pronunciarse sobre el fondo de uno o más cuestionamientos, omisión que vulnera los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., infringe el derecho a los recursos, a la

tutela judicial efectiva y la garantía al debido proceso, lo que constituye defecto absoluto invalorable al tenor del art. 169-3 de la norma legal precitada, ameritando en consecuencia la aplicación del art. 419 de la Ley Adjetiva Penal.” (A.S. N° 368/2012 de 5 de diciembre).

En concordancia con lo anterior, estableció: “Las resoluciones, para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas; debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: ‘Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación ‘Motivación como argumentación jurídica especial’, señala: ‘El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectivo de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta).’

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal, pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutoria de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.” (A.S. N° 396/2014-RRC de 18 de agosto).

De la doctrina señalada se establece que ninguna autoridad que emita un fallo puede omitir la fundamentación y motivación en la resolución que emita; toda vez, que la misma además de brindar explicación lógica y coherente de su razonamiento y la decisión allí asumida, ésta debe vincularse de forma directa con la normativa, doctrina y/o jurisprudencia aplicable al caso en concreto, brindando así la validez legal que exige el debido proceso, que busca efectivizar la vigencia de los derechos fundamentales, frente al aparato estatal, a través del control de la actividad jurisdiccional.

III.2. Análisis del motivo.

La parte recurrente expresa que el auto de vista recurrido incurrió en falta de fundamentación, al haberse limitado a efectuar una relación de antecedentes y exposición de cuestiones dogmáticas sobre el procedimiento abreviado, concluyendo que no habría expresado sus agravios, ni citado cuáles las leyes que consideró violadas ni la aplicación que pretende; aspecto que, indica no es evidente, ya que la misma resolución mencionaría que se habría aplicado incorrectamente los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; y, en su alzada señaló que el agravio sufrido fue el “art. 370-5, es decir sobre la falta de fundamentación”; no obstante, el auto de vista recurrido en un solo considerando rechazó y declaró improcedente su recurso, aspecto que vulneraría el debido proceso constituyendo el defecto previsto por el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.

Al respecto, corresponde precisar inicialmente que por sentencia condenatoria se declaró al imputado autor de la comisión del delito de violencia familiar o doméstica (art. 272 bis concordante con el art. 20 del Cód. Pen.) y se impuso la pena de dos años de reclusión, siendo concediendo el perdón judicial, al haberse acreditado que es su primer delito y en consideración a las circunstancias, la personalidad del imputado y las condiciones del medio social, agravantes y atenuantes, así como la audiencia de procedimiento abreviado; ahora bien, contra este fallo la ahora recurrente interpuso apelación restringida, alegando entre sus agravios que la sentencia emitió condena al aplicarse de manera insuficiente y errónea los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., porque debió fijarse una pena de reclusión por el máximo de la pena (4 años), a tiempo de materializar que formuló oposición al respecto, manifestando que interpondría apelación restringida, al amparo del art. 373 párrafo tercero del Cód. Pdto. Pen., debido a la peligrosidad y agresividad del acusado; y además, que se incurrió en una insuficiente fundamentación en la sentencia [causal 5] del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.] en la calificación legal de los hechos, aceptación del acuerdo del procedimiento abreviado y la imposición de la sanción penal, de acuerdo al art. 124 y 173 del Cód. Pdto. Pen., señalando que su pretensión es la anulación de sentencia y de acuerdo al art. 413 parte final, sin necesidad de reenvío, se revoque la sentencia dictando una nueva, aumentando el quantum de la pena a cuatro años de reclusión y la aplicación de medidas de seguridad.

Agravios a los que el tribunal ad quem inicialmente afirmó que no eran evidentes, que si bien la víctima puede oponerse al procedimiento abreviado, el Ministerio Público tiene amplias facultades para llegar a un acuerdo con el imputado, inclusive con la oposición de la víctima o querellante (art. 373 y ss. del Cód. Pdto. Pen.), añadiendo que la denunciante tuvo conocimiento de la Sentencia e inclusive estuvo presente en audiencia de 5 de mayo de 2016 junto a su abogado.

Ahora bien, este tribunal advierte que si bien es evidente que el tribunal de alzada manifestó que la entonces apelante efectuó una exposición de agravios no fundamentada, que no citó concretamente las leyes que se consideró violadas o erróneamente aplicadas, ni cuál la aplicación que pretendía, que no indicó de forma separada cada violación con su respectivo fundamento de acuerdo a los "arts. 169, 370, 396-3 y 408" (sic), no señaló los defectos absolutos, ni de la sentencia, pese a que la apelante aunque de forma confusa y poco clara manifestó que es lo que le causaba agravio de la sentencia, como es la causal 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., y señaló que lo que pretendía era que se anule la sentencia; no es menos evidente que el tribunal de alzada efectuando su labor de control de la sentencia, concluyó que el juez de origen adecuó el accionar del acusado dentro de los alcances del art. 272 bis del Cód. Pen., quien asumió su responsabilidad y participación en el delito, por lo que renunció a juicio oral y se sometió a la realización de una salida alternativa de procedimiento abreviado por el delito de violencia familiar o doméstica y la imposición de una pena de dos años de reclusión, efectuándose una determinación circunstanciada del hecho; en consecuencia, consideró que no existían contradicción en la sentencia apelada de la parte considerativa y resolutive; por consiguiente, no se vulneró el derecho a la seguridad judicial pudiendo las partes asumir defensa y que la sentencia fue emitida de acuerdo a los arts. 124, 373, 374, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen., explicando los hechos fácticos que dieron lugar al acuerdo arribado para la prosecución del proceso abreviado, sin que se haya incurrido en ningún defecto de procedimiento, además de que para la fijación de la pena tomó en cuenta los arts. 37, 38 y 40 del Cód. Pen.; asimismo, sobre la incursión en la causal 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., también motivó su desestimación, señalando que cuando se refiere a una salida alternativa de procedimiento abreviado el a quo debe verificar que el imputado asuma su responsabilidad penal y que renuncie al juicio ordinario, además de la suscripción del acuerdo con el fiscal de materia y su abogado defensor, relacionarlos con las pruebas de cargo y dictar sentencia, homologando el mismo; aspecto que, no ameritaba que la sentencia necesariamente deba ser ampulosa al respecto. En base a estos argumentos se observa que el auto de vista impugnado, expresando las conclusiones a las que se arribó luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, concluyendo que no eran evidentes.

Razones por las que no se advierte que el tribunal de apelación a momento de resolver la alzada, haya soslayado los agravios expuestos por la entonces recurrente observando defectos formales; por cuanto, conforme se tiene de los párrafos que anteceden, se pronunció de forma fundamentada precisando los motivos que sustentan su determinación; por consiguiente, no se ha demostrado una lesión al debido proceso, en sus elementos de la debida fundamentación y motivación con los que debe contar cada resolución, tampoco se ha acreditado la existencia de defecto absoluto alguno, mas por el contrario se ha observado el cumplimiento de los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., resultando el presente recurso infundado, máxime si se toma en cuenta, que tanto la jurisprudencia constitucional como la emitida por este tribunal, ha sostenido de manera reiterada que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión, tal como sucede en el presente caso.

Por otra parte, debe considerarse que el procedimiento abreviado, en Bolivia fue incorporado al sistema procesal penal con el vigente Código de Procedimiento Penal (Ley 1970 de 25 de marzo 1999): "Cuya aplicación sólo puede ser solicitada por los acusadores, constituye una simplificación de los trámites procesales, ya que se elimina el debate oral, público y contradictorio, quedando el juez plenamente facultado para dictar la sentencia sobre la base de la admisión de los delitos por parte del propio imputado". (Comisión Redactora, exposición de motivos del Código de Procedimiento Penal. <http://www.procedimientopenal.com.bo/>), estando sujeto a las previsiones de los arts. 373 y 374 del Cód. Pdto. Pen., disponiendo la última norma citada lo siguiente: "Aceptado el procedimiento la sentencia se fundará en el hecho admitido por el imputado pero la condena no podrá superar la pena requerida por el fiscal", por lo que evidenciándose que en el caso presente la representación del Ministerio Público con base al acuerdo suscrito con el imputado, requirió la imposición de la pena de dos años de reclusión dentro de los límites legales previstos por el art. 272 bis. del Cód. Pen., con el argumento de que el imputado no tiene antecedentes penales; se tiene que la pretensión de la parte recurrente expuesta en apelación restringida y reiterada en casación, en sentido de que el tribunal de alzada al amparo del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., revoque la sentencia y sin reenvío de la causa incremente el quantum de la pena a cuatro años de reclusión, resulta inviable.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J. y lo previsto por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Betty Acebey Serrano.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Sucre, 03 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



318

**Ministerio Público y otro c/ Ignacio Montero Quispe y otro
Estelionato
Distrito: Santa Cruz**

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 29 de julio de 2016.

VISTOS: El Tribunal de Sentencia N° 5 en lo Penal de la Capital, pronunció la sentencia de fs. 560 a 597 declarando a los imputados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero autores y culpables del delito de estelionato, previsto por el art. 337 del Cód. Pen., en aplicación del art. 365 del Cód. Pdto. Pen., condenándolos a cada uno a cumplir la pena de tres años y nueve meses de reclusión en la Cárcel Pública de Palmasola, más al pago de daños civiles y costas a calificarse en ejecución de sentencia.

Que los imputados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero interponen apelación incidental contra el auto que rechaza la excepción de prescripción de la acción penal, falta de acción, abandono de querrela y nulidad por defectos absolutos; así como también interponen apelación restringida contra la sentencia condenatoria, conforme consta por el memorial de fs. 720 a 732 vta.

Que verificada la deliberación respectiva, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

CONSIDERANDO: Que el recurso de apelación tanto incidental como restringida interpuesto por los nombrados imputados se encuentra previstos y justificados en la forma exigida por los arts. 403, 404, 407 y ss., del Cód. Pdto. Pen., se admiten para su sustanciación conforme a las facultades otorgadas por el art. 398 del citado Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: Que debe quedar claramente establecido que este tribunal de alzada no puede revisar cuestiones de hecho, las cuales son verificadas en el juicio oral y público. Su función de controlador jurídico superior, en cuanto tiende a corregir en primer término, el vicio in iudicando, pero solamente in iure, presupone la intangibilidad del material fáctico sometido a juzgamiento. Es una premisa indiscutida que el tribunal ad quem no puede descender al examen de los hechos, modificarlos, complementarlos o desconocerlos, debiendo respetar los fijados por el juez o tribunal a quo siempre y cuando cumplan con las reglas de la sana crítica, previstas en los arts. 124, 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: Que en el proceso penal rige el principio de la libertad probatoria, la prueba lícitamente obtenida deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven o atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado, por lo que todo elemento probatorio deberá relacionarse con los extremos: objetivo o sea la existencia del hecho y subjetivo que se dirija a relacionar al acusado en la participación delictiva o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que ello, se conoce como pertinencia de la prueba.

Que de acuerdo a la naturaleza del recurso de apelación restringida prevista en el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., dice: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley". Esto significa que el tribunal de alzada está en el deber jurídico de revisar la sentencia en los aspectos de la aplicación de derecho en el cual el tribunal o juez hubiese incurrido en defectos para su aplicación, ya sea en el derecho material o procesal. En consecuencia el ámbito de protección y resguardo de los derechos se abre de manera amplia en todas las normas legales, constitucionales, principios del debido proceso, Tratados Internacionales y todo lo que implica la correcta aplicación del derecho en general; es así que de acuerdo a los motivos del recurso de apelación incidental y restringida formulados por los acusados, es pertinente en el presente caso, sintetizar y buscar de manera objetiva los agravios que implican violación de derechos fundamentales y que impliquen la dictación de una sentencia, debido a los defectos en la aplicación de la norma procesal, ya que primeramente el tribunal de alzada debe cuidar que el proceso se tramite sin vulnerar derechos fundamentales.

CONSIDERANDO: Que el A.S. N° 317 de 13 de junio de 2003, señala que "De acuerdo a la nueva concepción doctrinaria, la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas, en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no siendo el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley. Por ello no existe doble instancia, y el tribunal de alzada se encuentra obligado a ajustar su actividad jurisdiccional a los siguientes aspectos: declarar procedente o improcedente, anular total o parcialmente la sentencia".

CONSIDERANDO: Que con relación al delito de estelionato, debemos decir que es un delito que ha cobrado un mayor auge en la actualidad, a raíz del crecimiento incommensurable del mercado inmobiliario, nos referimos al delito de venta de bien ajeno (estelionato). Señalando en primer lugar que es un ilícito contra el patrimonio en su modalidad de estafa, figura delictiva de estelionato, siendo dicho delito

una sub especie de defraudación patrimonial, configurándose cuando el agente dolosamente vende o grava, como bienes, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos; siendo sancionado dicho hecho punible con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, conforme a lo preconizado en el art. 337 del Cód. Pen.

Seguimos señalando, que el bien jurídico protegido en el delito de estelionato, es el patrimonio de las personas, estando representada su modalidad típica cuando el agente sin tener derecho de disposición sobre el bien por pertenecerle a otra persona, le da en venta a su víctima como si fuera su verdadero propietario. Siendo que aquí el agente se hace pasar como si fuera el propietario del bien que entrega en venta a su víctima, logrando de ese modo que éste en la creencia que está comprando al verdadero propietario, se desprenda de su patrimonio y le haga entrega en su perjuicio. Atendiendo además a que dicha hipótesis delictiva se perfecciona o consume en el instante que el agente recibe el precio pactado por la venta. De lo que se infiere que la conducta delictiva recae en vender, gravar o arrendar como propios los bienes ajenos, debiendo entenderse por vender, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble), transfiere la propiedad por un determinado precio, importando la facción de un contrato de prestaciones recíprocas. En tal entendido enajenar ha de ser interpretado en el sentido de transmisión de la propiedad de la cosa y no en el sentido de transmisión de la propiedad de derechos -derechos reales sobre la cosa. Téngase presente -y al ser materia de nuestro análisis- que el supuesto de vender como propios los bienes ajenos, se configura cuando el agente sin tener derecho de disposición sobre el bien por pertenecerle a otra persona, le da en venta a su víctima como si fuera su verdadero propietario. Aquí el agente se hace pasar como si fuera el propietario del bien que entrega en venta a su víctima, logrando de ese modo que éste en la creencia que está comprando al verdadero propietario, se desprenda de su patrimonio y le haga entrega en su perjuicio. Respecto al punto de la consumación del delito sub examine, se tiene que dicho perfeccionamiento se da con la concurrencia del perjuicio. El perjuicio se da, en los casos de venta, en el pago del precio o en la transferencia de su cosa por el sujeto pasivo, ya que el dominio se adquiere sobre un bien del que no se podrá disponer libremente a causa de su condición. En concreto, el delito se consume, pues, con la recepción de la prestación por parte del agente; no basta que el sujeto se haya desprendido de aquélla en virtud del negocio engañoso, si el agente -o un tercero por él- no la recibió; en este supuesto, el delito queda en tentativa, como tampoco pasa de tentativa el perfeccionamiento formal del negocio jurídico de que se trate, en las circunstancias típicas, sin que el sujeto pasivo se haya desprendido del bien que constituye su prestación. Debe tenerse en cuenta además, que nuestros pronunciamientos judiciales han sido diáfanos en señalar que son requisitos sine quibus non en el delito de estafa en su modalidad de estelionato, cuando existe ajenidad en la cosa vendida, provecho ilícito y perjuicio.

Que el análisis de la doctrina penal sobre la tipicidad del acto antijurídico de estelionato, previsto en el art. 337 del Cód. Pen., recae sobre una descripción de aquella conducta o acto que contrata y compromete un bien mueble o inmueble como si éste estuviera libre de todo gravamen o restricción y de libre disposición por parte de quien funge con derecho sobre el mismo.

También se estipula estelionato cuando quien no tiene derecho alguno o no es el propietario de la cosa, dispone de la misma.

La jurisprudencia nacional y comparada citada en la obra de consulta expuesta por el jurista Manuel Morales Guillén (Concordancias y Jurisprudencia, Pág. 336) indica que para la existencia del delito de estelionato es condición esencial que el bien contratado sea ajeno o no sea propio, o que no se pueda disponer del mismo como libre sabiendo que el mismo se encuentra embargado o en garantía para responder una deuda u obligación.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la apelación incidental, diremos que el art. 29 establece que: "La acción penal prescribe:

- 1) En ocho años, para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de seis o más de seis años;
- 2) En cinco años, para los que tengan señaladas penas privativas de libertad cuyo máximo legal sea menor de seis y mayor de dos años;
- 3) En tres años, para los demás delitos sancionados con penas privativas de libertad; y,
- 4) En dos años para los delitos sancionados con penas no privativas de libertad.

Que conforme lo manifiesta la Doctrina, la prescripción se traduce en los efectos que produce el transcurso del tiempo, sobre el ejercicio de una determinada facultad; esta definición aplicada al ámbito penal, significa la expresa renuncia por parte del estado del derecho a juzgar o sancionar debido al tiempo transcurrido. Es decir, la prescripción es la autoeliminación que el estado se impone para perseguir los hechos tipificados como delitos, o ejecutar las sanciones impuestas al delincuente, por razón del tiempo transcurrido, precisándose en este último las dos autoeliminaciones que se impone el estado: autoeliminación para perseguir hechos delictivos y autoeliminación para ejecutar sanciones otorgando al ciudadano la seguridad jurídica que el hombre requiere frente al Estado.

CONSIDERANDO: Que con referencia al cómputo de la prescripción, tenemos que el art. 29 del Cód. Pdto. Pen. determina los plazos para la prescripción de la acción penal, en atención al máximo legal de la pena privativa de libertad prevista para los distintos tipos penales establecidos en el Código Penal; los términos señalados en esa norma de acuerdo al art. 30 de la L. N° 1970, empiezan a correr desde media noche del día en que se cometió el delito o en que cesa su consumación, y se suspenden en los siguientes casos previstos por el art. 32 de la L. N° 1970: cuando se haya resuelto la suspensión de la persecución penal y esté vigente el periodo de prueba correspondiente; mientras esté pendiente la presentación del fallo que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas; durante la tramitación de cualquier forma de antejuicio o de la conformidad de un gobierno extranjero de la que dependa el inicio del proceso; en los delitos que causen alteración del orden constitucional e impiden el ejercicio regular de la competencia de las autoridades legalmente constituidas mientras dure ese estado. Por su parte el término de la prescripción se interrumpe únicamente con la declaratoria de rebeldía del imputado, momento desde el cual se computará nuevamente el plazo.

Que en el presente caso, si bien los imputados argumentan que el plazo de la prescripción debe computarse a partir del documento suscrito el año 2002; sin embargo el tribunal inferior ha fundamentado correctamente su fallo para rechazar la excepción de prescripción porque

el plazo se computa a partir del documento suscrito en el año 2001, en ese caso no se da el caso de la prescripción, es decir el estelionato se configura cuando los imputados venden por segunda vez un lote de terreno mediante un documento de 21 de diciembre de 2011, es ahí cuando se configura el delito y se contabiliza hasta el momento en que se presenta la denuncia o querrela; sin embargo en ese aspecto los recurrentes son muy escuetos y no expresan ningún agravio, conforme lo manda el art. 404 del Cód. Pdto. Pen., por lo que el tribunal inferior al rechazar la excepción de prescripción de la acción penal, ha procedido correctamente.

Que en cuanto a la excepción de falta de acción, diremos que desde el momento que se inicia el proceso penal, todo imputado o querrellado tiene el amplio derecho de asumir su defensa, para demostrar su inculpabilidad y proponer excepciones, entre otras, de falta de acción ante el juez de la causa, así como usar de otros medios de defensa que crea conveniente; es así que los arts. 308-3 y 312 del Cód. Pdto. Pen., determinan que la falta de acción es una excepción que puede ser planteada por el imputado para suspender temporalmente la acción penal, hasta que se la promueva legalmente o desaparezca el impedimento legal para proseguirla.

Que deben verificarse determinados requisitos a cumplirse para la iniciación (de la acción penal), su ausencia o falta de observancia los convierte en obstáculos, que pueden ser planteados por la vía incidental de la excepción de falta de acción. La excepción de falta de acción procede cuando no concurre o se omite un requisito de procedibilidad previsto en la ley. Es una condición para la iniciación de la acción penal y por tal motivo constituye un obstáculo que afecta a la prosecución del proceso penal por observarse la falta del cumplimiento de requisitos en el ejercicio de la acción penal, a su inicio o a su promoción. Esta cuestión previa en su calidad de presupuesto procesal, no impide que una vez resuelta subsanándose la omisión o el defecto en el que se ha incurrido el proceso penal pueda reiniciarse válidamente.

Giovanni Leone se refiere a estas cuestiones previas como condiciones de procedibilidad, según él, son aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción. En todos los casos la acción penal debe de cumplir ciertas reglas, tanto para su iniciación como para el desarrollo del proceso. Los requisitos de procedibilidad son presupuestos indispensables para la iniciativa del proceso penal, sin cuyo cumplimiento no es posible el legal ejercicio de la acción penal y por ende tampoco es posible la prosecución del proceso penal. El incumplimiento de los requisitos de procedibilidad, al promoverse la acción penal, hace que ésta sea nula al juez o tribunal de sentencia examinar el mérito de la causa, es decir, de la acusación. Sin el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, se está frente a una falta de acción, por lo tanto no se puede desarrollar válidamente el proceso penal.

CONSIDERANDO: Que conceptualmente se dice que tanto las excepciones como los incidentes reciben el nombre genérico de obstáculos a la persecución penal y civil, tal como caracteriza el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Es decir son reacciones procesales para oponerse a la acción penal. Es así que la S.C. N° 0712/2006- R de 21 de julio dice: "En el orden penal, la excepción constituye una de las posiciones jurídica-procesales que el imputado adopta frente a la acción penal, alegando la falta de presupuestos procesales y que conllevan la denuncia de una defectuosa constitución de la relación jurídica-procesal y tienden a conseguir una resolución anterior a la que involucra la consideración del fondo del asunto...". En cuanto a las características que tienen diremos que: 1) Son de previo y especial pronunciamiento. Excepción: Art. 345 del Cód. Pdto. Pen. (Incidentes en juicio oral), S.C. N° 421/ 2007-R de 22 de mayo, 2) La resolución que ampara una excepción produce dos efectos: Uno inmediato y otro extensivo. El efecto inmediato se produce cuando el juez admite la excepción y ordena se regularice el procedimiento (prejudicialidad, incompetencia, falta de acción).

El efecto extensivo se produce cuando no cabe subsanación alguna.

El juez ordenará que el proceso se dé por fenecido, archivándose definitivamente la causa (extinción, cosa juzgada, litispendencia), finalmente 3) Las excepciones no están vinculadas al objeto fundamental del proceso.

Que ahora bien para definir correctamente los límites de la excepción planteada es necesario inicialmente definir qué se entiende conceptualmente por acción, por lo que en cuanto a esto diremos que la acción es la energía que anima el proceso en todo momento. "No se tiene jurisdicción sin acción, tampoco se tendría ésta sin aquélla, y sin ella el proceso. De modo que la acción adquiere importancia trascendental, al cumplir una función de instrumento imprescindible para la operación de la jurisdicción".

La acción penal es un acto de instancia que se promueve con la denuncia, querrela o informe de intervención policial preventiva, en la etapa preliminar y preparatoria, lo que implica que si concurre cualquiera de las tres formas, la acción está legalmente promovida, sin embargo pueden existir ciertos obstáculos que impiden la continuación de la acción penal. Ahora bien la excepción de falta de acción por tanto, como vía de oposición a la acción penal, responde a dos motivos:

- Porque no fue legalmente promovida.

- Porque existe un impedimento legal para proseguirla. Por lo que en este caso la presente acción penal ha sido promovida o iniciada a través de una denuncia formal y luego por una querrela o acusación particular presentada por la víctima Zulema Zárate Ortuste; al respecto diremos que los recurrentes argumentan que la denunciante no tendría la calidad de víctima, es decir no tendría personería; sin embargo se evidencia que ella fue la que compró el lote de terreno mediante una minuta de transferencia de 30 de julio de 2002 con reconocimiento de firmas ante el Notario de Fe Pública N° 30, terreno ubicado en la Isla de los Cuquises Guapilo o Junín de Andrés Ibáñez, con una extensión superficial de 450.09 ms²., transferida por los hoy imputados por la suma de \$us. 2.000.-; ese acto delictivo la faculta a ella para poder presentar una acción penal en resguardo de su derecho a la propiedad; por lo que el tribunal inferior al rechazar la falta de acción, ha procedido correctamente, ya que la acción penal fue legalmente promovida y no existe ningún impedimento legal para proseguirla.

Que respecto al incidente de abandono de querrela, debemos mencionar la importancia de los arts. 27-5, y 292 del Cód. Pdto. Pen., que reflejan los principios consagrados de novedad en materia penal, y que cuando fue concebido por la comisión codificadora se buscó justamente un procedimiento ágil, inmediato y continuo, a fin de eliminar varios males de la justicia en nuestro país, como es el problema de la retardación de justicia; es así que en nuestra actual legislación se establece claramente que se considerará abandonada la querrela y se

archivará el proceso cuando el querellante o su mandatario no concurren a la audiencia de conciliación o a la de juicio oral sin justa causa; el abandono será declarado por el juez o tribunal o a petición de parte.

CONSIDERANDO: Que previamente debemos analizar el tratamiento que le hubiese dado la jurisprudencia para efectos de establecer cuales parámetros se tienen que considerar para declarar la extinción de la acción penal por abandono de querrela, es así que en principio se tiene la S.C. N° 0443/2004 -R, de 24 de marzo, que dijo: "teniendo en cuenta la consecuencia del abandono de querrela en los delitos de acción privada, (cuál es la extinción de la acción penal 27-5 Cód. Pdto. Pen.) los jueces de sentencia, en cumplimiento de lo dispuesto en la parte in fine del art. 381 citado, una vez constatada la incomparecencia del querrelante en la audiencia de otorgar un plazo razonable al querrelante para que justifique su incomparecencia, y sólo en caso de que no justifique su incomparecencia, podrá determinar el abandono de querrela y consecuente el archivo de obrados; de lo contrario, si el juez inmediatamente de constatada la incomparecencia del querrelante o su apoderado a la audiencia de conciliación declara ipso facto el abandono de querrela y el archivo de obrados, no cumple con la obligación legal implícita en la previsión legal de determinar si existió o no justa causa para su incomparecencia".

Por otro lado se tiene la S.C. N° 1120/2002-R, que nos dice: "Cuando los preceptos citados hacen alusión a la incomparecencia o abandono de la querrela debe considerarse que lo hace en el sentido de que hay dejación evidente de sus pretensiones al no concurrir o no presentarse a la audiencia fijada por el juez, dando con su acto, una muestra incuestionable de tal abandono. En el presente caso se da el hecho de que el querrelante no se habría presentado ante el juez durante un tiempo prudencial. En esta situación, no se da el carácter de abandono de la querrela ipso facto, porque el juez inferior no le otorgó un plazo prudencial al querrelante para que justifique su ausencia del juicio, no muestra que el querrelante hubiera dejado en el sentido lato de la palabra, la prosecución de su querrela planteada, pues el abandono, para ser causal de extinción de la acción penal, debe producirse de manera plena e inequívoca", refrendando estos entendimientos por las SS.CC. Nos. 538/2005 y 381/2006, entre otras.

CONSIDERANDO: Que para conocer más a fondo los alcances del incidente de abandono de querrela, debemos considerar que al tratarse de delitos de acción privada a instancia de parte o los convertidos en su acción como lo es la estelionato, se tiene al abandono de la querrela como otra forma de extinción de la acción penal; es así que el art. 381 del Cód. Pdto. Pen., establece que se considerará abandonada la querrela y se archivará el proceso cuando el querrelante o su mandatario no concurren a la audiencia de conciliación sin justa causa; asimismo el art. 292 del Cód. Pdto. Pen., al tratar del abandono de la querrela, también establece que se considerará abandonada la querrela cuando el querrelante no concurre a prestar testimonio sin causa justa, no concurre a la audiencia conclusiva, no acuse ni ofrezca prueba para fundar su acusación, no concurre al juicio o se ausente de él sin autorización del juez o tribunal. Por lo que en el presente caso cuando ya está instalada la audiencia no existe el abandono de querrela, ya que en este caso se aplica cuando una vez instalada la audiencia no concurre a la misma el querrelante o denunciante; sin embargo en este caso se ha justificado legalmente que la víctima no podía acudir a dicha audiencia de juicio oral y que con la debida antelación ha solicitado la suspensión de dicha audiencia; de lo que se establece que el tribunal al rechazar el incidente de abandono de querrela, ha procedido correctamente.

Que en cuanto al incidente de nulidad por defectos absolutos, debemos indicar que el art. 168 del Cód. Pdto. Pen., en su primera parte, permite al juzgador que de oficio advertido el defecto procesal, debe subsanar inmediatamente renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido; por lo que de la revisión de la S.C. N° 600/2003-R de 06 de mayo del 2003, se colige que el Nuevo Sistema Procesal, permite la corrección de los actos procesales erróneos subsanando, renovando o rectificando para ser corregidos.

CONSIDERANDO: Que el principio de la actividad procesal defectuosa, refiere que no podrán ser utilizados como presupuesto los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados Internacionales. En este orden de razonamiento la norma procesal contenida en el art. 84 del Cód. Pdto. Pen., establece que toda autoridad que intervenga en un proceso se asegurará de que el imputado conozca de estos derechos que reconozca este Código, al igual que la S.C. N° 0957/2004-R de 17 de junio del 2004 la misma que concluye señalando que al Juez no le está permitido convalidar actos en los que vulneren derechos con el deber de pronunciarse sobre la legalidad.

Que el tribunal constitucional ha entendido, en su uniforme jurisprudencia, que "el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos" (SS.CC. Nos. 418/2000-R y 1276/2001-R). Asimismo, en la S.C. N° 0119/2003-R de 28 de enero, se ha señalado que "se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales". (S.C. N° 0489/2003- R de 15 de abril).

Por lo que en el presente caso, tenemos que referente a los arts. 240 y 242 del Cód. Pdto. Pen., en la preparación del juicio oral, se ha desarrollado con todas las formalidades establecidas por ley, sin embargo en este caso los apelantes no indican ningún agravio ni el interés sufrido, no identifica la resolución cuestionada y cómo le provocó lesión a sus derechos; por lo que al rechazar el incidente, el tribunal ha procedido correctamente.

CONSIDERANDO: Que respecto a la apelación restringida, diremos que luego de examinar exhaustivamente los datos del proceso elevados en originales elevados a conocimiento de este Tribunal y todo cuanto convino ver, se llega a determinar que, el Tribunal 5° de Sentencia en lo Penal de la Capital, al dictar el fallo judicial apelado de fs. 560 a 597, ha procedido en forma correcta y conforme a lo previsto por los arts. 342, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen., ya que ha tomado en cuenta que la prueba aportada es suficiente para generar la convicción plena sobre la responsabilidad penal de los imputados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero en la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., toda vez que la documentación presentada en juicio fue debidamente

analizada, cotejada, interpretada y valorada por el tribunal inferior en pleno, para concluir en forma conjunta y armónica, que los hechos probados demuestran de manera inequívoca que en 30 de abril de 2013 la querellante entregó a los imputados la suma de \$us. 2.000.- por concepto de la compra de un lote de terreno, que desde esa fecha no se realizó ningún trámite de saneamiento porque no se encontraba aprobado por la Oficialía Mayor de Desarrollo Territorial, pero que se tienen mejoras construidas, sin embargo posteriormente los imputados manifiestan que han vendido el mismo lote de terreno a otras personas, mediante documento de 13 de diciembre de 2011, lo cual ha provocado serios problemas a la querellante ya que los nuevos compradores pretendían despojarla del lote de terreno que anteriormente había comprado, lo que motivó la iniciación de la presente causa penal, y que todos esos hechos fueron debidamente probados en la audiencia de juicio oral con las garantías procesales y constitucionales; tales actos se subsumen al tipo penal de estelionato, previsto en el art. 337 del Cód. Pen., por lo que no se ha incurrido en los defectos previstos por el art. 370-1 y 6 de la L. N° 1970, por cuanto la adecuación de la conducta antijurídica de los acusados es correcta y se subsume a lo previsto por el art. 337 del Cód. Pen., así como también las pruebas tanto de cargo como de descargo han sido valoradas prudencialmente y conforme a las atribuciones previstas en los arts. 171 y 173 del citado Cód. Pdto. Pen.

CONSIDERANDO: Que con referencia al defecto previsto por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., los recurrentes en su memorial de apelación restringida no fundamenta adecuadamente en qué consisten esas violaciones, o de qué manera se ha efectuado la inobservancia de la ley, limitándose simplemente a transcribir en su totalidad la sentencia condenatoria, con puntos y comas, desde la introducción de la causa hasta la parte resolutive de la misma; sin embargo lo rescatable es que los imputados argumentan que la sentencia no estaría debidamente fundamentada, defecto previsto en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.; al respecto diremos que la sentencia condenatoria impugnada cumple con lo normado por los arts. 124 y 360-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen., puesto que contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, el fallo de mérito contiene una relación del hecho histórico, es decir se ha fijado clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada y sobre el cual se ha emitido el juicio, que es lo que se conoce como fundamentación fáctica. Además del análisis de la sentencia impugnada, se puede extraer que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia del juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la citada Ley como alegan los recurrentes, toda vez que el tribunal al valorar las pruebas de cargo y de descargo ha desarrollado una actividad u operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena é incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de libre valoración racional y científica de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia; la fundamentación y motivación de la sentencia es amplia en todos sus aspectos de hecho y de derecho, es lo suficientemente clara y precisa en cuanto a los puntos propuestos por los sujetos procesales.

Que finalmente los recurrentes argumentan que existe valoración defectuosa de la prueba, defecto previsto en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., sin embargo no detallan de manera precisa cuáles son esas pruebas impugnadas y de qué manera la perjudica en sus derechos fundamentales; en este caso los apelantes debieron precisar dentro del proceso, el medio probatorio que considera no ha sido debidamente valorado, seguidamente en el documento de la sentencia, deben identificar la fundamentación probatoria intelectual, que es la apreciación que realiza el titular del órgano jurisdiccional de los medios de prueba, extrayendo los elementos probatorios de los cuales obtiene la verdad jurídica del hecho y sobre la que resolverá el conflicto puesto a su consideración. Es ahí donde el juez o tribunal dice por qué un medio le merece crédito y cómo lo vincula a los demás elementos obtenidos del elenco probatorio. Será pues en base a estos últimos criterios objetivados de la resolución, que la parte recurrente debe cuestionar la correcta aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia y poder en definitiva, cuestionar el proceso de valoración de la prueba desarrollado por el tribunal de mérito, siendo imposible que un tribunal desprovisto de la intermediación procesal, pueda emitir un criterio de hecho sobre la prueba, dada la naturaleza del sistema acusatorio oral, lo que significa que este tribunal de apelación no puede ingresar nuevamente a valorar las pruebas tanto de cargo como de descargo que ya fueron motivo de análisis y consideración por el tribunal inferior en el juicio oral, de lo que resulta que no se presenta el defecto previsto en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, y aplicando lo determinado por los arts. 124 y 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida planteado a fs. 720 a 732 vta., por los imputados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero contra la sentencia condenatoria de fs. 560 a 597 dictada por el Tribunal de Sentencia N° 5 en lo Penal de la Capital.

Asimismo, este tribunal declara ADMISIBLE e IMPROCEDENTE la apelación incidental interpuesta por los imputados contra el auto interlocutorio que rechaza la excepción de prescripción de la acción penal, falta de acción, abandono de querrela y nulidad por defectos absolutos.

Se advierte a las partes, que tienen el plazo de cinco días para recurrir de casación contra el presente fallo, en atención a lo previsto por el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. Sigfrido Soletto Gualoa.

Regístrese y notifíquese.

Fdo.- Dres.: Sigfrido Soletto Gualoa.- Zenón Rodríguez Zeballos.

Ante mí: Abg. Cesar Castro Calvimonte.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 16 de septiembre de 2016, que cursa de fs. 882 a 886, Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro Jarpa, interponen recurso de casación, impugnando el A.V. N° 55 de 29 de julio de 2016, de fs. 856 a 863 vta., pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Sigfrido Soletto Gualoa y Zenón Rodríguez Zeballos, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Zulema Zárate Ortuste contra los recurrentes, por la presunta comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1. Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 85/2015 de 29 de octubre (fs. 560 a 597), el Tribunal 5° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a los imputados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, autores de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años y nueve meses de reclusión, más el pago de costas y daños causados a regularse en ejecución de sentencia.

b) Contra la referida Sentencia, los imputados interpusieron recurso de apelación restringida (fs. 720 a 732 vta.), resuelto por A.V. N° 55 de 29 de julio de 2016, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró improcedente el recurso de apelación restringida y confirmó la sentencia apelada; asimismo, declaró improcedente la apelación incidental contra el auto interlocutorio que rechazó la excepción de prescripción de la acción penal, falta de acción, abandono de querrela y nulidad por defectos absolutos, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 73/2017-RA de 24 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen. y 17 de la L.Ó.J.

1) Los recurrentes denuncian que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva; toda vez, que no se habría pronunciado respecto a los siguientes reclamos: i) Que en apelación incidental plantearon cinco incidentes y dos excepciones; no obstante, el auto de vista recurrido sólo habrían resuelto cuatro cuestiones, no pronunciándose sobre: a) La exclusión probatoria; puesto que, el tribunal de juicio no les permitió el planteamiento de dicho incidente alegando que el momento procesal para su planteamiento había precluido; b) Contaminación del tribunal, ya que cuando se pidió judicializar las pruebas ofrecidas por la acusadora particular, se observó que las mismas formaban parte del cuaderno procesal y no fueron resguardadas por el secretario del tribunal, por lo que antes de ingresar al juicio tuvieron acceso a las pruebas de cargo; aspecto que, vulneró el principio de inmediación, e imparcialidad; no obstante, fue rechazado por el tribunal de juicio sin la debida fundamentación; y, c) Por defecto absoluto por no respetar el orden cronológico en la producción y judicialización de las pruebas literales; por cuanto, durante la declaración testifical de un testigo de cargo se judicializaron pruebas literales por su lectura con el argumento de que se podía producir de forma mixta y que ello no vulneraba el debido proceso, aspecto que no les resulta correcto; toda vez, que producir y judicializar las literales en media declaración testifical era darle elemento al testigo para que adecúe su declaración a las pruebas literales, ya que el testigo al escuchar la lectura de dicha prueba, podía afirmar o desvirtuar algo que antes no conocía, argumentos que no fueron respondidos por el tribunal de alzada vulnerando el debido proceso; y, ii) Que en apelación restringida reclamaron la violación y errónea aplicación de los: a) arts. 76, 78, 312, 292-4, 330, 27-8, 29-2, 30, 172, 343 y 124 del Cód. Pdto. Pen.; y, b) arts. 337, 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; no obstante, no merecieron pronunciamiento alguno.

2) Por otra parte refieren que el tribunal de alzada incurrió en falta de fundamentación; puesto que, en el punto III de su recurso de apelación restringida denunciaron la errónea valoración de la prueba; toda vez, el tribunal de juicio no consideró el informe emitido por el Instituto Geográfico Militar de 18 de octubre de 2013, que estableció que no existiría sobre posición de predios, dejando sin efecto las certificaciones de 17 de julio y 12 de agosto de 2013; sin embargo, al momento de emitirse sentencia se valoró pruebas que ya fueron dejadas sin efecto que se contradecirían con las de 18 de octubre de ese año; no obstante, el tribunal de alzada se limitó a señalar que sus personas como apelantes no habrían especificado que prueba fue mal valorada, cuando alegaron que era la certificación de 18 de octubre, a cuyo efecto, invocan el A.S. N° 178/2012 de 16 de julio y aseveran que el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., establece la obligación que tienen los tribunales de motivar sus resoluciones; sin embargo, la sentencia y el auto de vista recurrido no habrían efectuado una debida fundamentación existiendo defectos absolutos; aspecto que, lesionaría el derecho a la defensa y debido proceso, previsto por el art. 115-II de la C.P.E., así como los arts. 180-II de la C.P.E., 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2-3-a) y 14-5) ambos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

I.1.2. Petitorio.

Los recurrentes solicitan que en cumplimiento de los arts. 416 al 420 del Cód. Pdto. Pen., se deje sin efecto el auto de vista impugnado, por carecer de fundamentación, en contravención a las previsiones establecidas por los arts. 124 y 413 del Cód. Pdto. Pen., siendo defectos absolutos su incumplimiento.

I.2. Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 73/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 846 a 848 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por los recurrentes Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro Jarpa, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1. De los incidentes y excepciones planteados durante el juicio oral.

Durante la celebración del juicio oral de 26 de marzo de 2015, una vez leídas las acusaciones y expuestos los alegatos iniciales del Ministerio Público y de la acusación particular, se concedió la palabra a los acusados a efecto de que planteen sus incidentes y excepciones, a cuyo efecto la defensa opuso los siguientes planteamientos: a) Incidente de nulidad por defecto absoluto, al considerar que las acusaciones fiscal y particular, son contradictorias y como segundo hecho, en el mismo incidente, alega que e en la contestación a la acusación, se ofreció la prueba mencionada en el otrosí tercero, la cual se solicita sea tratada conforme dispone el segundo párrafo del art. 343 del Cód. Pdto. Pen., en sentido que el secretario es quien debe preparar el juicio, pidiendo los objetos y documentos que hubieren sido ofrecidos como pruebas de descargo, para que se puede llevar a cabo la audiencia; b) excepción de falta de acción; y, c) Excepción de prescripción; planteamientos que previo traslado a las partes, fueron rechazados por el tribunal de juicio, disponiéndose la prosecución del proceso, dando lugar a que el abogado de la parte acusada haga expresa su reserva de apelación.

En la continuación de la audiencia de juicio oral de 7 de abril de 2015, cuando el Ministerio Público se encontraba presentando a sus testigos, solicitó que de manera paralela se admita la introducción mixta de la prueba; es decir, junto a la testifical se introduzcan documentos por su lectura, a lo que el abogado de los acusados se opuso, arguyendo que no se estaba respetando la cronología en la presentación de los elementos probatorios; por lo cual, previa aclaración por parte de uno de los jueces técnicos, se prosiguió con la recepción probatoria. Posteriormente, en la audiencia de 17 de abril de 2015, cuando el Ministerio Público concluyó con las declaraciones testificales de cargo y cuando se predisponía a adjuntar lo demás prueba documental, el abogado de los acusados, nuevamente solicitó que previo a dicha presentación, respetando la cronología en el ofrecimiento de las pruebas, debería recibirse la declaración de los testigos de descargo. Solicitud que fue rechazada por el tribunal a quo, procediéndose a continuación a recepción la prueba documental ofrecida por la fiscalía. Determinación contra la cual no se evidencia haberse reservado el derecho de apelación.

A continuación, luego del ofrecimiento de la prueba documental por parte del Ministerio Público y una vez que la misma fue corrida en traslado al abogado de la defensa, éste planteó incidente de exclusión probatoria de la prueba fiscal introducida bajo el numeral 6), consistente en documentos de compra venta sobre el lote de terreno con reconocimiento de firmas, la prueba 7 certificación del Instituto Geográfico Miliar (IGM) y de Catastro Nacional Distrito Santa Cruz de 17 de julio de 2003, certificación del IGM y de catastro nacional Distrito Santa Cruz de 12 de agosto de 2013, aludiendo expresamente a la minuta de transferencia "...por ser una prueba impertinente al hecho juzgado en este proceso penal, estelionato supuestamente cometido el año 2011, ya que este documento data del año 2002 y no del año 2011, por lo que en aplicación del art. 172 del Cód. Pdto. Pen...", interpone el precitado incidente.

Ante el incidente planteado, uno de los jueces integrantes del tribunal a quo determinó lo siguiente: "Aquí nosotros no estamos para enseñar a los abogados procedimiento penal porque entiendo que cuando uno viene a juicio oral ya pues tiene que conocer el trámite del juicio oral me parece que está pasando por alto los arts. 340 y 346 del Cód. Pdto. Pen. Es que tiene pues una finalidad el ofrecimiento de pruebas y la presentación de pruebas, por parte del Ministerio Público una vez que se ha presentado la acusación fiscal y la acusación particular, y ese motivo es de que tome conocimiento la defensa de los acusados para que sepa con que pruebas el Ministerio Público y acusador particular están yendo a juicio y de esa manera el abogado ejerciendo el derecho amplio de su defensa de sus defendidos conforme el 346 que es el principio de preclusión conforme al (346). antes declara el primero de los imputados es el momento procesal que tiene para pedir las exclusiones probatorias de todas las pruebas habidas por haber que quisiera, porque entiendo que hasta ese momento desde que presentó las pruebas el Ministerio Público conforme al 340 hasta que hemos llegado al juicio oral han concurrido más de treinta días, que ha tenido la defensa para haber analizado las pruebas y conforme al 346 pedir en ese momento procesal las exclusiones probatorias, hacer lo que pretende el abogado en ese momento es distorsionar completamente la L. N° 1970 y creo que también estamos entrando en un caos en este momento porque no permite el desarrollo normal de este juicio.

Nos regimos por principios el juicio, y el principio de preclusión se dejó vencer el abogado lamentablemente no pidió la exclusiones probatorias conforme a procedimiento ahora en este momento no puede pretender suplir la falta de experiencia de un juicio oral, se lo debe rechazar" (sic).

A su turno, el otro juez que conforma el Tribunal de Sentencia señaló que: "Todas las excepciones e incidentes se deben plantear en un solo acto no cuando al abogado o cuando pretenda introducir alguna buena o mala fe para hacer caer en error a un juez, se lo debe interponer antes de la intervención o declaración de los acusados, vamos más de quince años en este sistema procesal y ninguna causa ha sido observada por el Tribunal Supremo donde se forma y se orienta la jurisprudencia nacional y en esta audiencia nos pretende hacer creer que se debe aplicar en un sentido contrario, se debe llamar la atención al abogado defensor para que conduzca dentro de los parámetros y estamos en la producción de la prueba documental se le ha corrido el traslado para que verifique el contenido de las pruebas nada más, se debe continuar con el juicio" (sic).

Resolviendo finalmente que se "...rechaza el incidente de exclusión probatoria por lo tanto se continúa con las pruebas documentales ofrecidas por el Ministerio Público por lo tanto desee lectura a las pruebas por secretaria..." (sic).

Determinación contra la cual, el abogado de los acusados, hizo su reserva de apelación restringida.

II.2. De la sentencia.

Por Sentencia N° 85/2015 de 29 de octubre, el Tribunal de Sentencia N° 5 del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a los imputados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, autores de la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años y nueve meses de reclusión, más el pago de costas y daños causados a regularse en ejecución de Sentencia, bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

a) De los datos fácticos contenidos en la acusación fiscal, se tiene que el 10 de abril de 2013 Zulema Zárate Ortuste, formalizó denuncia contra Ignacio Montero Quispe y Paula Castro de Montero, manifestando que el 30 de julio de 2002 entregó a los denunciados la

suma de \$us. 2.000.- por concepto de compra de un lote de terreno de 450 ms2. ubicado en Terrado Isla de los Tusequis, Guapilo Junín, actualmente barrio San José, cuyo contrato fue reconocido en sus firmas ante la notaría de fe pública; asimismo, manifestó que desde entonces hasta la fecha, no se realizó el trámite de saneamiento porque no se encontraba aprobado por la Oficialía Mayor de Desarrollo Territorial, dependiente del municipio de Santa Cruz, en el cual tiene mejoras de construcción de vivienda; no obstante, posteriormente los acusados habrían vendido el mismo terreno a otras personas, provocándole una serie de problemas porque los nuevos compradores quieren despojarla de su propiedad.

b) A continuación, se resuelven en la Sentencia los incidentes planteados en el juicio oral por parte de los imputados, como son: Incidente de nulidad por defectos absolutos establecidos en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen., incidente de excepción de falta de acción e incidente de prescripción de la acción penal.

c) Siguiendo con su fundamentación, el fallo agrega que uno de los verbos del tipo penal de Estelionato, es “el que vendiere como bienes libres”; en el caso de autos, se tiene la Minuta de Transferencia de un lote, suscrita entre Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, con relación al terreno de 450.09 ms2., de 30 de julio de 2002, que los nombrados acusados, al haber transferido el citado terreno, lo hicieron de forma definitiva, por lo que aún la compradora no hubiere inscrito su derecho de propiedad, le asistía administrativamente el derecho de inscribirlo en los registros públicos, pues la prescripción del derecho adquirido de propiedad por el transcurso del tiempo no opera en las transferencias de cualquier tipo de propiedad patrimonial, por lo cual se tiene que este inmueble ya no era libre; por tanto, los vendedores ya no podían disponerlo por el desplazamiento realizado a favor de la querellante, ya que no era en ese momento el terreno, de propiedad de Ignacio Montero y Paulina Castro de Montero que fue adquirido y registrado en Derechos Reales el 7 de febrero de 1996. Es así que, una Minuta de Transferencia con reconocimiento de firmas, transfiere una parte de una extensión mayor de su lote de terreno en la superficie de 450.09 ms2., Lote 12, aunque no estaba urbanizado en el momento de la venta, por lo cual ahí se encuentra el sujeto activo como elemento estructural del delito en la conducta desplegada por ambos acusados.

d) Otro de los verbos del art. 337 del Cód. Pen., se constituye “el que vendiere como propios los bienes ajenos”, establecido que ha sido el desplazamiento definitivo perpetuado de un terreno de 450.09 ms2., a favor de Zulema Zárate Ortuste, el 30 de julio de 2002, desprendido de un terreno de mayor extensión, que en ese momento no se encontraba urbanizado y pese a ser de conocimiento de esta transferencia definitiva de terreno que realizaron los esposos Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, sin haber accionado para la resolución o rescisión del contrato de transferencia; sin embargo, los nombrados el 13 de diciembre de 2011 transfirieron nuevamente el terreno que ya fue vendido a favor de la precitada, esta vez a favor de Gilberto Loza Medina y María René Villalba Salces, de un terreno de mayor extensión, Lotes 14 y 15 de 633.69 ms2., pero que según las pruebas cursantes de cargo y descargo, como lo es la certificación expedida por el Instituto Geográfico Miliar, este terreno se encuentra sobrepuesto sobre el terreno que primeramente los acusados vendieron a Zulema Zárate Ortuste, quien viene a ser el sujeto pasivo de los elementos estructurales del tipo penal, de ahí que los procesados pretendieron hacer creer que se trataba de otro terreno; por cuanto, como se dijo el primer terreno vendido aún no se encontraba urbanizado, por eso no se hizo constar el número de urbanización ni de manzana ni de lote y en la segunda transferencia realizada once años después sobre el terreno que ya se encontraba urbanizado, hacen constar el número de urbanización número de manzana y lote, así la venta y transferencia de parte de su terreno, vuelve a vender o transferir el 13 de diciembre de 2011, protocolizado el 17 de enero de 2012 y con una minuta aclarativa de 29 de junio de 2012 también protocolizado, es así que se cumple con el otro elemento estructural del tipo penal al reconocerse a los sujetos activos en el presente caso que son Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, ya que éstos conocían que el bien inmueble era ajeno y que lo vendían como suyo.

e) La conducta dolosa de los imputados se materializa en el momento en que Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, pese a tener conocimiento que ya anteriormente, durante el año 2002, habían transferido el terreno motivo de la litis a favor de Zulema Zárate Ortuste, conclusión a la que se llega por cuanto éstos adjuntan como prueba de descargo la signada como 3, que es la transferencia mencionada, pese a ese conocimiento, éstos por segunda vez transfieren el mismo terreno, pero esta vez a favor de Gilberto Loza Medina y María René Villalba Salces el 13 de diciembre de 2011; por lo cual, esta conducta se constituye en dolosa, pues los acusados transfirieron un terreno que anteriormente ya habían enajenado a la primera compradora y lo hicieron a un segundo comprador, lo cual hace ver que se cumplió con el otro elemento estructural del tipo penal, saber que lo que se vende es ajeno y por ende resulta una conducta dolosa.

f) El objeto de la conducta de los acusados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, se encuentra en la forma de actuar de ambos, pues la finalidad que perseguían con la segunda transferencia, realizada a favor de terceros, era de lesionar, afectar el derecho adquirido por la compra realizada a Zulema Zárate Ortuste y de esa manera, obtener beneficio económico por una parte y por otra, sacar a la propietaria del lote de terreno adquirido el 2002.

g) El nexo causal como elemento estructural del delito en el presente caso, se lo encuentra en las Minutas de Transferencia que fueron realizadas y firmadas con sus respectivos reconocimientos de firmas por los acusados, la primera de 30 de julio de 2002 a favor de la ahora acusadora Zulema Zárate Ortuste y la segunda transferencia realizada por los mismos acusados, el 13 de diciembre de 2011 a favor de Gilberto Loza Medina y María René Villalba Salces, documentos que se encuentran reconocidos en sus respectivas firmas de parte de los acusados, por lo que se concluye que concurre el elemento estructural del nexo causal o relación de causalidad entre los acusados y la segunda minuta de transferencia que dio lugar al ilícito penal.

h) Con referencia al elemento estructural del resultado, se encuentra por el hecho de vender como propio un bien patrimonial, que ya en ese momento era ajeno por parte de Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, tal como se tiene demostrado por las pruebas tanto de cargo como de descargo, que el mismo pertenecía a Zulema Zárate Ortuste, causando con esta conducta un perjuicio económico a la propietaria de ese terreno, nombrada anteriormente.

i) Consiguientemente y por las pruebas aportadas de cargo y descargo, se llega a la firme convicción sobre la concurrencia de todos y cada uno de los elementos estructurales del tipo penal en la conducta dolosa de los imputados de "vender como propio un bien ajeno", que ya había sido transferido anteriormente el 2002 a favor de Zulema Zarate Ortuste, con la finalidad de obtener beneficio económico y causar perjuicio económico a la compradora, ya que por segunda vez, el 13 de diciembre de 2011 transfirieron el mismo inmueble a favor de terceras personas; por lo cual, la conducta de Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, es dolosa y debe ser reprochada y sancionada y se subsume en la norma prevista por el art. 337 del Cód. Pen.; ante ello, corresponde dictar Sentencia condenatoria contra los precitados por el delito de estelionato; puesto que, tenían conocimiento que el inmueble cuestionado era de propiedad de la querellante.

j) Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero, son de nacionalidad boliviana, de 53 y 52 años, en unión conyugal libre, tienen siete hijos, no poseen antecedentes penales, dedicados al comercio, domiciliados en el barrio 4 de Febrero, calle Sucre. El delito acusado es grave por cuanto el accionar de los imputados causa empobrecimiento a la víctima y pérdida de su patrimonio, mucho más si se trata de ahorros que ha realizado a lo largo de mucho tiempo, fruto de su trabajo y que se constituye en un pequeño patrimonio donde ésta pretendía construir su casa para vivir y pernoctar junto con toda su familia.

Como consecuencias del hecho, se tiene que a la víctima se le causa un perjuicio económico que se traduce en la necesidad de tener que contratar abogado para que defienda su propiedad frente a terceros; asimismo, se tiene un desplazamiento de su patrimonio a favor de terceros y un enriquecimiento hacia los acusados.

En cuanto a la determinación de la pena, al ser los imputados personas de 53 y 52 años de edad, con pleno uso de su capacidad mental que les permitía discernir entre lo bueno y lo malo, la buena y mala fe al momento de realizar la transferencia por segunda vez, del inmueble que ya había sido enajenado a favor de la acusadora, nueve años antes por parte de los acusados; asimismo, que perfectamente entiendan la acción desplegada y el resultado deseado, éstos debieron asumir como tal, la responsabilidad de su accionar en el delito de Estelionato; por cuanto, sabían que este terreno ya anteriormente lo habían transferido a favor de la víctima; consiguientemente, en virtud a los antecedentes expuestos, corresponde aplicar la pena prevista en el art. 337 del Cód. Pen.; es decir, una pena de tres años y nueve meses de reclusión para cada uno de los acusados.

II.3. De la apelación restringida.

Contra la referida sentencia, los imputados de manera conjunta, interpusieron recursos de apelación incidental y restringida, de los cuáles se pasarán a detallar los argumentos atinentes a los motivos alegados en casación, por ser de interés al caso de análisis:

1) En el acápite correspondiente al recurso de apelación incidental, señalan que se plantearon cinco incidentes y dos excepciones y que de todos hizo reserva de apelación, pasando a detallar los mismos, entre los que, alegan que el segundo incidente versa sobre una exclusión probatoria, que hubiera sido rechazada de ipso facto, bajo el argumento que el momento procesal para el planteamiento de incidentes, había precluido desconociendo la doctrina y jurisprudencia citada al efecto, como el A.S. N° 140/2009 de 5 de marzo, 394/2014-RRC de 18 de agosto y la S.C. N° 1616/2011-R de 11 de octubre, que establecen que el momento oportuno para realizar este acto procesal, es cuando las pruebas pretenden ser judicializadas. Argumento reiterado en el mismo memorial, más adelante en el punto II.4.

2) En el acápite II.7 reclaman los imputados que el art. 330 del Cód. Pdto. Pen. fue transgredido, dado que el tribunal tuvo acceso a las pruebas ofrecidas por la acusación particular y por los acusados antes de instalarse la audiencia, ya que las mismas no quedaron en custodia del Secretario; por lo tanto, las autoridades jurisdiccionales se contaminaron con los elementos probatorios, vulnerando su imparcialidad y el debido proceso, extremo que fue reclamado en audiencia y ante su rechazo se hizo reserva de apelación.

Dicho reclamo se evidencia que fue incidentado en la audiencia de juicio oral, por causal sobreviniente, al haber evidenciado cuando se solicitó la judicialización de las pruebas ofrecidas por la acusadora particular, que las mismas formaban parte del cuaderno procesal y que no fueron resguardadas por el secretario del tribunal, denunciando contaminación del tribunal con las mismas. El mismo que fue rechazado, a decir de los imputados, sin ninguna fundamentación.

3) Alegan que el cuarto incidente planteado, fue planteado por defecto absoluto por no haberse respetado el orden cronológico en la producción y judicialización de las pruebas literales, ya que durante la deposición testifical de un testigo de cargo, se judicializaron pruebas literales por su lectura, con el argumento de que se podía producir de forma mixta y que eso no vulneraba el debido proceso; puesto que, esa sería, a decir de las autoridades, la etapa correcta, ya que se trataría de un contradictorio, cuando lo correcto era esperar que se concluya con la producción de todas las pruebas testificales de cargo y descargo, para recién producir las literales, sino implicaría dar elementos al testigo para que adecúe su declaración a las pruebas literales, condicionando su declaración a lo prescrito en la literal leída en juicio, ya que al escuchar la lectura de dicha prueba, él puede afirmar o desvirtuar algo que antes no conocía, esa es la lógica jurídica del orden cronológico y la razón por la cual los testigos no deben escuchar nada de lo que pase durante el juicio, hasta antes que presten su declaración.

4) Denuncian violación de los arts. 76, 78 y 312 del Cód. Pdto. Pen., ya que se habría otorgado capacidad activa a la víctima, sin que sea parte contractual en la transferencia suscrita el 2011, cuando lo que correspondía, era declarar probada la excepción de falta de acción, ante la falta de cumplimiento de los requisitos contenidos en los arts. 76 y 78 del Cód. Pdto. Pen.

5) Alegan incumplimiento de los arts. 292-4 y parte in fine del 330 del Cód. Pdto. Pen., porque ante la inasistencia de la víctima al juicio oral, quien presentó un memorial pidiendo su suspensión, sin justificativo legal, no se declaró el abandono de la querrela, bajo el argumento del débil memorial y la inasistencia del Ministerio Público.

6) Arguyen infracción de los arts. 27-8, 29-2 y 30 del Cód. Pdto. Pen., al no haberse permitido el planteamiento de exclusiones probatorias durante el juicio oral; del art. 343 del mismo cuerpo legal, en lo que se refiere a la solicitud de objetos y documentos; del art. 337 del Cód. Pdto. Pen., puesto que se identifica que existió el acto de disposición en favor de la supuesta víctima el 2002 del lote 12 y el año 2011 de los lotes 14 y 15 en favor de terceros; es decir, se trata de diferentes bienes, considerando que ambas transferencias se desprenden de una

superficie mayor de cinco mil metros cuadrados; del art. 330 del Adjetivo Penal, ya que las pruebas ofrecidas por la acusación particular y por los acusados, no quedaron en custodia del secretario, contaminando al tribunal de juicio; aspecto que, vulnera el debido proceso; arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., ya que no se individualizó la fijación de la pena para cada uno de los procesados, menos se realizó una descripción del por qué se les aplica la misma, considerando que existen atenuantes especiales y generales y no se individualiza el grado de participación de los acusados para imponerles una sanción individual a cada uno y del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., al no haberse realizado una debida fundamentación de la Sentencia, lesionando el derecho a la defensa de los acusados; y por ende, el debido proceso, porque se limita a realizar una relación de los documentos y requerimientos de las partes; aspecto que, conlleva defectos establecidos en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen.

7) Alegan que con relación a la sobreposición de los terrenos, no se tomó en cuenta que la certificación de 17 de julio de 2013, fue dejada sin efecto por certificación de 18 de octubre de 2013, así como la certificación de 12 de agosto de 2013, quedó sin efecto al ser anterior a la del 18 de octubre de 2013; es decir, que la última certificación dejó sin efecto todas las anteriores; y por ende, dejando sin efecto la supuesta sobreposición de predios.

II.4. Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró improcedente el recurso de apelación restringida y confirmó la sentencia apelada; asimismo, declaró improcedente la apelación incidental contra el auto interlocutorio que rechazó la excepción de prescripción de la acción penal, falta de acción, abandono de querrela y nulidad por defectos absolutos, con los siguientes argumentos relativos a los motivos alegados en el recurso de casación:

a) El auto de vista concluye en que el tribunal de juicio, procedió correctamente al rechazar la excepción de prescripción de la acción penal; al igual que la excepción de falta de acción, con relación a la cual sostiene que no existe impedimento legal de parte de la querellante para proseguir la acción penal; con relación al incidente de abandono de querrela, alega que en el caso se justificó legalmente que la víctima no podía acudir a la audiencia de juicio oral, quien con la debida antelación, solicitó su suspensión, por lo que se obró de manera correcta al rechazar dicho medio de defensa; en cuanto, al incidente de nulidad por defectos absolutos, se señala que en el presente caso, se preparó y desarrolló el juicio oral con todas las formalidades establecidas por ley y que los apelantes no indicaron ningún agravio ni interés sufrido, tampoco identificaron la resolución cuestionada y cómo le provocó lesión de sus derechos, por lo que al rechazar el incidente se procedió correctamente.

b) En cuanto a la apelación restringida, concluye que el tribunal de juicio obró conforme a lo previsto por los arts. 342, 360 y 365 del Cód. Pdto. Pen., ya que tomó en cuenta que la prueba aportada es suficiente para generar la convicción plena sobre la responsabilidad penal de los imputados en la comisión del delito de estelionato; toda vez, que la documentación presentada en juicio fue debidamente analizada, cotejada, interpretada y valorada por el tribunal inferior en pleno, para concluir en forma conjunta y armónica, que los hechos probados demuestran la comisión del delito; por cuanto, la adecuación de la conducta antijurídica de los acusados es correcta y se subsume a lo previsto por el art. 337 del Cód. Pen.

c) Con relación al defecto previsto por el art. 370-1 del Cód. Pdto. Pen., los recurrentes no fundamentaron en qué consisten esas violaciones o de qué manera se efectuó la inobservancia de la ley, limitándose a transcribir en su totalidad la Sentencia condenatoria, de donde se tiene que lo rescatable se circunscribe a que la Sentencia no estaría debidamente motivada; con relación a lo cual, se tiene que dicho fallo cumple con lo normado por los arts. 124 y 360-1 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, así como una relación del hecho histórico, que se fijó de forma clara, precisa y circunstancial. Además de lo cual, se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la precitada ley; toda vez, que se realizó una actividad y operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional con el fin de determinar si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena incontestable sobre la pretensión punitiva del proceso.

d) Finalmente, en lo que se refiere a la supuesta valoración defectuosa de la prueba, no se detalla de manera precisa, cuáles son los elementos probatorios no valorados y de qué manera le perjudican en sus derechos fundamentales. Será en base a estos últimos criterios objetivados de la resolución que la parte recurrente debe cuestionar la correcta aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia y poder en definitiva cuestionar el proceso de valoración de la prueba desarrollado por el tribunal de mérito, siendo imposible que un tribunal desprovisto de la intermediación procesal pueda emitir un criterio de hecho sobre la prueba, dada la naturaleza del sistema acusatorio oral, lo que significa que no se puede ingresar nuevamente a valorar las pruebas tanto de cargo como de descargo que ya fueron motivo de análisis y consideración por el tribunal inferior en el juicio oral, de lo que resulta que no se presentará el defecto previsto en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

III. Verificación de la existencia de contradicción con el precedente invocado y de vulneración de derechos y garantías

En el caso presente la parte imputada denuncia: 1) Que el auto de vista incurrió en incongruencia omisiva, al no haber dado respuesta alguna a los siguientes extremos denunciados a tiempo de plantear su apelación restringida; i) Su impugnación sobre el rechazo a su incidente de exclusión probatoria; ii) Su reclamo sobre las pruebas presentadas por las partes, que no fueron custodiadas por el secretario del tribunal, sino que formaron parte del cuaderno procesal, contaminando a las autoridades jurisdiccionales; iii) No se respetó el orden cronológico en la producción y judicialización de las pruebas; y, iv) No resolvió su reclamo en cuanto a la violación y errónea aplicación de los arts. 76, 78, 312, 292-4, 330, 27-8, 29-2, 30, 172, 343 y 124 del Cód. Pdto. Pen., así como de los arts. 337, 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.; y, 2) La resolución de alzada incurrió en falta de fundamentación, puesto que; ante su denuncia de errónea valoración de la prueba, el tribunal de alzada se limitó a señalar que no habrían especificado a qué elementos probatorios se refiere, sin tener presente que por su parte aludieron el informe emitido por el instituto geográfico miliar de 18 de octubre de 2013; correspondiendo resolver las problemáticas planteadas.

III.1. Respecto a la denuncia de incongruencia omisiva.

III.1.1. Incongruencia omisiva y derecho de acceso a la justicia.

Una de las finalidades del Estado boliviano, de conformidad a lo estipulado por el art. 9-4 de la C.P.E., es garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos en la Constitución; entre los que se encuentra consagrado, en su art. 115-I, el derecho de acceso a la justicia, el cual relleva la protección oportuna y efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, por parte de los jueces y tribunales de justicia, conforme el siguiente texto: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". De lo señalado, se tiene que el precitado derecho tiene distintas dimensiones; y por tanto, a partir de él se materializa el ejercicio de otros derechos derivados como el libre acceso al proceso, la defensa, el pronunciamiento judicial sobre las pretensiones planteadas, a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas y el uso de los recursos previstos por ley.

En ese contexto constitucional, abordando esta vez el núcleo esencial de la incongruencia y más específicamente la llamada incongruencia omisiva o fallo corto, como parte del derecho de acceso a la justicia, se concluye que se incurre en este defecto (citra petita o ex silentio) cuando una autoridad jurisdiccional omite pronunciarse sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., temática que fue desarrollada por este Tribunal Supremo de Justicia en el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre; en cuyo texto, se refirió lo siguiente: "...debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos para la concurrencia del fallo corto: i) Que la omisión denunciada se encuentre vinculada a aspectos de carácter jurídico y no a temas de hecho o argumentos simples; ii) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; iii) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; y, iv) Que la resolución emitida no se haya pronunciado sobre problemáticas de derecho, en sus dos modalidades; la primera que la omisión esté referida a pretensiones jurídicas, y la segunda, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que la autoridad jurisdiccional ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos que fundamentan la respuesta tácita.

Siendo así, que la incongruencia omisiva o fallo corto constituye un defecto absoluto, referido en esencia a la vulneración por el juez o tribunal del deber de atender y resolver a las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener un respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada.

La incongruencia omisiva quebranta el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, así lo ha establecido la doctrina legal aplicable citada en el A.S. N° 6 de 26 de enero de 2007; aforismo que a decir del tratadista Hugo Alsina, significa que los poderes del Tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso, por lo cual, "...sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo" (Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Editorial Ediar Soc. Anón. Buenos Aires 1961. Segunda Edición, Tomo IV, Pág. 416).

Igualmente, refiere el versado Couture, que: 'El juez de la apelación conviene repetir, no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*' (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial IB de F. Montevideo - Buenos Aires 2005. Euro Editores S.R.L. 4ta. Edición. Pág. 300).

Lo anterior significa que el Tribunal de alzada debe dar respuesta fundamentada a todos y cada uno de los agravios denunciados por el apelante; lo contrario significaría la vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., que señala que las sentencias y autos interlocutores serán fundamentados; expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba; así también, la fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; finalmente el art. 398 del Cód. Pdto. Pen. textualmente refiere: 'Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución', se entiende con la adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie el tribunal de alzada".

Entonces por regla general, en protección de los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, las autoridades jurisdiccionales están constreñidas a dar respuesta motivada a todos y cada uno de los agravios denunciados por la partes; en caso de alzada será obligatorio para el tribunal que resuelve la apelación, circunscribir sus resoluciones a los aspectos cuestionados en la resolución, conforme dispone el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., un razonamiento contrario implicaría vulneración del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

III.1.2. Sobre el trámite de la apelación incidental.

Mediante el A.S. N° 272/2013-RRC de 17 de octubre, referido al tratamiento que el tribunal de alzada debe otorgar, cuando se plantea una apelación contra una sentencia y auto interlocutorio, se estableció la siguiente doctrina legal: "En tal caso, corresponde al tribunal de alzada, a tiempo de resolver el recurso interpuesto contra una resolución con esas características, pronunciarse en primer término sobre la admisibilidad y procedencia de la apelación incidental, por cuanto del resultado del pronunciamiento sobre la cuestión incidental, dependerá la resolución sobre la apelación restringida, toda vez que, de determinar la procedencia de la cuestión apelada, en consecuencia, revocar lo resuelto por el juzgado o tribunal de sentencia y declarar probada la excepción o incidente, no corresponderá el análisis de la apelación restringida respecto a la Sentencia por efecto de la apelación incidental acogida. Al contrario, al desestimar la apelación incidental, en el mismo auto de vista, deberá ingresar a considerar y resolver los fundamentos de la apelación restringida.

Finalmente es pertinente dejar establecido, que conforme a las reglas relativas al recurso de casación y su procedencia, así como la uniforme jurisprudencia emitida por este tribunal, lo resuelto respecto de la apelación incidental, no admite recurso de casación".

En consecuencia, corresponde al tribunal de alzada que a tiempo de resolver la apelación restringida planteada contra la sentencia de mérito, previamente resuelva todas las cuestiones incidentales, si las hubiera en el mismo auto de vista; omisión que si es denunciada como incongruencia omisiva en instancia de casación, corresponderá su análisis y merecerá una resolución al respecto; empero, únicamente a

efectos de verificar si los vocales cumplieron con su función en la instancia pertinente, atendiendo a todos los agravios denunciados, entre ellos los contenidos en el recurso de apelación incidental; más ello, de ninguna manera implica revisar el fondo de la problemática incidental planteada, labor que le compete únicamente al tribunal de alzada en la resolución del recurso de apelación incidental, sino que únicamente tiene competencia para verificar la existencia o no, de la incongruencia omisiva denunciada.

III.1.3. Excepciones e Incidentes: régimen de impugnación en la legislación Nacional.

El art. 314 del Cód. Pdto. Pen., en relación al trámite y resolución de las excepciones e incidentes en un plano general, señala: "Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas o requieren la producción de prueba se tramitará por la vía incidental, sin interrumpir la investigación y serán propuestas por escrito fundamentado en la etapa preparatoria y oralmente en el juicio, ofreciendo prueba y acompañando la documentación correspondiente.", por su parte, el art. 315 del citado procedimiento, al regular el procedimiento general para las excepciones, sea que se planteen en la etapa preparatoria o en la etapa del juicio, prescribe: "Si la excepción o el incidente es de puro derecho, o si no se ha ofrecido o dispuesto la producción de prueba, el juez o tribunal, sin más trámite, dictará resolución fundamentada dentro de los tres días siguientes de vencido el plazo previsto en el artículo anterior".

Si bien la norma procesal no es manifiesta en cuanto a determinar como objeto de impugnabilidad a las resoluciones que emiten decisión sobre excepciones e incidentes, la jurisprudencia constitucional ha ido evolucionando criterio sobre este particular; reconociendo a partir del respeto al derecho a la impugnación contenido en el art. 180-II de la C.P.E., que las decisiones que resuelven excepciones e incidentes en el procedimiento penal bien pueden ser objeto de ser revisadas por un tribunal superior, señalando como medio idóneo para ese fin al recurso de apelación incidental. Véanse las SS.CC. Nos. 0522/2005-R de 12 de mayo y 0636/2010-R de 19 de julio, entre otras.

Fue así que la S.C. N° 1523/2011-R de 11 de octubre, indicó: "En consecuencia si los incidentes y excepciones tienen similar significado, por cuanto ambas son cuestiones accesorias que se interponen dentro del proceso o con motivo de él, se llega a la conclusión de que también pueden ser objeto de apelación, un entendimiento contrario sería coartar al litigante de los medios de impugnación que actualmente se encuentra reconocido como principio fundamental en el art. 180-II de la actual C.P.E., cuando señala que: 'Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales', garantía que no solo puede circunscribirse a algunos actos del juez, sino a todos sus actos, sea en materia civil, penal, familiar y otros; lo contrario significaría, dejar indefenso al litigante frente a un eventual abuso y exceso de los jueces".

En tal ámbito, fue el Tribunal Constitucional Plurinacional que interpretó el ejercicio de impugnación de las excepciones e incidentes, estableciendo la secuencia procesal a seguir en las distintas etapas que comprende el procedimiento; siendo que en lo que refiere a la impugnación de las resoluciones relativas a excepciones e incidentes cuando éstos son interpuestos en juicio oral que la S.C.P. N° 0178/2013-L de 5 de abril, señaló: "...si las partes procesales, ya sea acusador -Ministerio Público o querellante- el imputado o la víctima, consideran que dicha resolución es lesiva de sus derechos, en aplicación del principio de impugnación garantizado por el art. 180-II de la C.P.E. para todos los procesos judiciales, tienen la vía de la apelación para hacer valer sus pretensiones. Al respecto, es conveniente remarcar que la impugnación en juicio, contra la extinción de la acción penal, como cualquier otra excepción o incidente, se la planteará con reserva de apelación restringida, conforme previene la segunda parte del art. 407 del Cód. Pdto. Pen., '...o ha efectuado reserva de recurrir.

El citado razonamiento desarrollado por la jurisprudencia de este tribunal, afirma: "...como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse. En cuanto a la apelación incidental se la debe presentar y tramitar en sujeción a las previsiones de los arts. 404 a 406 del Cód. Pdto. Pen., deduciéndose la imposibilidad de plantearla directamente dentro del juicio oral, cuyo objeto la averiguación de los hechos, no permite su sustanciación durante la celebración del mismo, correspondiendo en su caso hacer reserva de apelación restringida, conforme tiene anotada la jurisprudencia constitucional' (S.C. N° 2255/2010-R de 19 de noviembre).

III.1.4. Análisis del primer motivo de casación.

El recurrente sostiene que el tribunal de alzada no se hubiere pronunciado a tiempo de emitir el auto de vista, sobre su recurso de apelación incidental interpuesto contra las determinaciones asumidas por el a quo, durante la audiencia de juicio oral.

Así de la revisión de los antecedentes procesales, es posible evidenciar que durante la audiencia de juicio oral celebrada el 26 de marzo de 2015, los recurrentes una vez que se procedió a la lectura de las acusaciones y expuestos sus alegatos iniciales, se cedió la palabra a la parte imputada a efectos de que plantee sus incidentes; en ese orden, se evidencia que el defensor opuso varios incidentes y excepciones; entre ellos, el segundo, en el que reclamó la aplicación del segundo párrafo del art. 343 del Cód. Pdto. Pen., pidiendo la nulidad de la audiencia; en tanto, el secretario del tribunal solicite las pruebas ofrecidas ante dicha instancia.

De otro lado, en la audiencia de continuación del juicio oral de 17 de abril de 2015, la defensa alegó que la parte in fine del art. 346 del Cód. Pdto. Pen., provee las pautas de cuándo iniciar el juicio oral y cómo deben realizarse los diferentes actos procesales dentro del juicio oral, estableciendo que terminada la declaración, el juez o el tribunal dispondrá que el abogado exponga la defensa; posteriormente, establece que se procederá a la recepción de la prueba, conforme a lo previsto por el art. 350 del citado Código que establece que la prueba testifical se recibirá en el siguiente orden: la que haya ofrecido el fiscal primero, el querellante en segundo lugar; y finalmente, la del imputado, lo que la defensa técnica establece o pretende es la recepción de las pruebas testificales de cargo, luego las declaraciones testificales de descargo y se descienda a la producción de las pruebas literales; por lo señalado, sostiene que no se puede alterar el orden de la cronología procesal; por tanto, tampoco es posible producir pruebas literales sin antes permitir que el acusado ofrezca su prueba testifical de descargo.

A lo reclamado, los jueces componentes del Tribunal de Sentencia, establecieron que lo fundamentado por la defensa no tiene coherencia con lo establecido por la L. N° 1970, habida cuenta que todas las pruebas, del acusador fiscal como del acusador particular, deben ser previamente producidas en un orden cronológico primero la testifical, la documental, pericial y la material; puesto que, el imputado y su

abogado tienen que saber qué pruebas se produjeron en su contra, para que luego, corresponda la recepción de las pruebas ofrecidas por los acusados y su defensa, contrarrestando con sus pruebas de descargo, lo contrario, implicaría causarle indefensión, porque llegaría el momento procesal en el cual los testigos no podrán contrarrestar la prueba de cargo fiscal y/o particular. Con dichos argumentos, el Tribunal de Sentencia rechazó lo solicitado por el abogado de los imputados, disponiendo la prosecución de la audiencia, disponiendo que una vez recibida la prueba testifical ofrecida por el Ministerio Público, se prosiga con la recepción de su prueba documental.

Contra dicha determinación, no se evidencia que el abogado de los imputados, hubiera hecho reserva de apelación alguna.

Posterior a ello y una vez que la acusación fiscal presentó sus pruebas literales, corrida la misma que fue a conocimiento de la defensa de los acusados, ésta planteó incidente de exclusión probatoria de la minuta de transferencia, por ser supuestamente impertinente al hecho juzgado en el proceso penal, por ser un estelionato cometido presuntamente el 2011 y el documento data del 2002 y no del año 2011, por lo que en aplicación de lo preceptuado por el art. 172 del Cód. Pdto. Pen., solicita la exclusión de dicho elemento probatorio. Agregando más adelante que, las exclusiones probatorias deben ser presentadas cuando las pruebas pretendan ser judicializadas; es decir, cuando el Ministerio Público las ofrece y las está produciendo, esto es antes de su judicialización.

A lo señalado el Tribunal de Sentencia responde en sentido que, conforme disponen los arts. 340 y 346 del Cód. Pdto. Pen., el ofrecimiento de pruebas y la presentación de las mismas por parte del Ministerio Público, una vez presentadas las acusaciones fiscal y particular, tendrían la finalidad de que los imputados tomen conocimiento de las mismas y preparen su defensa en función a ellas; por lo tanto, el momento procesal oportuno para solicitar cualquier exclusión probatoria, es hasta antes de la declaración de los imputados; además que en el caso se tuvieron treinta días para hacerlo, a partir de la presentación de las pruebas; y que por tanto, ese momento procesal hubiera precluido y que conforme a procedimiento, luego no se puede pretender suplir la "falta de experiencia en un juicio oral", pretendiendo hacer incurrir en error a un juez. En consecuencia, se rechaza el incidente de exclusión probatoria y se dispone se continúe con la lectura de las pruebas por secretaría. Dando lugar a que el abogado de los acusados haga su reserva de apelación restringida.

Una vez concluida la audiencia de juicio oral, el tribunal de juicio pronunció la Sentencia N° 85/2015 de 29 de octubre; por la cual, en el punto III denominado incidentes planteados en el juicio oral, se pasó a explicar lo impugnado en cada uno de ellos por parte de los acusados, circunscrito a los siguientes: 1) Incidente de nulidad por defectos absolutos, establecidos en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; 2) Incidente de excepción de falta de acción; e, 3) Incidente de prescripción de la acción penal, dando lugar a la emisión de una resolución, que reiterando los argumentos señalados a la defensa de los acusados durante la audiencia de juicio oral, rechazó los mismos. Aclarando en la parte final de dicho fallo, que la defensa, al amparo de lo prescrito por los arts. 403 y 407 del Cód. Pdto. Pen., hizo reserva de apelación contra la resolución de los incidentes. Ingresando a continuación con la resolución de la causa principal, concluyendo con la emisión de la Sentencia N° 85/2015, la cual según el acta de celebración de audiencia de lectura de dicho fallo, en cuanto a los incidentes, sostiene que respecto de los incidentes de nulidad por defectos absolutos, falta de acción y prescripción de la acción penal, "...estese conforme a los fundamentos resueltos durante el desarrollo del juicio oral" (sic). Verificando a continuación que en la propia sentencia de mérito, en el Parágrafo III se volvió a incluir el mismo análisis realizado en la audiencia de juicio oral, redactando los argumentos empleados por la parte recurrente a tiempo de su interposición y la forma de resolución de los mismos, refiriéndose a los siguientes: a) Incidente de nulidad por defectos absolutos establecidos en el art. 169-3 del Cód. Pdto. Pen.; b) Incidente de excepción de falta de acción; y, c) Incidente planteado de prescripción de la acción penal.

Contra la determinación asumida por el tribunal de juicio, los acusados activaron recurso de apelación incidental, según su memorial contra las resoluciones de excepción de prescripción, de falta de acción, abandono de querrela, planteadas durante el juicio oral y los incidentes de nulidad por defectos absolutos no resueltos en audiencia. Reclamo junto al cual, de manera conjunta también interpusieron apelación restringida contra la sentencia de mérito.

Así a continuación, ingresando al análisis de los argumentos contenidos en el memorial de interposición de las apelaciones, se evidencia que los acusados señalaron que durante la audiencia de juicio; supuestamente, se plantearon cinco incidentes y dos excepciones y que de todos "...se hizo reserva de apelación" (sic) explicando a continuación una a una, las cuestiones impugnadas en cada uno de los incidentes y excepciones, entre los cuales, se encuentran categorizados como incidentes de nulidad por defectos absolutos: a) La solicitud de exclusión probatoria; b) El incidente por causal sobreviniente, bajo el argumento que, cuando pidió judicializar las pruebas ofrecidas por la acusadora particular, se hubiera observado que las mismas formaban parte del cuaderno procesal y no fueron resguardadas por el secretario del tribunal, lo que habría ocasionado, contaminación del tribunal; y, c) No haberse respetado el orden cronológico en la producción y judicialización de las pruebas literales.

Ahora bien, de la revisión de los fundamentos contenidos en el auto de vista impugnado, se evidencia que el tribunal de alzada de manera correcta, en primer término resolvió las cuestiones atinentes a la apelación incidental, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la precitada resolución, los cuales, de manera resumida alegan lo siguiente: 1) Sobre la excepción de prescripción de la acción penal, aclarando que no obstante que los fundamentos expuestos por los apelantes, fueron muy escuetos y no expresaron ningún agravio, conforme dispone el art. 404 del Cód. Pdto. Pen.; pero sin embargo, el Tribunal inferior procedió correctamente al rechazarla; 2) En cuanto a la excepción de falta de acción de la querellante, el auto de vista sostuvo que, la precitada fue quien compró el lote de terreno mediante la Minuta de Transferencia de 30 de julio de 2002, con reconocimiento de firmas ante Notario de Fe Pública 30, transferido por los hoy imputados por la suma de \$us. 2.000.-, acto que le faculta para presentar la acción penal en resguardo de su derecho a la propiedad, por lo que el tribunal inferior al rechazar el incidente de falta de acción procedió correctamente, ya que el mismo fue legalmente promovido y no existe impedimento legal para proseguirlo; 3) Respecto al incidente de abandono de querrela, se señala que en el caso, la víctima justificó antes de la celebración de la audiencia, su impedimento para asistir a la misma y de manera adelantada solicitó su suspensión, por lo que al rechazar el incidente de abandono de querrela, el tribunal a quo, procedió correctamente; y, 4) En cuanto, a los incidentes de nulidad por defectos absolutos, previo desarrollo de doctrina y jurisprudencia, el tribunal de alzada concluye en que la preparación del juicio oral se desarrolló con todas las formalidades establecidas por ley;

sin embargo, agrega que en este caso, los apelantes no señalaron ningún agravio ni interés sufrido y tampoco identificaron la resolución, cuestionada ni cómo le hubiera provocado lesión a sus derechos, por lo que al rechazar el incidente se procedió correctamente.

Entonces, de lo ampliamente analizado en los párrafos precedentes, es posible verificar que el tribunal de alzada, no omitió dar respuesta a ninguno de los agravios demandados por los recurrentes, pese a la deficiente técnica recursiva empleada por quienes recurrieron de apelación incidental, a quienes le correspondía de manera indefectible, entre otros, identificar la resolución impugnada, o bien en cuál actuado procesal se encuentran los argumentos que, consideran lesivos de sus intereses jurídicos; más aun teniendo presente que en el caso analizado, tal como se demostró precedentemente, los incidentes tuvieron varios momentos procesales y oportunidades en las que se trataron; como fue en varias de las sesiones de la audiencia de juicio oral, en el acta de lectura de la sentencia y en la propia sentencia; extremo que tal como expresó el tribunal de alzada, fue absolutamente omitido por los apelantes, obligación legal que no puede ser trasladada a las autoridades encargadas de resolver el recurso de apelación incidental; puesto que, no resulta viable desde el punto de vista legal, que se obligue a los Vocales a suplir la voluntad de las partes, pasando por alto, las obligaciones legales que le asisten a las partes procesales. De otro lado, corresponderá a quienes se sienten vulnerados en sus derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, que demuestren expresamente el agravio sufrido; es decir, de qué manera se causó lesión a sus derechos, extremo que también fue desacertado en el recurso de apelación incidental, en que ni siquiera se citó la norma procesal o adjetiva infringida. Asimismo, resulta necesario actuar con lealtad procesal, a efectos de no provocar nulidades posteriores, puesto que respecto a aquellas resoluciones emitidas durante la audiencia de juicio relativas a excepciones e incidentes, se debe demostrar expresamente si se hizo la reserva correspondiente de apelación; puesto que, de ninguna manera resulta coherente, diseñar los mismos planteamientos para pretender acogerlos en ambas apelaciones; es decir, duplicar los agravios y demandarlos tanto en la vía incidental como en la restringida; puesto que, cada mecanismo procesal de defensa tiene objetivos específicos y diferentes.

En consecuencia, no se evidencia que el tribunal de alzada hubiera actuado al margen de la ley, puesto que en cuanto a los incidentes de nulidad que conforme señalan los recurrentes, no hubieran sido respondidos por el tribunal de alzada, denunciados como incongruencia omisiva en el presente recurso de casación, relativos a: i) Incidente de exclusión probatoria, ii) Incidente en el que se reclamó que las pruebas judicializadas no hubieran sido resguardadas por el Secretario; y, iii) Que no se hubiera respetado el orden cronológico en la producción de las pruebas, se evidencia que sólo respecto al primero se hubiera reservado el derecho de recurrir, tal como exige la norma procesal penal; pese a lo cual, en favorabilidad suya, el tribunal de alzada procedió a resolver de manera motivada los tres planteamientos.

Para fines pedagógicos conviene puntualizar que a este Tribunal Supremo de Justicia, no le compete analizar el fondo de lo resuelto por el tribunal de alzada; puesto que, dichos argumentos al tratarse de un tema incidental, no pueden ser recurridos de casación; empero sí, queda bajo su tutela y responsabilidad, la obligación de velar porque el tribunal de alzada, hubiera otorgado una respuesta, en caso de impugnaciones presentadas de manera pertinente y oportuna, al tratarse de una obligación de las autoridades jurisdiccionales, conocer y resolver las mismas en preservación del debido proceso que rige a la función de impartir justicia.

En consecuencia, se concluye que el tribunal de alzada no incurrió en incongruencia omisiva; y por tanto, no vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa, denunciados por los recurrentes.

De otro lado, dentro del mismo motivo, alegan los recurrentes, que el tribunal de alzada no hubiera dado una respuesta a su denuncia con relación a la supuesta violación y errónea aplicación de: a) Los arts. 76, 78, 312, 292 inc. 4), 330, 27-8, 29-2, 30, 172, 343 y 124, todos del Cód. Pdto. Pen.; y, b) De los arts. 337, 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen.

Con relación a dicha denuncia, circunscrita a las normas violadas o erróneamente aplicadas, de la revisión de los motivos expuestos en el memorial de apelación restringida, se denota que se denunciaron los siguientes extremos:

1) De los arts. 76, 78 y 312 del Cód. Pdto. Pen., porque la querellante no fue directamente ofendida por el delito, al no haber sido parte contractual en la transferencia realizada el 2011; por tanto, no tendría calidad de víctima y por ende, no podría ni siquiera sentar denuncia.

2) De los arts. 272-4 y 330 parte in fine, del Cód. Pdto. Pen., porque la parte querellante no se hubiera hecho presente en la audiencia de continuación de juicio oral, habiendo presentado un memorial, pidiendo la suspensión de dicha audiencia, sin citar ningún impedimento que justifique legalmente su ausencia en el juicio; y sin embargo, el tribunal de juicio se hubiera rehusado a dar por abandonada la querrela.

3) De los arts. 27-8, 29-2 y 30 del Cód. Pdto. Pen., ya que al momento de aplicar la prescripción, no se hubiera aplicado correctamente dichos preceptos, considerando que el delito de estelionato es instantáneo y el cómputo debió realizarse desde el 2002, fecha en la que se suscribió la transferencia con la supuesta víctima.

4) Del art. 172 del Cód. Pdto. Pen., porque no se le permitió el planteamiento de exclusiones probatorias durante el juicio oral, en el momento que las mismas pretendían ser judicializadas, ya que de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional, sería cuando pretenden ser judicializadas.

5) Del art. 343 del Cód. Pdto. Pen., en lo que se refiere a la solicitud de objetos y documentos; por cuanto, el Secretario tenía la obligación de solicitar los mismos para la preparación del juicio.

De los cinco puntos glosados precedentemente, se evidencia que todos ellos fueron impugnados también, mediante el recurso de apelación incidental y resueltos por el tribunal de alzada en la parte inicial del auto de vista impugnado. Con relación a lo cual, de la doctrina legal transcrita precedentemente, se tiene que en caso de concurrir ambas apelaciones, la misma corte de alzada tiene la obligación de resolver ambos recursos, a efecto de que no se incurra en el pronunciamiento de resoluciones contrarias; más ello no implica de modo alguno, que la parte esté facultada para plantear idénticos reclamos en ambas apelaciones; puesto que, tal como se señaló cada impugnación persigue fines y objetivos diferentes; además de lo cual, sin duda, resulta una duplicación innecesaria de argumentos que con seguridad obtendrán, de cualquier forma la misma postura de parte del tribunal de alzada, al margen lo cual para viabilizar el análisis de fondo de lo demandado, al

haber sido tratados de manera incidental, requieren indiscutiblemente, que hubieran sido reservadas para una eventual apelación restringida; a lo cual debe analizarse que una vez que el tribunal de alzada emite un criterio jurídico sobre tales reclamos a tiempo de resolver la apelación incidental, luego resultaría contradictorio acoger un entendimiento distinto, cuando toque analizar idénticos argumentos en el recurso de apelación restringida.

Por tanto, se está ante una equivocada interposición de los cinco puntos detallados anteriormente que fueron objeto, tanto de la apelación incidental como de la restringida; consecuentemente, luego no es posible demandar incongruencia omisiva, cuando queda evidenciado que todos los puntos ya merecieron su análisis y resolución en la parte inicial del auto de vista.

Similar razonamiento debe ser aplicado en cuanto a la supuesta incongruencia omisiva del art. 330 del Cód. Pen., referido a que las pruebas ofrecidas debieron quedar en custodia del secretario hasta la instalación del juicio oral. Extremo que igualmente fue demandado como apelación incidental, sin haberse siquiera especificado en que resolución o decisión, fue materializada por parte del Tribunal de Sentencia; a más de lo cual, a efectos de ser viable su análisis en alzada, correspondía precisamente la reserva de apelación restringida. Por tanto, no resulta viable exigir su tratamiento en etapa de apelación cuando, al igual que en los casos anteriores, no se circunscribió expresamente a una de las formas legales de impugnación, establecidas por el Código de Procedimiento Penal, es decir, si se demanda por la vía incidental o por la restringida, no siendo posible viabilizar su tratamiento en ambas impugnaciones. A lo que se suma, el incumplimiento de los requisitos legales para cada una de ellas, por parte de los recurrentes. Por tanto, no obstante la inviabilidad de dicho análisis, se encuentra una respuesta concreta al tema, en la parte pertinente al análisis de la apelación incidental.

La impugnación en alzada, sobre lo previsto por el art. 337 del Cód. Pdto. Pen.; en sentido que, el tribunal estableció que existe el delito de Estelionato cometido contra la supuesta víctima con la transferencia realizada en favor de Gilberto Loza Medina y su esposa, representados por Abraham Aquiles Medina Vila, por haber vendido como libres y vendiere como propios los bienes ajenos; sin haber tenido presente que el hecho antijurídico consiste en que el autor otorgue engañosamente a los bienes, la característica de ser propios o estar libre de todo litigio gravamen o embargo, que constituyen circunstancias que limitan el dominio de disponibilidad del bien. Y en autos se identifica que existió el acto de disposición en favor de la supuesta víctima el año 2002 del lote 12 y el año 2011 de los lotes 14 y 15 en favor de terceros; es decir, bienes diferentes, considerando que ambas transferencias se desprenden de una superficie mayor de cinco mil metros cuadrados, de propiedad de los acusados, no existiendo simulación o falta de libertad de los mismos, pero aún existir un perjuicio en contra de la supuesta víctima, ya que no se trata de lotes diferentes, “y lo único cierto, es que la supuesta víctima se posesionó donde mejor le pareció y le convino” (sic).

De la revisión del auto de vista impugnado, se denota que tampoco se omitió otorgar una respuesta a lo señalado en el párrafo anterior; puesto que, en sus consideraciones iniciales, se denota que se hace una revisión doctrinal sobre el tipo penal de Estelionato, circunscrito al meritudo art. 337 del Cód. Pen.; para luego de realizar las apreciaciones analizadas sobre las apelaciones incidentales, una vez que se ingresa a revisar las impugnaciones de la apelación restringida, concluye que existe convicción plena sobre la responsabilidad penal de los imputados Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro de Montero en la comisión del delito de estelionato, previsto y sancionado por el art. 337 del Cód. Pen.; toda vez, que la documentación presentada en juicio fue debidamente analizada, cotejada, interpretada y valorada por el tribunal inferior para concluir de manera inequívoca en el 30 de abril de 2013, la querellante entregó a los imputados la suma de \$us. 2.000.- por concepto de la compra de un lote de terreno, que desde esa fecha no se realizó ningún trámite de saneamiento, porque no se encontraba aprobado por la oficialía mayor de desarrollo territorial, pero que se tienen mejoras construidas; sin embargo posteriormente, los imputados manifiestan que vendieron el mismo lote de terreno a otras personas, mediante documento de 13 de diciembre de 2011, lo cual provocó serios problemas a la querellante, ya que los nuevos compradores pretendían despojarla del lote de terreno que anteriormente había comprado, lo que motivó la iniciación de la causa penal y que todos esos hechos fueron debidamente probados en la audiencia de juicio oral con las garantías procesales y constitucionales; tales actos se subsumen al tipo penal de estelionato, previsto en el art. 337 del Cód. Pen. Por lo que, no se incurrió en los defectos previstos por el art. 370-1 y 6 del Cód. Pdto. Pen.; por cuanto, la adecuación de la conducta antijurídica de los acusados, es correcta y se subsume a lo previsto por el art. 337 del Cód. Pdto. Pen., así como también las pruebas tanto de cargo como de descargo, que fueron valoradas prudencialmente y conforme a las atribuciones previstas por los arts. 171 y 173 del citado Cód. Pdto. Pen.

En consecuencia, no resulta evidente que el tribunal de alzada hubiera omitido dar una respuesta a la denuncia sobre errónea aplicación del art. 337 del Cód. Pen., al contrario de lo señalado por los recurrentes, tal como se demuestra, se realizó un análisis debidamente motivado, ello sin haber ingresado a la verificación sobre si tales argumentos se encuentran enmarcados en la legalidad; puesto que, la forma en que decidieron demandar los recurrentes, fue por incongruencia omisiva; y por tanto, la misma no apertura la competencia de este Tribunal Supremo a efectos de determinar la legalidad de fondo del contenido, consignado en el auto de vista a tiempo de responder al agravio ahora analizado.

En cuanto, a la denuncia de incongruencia omisiva de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., ya que no se habría individualizado la fijación de la pena para cada uno de los procesados y menos se hubiera realizado una descripción del por qué se les aplicó dicha pena, considerando que existen atenuantes especiales y generales, cuando lo correcto era hacer una evaluación integral de todos los aspectos establecidos en dichos artículos. Dicha denuncia se evidencia que se encuentra circunscrita a lo preceptuado por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., dado que se reclama su falta de motivación, sobre este último aspecto, de manera general se analizó en el auto de vista impugnado, el cual en la parte final argumentó que la sentencia de mérito cumple con los mandatos contenidos en los arts. 124 y 360-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, contiene los motivos de hecho y de derecho en que basa sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba, contiene una relación del hecho histórico; es decir, se ha fijado clara, precisa y circunstancialmente la especie que se estima acreditada y sobre el cual, se emitió el juicio, que es lo que se conoce como la fundamentación fáctica, además que se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral, sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la citada Ley como alegan los recurrentes; toda vez, que el tribunal al valorar las pruebas de cargo y de descargo, desarrolló una actividad y operación intelectual de forma conjunta y armónica de

exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia del juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de la libre valoración racional y científica, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual, aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia, la fundamentación y motivación de la sentencia es amplia en todos sus aspectos de hecho y de derecho, es lo suficientemente clara y precisa en cuanto a los puntos propuestos por los sujetos procesales.

Si bien, en cuanto al análisis de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., la resolución de alzada, no hace una apreciación específica; sin embargo, determina que la sentencia no incurrió en falta de fundamentación alguna; a más de lo cual, del análisis del argumento empleado por los recurrentes, en la casación planteada, no es posible determinar, de su escueta argumentación, cual es la trascendencia de la omisión de la cita de los citados artículos en el auto de vista, omisión que da paso a la aplicación de los principios de conservación del acto procesal ante la falta de trascendencia que demuestre vulneración a derecho fundamental y/o garantía constitucional denunciados como vulnerados. Extremo que tampoco, es posible avizorar a partir del análisis de los argumentos expuestos en el memorial de apelación, en los que no se especifica de qué forma afectaría a los intereses de los procesados, la supuesta errónea aplicación de los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cód. Pen., los cuales, ni siquiera son discriminados ni individualmente denunciados, menos aun teniendo presente que la pena impuesta, se encuentra dentro de los límites establecidos por el tipo penal de estelionato.

En consecuencia, ante la falta de los insumos necesarios a efectos otorgar la tutela judicial pretendida por los recurrentes, el presente motivo debe ser declarado sin mérito.

III.2. Con relación a la denuncia de falta de fundamentación.

III.2.1. Precedente legal invocado.

El A.S. N° 178/2012 de 16 de julio, cuya doctrina legal establece lo siguiente: "Siendo el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, un componente de la garantía del debido proceso, garantía establecida en el parág. II del art. 115 de la C.P.E.; se vulnera la misma, cuando el órgano jurisdiccional, emite resolución sin atender todas las denuncias realizadas. En el caso de apelación restringida, el tribunal de alzada conforme los límites de su competencia, debe circunscribir su actividad jurisdiccional a los puntos cuestionados, los que deben clasificarse, resumiendo y describiendo cada uno de ellos, a efectos de expresar los fundamentos de la resolución de manera ordenada, sin omitir ninguna alegación, expresando los argumentos legales en los que sustenta su decisión. En ese entendido, el tribunal de apelación, al no ajustar su actividad jurisdiccional a los puntos impugnados, omitiendo pronunciamiento respecto a una o varias de las alegaciones, incurre en vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio), que tiene como esencia, su obligación de atender y resolver todas aquellas alegaciones que se hayan traído al proceso de manera oportuna, frustrando con ello el derecho de la parte a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada, deviniendo en consecuencia en defecto absoluto invalorable, vulnerando además los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen."

III.2.2. Fundamentación y motivación de los fallos.

Por mandato de lo preceptuado por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., los Jueces y Tribunales de Justicia están obligados a expresar en sus resoluciones, los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones, así como citar las normas que sustentan la parte resolutoria o dispositiva del fallo, fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes. Es una premisa consolidada por este órgano de justicia ordinaria; que todas las resoluciones, entre ellas las emitidas por el tribunal de alzada, deben cumplir con esta exigencia constitucional, emitiendo criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentra en el recurso de casación, en virtud a lo establecido por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen.

En eses orden, los AA.SS. Nos. 342 de 28 de agosto de 2006, 207 de 28 de marzo de 2007 y 319/2012 de 4 de diciembre entre otros, han establecido que toda resolución debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica; i) Expresa, porque se debe señalar los fundamentos que sirvieron de soporte para sustentar su tesis, sin remisión a otros actos procesales; ii) Clara, en sentido que el pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y claro, no dejando lugar a dudas sobre las ideas que expresa el juzgador; iii) Completa, debiendo abarcar los hechos y el derecho; iv) Legítima, ya que debe basarse en pruebas legales y válidas. Para que exista legitimidad en la denuncia de valoración defectuosa de la prueba en la sentencia, el tribunal de alzada debe realizar el análisis de iter lógico, por el que se evidencie la correcta o incorrecta valoración de la prueba efectuada por el juez a quo; y, v) Lógica, que es el requisito transversal que afecta a los otros requisitos; debiendo la motivación, en términos generales, ser coherente y debidamente derivada o deducida, pero utilizando las máximas de la experiencia, la psicología y las reglas de la sana crítica.

La obligación de fundamentar las resoluciones es extensible a los tribunales de alzada, los que también deben observar el cumplimiento de los requisitos esenciales de claridad, completitud, legitimidad, logicidad y de ser expresa, respecto de los puntos de agravio denunciados a fin de emitir una resolución formal y materialmente válida. Así lo estableció el A.S. N° 49/2012 de 16 de marzo, al determinar lo siguiente: "De acuerdo al entendimiento ratificado por el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, es una premisa consolidada que todo auto de vista se encuentre debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad; respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida, además de revisar de oficio si existen defectos absolutos, en cuyo caso, es necesario que en la fundamentación se vierta los criterios jurídicos del porqué dicho acto se considera defecto absoluto y qué principios, derechos o garantías constitucionales fueron afectados".

De la doctrina legal aplicable contenida en los autos supremos glosados precedentemente, es posible determinar que el derecho a una debida fundamentación es un elemento esencial del debido proceso, se encuentra consagrado en los arts. 115-II, 117-I y 180 de la C.P.E., se

trata del derecho de todo ciudadano a contar con resoluciones debidamente motivadas, de tal manera que brinden certeza de su contenido y alcances de la decisión asumida.

Tiene la finalidad de precautelar el juzgamiento adecuado, justo, equitativo, oportuno, efectivo y eficaz de los ciudadanos, asegurando que toda persona involucrada en un proceso, reciba del órgano competente o administradores de justicia, la protección oportuna de sus derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, materializada en una decisión justa y ecuánime. Dichos presupuestos constituyen un límite para el poder del estado frente al individuo, y por tanto, constriñe a las autoridades públicas a desarrollar sus actividades ajustadas al cumplimiento del núcleo esencial o duro del debido proceso en su triple dimensión, sometidas siempre; entre otros, al principio de legalidad, como elemento componente del anterior, ajustando su actividad al acatamiento irrevocable de lo que la ley manda.

III.2.3. Análisis del segundo motivo de casación.

En el segundo de los motivos reclamados por los recurrentes, refieren que el auto de vista incurrió en falta de fundamentación; puesto que, en el punto tercero de su apelación restringida, denunciaron errónea valoración de la prueba; toda vez, que el tribunal de juicio, no hubiera considerado el informe emitido por el Instituto Geográfico Militar de 18 de octubre de 2013, que estableció que no existiría sobreposición de predios, dejando sin efecto las certificaciones de 17 de julio y de 12 de agosto de 2013; y que sin embargo, al momento de emitirse la sentencia, se valoraron pruebas que ya fueron dejadas sin efecto y que contradecirían con las de 18 de octubre de ese mismo año.

Con relación a lo señalado, de la revisión de los argumentos expuestos por los imputados en su memorial de apelación restringida, se tiene que sobre dicha prueba se reclamó lo siguiente: "Con relación a la sobreposición de los terrenos, no toman en cuenta que la certificación de 17 de julio de 2013, fue dejada sin efecto por certificación de 18 de octubre de 2013, así como la certificación de 12 de agosto de 2013, queda sin efecto al ser anterior a la del 18 de octubre de 2013, es decir que la última certificación deja sin efectos todas las anteriores, dejando sin efectos la supuesta sobreposición de predios".

Agregan más adelante que "...el art. 173 del Cód. Pdto. Pen.; limitándose este tribunal a citar expresamente las pruebas producidas por las partes, estableciendo que haciendo una valoración integral de las mismas, concluyen que los acusados han transferido 2 veces el mismo inmueble, sin determinar qué valor determinado le asignan a cada una de las pruebas. Lo referido hace que la sentencia carezca de fundamentación en lo que refiere a la fundamentación probatoria intelectual, misma que consiste en la valoración propiamente dicha de la prueba o el análisis de los elementos de juicio con que se cuenta, esto implica que la sentencia debe dejarse constancia sobre el merecimiento o desmerecimiento de las defectos de la sentencia establecidos en el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen." (sic).

En respuesta a lo demandado, el auto de vista señaló que del análisis de la sentencia impugnada, se puede extraer que la misma se sustenta en hechos existentes y debidamente acreditados en la audiencia de juicio oral sin incurrir en lo previsto por el art. 370-5 de la citada Ley, como alegan los recurrentes; toda vez, que el tribunal al valorar las pruebas de cargo y de descargo, desarrollaron una actividad y operación intelectual de forma conjunta y armónica de exclusividad jurisdiccional, con el fin de determinar, si los datos fácticos obtenidos en la producción de la prueba desfilada en la audiencia de juicio oral, público, continuado y contradictorio, poseían la entidad y cualidad suficiente y requerida para corroborar la presunción de inocencia o permitir con certeza plena e incontrastable sobre la pretensión punitiva del proceso, mediante el método de la libre valoración racional y científica, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y el sentido común, uniendo en este trabajo global e intelectual aspectos y elementos como la ciencia, conciencia y experiencia; la fundamentación y motivación de la sentencia es amplia en todos sus aspectos de hecho y de derecho, es lo suficientemente clara y precisa; en cuanto, a los puntos propuestos por los sujetos procesales.

Agrega que con relación a la denuncia de valoración probatoria, defecto previsto por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen., no se detalla en el recurso de apelación, de manera precisa, cuáles son esas pruebas impugnadas y de qué manera perjudican en sus derechos fundamentales; en el caso, correspondía a los apelantes precisar, dentro del proceso el medio probatorio que consideran, no fue debidamente valorado, seguidamente en el documento de la sentencia, deben identificar la fundamentación probatoria intelectual, cual es la apreciación que realiza el titular del órgano jurisdiccional de los medios de prueba, extrayendo los elementos probatorios de los cuales, obtiene la verdad jurídica del hecho y sobre la que resolverá el conflicto puesto a su consideración. Es ahí donde el juez o tribunal dice por qué un medio le merece crédito y como lo vincula a los demás elementos obtenidos del elenco probatorio. Será pues en base a estos últimos criterios objetivados de la resolución, que la parte recurrente debe cuestionar la correcta aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia y poder en definitiva, cuestionar el proceso de valoración de la prueba, desarrollado por el tribunal de mérito, siendo imposible que un tribunal desprovisto de la intermediación procesal, pueda emitir un criterio de hecho sobre la prueba, dada la naturaleza del sistema acusatorio oral, lo que significa que este tribunal de apelación no puede ingresar nuevamente a valorar las pruebas, tanto de cargo como de descargo que ya fueron motivo de análisis y consideración por el tribunal inferior en el juicio oral, de lo que resulta que no se presentara el defecto previsto por el art. 370-6 del Cód. Pdto. Pen.

Previo a subsumir el caso concreto a la doctrinal legal aplicable invocada, resulta necesario aclarar que en aquellos casos de denuncia de defectos absolutos originados en la falta de debida fundamentación o incongruencia omisiva, en las que hubiese incurrido el tribunal de alzada al resolver la apelación restringida, la parte recurrente de casación, está constreñida a: i) Precisar en su recurso qué aspecto o aspectos de su recurso de apelación, no mereció o merecieron debida fundamentación u omisión de respuesta; ii) Identificar punto por punto los errores, omisiones y demás deficiencias, atribuidas a la resolución recurrida, con la debida motivación y fundamentación; y, iii) Explicar la relevancia e incidencia de esa omisión, a los fines de que este Tribunal cuente con los elementos suficientes para verificar si efectivamente se produjo el agravio denunciado. Esto implica que si el recurrente, se limita a realizar meras denuncias genéricas, exponiendo argumentos generales, vagos o confusos o la mera expresión de disconformidad, se considerará que la denuncia sobre estos dos supuestos resulta insuficiente.

Analizando los argumentos empleados por los imputados en su recurso de apelación restringida, se puede evidenciar que no se dio un cumplimiento cabal a la exigencia contenida en el art. 408 del Cód. Pdto. Pen.; puesto que, se limitan únicamente a señalar que se incurrió en

errónea valoración de la prueba, alegando simplemente la prueba consistente en la certificación de 17 de julio de 2013, que hubiera sido dejada sin efecto por certificación de 18 de octubre de 2013, así como la certificación de 12 de agosto del mismo año, quedaría sin efecto al ser anterior a la del 18 de octubre de 2013; es decir, que la última certificación deja sin efecto todas las anteriores, dejando sin efecto la supuesta sobreposición de predios. De donde no resulta posible extraer las razones por las que, los recurrentes consideran que dicha prueba fue erróneamente valorada por el a quo, como tampoco se identifica en qué parte de la sentencia de mérito se incurrió en dicha vulneración y menos se expresa cuál es la aplicación que se pretende, demostrando qué reglas de la sana lógica, la experiencia y/o el sentido común se hubieran vulnerado.

En consecuencia, la insuficiencia en la expresión del agravio, luego no puede ser trasladada al Tribunal de apelación; puesto que, dicha instancia no cuenta con la competencia legal que le permita realizar dicha labor de oficio, supliendo la voluntad de los apelantes; pues si bien, dichas autoridades tienen la obligación de motivar todos sus fallos; empero, de igual forma corresponde a quienes recurren al órgano jurisdiccional, de proveer los insumos necesarios que acrediten y demuestren su pretensión de manera indubitable, no siendo suficiente en caso de denuncia de errónea, escasa o falta de valoración probatoria, referirse al elemento que hubiera sido incorrectamente analizado, pero además de ello, explicando en qué parte de la Resolución primigenia se incurrió en tal defecto, así como las razones por las que considera que se actuó incorrectamente, indicando cuáles son las reglas de la sana crítica violadas; además, de identificar el precepto legal infringido y cuál es la aplicación que se pretende; lo contrario, implica una deficiente técnica recursiva, que luego no puede ser acusada al tribunal revisor por falta de fundamentación.

Dentro de ese marco doctrinal y legal de la revisión de los argumentos del auto de vista impugnado, se puede evidenciar que en correlación a la escasa argumentación otorgada por la parte procesal, el tribunal de alzada otorgó una respuesta coherente y conforme a lo demandado, explicando las razones por las cuales no le está permitido ingresar al fondo de la denuncia, al no haberse identificado la fundamentación probatoria intelectual insuficiente, en la que hubiera incurrido el órgano jurisdiccional, además de no haberse cuestionado las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia no aplicadas; lo que tal como señala el tribunal de apelación, le impide emitir un criterio sobre la prueba.

En consecuencia, de lo manifestado teniendo presente los escasos fundamentos otorgados por la parte apelante, cuando planteó su recurso de impugnación, inviabiliza que se pueda exigir al Tribunal de alzada, mayores argumentos sobre el fondo de lo demandado, ante la evidente insuficiencia recursiva de los imputados, pese a lo cual, sí se denota que se otorgó una respuesta que satisface a la retórica jurídica, en el presente caso por las cuestiones explicadas.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ignacio Montero Quispe y Paulina Castro Jarpa, cursante de fs. 882 a 886.

Relatora: Magistrada Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka Natalia Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 03 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



319

Ministerio Público y otros c/ Albano Serrano Tordoya

Uso de instrumento falsificado

Distrito: Chuquisaca

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 15 de noviembre de 2016, cursante de fs. 822 a 827 y vta., Inocencia Escobar vda. de Serrano, Froilán, Sandro, Rubén y Fabio, todos de apellidos Serrano Escobar, interpusieron recurso de casación, impugnando el A.V. N° 66 de 19 de agosto de 2016, de fs. 801 a 804, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales Mirael Salguero Palma y Victoriano Morón Cuellar, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y los recurrentes contra Albano Serrano Tordoya, por la presunta comisión del delito de uso de instrumento falsificado, previsto y sancionado por el art. 203 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación:

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 5/2016 de 24 de marzo (fs. 756 a 763), el Tribunal de Sentencia de Valle Grande, del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Albano Serrano Tordoya, absuelto de pena y culpa de la comisión del delito de Uso de Instrumento Falsificado, previsto y sancionado por el art. 203 del Cód. Pen., dejando constancia que al emitirse la sentencia sólo participaron dos jueces técnicos, que fueron disidentes a tiempo de emitir la resolución; por lo que, la absolución se basó en el principio de "favorabilidad".

b) Contra la referida sentencia los acusadores particulares Inocencia Escobar vda. de Serrano, Froilán, Sandro, Rubén y Fabio todos de apellidos Serrano Escobar (fs. 779 a 783 vta.), interpusieron recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 66 de 19 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso interpuesto, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 75/2017-RA de 24 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

Los recurrentes denuncian que los vocales que emitieron el auto de vista recurrido, no realizaron una valoración jurídica y exhaustiva de las normas constitucionales procesales, incurriendo en los mismos del Juez del Tribunal de Sentencia de Valle Grande, menos habrían realizado una fundamentación, ya que no se pronunciaron sobre la apelación, específicamente sobre la denuncia del art. 370-8) del Cód. Pdto. Pen., además no realizó el control de legalidad de manera fundamentada, ya que en la sentencia existe contradicción, pues la misma solo relata los hechos probados y en ninguna parte se refiere a los hechos no probados, en pocas palabras, se tiene que la víctima ganó en el considerando y perdió en el por tanto. Finalmente agrega que el auto de vista no se pronuncia sobre el voto disidente, vulnerándose así el debido proceso en su elemento de debida fundamentación.

I.1.2.- Petitorio.

Los recurrentes solicitan se deje sin efecto el auto de vista impugnado y sea de acuerdo con la doctrina legal aplicable.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 75/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 836 a 838 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Inocencia Escobar vda. de Serrano, Froilán, Sandro, Rubén y Fabio todos de apellidos Serrano Escobar, para el análisis de fondo del motivo identificado precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Conforme se tiene en la relación de hechos y circunstancias objeto del juicio, el 25 de septiembre de 2012, Juan Serrano Tordoya presenta ante el Juez de Partido y Sentencia de la Provincia Manuel María Caballero, una demanda de acción reivindicatoria de bien inmueble en contra de Albano Serrano Tordoya (imputado), donde se presenta la documentación correspondiente de acuerdo al art. 1287 del Cód. Civ., que demostró ser el único y legítimo propietario de un bien inmueble urbano, ubicado en la zona central, Mzo. 2, sobre la calle Talamás de la Localidad de Saipina, Provincia Caballero del Departamento de Santa Cruz, que tiene una superficie de 200 ms²., inscrito en Derechos Reales bajo la matrícula N° 7.13.1.01.0001195, Asiento A1 de 27 de agosto de 1980, que fue adquirido mediante contrato de compra venta a sus padres el 28 de diciembre de 1971, juntamente con el reconocimiento de firmas y rúbricas de la misma fecha suscrito ante el Juzgado Parroquial N° 23 de la capital; sin embargo, Juan Serrano Tordoya en un acto de generosidad viendo el estado de necesidad de su hermano (el imputado), le presta el domicilio que se menciona líneas arriba, pero cuando el denunciante le pide la devolución de dicho inmueble al denunciado se niega a devolverla, mencionando que había sido adquirido por él. En el proceso de reivindicación el imputado presenta documentación que hubiere sido firmado por Froilán Serrano y Gregoria Tordoya, padres del denunciante y denunciado el 22 de octubre de "2980", lo que demostraría que el imputado sería el propietario del bien inmueble. En el transcurso del proceso civil Juan Tordoya fallece, por lo que sus herederos continúan los trámites. Que el 17 de marzo de 2014, el Juez de Partido Mixto y Sentencia de Valle Grande, de acuerdo a la solicitud realizada toma la posesión y designa al perito Juan Carlos Pacheco Guzmán, quien determinó que el documento de contrato privado de transferencia de un bien inmueble y el reconocimiento de firmas que aparecen elaborados en las fotocopias de los papeles sellados 1630848 y 1630849 por parte de los esposos Froilán Serrano y Gregoria Tordoya a favor del imputado, fue elaborado en una computadora y posteriormente impreso resultando los mismos falsos.

Bajo dichos antecedentes, el Tribunal de Sentencia de Valle Grande del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, por Sentencia N° 5/2016 de 24 de marzo, declaró a Albano Serrano Tordoya, absuelto de pena y culpa de la comisión del delito de uso de instrumento falsificado, previsto y sancionado por el art. 203 del Cód. Pen., dejando presente que al emitirse la sentencia solo participaron dos jueces técnicos, que fueron disidentes a tiempo de emitir la resolución, por lo que se lo declaró absuelto de la comisión del delito acusado, en virtud al principio de "favorabilidad", bajo los siguientes hechos probados: 1) Que la escritura privada reconocida de 22 de octubre de 1980, correspondiente a la venta de un lote de terreno en la Localidad de Saipina, que venden Froilán Serrano Arandia y Gregoria Tordoya de Serrano a favor de Albano Serrano Tordoya, por Bs 8.000.-, reconocida ante Juez de Mínima Cuantía de Saipina, suscrita en el papel sellado Nos. 1630848 Serie A-99 y N° 1630848 Serie A-99, es falsa; y, 2) Que la Escritura de 22 de octubre de 1980, correspondiente a la venta de una terreno que hacen Froilán Serrano y Gregoria Tordoya a favor de Albano Serrano Tordoya, cuyas firmas de los vendedores son falsas según el dictamen pericial, se encuentra en el juicio ordinario de reivindicación de derecho propietario intentado por Juan Serrano Tordoya contra Albano Serrano Tordoya.

Concluye el tribunal de juicio, alegando que la pericia al haberse realizado por orden de otro juez en causa civil y no dentro de la presente causa penal, quien en la etapa de investigación el director es el fiscal asignado al caso, prueba ofrecida y presentada en juicio no es legal ya que no fue obtenida bajo función fiscal y con conocimiento de la defensa, por lo que su utilización o no en el juicio ordinario de reivindicación seguido por Juan Serrano contra Albano Serrano, es irrelevante y no demuestra el uso de instrumento falsificado, aplicando la teoría del árbol envenenado diría que si el tronco y las ramas del árbol están envenenadas (pericia), el fruto de éste árbol igualmente está envenenado (uso de la pericia).

II.2.- Del recurso de apelación restringida de los acusadores particulares.

Notificados con la sentencia los acusadores particulares formularon recurso de apelación restringida, denunciando los siguientes agravios vinculados al motivo de casación.

La sentencia vulneró lo previsto por el art. 370-5-8 del Cód. Pdto. Pen., ya que si bien existe una fundamentación resulta insuficiente y contradictoria, como también existe contradicción entre la parte considerativa y la dispositiva, manifiestan que el imputado a través de su defensa planteó incidente de nulidad por defecto absoluto de acusación fiscal, del auto de apertura y también planteó exclusión probatoria de la literal PD3 de la fiscalía y de la acusación particular P.7,8,9,10 y 11 y P.18, consistentes en las fotocopias legalizadas del dictamen pericial de documentos copia y dactiloscopia de 28 de marzo de 2014, que fueron realizadas y refrendadas en juicio oral por el perito Juan Carlos Pacheco y fotocopias legalizadas de todo el expediente del proceso ordinario de reivindicación de derecho propietario, las que después de haber sido analizadas, los jueces resolvieron declarar improcedentes los incidentes y excepciones formulados, habiéndose declarado válidas, lícitas y legales las pruebas aportadas por ambas acusaciones, lo que significaría que antes de empezar el juicio las autoridades judiciales declararon toda la prueba totalmente válida; no obstante, contradictoriamente la sentencia en su intención de favorecer al acusado señaló que dicho elemento de prueba debió ser apartado del proceso en la etapa de valoración de la prueba, que debía admitir como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción, por lo que dicho elemento de prueba solo tendría valor si hubiera sido obtenido por medios lícitos e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y el Cód. Pdto. Pen., cuando al iniciar el juicio determinó que dicha prueba era lícita y válida y recién en sentencia la declaró ilícita; aspecto que, les resulta contradictorio, sin considerar que el delito cometido por el imputado fue descubierto dentro de un proceso ordinario civil del juzgado de Vallegrande que al haber conocido esos hechos la víctima lo denunció ante el Ministerio Público y fue quien solicitó mediante requerimiento fotocopias legalizadas de todo el expediente, por lo que aseveran que sus pruebas son lícitas y fueron obtenidas con todas las formalidades de ley, por lo que en toda la sentencia y considerandos le dieron la razón; sin embargo, en la parte dispositiva la sentencia de forma contradictoria falló absolviendo de culpa y pena al imputado. Agregan, que otro hecho contradictorio es que la sentencia sólo relató los hechos probados y en ninguna parte describió los hechos no probados, lo que significa que todo lo denunciado se encontraría probado; sin embargo, se dictó sentencia absolutoria. Otro hecho contradictorio afirman, que de la lectura de la sentencia la víctima ganó en los considerandos y perdió en el por tanto.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal 2° del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz por auto de vista impugnado, declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por los acusadores particulares; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada, bajo los siguientes argumentos vinculados al recurso de casación. Respecto al defecto de la sentencia previsto por el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., este numeral refiere que existe defecto en la sentencia cuando la misma no contenga fundamentación que sea "suficiente" (sic) o contradictoria; sin embargo, el recurrente en su primer motivo argumenta una errónea valoración de la prueba pericial documentológica y dactiloscopia de 28 de marzo de 2014, que fue introducida en el juicio, pero que el juez Hugo Celso Fernández no lo valoró correctamente y que por ello existiría contradicción. En este punto, el recurrente ha confundido el defecto de la sentencia del núm. 5) con el núm. 6) que se refiere a una valoración defectuosa de la prueba, en sí casi la totalidad de los argumentos de la parte recurrente giran en torno a la mala valoración probatoria, que supuestamente realizó el Tribunal de Sentencia de Vallegrande a la prueba pericial mencionada anteriormente, aunque el apelante haya citado las normas presuntamente aplicadas de manera errónea o inobservadas [arts. 167, 169-3) del Cód. Pdto. Pen., y arts. 115 y 180 de la C.P.E., no señaló cuál es la aplicación que pretende con esas normas y es él quien incurre en una falta de fundamentación de su pretensión y además incurre en una contradicción pues alega falta de fundamentación en la sentencia, cuando existe una falta de fundamentación y expresión de agravios en su memorial de apelación restringida. Por último, señala como otro hecho contradictorio de la sentencia que señaló los hechos probados pero no los hechos no probados; al respecto, la norma procesal penal por lo menos el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., no es taxativa que para dictar una sentencia absolutoria sea necesaria la descripción de los hechos no probados y que la sentencia no contenga los hechos no probados no significa que sea contradictoria, caso contrario cabe preguntarse ¿contradictoria a qué? ¿Violatorio a qué? ¿Inobservancia o errónea aplicación de qué norma, jurisprudencia o doctrina?, por lo que el tribunal de alzada considera que no existe el defecto de la sentencia previsto en el art. 370 inc. 5) del Cód. Pdto. Pen.,

III. Verificación de vulneración al debido proceso.

En el presente caso los recurrentes denuncian que el auto de vista recurrido incurrió en: i) Incongruencia omisiva por no haber respondido a la denuncia formulada en apelación restringida respecto al defecto previsto en el art. 370-8) del Cód. Pdto. Pen., ni sobre el voto disidente; y, ii) Falta de fundamentación; puesto que, consolidó contradicciones que tiene la sentencia pues solo relata los hechos probados y en ninguna parte se refiere a los hechos no probados, por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1.- Respecto a la denuncia de incongruencia omisiva.

De conformidad con el desarrollo jurisprudencial de este tribunal, se incurre en el defecto de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio) al no pronunciarse una autoridad jurisdiccional sobre las denuncias planteadas, vulnerando las disposiciones contenidas en los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen., temática que fue ampliamente desarrollada por este tribunal en el A.S. N° 297/2012-RRC de 20 de noviembre, refiriendo que: "(...) En ese entendido, la parte que se sienta perjudicada por una resolución judicial, puede hacer uso de los recursos que la ley

le franquea, denunciando los presuntos agravios ante el superior en grado, siendo deber de este último, responder a cada una de esas denuncias de manera fundamentada, aspecto que se halla ligado al derecho de acceso a la justicia; lo contrario significaría que estamos ante la existencia de una incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio), es decir cuando en el auto de vista no se resuelven todos y cada uno de los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, los cuales deben ser absueltos uno a uno con la debida motivación y con base de argumentos jurídicos sólidos e individualizados, a fin de que se pueda inferir respuesta con criterios jurídicos al caso en concreto; respetando el principio tantum devolutum quantum appellatum, y al deber de fundamentación establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.”.

De ello, se establece que los tribunales de alzada a momento de emitir sus fallos deben tener presente, que su función de controlador debe abocarse a responder a todos los puntos denunciados por los recurrentes, no siendo necesaria una respuesta extensa, lo contrario sería incurrir en incongruencia omisiva, vulnerando el debido proceso, incumpliendo las exigencias de los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.

En el caso los recurrentes reclaman que el auto de vista recurrido, incurrió en incongruencia omisiva por no haber respondido a la denuncia formulada en apelación restringida respecto al defecto del art. 370-8 del Cód. Pdto. Pen., ni sobre el voto disidente; estableciéndose respecto al defecto del art. 370-8 del Cód. Pdto. Pen., conforme se precisó en los antecedentes procesales vinculados al recurso, que los recurrentes en la interposición de su recurso de apelación restringida, como primer agravio denunciaron que la sentencia vulneró lo previsto por el art. 370-5-8 del Cód. Pdto. Pen., ya que si bien existía una fundamentación les resultaba insuficiente y contradictoria; así también, existiría contradicción entre la parte considerativa y la dispositiva, manifestaron que el imputado a través de su defensa planteó incidente de nulidad por defecto absoluto de acusación fiscal, del auto de apertura, que también planteó exclusión probatoria de la literal PD3 de la fiscalía y de la acusación particular P.7, 8, 9, 10, 11 y 18, consistentes en las fotocopias legalizadas del dictamen pericial de documentos copia y dactiloscopia de 28 de marzo de 2014, que fue realizado y refrendado en juicio oral por el perito Juan Carlos Pacheco y fotocopias legalizadas de todo el expediente del proceso ordinario de reivindicación de derecho propietario, que después de haber sido analizadas los jueces resolvieron declarar improcedentes los incidentes y excepciones formuladas, lo que significaría que antes de empezar el juicio las autoridades judiciales declararon toda la prueba totalmente válida; no obstante, contradictoriamente la sentencia señalaría que dicho elemento de prueba debió ser apartado del proceso en la etapa de valoración de la prueba, que debía admitir como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción, por lo que dicho elemento de prueba solo tendría valor si hubiera sido obtenido por medios lícitos e incorporados al proceso, conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y el Código de Procedimiento Penal, argumento que les resulta contradictorio, ya que al iniciar el juicio el juez determinó que dicha prueba era lícita y válida; empero, recién en sentencia lo declaró ilícito, sin tomar en cuenta que el delito cometido por el imputado fue descubierto dentro de un proceso ordinario civil del Juzgado de Vallegrande, que al haber conocido esos hechos la víctima lo denunció ante el Ministerio Público y fue quien solicitó mediante requerimiento fotocopias legalizadas de todo el expediente, por lo que aseveran que sus pruebas son lícitas y fueron obtenidas con todas las formalidades de ley, resultándoles contradictorio ya que en toda la sentencia y considerandos le dieron la razón; sin embargo, en la parte dispositiva la sentencia de forma contradictoria falló absolviendo de culpa y pena al imputado.

Ahora bien, conforme se tiene de la revisión de antecedentes, el tribunal de apelación abrió su competencia, alegando que respecto al defecto de la sentencia previsto por el inc. 5) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., este numeral referiría que existe defecto en la sentencia cuando la misma no contenga fundamentación que sea “suficiente” o contradictoria; sin embargo, el recurrente en su primer motivo argumentaría una errónea valoración de la prueba pericial documental y dactiloscopia de 28 de marzo de 2014 que fue introducida en el juicio, pero que el juez Hugo Celso Fernández no lo valoró correctamente y que por ello existiría contradicción, agregó que el recurrente confundió el defecto de la sentencia del núm. 5) con el núm. 6) que se refiere a una valoración defectuosa de la prueba, que casi la totalidad de los argumentos de la parte recurrente, giran en torno a la mala valoración probatoria que supuestamente realizó el Tribunal de Sentencia de Vallegrande a la prueba pericial mencionada anteriormente, que el recurrente incurre en una falta de fundamentación de su pretensión y en una contradicción, ya que alegaría falta de fundamentación en la sentencia, cuando existe una falta de fundamentación y expresión de agravios en su memorial de apelación restringida.

De los argumentos expuestos por el tribunal de alzada, se tiene que la denuncia interpuesta por los recurrentes resulta evidente; toda vez, que si bien los recurrentes denunciaron en un solo motivo que la sentencia incurrió en los defectos del art. 370-5-8 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal de apelación respondió únicamente sobre el defecto del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., puesto que, concluyó que la sentencia no incurrió en tal defecto; no obstante, omitió responder a los recurrentes si la sentencia incurrió o no en el defecto del inc. 8) del citado artículo y código; puesto que, alegaron los recurrentes que la sentencia era contradictoria en su parte considerativa con la parte dispositiva; por cuanto, habiendo sido declarados improcedentes los incidentes y exclusión probatoria de la literal PD3 de la fiscalía y de la acusación particular P.7, 8, 9, 10, 11 y 18, consistentes en las fotocopias legalizadas del dictamen pericial de documentoscopia y dactiloscopia de 28 de marzo de 2014, que fueron planteados por la defensa del imputado, significaría que toda la prueba introducida a juicio fue válida; sin embargo, posteriormente la sentencia señalaría que dichos elementos de prueba debieron ser apartados del proceso en la etapa de valoración de la prueba, que debía admitir como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción, por lo que dicho elemento de prueba solo tendría valor si hubiera sido obtenido por medios lícitos e incorporados al proceso, conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y el Código de Procedimiento Penal, fundamentos del tribunal de juicio que consideran los recurrentes contradictorios, ya que en toda la sentencia y considerandos le dieron la razón; empero, en la parte dispositiva la sentencia de forma contradictoria falló absolviendo de culpa y pena al imputado, argumentos que no fueron considerados por el tribunal de alzada; puesto que, no emitió pronunciamiento alguno, incurriendo en incongruencia omisiva, lo que vulnera el debido proceso como aseveran los recurrentes; toda vez, que la denuncia de los recurrentes no sólo estaba basada en el defecto del art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., sino, que también en el mismo motivo denunció que la sentencia incurrió en el defecto del citado artículo inc. 8) del Cód. Pdto. Pen., aspecto que, no fue respondido por el tribunal de alzada; en consecuencia, le corresponde pronunciarse respecto a dicha cuestionante, motivo por el que el presente punto deviene en fundado.

En cuanto a la falta de pronunciamiento ante el voto disidente, lo que vulneraría el debido proceso, de la revisión del recurso de apelación restringida conforme se tiene de antecedentes, se advierte que el referido cuestionamiento no fue puesto a conocimiento del tribunal de alzada; entonces, resultaría ilógico, exigir pronunciamiento alguno, sobre una temática que el tribunal de apelación no tuvo oportunidad de conocer, aspecto que evidencia, que de ninguna manera se quebrantó el debido proceso como alegan los recurrentes; por cuanto, el auto de vista recurrido si bien no emitió pronunciamiento al respecto, ello obedeció al hecho de no haber sido formulado por los recurrentes en apelación, quienes alegan dicho extremo directamente en casación; en consecuencia, este planteamiento deviene en infundado.

III.2.- Con relación a la denuncia de falta de debida fundamentación.

Sobre la debida fundamentación, la Constitución Política del Estado, el Código de Procedimiento Penal y la doctrina legal aplicable de este tribunal en el A.S. N° 5 de 26 de enero de 2007, estableció que: "La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control, y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.

De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

a) **Expresa:** porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión.

b) **Clara:** en la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aún por los legos.

c) **Completa:** la exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi.

La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al *petitum* y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arribe luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del *petitum* significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia.

El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*.

d) **Legítima:** la legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar *ex officio* la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada.

e) **Lógica:** finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia".

De ello, se establece que los tribunales de alzada a momento de emitir sus fallos deben tener presente estos requisitos, pues su función de controlador debe abocarse a responder de manera fundamentada, no siendo necesaria una respuesta extensa o ampulosa, lo contrario sería incurrir en falta de fundamentación, vulnerando el debido proceso, incumpliendo las exigencias del art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

Denuncian los recurrentes, que el auto de vista recurrido incurrió en falta de fundamentación; puesto que, consolidó contradicciones que tiene la sentencia, ya que solo relata los hechos probados y en ninguna parte referiría a los hechos no probados.

Conforme se precisó en los antecedentes procesales vinculados al recurso, los recurrentes en la formulación de su recurso de apelación restringida a tiempo de denunciar que la sentencia incurrió en los defectos del art. 370-5) y 8) del Cód. Pdto. Pen., alegaron que otro hecho contradictorio era que la sentencia solo relató los hechos probados y en ninguna parte describiría los hechos no probados, lo que significaría a su criterio, que todo lo denunciado se encontraría probado; sin embargo, se dictó sentencia absolutoria, entendiéndose que la víctima ganó en los considerandos y perdió en el por tanto.

Al respecto, el tribunal de alzada señaló que la norma procesal penal, por lo menos el art. 365 del Cód. Pdto. Pen., no era taxativa, que para dictar una sentencia absolutoria sea necesaria la descripción de los hechos no probados y que la sentencia no contenga los "hechos no probados" no significaba que sea contradictoria, agregó, que caso contrario cabía preguntarse ¿contradictoria a qué? ¿Violatorio a qué? ¿Inobservancia o errónea aplicación de qué norma, jurisprudencia o doctrina?, por lo que el tribunal de alzada concluyó que no existe el defecto de la sentencia previsto en el art. 370-5 del Cód. Pdto. Pen., argumentos que evidencian que la denuncia interpuesta por los recurrentes resulta cierta; por cuanto, se observa que el tribunal de alzada al momento de emitir el auto de vista impugnado, si bien respondió que las

sentencias no siempre deben contener los hechos no probados, no expresó a los recurrentes de manera expresa, clara, completa, lógica y legítima, si al encontrarse únicamente en la sentencia impugnada los hechos probados, significaría que todo lo acusado se encontraría probado, entonces porqué se habría emitido una sentencia absolutoria; aspecto que, no fue expresado por el tribunal de alzada; en consecuencia, se advierte que incurrió en falta de fundamentación, lo que evidentemente vulnera el debido proceso como aseveran los recurrentes, lo que implica que el tribunal de alzada no ajustó su actuación a lo previsto por el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., situación por la que el presente motivo deviene también en fundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del Cód. Pdto. Pen., declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Inocencia Escobar vda. de Serrano, Froilan, Sandro, Rubén y Fabio todos de apellidos Serrano Escobar, con los fundamentos expuestos precedentemente; y, en aplicación del art. 419 del Cód. Pdto. Pen., DEJA SIN EFECTO el A.V. N° 66 de 19 de agosto de 2016, cursante de fs. 801 a 804; y, determina que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, sin espera de turno y previo sorteo, dicte nuevo fallo conforme a la doctrina legal establecida en la presente resolución.

A efectos de lo previsto por el art. 420 del Cód. Pdto. Pen., hágase conocer mediante fotocopias legalizadas el presente auto de supremo a los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, para que por intermedio de sus presidentes, pongan en conocimiento de los jueces en materia penal de su jurisdicción.

En aplicación del art. 17-IV de la L.O.J., por secretaría de Sala, comuníquese el presente auto supremo al Consejo de la Magistratura a los fines de ley.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 3 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



320

Ministerio Público c/ Robert Ricardo Prado Oliva y otros

Asesinato y otros

Distrito: Santa Cruz

AUTO DE VISTA

Santa Cruz, 19 de agosto de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida interpuesta por los sentenciados Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga y Luis Adán Tobías Ortiz (corriente de fs. 1948 a 1952 y vta.) y por el también sentenciado Pedro Luis Banegas Galdo, corriente de fs. 2006 a 2008 y vta., contra la Sentencia N° 010/2016, corriente de fs. 1854 a 1899 y vta., de 4 de marzo de 2016 que fuera dictado por el Tribunal de Sentencia N° 1 en lo Penal de la Capital, resolución en la que se declara a los recurrentes y otros autores y culpables de los delitos de asesinato y lesiones gravísimas, imponiéndoseles una pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto a ser cumplida en el Centro de Rehabilitación Santa Cruz Palmasola. Revisado los antecedentes del proceso, y;

CONSIDERANDO: I.- Que los recursos de apelación restringida interpuestos por los arriba nombrados imputados, se encuentran previstos y justificados en la forma exigida por el art. 407 y ss., del C.P.P., por lo que se admite para su consideración y sustanciación conforme a las atribuciones otorgadas por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., como sigue:

CONSIDERANDO: II.- Que los sentenciados Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga y Luis Adán Tobías Ortiz señalan que la Sentencia Condenatoria N° 10/2016 incurre en errónea aplicación de la ley y vulnera su derecho al debido proceso y seguridad jurídica. En cuanto a la errónea aplicación de la Ley Sustantiva, el art. 252-2) del Cód. Pen., señala "motivos fútiles o bajo" que no cometieron los recurrentes, que jamás despreciaron la vida para cometer el delito de asesinato, más bien los internos habían fallecido por la inhalación de monóxido de carbono por el incendio que había en el lugar provocado por ellos mismos, hecho demostrado por las declaraciones testificales. El asesinato no es un delito solidario sino de ejecución personalísima, se obvió mencionar al autor Pedro Luis Banegas Galdo (cindi) y Luis Alberto Torres Rojas, éste último fallecido en el penal. Se debe buscar la averiguación de la verdad con el juicio oral, buscar un culpable real y no seleccionar a cualquier individuo para que oficie de culpable como en este caso. Señalan que han ingresado obligados por los encargados del

PC-3 bloque B, ya que si no obedecían corría en riesgo sus vidas. De un análisis minucioso, quizás el tribunal hubiese concluido en una complicidad y no como autor, con esto solo se buscó satisfacer un ritual condenatorio como el clamor popular y a los medios de comunicación que siguieron este caso. Como segundo agravio, menciona el defecto de la sentencia previsto en el art. 370-2 del C.P.P., que el individuo no esté suficientemente individualizado, ya que sus personas nunca fueron individualizados bajo ninguna prueba. También alega como defecto de la sentencia el num. 4 del art. 370 del C.P.P., referente a los medios probatorios incorporados por su lectura en violación a normas de procedimiento, puesto que el brasileño Clever Viera Gutiérrez no hablaba bien el español y no se le puso un intérprete. Por otro lado no se notificó con las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público, vulnerando el principio de inmediación. Se debió disponer el rechazo de las declaraciones informativas de los imputados y testigos por no cumplir con las formalidades del art. 307 del C.P.P. Con relación al art. 370-5 del C.P.P., no existe una verdadera fundamentación legal, ya que el tribunal solo repite lo que dijo el Ministerio Público en su acusación y conclusión, no habiéndose cumplido con el art. 365 del C.P.P., y en el presente caso no existe prueba suficiente, existieron declaraciones testificales contradictorias y además no señalan que sus personas habrían cometido el delito. También alegan lo establecido en el art. 370-6 del C.P.P., la sentencia basada en hechos inexistentes o en valoración defectuosa de la prueba, porque el tribunal es cuestionado por su parcialidad con el Ministerio Público y las víctimas por valorar de manera defectuosa la prueba aportada, dejando a un lado la igualdad jurídica de las partes en un litigio, extralimitando su facultad de libertad probatoria, no aplicando correctamente la teoría del fruto del árbol envenenado, pues si el primer acto es nulo, también lo es el resto. La sentencia vulneró el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica. Como último agravio señala que vulnerando su derecho a la integración familiar, el Tribunal de Sentencia dispuso su remisión al penal de San Pedro de Chonchocoro de La Paz. Solicita se revoque la sentencia pronunciada por el Tribunal de Sentencia y se le absuelva de pena y culpa.

Que por su lado el sentenciado Pedro Luis Banegas Galdo, en su memorial de apelación restringida reclama la indiferencia absoluta de las víctimas y que el Tribunal de Sentencia tampoco se molestó en notificarlos con los actuados procesales, hecho que vulnera el derecho a la defensa de las víctimas (art. 121-II de la C.P.E.). Existe también una indiferencia absoluta de un menor como víctima, quien correspondía al nombre de Leonardo Vásquez Guarimo de 2 años de edad. Por otro lado también hubo una indiferencia al derecho a ser juzgado en su idioma del acusado Clever Viera, ya que este individuo es un ciudadano brasileño y su idioma oficial es el portugués; todos estos actos violatorios al debido proceso hacen que el juicio sea anulable. De los errores in procedendo, señala que de manera ilegal el Tribunal de Sentencia habría rechazado la exclusión probatoria planteada por su defensa, porque supuestamente sería extemporáneo. Otro defecto de la aplicación procesal es que el tribunal se permitió realizar preguntas de interrogatorio. Asimismo en cuanto a la ilegal aplicación in judicando de la sentencia, la sentencia debería encontrarse debidamente fundamentado, no pudiéndose dictar una sentencia contradictoria, inobjetiva, porque se estaría trasgrediendo derechos y desnaturalizando todo el proceso penal. En la sentencia no se demuestra con un solo elemento que su persona hubiera tenido la intención de matar, terminar con la vida de alguna persona. Por lo tanto se aplicó mal la norma sustantiva al disponerse una sentencia condenatoria por la comisión del delito de asesinato, al valorarse de manera defectuosa la prueba aportada, el peritaje realizado y las pruebas testificales desfiladas en el juicio. Solicita que se revoque la sentencia apelada, anulando totalmente el juicio por contener vicios insubsanables y se disponga el reenvío del expediente en cuanto a su persona.

CONSIDERANDO: II.- Que en cuanto a la naturaleza jurídica del recurso de apelación restringida prevista en el art. 407 del Cód. Pdto. Pen., esta norma señala: "El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley". Esto significa que el tribunal de alzada está en el deber jurisdiccional de revisar la sentencia en los aspectos de la aplicación de Derecho en el cual el tribunal o juez a quo hubiese incurrido en defectos para su aplicación, ya sea en el derecho material o procesal. En consecuencia el ámbito de protección y resguardo de los derechos se abre de manera amplia en todas las normas legales, constitucionales, principios del debido proceso, tratados internacionales y todo lo que implica la correcta aplicación del Derecho en general. Es así que de acuerdo a los motivos de los recursos de apelación restringida formulado por el acusado, es pertinente en el presente caso, sintetizar y buscar de manera objetiva los agravios que implican violación de Derechos Fundamentales y que impliquen la dictación de una sentencia, debido a los defectos en la aplicación de la norma procesal, ya que primeramente el tribunal de alzada debe cuidar que el proceso se tramite sin vulnerar derechos fundamentales, sin embargo la norma procedimental no permite a este tribunal revalorizar las pruebas que ya fueron analizadas por el inferior, ya sea documentales, periciales o testificales, todo ello en respeto a los principios de inmediación, contradicción y defensa (A.S. N° 74 de 19 de marzo de 2013).

Que el A.S. N° 192, del 11 de julio de 2013, bajo el rótulo de "Doctrina legal aplicable" establece que: "Siendo el recurso de apelación restringida el único medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que el tribunal de mérito hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o en la emisión de sentencia, el tribunal de apelación se constituye en contralor y garante del debido proceso, por lo que, si dicho tribunal advierte que la sentencia se basó en defectuosa o errónea valoración probatoria, debe dar cumplimiento a lo dispuesto por la primera parte del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., pues no se encuentra dentro de sus competencias, cambiar los hechos tenidos o como probados por la mayoría del tribunal de mérito..." (Sic).

CONSIDERANDO: IV.- Que en cuanto a la apelación restringida contra la sentencia condenatoria de 16 de febrero de 2.016, se ha realizado una revisión minuciosa e imparcial de los actuados cursantes en el cuaderno procesal remitido a este tribunal de alzada y, de conformidad con aquello, tenemos lo siguiente:

En cuanto a la apelación restringida de los sentenciados Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga y Luis Adán Tobías Ortiz:

Que relativo a la supuesta errónea aplicación de la ley sustantiva, art. 252-2) del Cód. Pen., asesinato, este tipo penal ha sido debidamente tipificado en la conducta de los sentenciados Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga y Luis Adán Tobías Ortiz, ello - con la limitación prevista en el art. 407 del C.P.P.- se denota por una correcta apreciación de las pruebas periciales y testificales que desfilaron en el juicio oral. El Tribunal de Sentencia, en su segundo hecho probado, señaló que las declaraciones testificales señalaron a los mismos como los provocadores de heridos, muertos e incendio dentro del bloque A del PC-3 (Chonchocorito) del Penal de Palmasola de esta ciudad, además de ello el Tribunal de Sentencia otorgó un valor positivo a las pruebas peritales que se realizaron, argumentando que dieron positivo

para accionar de arma con relación a los tres recurrentes. De la valoración conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida en el juicio, el Tribunal de Sentencia concluyó que los arriba nombrados recurrentes han cometido los ilícitos de asesinato, señalando con claridad las diferentes etapas o fases del iter criminis y adecuándolos a los actos que realizaron los hoy sentenciados para consumir el hecho delictivo de asesinato y de lesiones graves y gravísimas. Los motivos bajos y fútiles al que se refiere el num. 2 del art. 252 del Cód. Pen., refirió el Tribunal de Sentencia que fue por una presunta enemistad entre el Bloque A y el Bloque B del indicado PC-3 de Palmasola, esta causa no motiva la realización de actos criminales y menos aún quitar la vida a otra persona por diferencias de cualquier índole, ya que eso demuestra una total falta de respeto a la legalidad y a la vida de las personas; en caso de haberse incurrido en este tipo penal, merece una sanción punitiva como efectiva y correctamente señaló el tribunal a quo. Por ello, el Tribunal de Sentencia, al adecuar la conducta de los recurrentes al tipo penal de asesinato previsto en el art. 252-2) del Cód. Pen., obró de acuerdo a la norma sustantiva, obró de manera correcta y apegada a la ley.

Que respecto a la falta de individualización precisa. El Tribunal de Sentencia, en la resolución recurrida, específicamente en el VII hecho probado, individualizó de manera precisa qué acto realizó cada acusado y con qué prueba respalda tal afirmación. Este razonamiento lógico e imparcial del Tribunal de Sentencia destruye los principios que nombran los recurrentes: indubio pro reo y la presunción de inocencia, al haberse demostrado la culpabilidad de los tres recurrentes de manera específica, concreta, razonada y contundente, dándose cumplimiento al art. 365 del C.P.P., y no existiendo el defecto de la sentencia señalada en el art. 370-2 del C.P.P.

Que referente al art. 370-4 del C.P.P., incorporación de medios probatorios en violación a las normas procedimentales. Cabe señalar que la apelación es ejercitada por la persona que se cree agraviada con una determinación judicial y es un derecho reconocido constitucionalmente por el art. 180-II de la C.P.E., además de ello el co acusado Clever Viera Gutiérrez tenía el patrocinio legal de su abogado defensor para hacer respetar los derechos y garantías que creyere que se le estaban vulnerando; sin embargo dicho sentenciado no hizo uso del recurso de apelación restringida y no corresponde a los tres recurrentes subsanar esa omisión y convalidación voluntaria de una determinación judicial tachada de defectuosa.

Que con relación a una supuesta falta de fundamentación en la sentencia condenatoria dictada por el tribunal a quo, esta afirmación no es veraz ni objetiva, ya que el Tribunal de Sentencia aplicó correctamente el art. 124 del C.P.P., en cuanto a la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, ha realizado una exposición de los hechos, realizó un resumen de las alegaciones de las partes, se ha individualizado correctamente a los acusados, hizo una adecuación de los tipos penales de asesinato y lesiones graves y gravísimas para cada uno de los acusados, ha explicado claramente los hechos probados durante el juicio oral, valoró las pruebas periciales, testificales y documentales desfilados en el juicio, de conformidad con el principio de libertad probatoria previsto en el art. 171 del C.P.P., no vulnerándose ningún derecho ni garantía a los imputados.

Que en cuanto a la vulneración de su derecho a la integración familiar, este aspecto debe conocer el juez de ejecución penal de conformidad con la ley de ejecución de penas, es la autoridad competente para conocer este tipo de solicitudes y no este tribunal de alzada. Por los argumentos de hecho y de derecho expuestos, corresponde declarar admisible e improcedente la apelación restringida interpuesta por los sentenciados Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga y Luis Adán Tobías Ortiz.

Respecto al recurso de apelación restringida planteada por el sentenciado Pedro Luis Banegas Galdo:

Que respecto a los supuestos vicios insubsanables del juicio oral. El recurrente alega la indiferencia absoluta por las víctimas; no es un aspecto que afecte al recurrente en sí, sino que con este argumento pretende invalidar la actuación del Tribunal de Sentencia, ya que quien se cree víctima se apersona al proceso, propone diligencias investigativas, pide la aplicación de la ley; si en este proceso no se apersonó ninguno en calidad de víctima, no se puede forzar a que éstas ejerzan un derecho que la ley les asiste en los arts. 11, 12 y 76 de la L. N° 1970. Referente a la presunta indiferencia absoluta de un menor como víctima, este aspecto tampoco es un supuesto agravio que le afectaría al recurrente y de conformidad con el art. 398 del C.P.P., no corresponde su pronunciamiento, tratamiento similar se le da en cuanto al coacusado Clever Viera, individuo al que este tribunal de alzada ya se refirió anteriormente.

Que el recurrente señala que de manera ilegal se rechazó la petición de exclusión probatoria. Al respecto corresponde señalar que los plazos procesales son perentorios de conformidad con el art. 130 del C.P.P., pues los incidentes y/o excepciones y cualquier medio de defensa tiene que plantearse en su oportunidad, en el momento procesal oportuno, lo contrario significa la convalidación del acto reclamado como ilegal y por ende la preclusión del derecho a reclamar en otra instancia, lo que efectivamente ocurrió en este caso, pues el recurrente planteó un incidente de exclusión probatoria, cuando el momento procesal para hacerlo era la audiencia conclusiva que aún estaba vigente al momento de llevarse a cabo. Por lo que la resolución de rechazo a dicho incidente no vulnera el debido proceso ni el derecho a la igualdad de partes previsto por el art. 12 de la L. N° 1970.

Que el recurrente también cuestionó la ilegal producción de la prueba. Al respecto, como se mencionó en cuanto a los anteriores tres recurrentes, el Tribunal de Sentencia correctamente concluyó que las pruebas testificales, periciales y documentales fueron contundentes al momento de señalar como uno de los actores (cabecillas) del hecho de sangre ocurrido el 23/08/2013, al hoy sentenciado Pedro Luis Banegas Galdo (alias Cindy). Las pruebas aportadas por las partes han creado convicción en el tribunal de sentencia para dictar la sentencia justiciera que hoy nos ocupa, la valoración armónica y el razonamiento intelectual realizado por los miembros del Tribunal de Sentencia N° 1 de la capital, ha sido la correcta y apegada a derecho. Respecto a la supuesta falta de fundamentación, este tribunal de alzada ya se pronunció anteriormente. Correspondiendo, en definitiva, declarar admisible e improcedente la apelación interpuesta por el condenado Pedro Luis Banegas Galdo.

POR TANTO: La Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, administrando justicia a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, en atención a los fundamentos legales expuestos, en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., declara ADMISIBLES e IMPROCEDENTES las apelaciones restringidas interpuestas por los sentenciados Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga, Luis

Adán Tobías Ortiz y Pedro Luis Banegas Galdo, manteniéndose incólume la Sentencia Condenatoria N° 010/2016, corriente de fs. 1854 a 1899 y vta., de 4 de marzo de 2016 que fuera dictado por el Tribunal Primero de Sentencia en lo Penal de la Capital.

Se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer el recurso de casación contra el presente fallo judicial como lo establece el art. 417 del Cód. Pdto. Pen.

Vocal relator: Dr. William Torrez Tordoya.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: William Torres Tordoya.- Hugo Juan Iquise S.

Ante mí: Abg. Ana María Paz Irusta.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 10 de octubre de 2016, cursante de fs. 2089 a 2091 vta., Pedro Luis Banegas Galdo, interpone recurso de casación impugnando el A.V. N° 51 de 19 de agosto de 2016, de fs. 2083 a 2087, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, integrada por los vocales William Torrez Tordoya y Hugo Juan Iquise Saca, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente además de Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga, Luis Adán Tobías Ortiz, Walter Romero Lazo, Willan Reynaldo Oporto Miranda, Albert Silva Dorado, José Carlos Galvis Arce, Clever Viera Gutiérrez, Germán Banegas Galdo, Luis Alberto Rivera Cabello, Benjamín Torrez Rojas, Efrén Rojas Cuellar, Jhonny Chambi Quispe, Danny Jarez Cuellar, Juan Carlos Carrasco Moya, Ariel Humberto Flores Zabala, Iver Chávez Saucedo, Roly Rolando Rodríguez y Daniel Alvis Ortiz Sibrón, por la presunta comisión de los delitos de asesinato y lesiones gravísimas, previstos y sancionados por los arts. 252-2) y 270-5) del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 10/2016 de 4 de marzo (fs. 1851 a 1899 vta.), el Tribunal de Sentencia N° 1 de la capital del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a los imputados Pedro Luis Banegas Galdo, Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga, Luis Adán Tobías Ortiz, Willan Reynaldo Oporto Miranda, autores de los delitos de asesinato y lesiones gravísimas, previstos y sancionados por los arts. 252-2) y 270-5) del Cód. Pen., imponiendo la pena de treinta años de presidio sin derecho a indulto, mas costas a calificarse en ejecución de sentencia; por otro lado, declaró a Walter Romero Lazo, Clever Viera Gutiérrez y Danny Jarez Cuellar, autores de los delitos de complicidad en asesinato y lesiones gravísimas, tipificados por los arts. 23 con relación al 252-2) y 270-5) del Cód. Pen., estableciendo la pena de quince años de privación de libertad, con costas a calificarse en ejecución de sentencia; asimismo, declaró a Albert Silva Dorado autor del delito de lesiones graves, previsto y sancionado por el art. 271 parágrafo primero de la norma sustantiva penal, imponiendo la pena de seis años de reclusión; y finalmente, con relación a los acusados José Carlos Galvis Arce, Germán Banegas Galdo, Luis Alberto Rivera Cabello, Benjamín Torrez Rojas, Efrén Rojas Cuellar, Jhonny Chambi Quispe, Juan Carlos Carrasco Moya, Ariel Humberto Flores Zabala, Iver Chávez Saucedo, Roly Rolando Rodríguez y Daniel Alvis Ortiz Sibrón, los absolvió de responsabilidad y pena de los delitos atribuidos.

b) Contra la mencionada sentencia, los imputados Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga y Luis Dan Tobías Ortiz (fs. 1948 a 1952 vta.) y el recurrente Pedro Luis Banegas Galdo (fs. 2006 a 2008), interpusieron recursos de apelación restringida, que fueron resueltos por A.V. N° 51 de 19 de agosto de 2016, dictado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró improcedentes los recursos y confirmó la sentencia pronunciada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- De los motivos del recurso de casación.

Del memorial del recurso de casación y del A.S. N° 76/2017-RA de 24 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.O.J.

El recurrente bajo el título de “de los vicios procesales insubsanables del juicio oral” (sic), señala que existieron errores en la aplicación de la norma procesal como la vulneración al principio de inmediación, es así que refiere que en su apelación restringida, reclamó: i) La exclusión probatoria que fue rechazada in limine, con el argumento que debió ser planteada en la etapa intermedia, acto que fue realizado en la cárcel y donde no se mostró absolutamente ninguna prueba material; y, ii) El ilegal cuestionamiento y producción de prueba, al haberse realizado inclusive preguntas inductivas, lo que vulneró el principio de imparcialidad previsto en el art. 180 de la C.P.E., afirmando que sobre estos motivos el Tribunal de apelación “...no se refirieron a este aspecto, manteniendo un silencio cómplice...” (Sic), vulnerando el principio a la imparcialidad y al derecho a un justo juicio previsto en los arts. 178, 180, 115 y 116-I de la C.P.E.

Arguye, que el tribunal de alzada incurrió en falta de fundamentación en relación al agravio denunciado en apelación restringida de la ilegal aplicación in judicando, ya que no revisó la falta de motivación de la sentencia en la subsunción, limitándose a repetir lo transcrito, no valoró la teoría del delito al no subsumir la participación de cada uno de los imputados, sin explicar cómo pudo haber cometido el delito, siendo general, subjetivo y arbitrario, vulnerando así los principios de imparcialidad, seguridad jurídica, legalidad, debido proceso y los derechos a la defensa, igualdad de partes, previsto en los arts. 5, 8, 12 y 84 del C.P.P. Agrega que el tribunal dice que no puede revisar las pruebas; y sin embargo, se contradice al señalar que: “la valoración armónica y el razonamiento intelectual realizado por los miembros del tribunal de sentencia primero de la capital ha sido correcta apegada a derecho” (sic), dice que el tribunal valoró armónicamente las pruebas aportadas por las partes; sin embargo, no revisó las pruebas, entonces el tribunal miente, mofándose de los principios de legalidad e imparcialidad.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita que su recurso se declare admisible y se anule hasta la sentencia inclusive para que se dicte una nueva.

I.2.- Admisión del recurso.

Por A.S. N° 76/2017-RA de 24 de enero, cursante de fs. 2114 a 2117, este tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Pedro Luis Banegas Galdo, para el análisis de fondo, ante la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación y detallado el ámbito de análisis del recurso, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 10/2016 de 4 de marzo, el Tribunal de Sentencia N° 1 de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a los imputados Pedro Luis Banegas Galdo, Robert Ricardo Prado Oliva, Michel Pedraza Arteaga, Luis Adán Tobías Ortiz y Willan Reynaldo Oporto Miranda, autores de los delitos de asesinato y lesiones gravísimas, imponiendo la pena de treinta años de presidio sin derecho a indulto; por otro lado, declaró a Walter Romero Lazo, Clever Viera Gutiérrez y Danny Jarez Cuellar, autores de los delitos de complicidad en asesinato y lesiones gravísimas, estableciendo la pena de quince años de privación de libertad; asimismo, declaró a Albert Silva Dorado autor del delito de lesiones graves, imponiendo la pena de seis años de reclusión; y finalmente, con relación a los acusados José Carlos Galvo Arce, German Banegas Galdo, Luis Alberto Rivera Cabello, Benjamín Torrez Rojas, Efrén Rojas Cuellar, Jhonny Chambi Quispe, Juan Carlos Carrasco Moya, Ariel Humberto Flores Zabala, Iver Chávez Saucedo, Roly Rolando Rodríguez y Daniel Alvis Ortiz Sibrón, los absolvió de responsabilidad y pena de los delitos atribuidos, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Como hechos motivo del proceso penal se tiene que el 23 de agosto de 2013, en el interior del sector PC-3 denominado Chonchocorito Bloque A del denominado penal Palmasola, aproximadamente a las 06:00 a.m., se hubiera producido un hecho criminal con víctimas múltiples. Se acusa que días previos al hecho, los acusados que se encontraban en el Bloque B del sector de Chonchocorito PC-3 del Centro de Rehabilitación Santa Cruz, hubiesen acordado tomar por la fuerza el Bloque A, realizando diferentes actos preparatorios para el ataque, que se ejecutó el 23 de agosto de 2013 en horas de la madrugada, para dicho acto reunieron los internos armas blancas tipo espadas de fabricación casera, armas punzantes de construcción, cuchillos de cocina, picotas, armas de fuego, armas contusas de distintas naturalezas y tamaños, garrafas de gas licuado y bombas tipo molotov, como resultado de los hechos, 34 reclusos del Bloque A y un niño perdieron la vida; asimismo, se causó lesiones leves, graves y gravísimas a víctimas múltiples.

Una vez producida la prueba, se tuvo como hechos probados, los siguientes: i) El 23 de agosto de 2013, los acusados Roberto Ricardo Prado Oliva (Bolívar), Michel Pedraza Arteaga (Michelote), Pedro Luis Banegas Galdo (Cindy), Luis Adán Tobías Ortiz (Wachiturro), Walter Romero Lazo (Muñeco), Willan Reynaldo Oporto Miranda (Oporto), Albert Silva Dorado (Cambita), Clever Viera Gutiérrez (Grandao) y Danni Jarez Cuellar (Dany) hubieran ingresado al Bloque A, con armas de fuego, machetes, lernas, espadas hechizas, bombas molotov y garrafa que fue encendía tipo lanza llamas, provocando la muerte de varias personas, además de lesiones graves y leves a los internos que se encontraban durmiendo en el Bloque; y, ii) Respecto de la participación de Pedro Luis Banegas Galdo (Alias el Cindy hoy recurrente) se estableció por declaración de Michel Pedraza Arteaga, que todo estaba planificado para entrar al Bloque A por el imputado, al ser éste quien mandaba en el Bloque B; por declaración del acusado Willan Reynaldo Oporto Miranda, se alega que el recurrente fue el que cortó la malla, por testifical de Perito Fernando Mauricio Valle Rojas, se informa que en la prueba de absorción atómica dio positivo para accionar arma de fuego y haber disparado el arma de fuego; por el testigo Fernando Salvatierra Zambrana se acreditó que el imputado tenía un arma de fuego en la mano y decía que ninguno se iba a salvar, de igual manera indicó que Pedro Luis Banegas Galdo se subió a la mesa de billar y obligaba a todos con su arma de fuego a entregar a 30-30 (encargado del bloque A); por declaración de Noel Romero Peralta se probó que el imputado tenía un arma de fuego calibre 38 milímetros y que ingresó al bloque A en compañía de muchos internos, donde en el salón le tiró un disparo de arma de fuego a su amigo; el testigo Pablo Castro Vargas, alegó que el recurrente tenía una arma de fuego metralleta; Richard Melgarejo Fernández señaló que ingresaron todos los del bloque B y rodearon el bloque A, donde lanzaban bombas molotov incendiarias y se entraban portando armas de fuego, machetes, palos y lernas, todos dirigidos por Cindy (Pedro Luis Banegas Galdo); por declaración de Wilder Elio Torrico Banegas, se acredita que el imputado y otros ingresaron al Bloque A rompiendo la malla, donde ellos a todo le prendían fuego con la garrafa y ahí fue que murió mucha gente, también tiraban bombas molotov por el techo, tiraban botellas con gasolina por la ventana, que ingresaron con armas de fuego, machetes y palos; por testificación de Enrique Soliz Frey se tiene acreditado que el imputado tenía una arma de fuego miniuzi, él entró al Bloque A y fue para gobernar el Bloque A; y finalmente, el testigo Antonio Roda Sánchez señaló que el imputado encabezaba el grupo que ingresó al Bloque A.

Finalmente, respecto de la determinación de pena; en cuanto, al recurrente se consideró, que tenía veintinueve años, con un grado instrucción tercero medio, mayor de edad, concubinado, con tres hijos, de nacionalidad boliviana, ocupación ayudante de mecánico, con siete antecedentes penales por asociación delictuosa, robo agravado, con domicilio real en el Barrio 25 de septiembre, calle 3 s/n Zona Urb. España. Reside en el penal de Chonchocoro de La Paz y se dedica a la artesanía en cuero. La personalidad del acusado en el juicio oral demostró no tener respeto por las leyes y por las personas, ya que manifestó oralmente en público que "le vale la sentencia máxima de 30 años que le otorgue el tribunal; toda vez, que igual saldrá libre algún día".

II.2.- De la apelación restringida del imputado.

Contra la mencionada sentencia, el imputado formuló recurso de apelación restringida conforme a los siguientes argumentos: i) Ilegal rechazo a la solicitud de exclusión probatoria, señalando que se le hubiese negado su pretensión, bajo el argumento de que la exclusión planteada debió ser opuesta ante el juez de instrucción y no ante el Tribunal de Sentencia, por lo que se hubiese rechazado el planteamiento

por ser extemporáneo, argumento que sería contrario a lo previsto en el art. 171 del C.P.P.; además, de vulnerar a los derechos de igualdad de las partes y el debido proceso. Lo mismo ocurrió con el ilegal cuestionamiento y producción de prueba permitiéndose realizar preguntas en medio interrogatorio al fiscal y a las partes abusando de sus facultades sobre inquirir en aclaración a los acusados y testigos efectuando el presidente del tribunal preguntas inductivas, rompiéndose el protocolo penal establecido en los arts. 352 y 52 del C.P.P., violándose el principio de imparcialidad y el derecho a un juicio justo, tal como lo determinan los arts. 178, 180, 155 y 116-I de la C.P.E., y; ii) Se denunció la ilegal aplicación in judicando en la sentencia, señalando que no existe una debida fundamentación, ya que de la verificación de la resolución impugnada se establecería que no existe un sólo elemento "sindicatorio" que afirme con certeza, que su persona hubiera tenido la intención de victimar, matar y terminar con la vida de alguna persona.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

Al recurso de apelación restringida formulada por el recurrente y otros tres co imputados, la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, se pronunció mediante auto de vista impugnado, declarando admisible e improcedente la apelación planteada, dejando establecido que en cuanto a algunos agravios se lo resolvió de manera conjunta, con los siguientes argumentos:

En cuanto al ilegal rechazo de la petición de exclusión probatoria, se concluyó que los plazos procesales son perentorios de conformidad con el art. 130 del C.P.P., pues los incidentes y/o excepciones y cualquier medio de defensa tienen que plantearse en su oportunidad, en el momento procesal oportuno, lo contrario significa la convalidación del acto reclamado como ilegal y por ende la preclusión del derecho a reclamar en otra instancia, lo que efectivamente ocurrió en este caso, pues el recurrente planteó un incidente de exclusión probatoria en juicio, cuando el momento procesal para hacerlo era en la audiencia conclusiva que aún estaba vigente al momento de llevarse a cabo el proceso. Por lo que la resolución de rechazo a dicho incidente no vulnera el debido proceso ni el derecho a la igualdad de las partes previsto por el art. 12 del C.P.P.

En cuanto a la ilegal producción de prueba, se estableció que el Tribunal de Sentencia hubiese concluido correctamente que las pruebas testificales, periciales y documentales fueron contundentes al momento de señalar como uno de los actores (cabecillas) de los hechos de sangre ocurridos el 23 de agosto de 2013, al sentenciado Pedro Luis Banegas Galdo (alias Cindy). Que, las pruebas aportadas por las partes crearon convicción en el Tribunal de Sentencia para dictar la sentencia justiciera, pues la valoración armónica y el razonamiento intelectual realizado por los miembros del Tribunal de Sentencia N° 1 fue correcto y apegado a derecho.

Respecto de la falta de individualización, se precisa que el Tribunal de Sentencia en la resolución recurrida, específicamente en el acápite VII hechos probados, individualizó qué acto realizó cada uno de los acusados y con qué prueba se respalda tal afirmación. Este razonamiento lógico e imparcial del Tribunal de Sentencia destruye los propios que nombran los recurrentes; in dubio pro reo, la presunción de inocencia, al haberse demostrado su culpabilidad de manera específica, concreta, razonada y contundente, dándose cumplimiento al art. 365 del C.P.P.

Sobre la falta de fundamentación de la sentencia, ésta no resulta veraz ni objetiva, ya que el Tribunal de Sentencia aplicó correctamente el art. 124 del C.P.P., en cuanto, a la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, efectuando una adecuada expresión de los hechos, además de un resumen de las alegaciones de las partes, individualizándose correctamente a los acusados, hizo una adecuación de los tipos penales de asesinato y lesiones graves y gravísimas para cada uno de los acusados, explicando claramente los hechos probados durante el juicio oral, finalmente valoró las pruebas periciales, testificales y documentales desfiladas en el juicio, de conformidad con el principio de libertad probatoria previsto en el art. 171 del C.P.P., concluyendo que no vulneró ningún derecho ni garantía de los imputados.

III. Verificación de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

Este tribunal admitió el presente recurso, abriendo su competencia a objeto de verificar la denuncia formulada por el imputado de que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva y en falta de fundamentación al resolver los motivos alegados en su apelación restringida, por lo que corresponde resolver ambas problemáticas.

III.1.- De la fundamentación de las resoluciones como parte del debido proceso.

A los fines de resolver la problemática planteada, se debe tener presente que dentro de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia respecto al debido proceso ha señalado a través del A.S. N° 199/2013 de 11 de julio, lo siguiente: "El debido proceso, es un principio legal por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; la C.P.E., en sus arts. 115 y 117, reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) el derecho a la defensa, b) el derecho al juez natural, c) la garantía de presunción de inocencia, d) el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, e) el derecho a un proceso público, f) el derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, g) el derecho a recurrir, h) el derecho a la legalidad de la prueba, i) el derecho a la igualdad procesal de las partes, j) el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, k) el derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones, l) la garantía del non bis in ídem, ll) el derecho a la valoración razonable de la prueba, m) el derecho a la comunicación previa de la acusación; n) la concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; o) el derecho a la comunicación privada con su defensor; p) el derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombre un defensor particular.

III.2.- Respecto de la imparcialidad.

En cuanto al juez natural, en una interpretación a la luz del principio de unidad del Bloque de Constitucionalidad y en armonía con el contenido del Bloque de Convencionalidad, debe señalarse en principio que en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su tenor literal establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley...". Este reconocimiento convencional, plasma lo que en teoría constitucional se denomina la garantía del juez natural con sus tres componentes: i) Imparcial; ii) Independiente; y, iii) Competente.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en el art. 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...".

En este marco, corresponde ahora desarrollar uno de los elementos específicos del juez natural: la imparcialidad; a cuyo efecto, es pertinente establecer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-20 de 29 de septiembre de 2009, que conforme al entendimiento plasmado en la S.C. N° 0110/2010-R de 10 de mayo, forma parte del bloque de constitucionalidad, en el párrafo 77, establece que uno de los principios fundamentales de la justicia es el debido proceso, el cual tiene como presupuesto que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial; es decir, careciendo de manera subjetiva, de todo prejuicio personal; y asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. Criterio también asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*.

III.3.- Análisis del caso concreto.

Con lo desarrollado supra corresponde ingresar a resolver la problemática planteada a fin de establecer si resulta evidente la vulneración alega por él recurrente; es así que, en el primer motivo traído en casación, se alega que pese a la existencia de errores en la aplicación de la norma procesal como la vulneración al principio de inmediación, en su apelación restringida al recurrente, reclamó: i) La exclusión probatoria que fue rechazada in limine, con el argumento que debió plantearlo en la etapa intermedia, acto que fue realizado en la cárcel y donde no se mostró absolutamente ninguna prueba material; y, ii) El ilegal cuestionamiento y producción de prueba, al haberse realizado inclusive preguntas inductivas, lo que vulneró el principio de imparcialidad previsto en el art. 180 de la C.P.E., afirmando que sobre estos motivos el tribunal de apelación no se hubiese pronunciado afectando al principio a la imparcialidad y al derecho a un justo juicio previsto en los arts. 178, 180, 115 y 116-I de la C.P.E.

Al respecto, verificado el auto de vista impugnado no resulta evidente que el tribunal de alzada no se haya pronunciado a los motivos de apelación restringida, particularmente en cuanto al rechazo a la exclusión probatoria formulada por su defensa, pues se pronunció señalando que los plazos procesales son perentorios conforme lo establece el art. 130 del C.P.P., que los incidentes y/o excepciones y cualquier medio de defensa tienen que plantearse en su oportunidad, en el momento procesal oportuno, lo contrario significa la convalidación del acto reclamado como ilegal y por ende la preclusión del derecho a reclamar en otra instancia, lo que efectivamente ocurrió en este caso, pues el recurrente planteó un incidente de exclusión probatoria en juicio, cuando el momento procesal para hacerlo era en la audiencia conclusiva que aún estaba vigente al momento de llevarse a cabo el proceso, por lo que la resolución de rechazo a dicho incidente no vulneró el debido proceso ni el derecho a la igualdad de las partes previsto por el art. 12 del C.P.P.

De lo señalado por el tribunal de alzada, se tiene que carece de sustento el argumento del recurrente en cuanto a que no hubiese existido pronunciamiento a su solicitud de exclusión probatoria "manteniéndose un silencio cómplice", pues al contrario, en los argumentos desarrollados en el auto de vista impugnado se denota un pronunciamiento claro, porque fundamenta que el momento procesal para su planteamiento había precluido al no haberse formulado en la audiencia conclusiva, completo porque da respuesta a lo planteado –exclusión probatoria- expreso pues no da lugar a una mala interpretación o falta de entendimiento del porqué de la decisión asumida; en conclusión, no resulta evidente el agravio denunciado y menos la concurrencia de vulneración al principio de imparcialidad, ya que la falta de activación oportuna de los medios de defensa no pueden ser atribuidos al órgano judicial bajo el argumento de vulneración al principio de imparcialidad, cuando durante el transcurso de todos los actos del proceso tuvo la oportunidad de hacer uso de sus medios de defensa e impugnación que la ley le franquea, pues otro es el hecho que no los haya activado oportunamente.

En cuanto a la preclusión, el recurrente debe tener presente lo desarrollado en el A.S. N° 46 de 7 de marzo de 2006, que precisó: "Para evitar las impugnaciones en casación sobre hechos pasados y derechos precluidos; las partes en las etapas preparatorias, intermedia del juicio oral o de los recursos y en ejecución de sentencia deben ejercer las acciones que en cada acto procesal que se encuentran previstos y los recursos que en cada etapa procesal se prevén, la omisión de uno de ellos tiene el efecto jurídico de no retroceder al acto consumado por la preclusión del derecho de la parte que no ha ejercido las acciones o recursos legales oportunamente.

"(..) en la etapa preparatoria las partes directamente controlan las actividades de la investigación, cuando consideran que se ha vulnerado un precepto legal o norma constitucional tienen previsto interponer las excepciones o incidentes y los recursos ante el fiscal y ante el juez de instrucción que tiene la facultad de controlar la legalidad y constitucionalidad de las funciones del fiscal e investigador durante la investigación. En el juicio oral, como en el caso de autos, las partes pueden interponer las excepciones, incidentes, o recursos, o hacer reserva de recurrir contra las resoluciones dictadas durante el juicio oral. En la etapa de los recursos: el de apelación restringida sirve para el control de puro derecho sobre los actos procesales y la actividad jurisdiccional, excepto en el recurso incidental donde se puede acompañar pruebas para que el tribunal de alzada pueda valorar las mismas y dictar la resolución respectiva; mientras que el recurso de casación se encuentra diseñado para uniformar la jurisprudencia penal y evitar la interpretación y aplicación contradictoria de normas adjetivas y sustantivas".

Igualmente respecto a la preclusión a falta de activación de los derechos de las partes Edgardo Pallares, sostiene que: "Es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercido oportunamente y en la forma legal, alguna facultad o algún derecho

procesal o cumplido, alguna obligación de la misma naturaleza". También explica este autor "que el término judicial es el tiempo en que un acto procesal debe llevarse a cabo para tener eficacia y valor legal"; en conclusión, de ninguna manera se advierte primero falta de pronunciamiento del tribunal de alzada en cuanto a este motivo de apelación y menos la vulneración del principio de imparcialidad ya que esta fue correctamente resuelta.

Asimismo, se alega que el tribunal de alzada no se pronunció respecto de la ilegal producción de la prueba, alegación también errada pues, pese a la defectuosa argumentación del agravio, el auto de vista impugnado resolvió señalando que el Tribunal de Sentencia hubiese concluido correctamente que las pruebas testificales, periciales y documentales fueron contundentes al momento de señalar como uno de los actores (cabecillas) de los hechos de sangre ocurridos el 23 de agosto de 2013, al sentenciado Pedro Luis Banegas Galdo (alias Cindy). Que las pruebas aportadas por las partes crearon convicción en el Tribunal de Sentencia para dictar la sentencia justiciera, pues la valoración armónica y el razonamiento intelectual realizado por los miembros del Tribunal de Sentencia N° 1 fueron correctos y apegados a derecho. Ahora bien, como se dijo precedentemente el agravio denunciado en apelación restringida fue completamente defectuoso, ya que alegó de manera por demás genérica que en la producción de prueba testifical (no señala en especial a cuales se refiere), se hubiera permitido realizar preguntas en medio interrogatorio al fiscal y a las partes abusando de sus facultades sobre inquirir en aclaración a los acusados y testigos efectuando el presidente del tribunal preguntas inductivas, rompiéndose el protocolo penal establecido en los arts. 352 y 52 del C.P.P., violándose el principio de imparcialidad y el derecho a un juicio justo, tal como lo establecen los arts. 178, 180, 155 y 116-I de la C.P.E.; sin embargo, no precisó de manera concreta si en dicha etapa procesal formuló oportunamente sus objeciones a las supuestas preguntas inductivas, lo que lleva a la misma conclusión del primer tópico del presente agravio; es decir, que en su momento no efectuó sus denuncias y a través del recurso de casación pretende subsanar sus omisiones, quedando demostrado que no es evidente la falta de pronunciamiento alegado y como se dijo antes menos la vulneración al principio de imparcialidad que en todo caso estuvo garantizado durante toda la tramitación del proceso; en consecuencia, el presente agravio deviene en infundado.

En el segundo motivo de casación, el recurrente alega que el tribunal de alzada incurrió en falta de fundamentación en relación al agravio denunciado en apelación restringida sobre la ilegal aplicación in judicando, ya que no se hubiese revisado la falta de motivación de la sentencia en la subsunción, pues no se explica cómo pudo haber cometido el delito, siendo general, subjetivo y arbitrario. Asimismo, denunció que el tribunal señaló que no puede revisar las pruebas y sin embargo se contradijo al señalar que "la valoración armónica y el razonamiento intelectual realizado por los miembros del Tribunal de Sentencia N° 1 de la capital ha sido correcta apegada a derecho" (sic).

Al respecto, debe partirse de las conclusiones expuestas por el tribunal de alzada respecto de la presunta falta de fundamentación de la sentencia, pues sobre el particular concluyó, que ésta no resultaba veraz ni objetiva, ya que el Tribunal de Sentencia aplicó correctamente el art. 124 del C.P.P., en cuanto, a la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, efectuando una adecuada expresión de los hechos, además de un resumen de las alegaciones de las partes, individualizándose correctamente a los acusados, se hizo una adecuación de los tipos penales de asesinato y lesiones graves y gravísimas para cada uno de los acusados, explicando claramente los hechos probados durante el juicio oral, finalmente valoró las pruebas periciales, testificales y documentales desfiladas en el juicio, de conformidad con el principio de libertad probatoria previsto en el art. 171 del C.P.P., concluyendo que no se vulneró ningún derecho ni garantía de los imputados. De lo descrito precedentemente, se tiene que el tribunal de alzada otorga un pronunciamiento al agravio demandado en apelación restringida, precisando la estructura de la sentencia impugnada en la que se sustenta la decisión de condenar al ahora recurrente pues, no se puede dejar de lado que en otro acápite de la resolución impugnada se estableció que el Tribunal de Sentencia considerando las pruebas testificales, periciales y documentales de manera inequívoca concluyó que éstas fueron contundentes para señalar e identificar como uno de los actores (cabecillas) de los hechos de sangre ocurridos el 23 de agosto de 2013 al recurrente Pedro Luis Banegas Galdo (alias Cindy); pero además, en cuanto la presunta falta de individualización, también se concluyó que en la resolución recurrida, específicamente en el acápite VII hechos probados, se individualizó qué acto realizó cada uno de los acusados y con qué prueba se respalda tal afirmación, resultando un razonamiento lógico e imparcial del Tribunal de Sentencia, demostrándose la culpabilidad del recurrente de manera específica, concreta, razonada y contundente, dándose cumplimiento al art. 365 del C.P.P.

En conclusión, respecto de la falta de fundamentación del auto de vista; en cuanto, al control legal sobre la motivación de la sentencia, ésta no resulta evidente, ya que de manera por demás precisa establece que la resolución impugnada cumplió con los parámetros para su validez, pues no puede dejarse de lado que a decir de la sentencia apelada y ratificada por el auto de vista motivo de pronunciamiento, se estableció que existió prueba contundente que acreditó la existencia de los hechos acusados y probados en juicio, como la participación del recurrente en calidad de cabecilla de los hechos luctuosos ocurridos en el Penal de Palmasola, la causa o móvil que llevó a dicho acto delictivo; es decir, tomar por la fuerza el Bloque A de dicho penal, también se relató de forma clara la forma en la que se produjo los hechos y por ende su desenlace (deceso de reclusos y otros con lesiones gravísimas), no resultando evidente lo alegado por el recurrente, ya que el auto de vista impugnado cumple con los presupuestos exigidos para considerarse una resolución correctamente fundamentada.

Finalmente, en cuanto a que el tribunal de alzada primero hubiese señalado que no puede revisar las pruebas; y sin embargo, se contradijo al señalar que de la valoración armónica y el razonamiento intelectual realizado por los miembros del Tribunal de Sentencia N° 1 de la Capital, ha sido correcta y apegada a derecho, se tiene que el recurrente incurre en error en cuanto al alcance de lo manifestado en alzada; es decir, que el tribunal de apelación hace referencia a que en apelación restringida no se puede efectuar una nueva valoración jurídica a la prueba producida y judicializada en el juicio oral, en mérito a los principios de inmediación y contradicción, lo que no supone de ninguna manera que pueda o deba ejercer su labor de control legal de la prueba en cuanto a la verificación de si esta incumplió con las reglas de la sana crítica; es decir, el Tribunal de Sentencia, establece la existencia del hecho y la culpabilidad del procesado, mientras que el tribunal de alzada tienen como objetivo verificar si el iter lógico expresado en la fundamentación del fallo se encuentra acorde con las reglas del recto entendimiento humano labor que fue cumplida adecuadamente por el tribunal de alzada al concluir que del control legal efectuado a los fundamentos expuestos por el Tribunal de Sentencia en la valoración probatoria, se advertía una valoración armónica y que el razonamiento intelectual fue

correcto y apegado a derecho, por lo que no existe la contradicción aludida por el recurrente, correspondiendo declarar infundado también el presente motivo.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Pedro Luis Banegas Galdo.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 3 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



321

Ministerio Público y otro c/ Crispín Almendras Reynaga
Violación de Infante, Niño, Niña o Adolescente
Distrito: Chuquisaca

AUTO DE VISTA

Sucre, 28 de octubre de 2016.

VISTOS: El A.S. N° 158/16-RRC de 7 de marzo de 2016, cursante a fs. 574 a 580, que anula el anterior auto de vista e instruye se emita uno nuevo respecto de la apelación restringida interpuesta por el procesado Crispín Almendras Reynaga, de fs. 354 a 372, contra la Sentencia N° 06/14 de 15 de octubre de 2014, dictada por el Tribunal de Sentencia de la Localidad de Padilla, cursante a fs. 342 a 350 y vta., dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de la indicada ciudad contra el impugnante, por la comisión del delito de violación a niño, niña o adolescente; los antecedentes remitidos en alzada, las normas legales pertinentes; y,

CONSIDERANDO: I.- Que tramitado el presente proceso, en los términos que informa el acta del juicio, el Tribunal de Sentencia de Padilla dictó la Sentencia N° 06/14 de 15 de octubre de 2014, cursante a fs. 342 a 350 y vta., en la que resolvió declarar al procesado Crispín Almendras Reynaga autor y culpable del delito de violación a niña, previsto y sancionado por el art. 308 bis del Cód. Pen., condenándolo a sufrir la pena de privación de libertad de 15 años de presidio, sin derecho a indulto, a ser cumplida en la Cárcel Pública de Padilla, más daños y perjuicios a ser calificados en ejecución de sentencia.

Dicho fallo judicial, es apelado por el sentenciado, en los términos del memorial de fs. 354 a 372, recurso que tramitado conforme a ley, es respondido tanto por el fiscal de materia asignado al caso, mediante memorial de fs. 476-477, cuanto por Miguel Ángel Churrurrín Velasco, en su condición de apoderado de la menor víctima Daniela Cerezo Mejía (fs. 483-484 y vta.); instruyéndose su remisión ante el tribunal de alzada por Decreto de 5 de diciembre de 2014 (fs. 485), que se cumple, cual consta del oficio de fs. 489 y que por sorteo aleatorio del sistema informático IANUS (fs. 490), se asignó la causa a esta Sala Penal Segunda en la que se radicó la misma, efectuándose observaciones al recurso, sobre las que se pronunció el imputado apelante por memorial de fs. 495, procediéndose al sorteo correspondiente, pronunciándose el A.V. N° 246/2015 de 31 de julio, que recurrido de casación, fue dejado sin efecto a través del A.S. N° 158/2016 de 7 de marzo, de fs. 574 a 580, instruyéndose se dicte uno nuevo, resolviendo en el fondo el recurso de apelación restringida; por lo que, y cumpliendo dicho auto supremo, se dispone el sorteo del expediente, que se cumple conforme consta por el sello de sorteo de fs. 585 vta., emitiéndose en consecuencia, la presente resolución.

CONSIDERANDO: II.- Que por los efectos emergentes, corresponde en primer término realizar el juicio de admisibilidad del recurso interpuesto, en el marco de lo que prevén los arts. 394, 396-3), 407 y 408 de la L. N° 1970; a cuyo fin, en cuanto a los requisitos generales se tiene que:

I.- En el recurso en examen, en un primer acápite, el impugnante, procede a interponer recurso de apelación incidental reservada para apelación restringida, contra los autos que resolvieron los incidentes de presentación extemporánea de la acusación particular por parte de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Gobierno Municipal de Padilla; así como el que resolvió el incidente de exclusión probatoria del

informe psicológico signado como MP-PD-5: a) el recurrente es el procesado en el presente proceso penal, por lo que al ser parte, tiene legitimidad para impugnar; b) Las resoluciones apeladas resuelven dos incidentes vinculados a defectos de procedimiento y su impugnación fue oportunamente reservada, por lo que, se cumple el requisito de admisibilidad previsto en el art. 407 del C.P.P., c) En cuanto al plazo, de obrados se establece que el apelante hizo reserva de apelación respecto de dichas resoluciones, para efectuarlas conjuntamente la apelación restringida; por consiguiente fueron interpuestas dentro del plazo previsto por el art. 408 del C.P.P.; y d) Finalmente, de la lectura del memorial de recurso, se evidencia que ha cumplido de manera suficiente, por lo menos en lo formal, con el art. 396-3) del C.P.P.; por lo que y estando cumplidos los requisitos de ley, corresponde admitir ambos recursos de apelación incidentales reservados para apelación restringida, en todo cuanto hubiere lugar en Derecho.

II.- En cuanto al recurso de apelación restringida formulado contra la sentencia dictada en el caso de autos, se tiene que: a) el apelante ha sido notificado personalmente con la sentencia y acta de lectura íntegra de la misma, a hrs. 10:35, de 20 de octubre de 2014, cual consta de la diligencia de notificación asentada a fs. 352, habiendo presentado el memorial de apelación a hrs. 16:45, de 10 de noviembre de 2014, cual consta del cargo manual asentado por la auxiliar del tribunal asignado al caso, cursante a fs. 372 vta., de lo que se concluye que la apelación se presentó dentro del plazo previsto por el art. 408 del Cód. Pdto. Pen., computado en la forma dispuesta por el art. 130 del C.P.P., b) El apelante al ser el enjuiciado, es parte del proceso, por lo que está legitimado para apelar; c) De la lectura del memorial de apelación, se concluye en relación al requisito general impuesto por el art. 396-3) del C.P.P., que cuando menos en lo formal, cumple de manera suficiente. En relación a los requisitos específicos de apelación restringida, previstos en el art.408 del referido cuerpo legal; cual consta por el decreto de fs. 491, cumpliendo el primer párrafo del art. 399 del C.P.P., se observaron los motivos segundo y tercero de la apelación presentada, en los siguientes términos: a) "en cuanto al segundo motivo de apelación, no indica las normas las normas que considerada vulneradas o erróneamente aplicadas y la aplicación que pretende de ellas"; b) "Con relación al tercer motivo de apelación, si bien señala la norma vulnerada, el apelante confunde la forma de resolución del tribunal de alzada, con la aplicación que pretende de la misma" ; y notificado el apelante con tal observación, presenta el memorial de "cumple lo observado", que cursa a fs. 495 y vta., del que se evidencia que el apelante, en cuanto al segundo motivo de apelación, ha cumplido con la cita de las normas que considera vulneradas, más no ha subsanado lo observado respecto de la aplicación que de ellas pretende, pues a partir de la transcripción de los arts. 329 y 342 del C.P.P., que acusa de inobservados y vulnerados, que afectan -dice- al debido proceso precautelado por los arts. 115-II y 117-I de la C.P.E., y por ello la concurrencia del defecto absoluto previsto por el art. 169-3) del C.P.P., y refiere que: "Respecto a la aplicación que se pretende, es que tratándose este agravio de un defecto absoluto, en observancia del párrafo primero del art. 413 del C.P.P., dado que es vulneración no puede ser reparada directamente en alzada, el juicio contaminado ya del tribunal ad quo, corresponde anular totalmente la sentencia impugnada, declarando procedente este motivo, y disponer un juicio de reenvío por ante otro tribunal." (Sic). De esta manera, este tribunal concluye, que el apelante ha subsanado de manera parcial las observaciones realizadas respecto del segundo motivo recursivo; y, en cuanto a lo observado respecto al tercer motivo de apelación, a fs. 495 vta., se lee: "Con relación a la observación al tercer del recurso de apelación restringida, por la gravedad del vicio de incongruencia denunciado, pido declarar procedente este motivo y se aplique la primera parte del art. 413 del C.P.P., ordenando la nulidad total de la sentencia, disponiendo un nuevo juicio de reenvío." (Sic); de tal exposición, este tribunal de alzada concluye, que el apelante no ha subsanado lo observado respecto del tercer motivo recursivo, en cuanto a la aplicación que pretende, de las normas que considera vulneradas o erróneamente aplicadas por el a quo, toda vez que nuevamente incurre precisamente en el error que le fue observado, pues confunde lo extrañado con la forma de resolución que pretende del tribunal de alzada.

De la manera puntualizada, respecto de los dos motivos recursivos, se evidencia que el apelante, no ha cumplido a cabalidad con tales requisitos impuestos por el art. 408 del C.P.P., lo que importaba la aplicación del segundo párrafo del art. 399 del C.P.P., sin embargo, conforme el entendimiento expuesto en el A.S. N°158/2016-RRC de 7 de marzo que deja sin efecto el A.V. N°246/2015 emitido por este tribunal de alzada en el presente caso-, en su num. III.3 párrafo 5, establece: "Ahora bien, en el caso de autos, se tiene que en principio se respetó el derecho del recurrente de concedérsele el plazo establecido por la ley para subsanar los defectos u omisiones de forma de su recurso de apelación restringida, sin embargo ante la presentación del memorial de subsanación, de haber advertido el tribunal de alzada el incumplimiento de las observaciones realizadas para su corrección o subsanación, no dio aplicación a la misma normativa (...), pues ante la presentación del mencionado memorial, por Decreto de 19 de enero de 2015, dispuso la radicatoria del recurso y siguiendo el trámite previsto por ley, señaló audiencia de fundamentación del recurso, la que se llevó a cabo, para posteriormente disponer que el trámite prosiga su curso hasta emitir la resolución respectiva, de lo que se evidencia que el tribunal de apelación dio lugar a la prosecución del trámite del recurso dispuesto por los arts. 411 y 412 del C.P.P., para concluir con la dictación del auto de vista ahora impugnado, sin resolver el fondo sobre los puntos apelados por la determinación de rechazar el recurso, asumida fuera de la fase de examen de admisibilidad, toda vez que el mismo tribunal de alzada a momento de radicar el recurso, imprimió el trámite del recurso de apelación restringida; consiguientemente, esa instancia debió resolver sobre los puntos apelados de conformidad a los arts. 413 o 414 del C.P.P. En ese contexto, queda en evidencia que el tribunal de alzada, implícitamente asumió el cumplimiento de las observaciones efectuadas al recurso de apelación restringida formulada por la parte imputada, por lo que aplicando el principio pro actione o favor actionis, principio que determina que las reglas de aplicación en el caso de admisibilidad, deben "permitirse" antes que "restringirse" las acciones a los medios de examen de la resolución judicial y el anti informalismo de todos los medios impugnatorios, en respeto del contenido esencial del derecho de recurrir; al contar con elementos suficientes y necesarios, debió ingresar al análisis de fondo de los motivos alegados por el imputado en apelación, anteponiendo la aplicación de los principios de interpretación más favorable para la efectivización del derecho fundamental (derecho de recurrir), porque no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insubsanable para su prosecución; principio de proporcionalidad, que establece que la interpretación debe efectivizar del derecho constitucional; que la exigencia de los requisitos de admisión deben ser proporcionales con el fin; y el principio de subsanación que determinan que no puede ser rechazado un recurso sin que se le otorgue al recurrente la oportunidad de subsanarla; de lo que se concluye que una irregularidad formal no puede obstaculizar un derecho constitucional. En consecuencia, el tribunal de alzada al declarar el rechazo del recurso de apelación restringida, ha vulnerado el derecho de acceso al recurso y la tutela judicial efectiva por excesivo

rigorismo y formalidad, ha momento de efectuar el análisis de admisibilidad del recurso e incurrió en contradicción con el A.S. N° 98/2013 de 15 de abril, pues correspondía al tribunal de apelación, analizar cuidadosamente la fundamentación realizada por el recurrente en su apelación como la subsanación, para en caso de no ser subsanadas las observaciones disponer directamente su rechazo y en caso contrario, proseguir con la tramitación del recurso..." (Sic). En consecuencia, dado que de lo transcrito del auto supremo emitido en el caso de autos, emerge que en el presente caso, al no haber este tribunal de alzada realizado juicio de admisibilidad inmediatamente de la presentación del memorial de "subsanación", y haber continuado con la tramitación de la apelación, el tribunal de alzada se ha reatado a pronunciamiento de fondo de los motivos recursivos, pese al incumplimiento de lo observado oportunamente, por no pronunciarse sobre el memorial de subsanación al momento de su presentación; por lo que, siendo de cumplimiento obligatorio al caso de autos el auto supremo referido, a los efectos en él impuestos, se admiten los motivos segundo y tercero del recurso de apelación restringida que se examina, en todo cuanto hubiere lugar en Derecho.

CONSIDERANDO: III.- Que habiendo sido admitidos los recursos de apelación incidentales, reservados para apelación restringida, cuanto los de la apelación restringida, corresponde previamente establecer los motivos traídos en alzada en dichos recursos, los que resumidos del memorial de fs. 354 a 372 y su subsanación de fs. 495, son los siguientes:

1.- Motivos o reclamos efectuados en el recurso de apelación incidental reservado para apelación restringida, formulado contra los autos que resolvieron los incidentes de presentación extemporánea de la acusación particular por parte de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Gobierno Autónomo Municipal de Padilla y del incidente de exclusión probatoria del informe psicológico.

I.1.- Bajo el subtítulo de que, por los fundamentos que expone, leyes y lineamiento jurisprudencial que invoca, pruebas que ofrece, deduce recurso de apelación restringida de autos interlocutorios que resuelven incidentes; así como basado en la jurisprudencia constitucional establecida en las SS.CC. Nos. 0421/2007-R de 22 de mayo y 0437/2007-R de 4 de junio; el impugnante recurre de los Autos Nos. 30/2014 y 49/2014; acusando como un primer sub reclamo de este primer motivo, que el a quo ha incurrido en la inobservancia del art. 325 del C.P.P., modificado por la L. N° 007 de 18 de mayo de 2010, a momento de resolver el incidente de presentación extemporánea de la acusación particular; puesto que la misma, presentada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla, fue efectuada antes del juicio oral, una vez concluida la etapa intermedia, pese a que dicha institución fue notificada con la acusación fiscal el 4 de noviembre de 2014 y no presentó de forma oportuna su acusación ante el juez cautelar, en la etapa intermedia, sino, en la etapa de juicio oral, a pedido del presidente del Tribunal de Sentencia de Padilla; es decir, de forma extemporánea al plazo previsto por el art. 325 del C.P.P., modificado por la L. N° 007 de 18 de mayo de 2010.

Sostiene que la ley enunciada modificó sustancialmente el procedimiento penal, esencialmente la fase de conclusión de la etapa preparatoria, incorporando la etapa intermedia; por lo que en audiencia conclusiva, las partes pueden observar la acusación pública o particular por defectos formales requiriendo su corrección; sin embargo, el tribunal a quo, en conocimiento de que la acusación particular no fue presentada en la etapa correspondiente, admitió que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla, presente directamente su acusación particular ante el tribunal de juicio, hecho que reclamó en el momento procesal oportuno, conforme el art. 345 del C.P.P., a través del incidente identificado, que fue rechazado a través del Auto N° 30/2014 de 16 de abril, ahora impugnado, basándose equivocadamente -sostiene- en la S.C. Plurinacional N° 1755/2012 y obviando aplicar la jurisprudencia constitucional establecida en la S.C. Plurinacional N° 0305/2013, que era aplicable al caso concreto y cuya jurisprudencia reproduce in extenso; por lo que acusa que los Jueces del Tribunal de Sentencia de Padilla, al permitir la presentación de la acusación particular y admitir la participación de la Defensoría del Niñez y Adolescencia en el desarrollo de todo el juicio oral como acusador particular, ha inobservado el art. 325 del C.P.P., modificado por la L. N° 007, conculcando así su derecho al debido proceso, constituyéndose este agravio en un defecto absoluto previsto en el art. 169-3) del C.P.P., que amerita la nulidad de obrados.

1.2.- Como segunda reclamación efectuada en este primer motivo del recurso de apelación; acusa la violación del derecho al debido proceso y trastocación de la garantía de ejecutoria de resoluciones judiciales (art. 126 del C.P.P.) a momento de admitirse prueba documental ya excluida en audiencia conclusiva, mediante el Auto Interlocutorio N° 49/2014; puesto que, conforme el acta de audiencia conclusiva, por Auto de 19 de noviembre de 2013, el Juez de Instrucción en lo Penal de Padilla, aceptó el incidente de exclusión probatoria del informe psicológico suscrito por Oliver Rodríguez; y una vez notificada dicha resolución, no fue impugnada por ninguna de las partes procesales, por lo que se encuentra ejecutoriada; no obstante ello, en etapa de juicio, la acusación particular introdujo a juicio esta prueba documental, y habiendo su persona interpuesto un nuevo incidente de exclusión probatoria, el tribunal a quo, en lugar de determinar la exclusión de ese elemento de prueba, dispuso su incorporación por Auto N° 49/2014 de 4 de junio.

Afirma que el auto ahora apelado, vulnera el debido proceso, por permitir que se incorpore a juicio una prueba documental ya excluida en audiencia conclusiva, además que dando lectura a la misma, se ha contaminado al tribunal de juicio, afectando los principios de legalidad y seguridad jurídica, "aunque se señale que no fue un elemento considerado en la dictación de la Sentencia N° 06/2014" (sic).

Sostiene por otro lado, que se atenta contra la garantía de prohibición de incorporación de prueba ilegal, prevista en los arts. 13 y 172 del C.P.P., que la obtención de la prueba ilegal se discutió en la audiencia conclusiva que culminó con una resolución ejecutoriada de exclusión de dicha prueba, por lo que no era factible revisar o posibilitar la incorporación de la misma al juicio oral.

Acusa que se afecta el principio de firmeza y autoridad de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, porque el auto que dispuso la exclusión probatoria de este elemento probatorio se encontraba plenamente ejecutoriada. Por lo que el apelante invoca nuevamente defecto absoluto invalorable previsto en el art. 169-3) del C.P.P., y pide se proceda a la nulidad de obrados.

II.- En cuanto a los motivos del recurso de apelación restringida, se tienen los siguientes:

II.1.- Primer motivo de apelación restringida, acusa la concurrencia del defecto de Sentencia previsto en el art. 370-6) del C.P.P., por defectuosa valoración de la prueba; con infracción de las reglas de la sana crítica relativas a la lógica, experiencia y ciencia; ello, porque el tribunal de juicio ha hecho mirada ciega al imperativo legal y doctrina legal aplicable para el caso de autos, pues si bien en sentencia se hizo

cita tanto a declaraciones testimoniales, cuanto documentales, pero no se les asignó el valor individual correspondiente a cada una de ellas, ya que si bien se describe la prueba, más no se menciona, ni referencialmente, qué valor probatorio corresponde a cada una de ellas, especialmente de las declaraciones de los testigos Lucinda Mejías Gutiérrez de Irak; Senobio Dula Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz; es decir, no se explica el por qué se les otorga valor probatorio, ni siquiera se han tomado la molestia de transcribir la atestación de dichos testigos, aunque sí existe una transcripción parcial de su declaración, lo que en criterio del apelante, no sustituye para nada la valoración individual de dichas pruebas, no existiendo entonces ese acto o ejercicio racional, infringiendo de esta manera el art. 173 del C.P.P.; invocando y transcribiendo la doctrina legal aplicable establecida en los AA.SS. Nos. 308 de 25 de agosto de 2006 -Sala Penal Segunda- y 724 de 26 de noviembre de 2004 -Sala Penal- respecto de la forma de valoración probatoria y la aplicación de las reglas de la sana crítica. Precisa que la aplicación que pretende de la norma procesal acusada de violada, es que se observe el imperativo legal establecido en la misma, declarando procedente el recurso de apelación y en aplicación del art. 413 del C.P.P., siendo que este tipo de defectos no son susceptibles de convalidación, se anule totalmente la sentencia, disponiendo el reenvío del juicio por ante otro Tribunal de Sentencia.

II.2.- Como segundo motivo, acusa la concurrencia del defecto de sentencia previsto en el num. 6) del art. 370 del C.P.P., porque la sentencia se basa en hechos no acreditados; ello, porque ha sido condenado a 15 años de presidio, por la simple declaración imprecisa de la víctima, jamás brindada en juicio oral, de otros testigos de oídas, y la incorporación de prueba ilegal, habiendo la sentencia apelada, incluido otros hechos que nunca fueron acreditados, y menos plasmados en la acusación del Ministerio Público, cuando en la conclusión primera de la sentencia impugnada, se hace referencia a que él, en los accesos carnales con la víctima, hubiera utilizado amenazas, engaño, intimidación, y que se habría aprovechado para conseguir su cometido, la primera vez, de la embriaguez de las tías; quienes se encontraban durmiendo... y que las violaciones ocurrieron en el cuarto de la víctima, en la ducha, en el baño, en el cañal, y la última vez, de acuerdo a las declaraciones de los testigos, Lucinda Mejía, Senobio Irala y Goya Mejías, fue el 21 de diciembre de 2012, aproximadamente a horas siete de la noche, en la casa de Lucinda. Mejías, en Tihumayo..."; procediendo a transcribir parte de las declaraciones testimoniales de los ciudadanos Lucinda Mejías Gutiérrez de Irala; Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz; destacando el apelante, que ninguna de ellas declara que él se hubiera aprovechado de la menor con engaños, ni que las tías de ésta, estaban borrachas, y que en la acusación, tampoco se señala cómo se hubieran dado esas supuestas violaciones, por lo que la sentencia adolece del defecto acusado. Cita como norma habilitante el art. 370-6) del C.P.P., y como doctrina legal aplicable, invoca y transcribe la contenida en el A.S. N° 436 de 20 de octubre de 2006 -Sala Penal Segunda; relativa de a quién corresponde la carga de la prueba y sobre qué; destacando que en igual sentido se ha manifestado el A.S. N° 535 de 29 de diciembre de 2006. Precisa que lo pretende de la norma legal acusada de infringida (art. 173 del C.P.P.); es que el tribunal a quo cumpla con la misma, y por ello, se declare procedente este motivo, y por su efecto, se anule totalmente la sentencia apelada, disponiendo el reenvío del juicio.

II.3.- Como tercer motivo de apelación restringida, acusa incongruencia entre la sentencia y la acusación fiscal y particular, defecto de sentencia previsto en el num. 11) del art. 370 del C.P.P., con infracción del art. 362 del C.P.P. Transcribiendo el contenido de la norma adjetiva penal acusada de infringida, sostiene el apelante que en la sentencia impugnada, no podía haberse condenado por hechos distintos a los atribuidos en ambas acusaciones; y efectuando la transcripción del contenido de las mismas, destaca que en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, se motivó lo siguiente: "...para los accesos carnales ha utilizado amenazas, engaño e intimidación, pues para conseguir su cometido la primera vez en la fiesta de su casa para todos santos, aprovechó la embriaguez de todos, de que sus tres tías son sordo mudas, quienes se encontraban durmiendo y que la última vez fue en la noche de 21 de diciembre de 2012, todo esto está demostrado por el dictamen pericial psicológico con Registro del IDIF: REG. GRAL IDIF NO. 322-2°13, MED.FOR.PSI 095/13, de 7 de agosto de 2013 (sic); destacando que en ninguna de las acusaciones se ha hecho mención a esos hechos, es decir, a que hubiera utilizado engaño, o que la primera vez hubiera violado a la menor en una fiesta de todo santos, aprovechando la embriaguez de sus tres tías; lo que a decir del impugnante, constituye la incongruencia acusada.

Transcribe parte de lo que refiere el dictamen pericial psicológico; e invoca como doctrina legal aplicable, la establecida en el A.S. N° 239/2012 de 3 de octubre de 2013, respecto de los alcances del principio de congruencia en cuanto a que "El principio de congruencia o coherencia entre la acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre los hechos o circunstancias contemplados en la acusación". En el memorial de fs. 495, acusa además de vulnerada la "garantía de certeza acusatoria prevista en el art. 329 del C.P.P., que transcribe, para luego referir que "resulta trascendental que todo acusado sea juzgado y se debe encontrar su responsabilidad sea en base a los hechos expuestos en la acusación fiscal o particular, y no como en mi caso, se ha incluido hechos nunca siquiera mencionados por los acusadores, atentando así igualmente a la prohibición de incluir hechos no contemplados en la acusación, que garantiza el art. 342 en su párrafo tercero del C.P.P., que considero igualmente vulnerado, que previene "... (transcribe). Por lo que el tribunal ad-quo, al incluir en sentencia otros hechos no contemplados en las acusaciones pública y de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla, deliberadamente ha vulnerado esta manifiesta prohibición, lo cual constituye un defecto absoluto en el marco del art. 169-3 del C.P.P., dada la inobservancia de las disposiciones legales citadas, que afectan al derecho fundamental del debido proceso, precautelado por el art. 115-II y 117-I de la C.P.E. Respecto de la aplicación que se pretende, es que tratándose este agravio de un defecto absoluto, en observancia del párrafo primero del art. 413 del C.P.P., dado que esa vulneración no puede ser reparada directamente en alzada, el juicio contaminado ya del tribunal ad quo, corresponde anular totalmente la sentencia impugnada, declarando procedente este motivo, y disponer un juicio de reenvío por ante otro tribunal". Sic

En el memorial de apelación, el apelante, bajo el título de "aplicación que pretende", afirma "que habiendo incurrido el tribunal en el defecto de sentencia por ser incongruente el hecho y circunstancias descritas en la Sentencia N°06/2014, con el contenido fáctico de la acusación fiscal y particular, por lo que corresponde declarar procedente este motivo de impugnación y por su efecto, en aplicación del art. 413 del C.P.P., anular totalmente la sentencia disponiendo su reenvío por ante otro tribunal imparcial, a los fines de que el mismo emita una sentencia basada en los hechos y circunstancias contenidas en las acusaciones pública y particular".

Como petitorio final solicita se acojan sus motivos de impugnación "y según corresponda, se le otorgue la tutela judicial impetrada en cada motivo, con la debida condena en costas por cada grado".

CONSIDERANDO: IV.- Que establecidos los motivos de impugnación, este tribunal de alzada considera pertinente formular inicialmente las siguientes puntualizaciones:

a) La L. N° 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de Procedimiento Penal) contiene el cuerpo normativo de proceder en materia penal establecido en el país, a partir de la nueva visión que se dio en ese entonces sobre el tratamiento de los procesos en esta materia, cambio sustancial al anterior sistema de corte inquisitivo. En mérito a ello, presenta un sistema de procesamiento diferente, de corte garantista, que procura no sólo la atención adecuada a la víctima, sino también el garantizar los derechos fundamentales de las personas perseguidas penalmente.

b) El entonces conocido como nuevo Código de Procedimiento Penal, preveía en el art. 325, la audiencia conclusiva, pero incluso antes de su vigencia plena, esta norma fue modificada por la L. N° 2175 de 13 de febrero de 2001 (Ley Orgánica del Ministerio Público) por previsión de la disposición final quinta parág. III de ésta.

c) Posteriormente, el art. 325 del C.P.P., fue nuevamente modificado por la L. N° 007 de 18 de mayo de 2010 (Modificaciones al Sistema Normativo Penal), y con él, varios artículos que correspondían a la fase conclusiva de la etapa preparatoria -además de muchos otros- que no corresponden al presente análisis-, modificando esencialmente la realización de la audiencia conclusiva.

d) De esta forma, las previsiones legales establecidas, pertinentes para el caso que se resuelve, definieron: i) El art. 323 del C.P.P., modificado por la L. N° 007, señala que: "Cuando el fiscal concluya la investigación: 1) Presentará ante el juez de instrucción la acusación si estima que la investigación proporciona fundamento para el enjuiciamiento público del imputado; 2) Requerirá ante el juez de instrucción, la suspensión condicional del proceso, la aplicación del procedimiento abreviado o de un criterio de oportunidad o que se promueva la conciliación; 3) Decretará de manera fundamentada el sobreseimiento, cuando resulte evidente que el hecho no existió, que no constituye delito o que el imputado no participó en él, y cuando estime que los elementos de prueba son insuficientes para fundamentar la acusación. En los casos previstos en los num. 1) y 2), remitirá al juez o tribunal las actuaciones y evidencias".

ii) Asimismo, el art. 325 (Audiencia conclusiva) del C.P.P., modificado por la ley ya citada, establece que: "Presentado el requerimiento conclusivo en el caso de los num. 1) y 2) del art. 323 de este Código, el juez, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, convocará a las partes a una audiencia oral y pública que deberá realizarse en un plazo no menor de seis (6) ni mayor de veinte (20) días, computables a partir de la notificación con la convocatoria.

Notificada la convocatoria, las partes tendrán un plazo común de cinco (5) días para examinar el requerimiento conclusivo, las actuaciones y evidencias reunidas en la investigación y para ofrecer los medios de prueba necesarios.

En la audiencia las partes podrán:

- a) Observar la acusación fiscal o particular por defectos formales, requiriendo su corrección;
- b) Deducir excepciones e incidentes, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
- c) Pedir la resolución de excepciones e incidentes pendientes;
- d) Plantear incidentes de exclusión probatoria u observaciones a la admisibilidad de la prueba, a cuyo efecto las partes deberán presentar la prueba documental y material ofrecida en la acusación;
- e) Proponer los hechos sobre los que no existe controversia y que el juez dará por acreditados, obviando la actuación probatoria en el juicio.

Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El juez de instrucción, sin embargo exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos.

La audiencia será dirigida por el juez de instrucción y durante su realización no se admitirá la presentación ni lectura de escritos. Instalada la audiencia, el juez de instrucción otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al fiscal, al acusador particular y a la defensa, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

El fiscal en la misma audiencia, podrá aclarar o corregir la acusación. Si la corrección requiere mayor análisis del Ministerio Público, el juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco (5) días para su nuevo requerimiento. Si no existen más observaciones, se tendrá por saneada".

Que es dentro del marco legal referido, que se encontraba en vigencia, que debió y deben resolverse las cuestiones traídas en apelación.

Respecto de la aplicación de la jurisprudencia constitucional, la S.C. Plurinacional N° 2548/2012 de 21 de diciembre, desarrolló en uno de sus fundamentos jurídicos lo siguiente: "III.3.2.2. Distinción entre precedente constitucional y la ratio decidendi.

En efecto, si nos preguntamos ¿qué parte de las resoluciones constitucionales es vinculante?, no podríamos concluir simple y llanamente que es la ratio decidendi, debido a que todas las resoluciones tienen una o varias razones jurídicas de la decisión, empero, no todas crean Derecho, Derecho de origen jurisprudencial, a través de la interpretación, integración e interrelación de las normas. Por ello, que existe diferencia entre ratio decidendi y precedente constitucional.

Entonces, se puede llamar precedente constitucional vinculante cuando éste es el fruto, el resultado de la interpretación y argumentación jurídica realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Como ocurrió en las siguientes resoluciones: La interpretación de

una norma jurídica Declaración Constitucional N° 003/2005-R de 8 de junio, (interpretación del art. 118-5 de la C.P.E.); S.C. N° 0101/2004-R, interpretación del art. 133 y de la Disposición Transitoria Tercera del Código de Procedimiento Penal. La integración S.C. N° 1351/2003-R de 16 de septiembre, e interrelación, S.C. N° 0421/2007-R de 22 de mayo, de las normas jurídicas.

Por lo que el precedente constitucional es una parte de toda la sentencia emitida por el Tribunal o Corte Constitucional, donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución Política del Estado prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y generales cláusulas.

Entonces, es posible afirmar que es vinculante el precedente constitucional contenido en la ratio decidendi. Es decir, en la ratio decidendi se encuentra el precedente constitucional. El precedente constitucional es vinculante siempre que exista un supuesto fáctico análogo (A.C. N° 004/ 2005-ECA y S.C. N° 186/2005-R).

Entonces ¿Qué es el precedente constitucional vinculante? Para responder a esta cuestionante, es preciso redundar en que: no es el texto íntegro de la sentencia, no es sólo la parte resolutive de la sentencia (decisum), no es el obiter dictum, no es toda la ratio decidendi.

Los precedentes constitucionales están sólo en las sentencias relevantes. Se identifican a las sentencias relevantes porque son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente. En el precedente constitucional se consignan: 'las sub reglas de Derecho, "normas adscritas" o "concreta norma de la sentencia", resultantes de la interpretación, interrelación o integración de las normas de la Constitución Política del Estado o de las disposiciones legales. Estas tienen más jerarquía y fuerza jurídica que las propias leyes, porque el Tribunal Constitucional es el último aplicador del Derecho. El Prof. Gentes, señaló que la sub regla, "Es el corazón de la decisión, de la cosa decidida".

Entonces, un precedente constitucional es aplicable y vinculante a un caso concreto cuando concurre un supuesto fáctico análogo; es decir, que las circunstancias sean similares a aquellas que dieron lugar a la decisión jurídica que en última instancia definirá sobre la aplicación adecuada de la ratio decidendi.

Así mismo, cual lo tiene ampliamente establecido, tanto la doctrina legal desarrollada por el Tribunal Supremo, cuanto el anterior Tribunal Constitucional y el hoy Tribunal Constitucional Plurinacional, como componente del derecho al debido proceso, toda resolución que defina y ponga fin a una controversia jurídica, sea en el ámbito judicial o administrativo, debe ser debida, coherente, pertinente y suficientemente fundada, es decir, bastarse así misma (A.S. N° 004/2013 de 31 de enero-SP; entre otros y las SS.CC. Nos. 0752/2002-R de 25 de junio, 2023/2010-R de 9 de noviembre, 1054/2011-R de 1 de julio y 903/2012 de 22 de agosto, entre otras; lo contrario, supone incurrir en el defecto absoluto invalorable inserto en el num. 3) del art. 169 del C.P.P., en el caso de materia penal, por infracción a derechos y garantías de índole fundamental.

Por último, teniéndose en cuenta que, en cuanto a la correcta, coherente y suficiente valoración probatoria, el art. 173 del C.P.P., prevé las siguientes obligaciones del juzgador: 1) Debe asignar valor a cada uno de los elementos de prueba; 2) En ejercicio de dicha obligación, debe aplicar las reglas de la sana crítica racional; 3) En el marco de las reglas del correcto entendimiento humano, debe justificar y fundamentar adecuadamente las razones, por las que otorga determinado valor a cada medio probatorio, de forma individual; 4) Y luego, la asignación de valor, debe también tener como base la apreciación conjunta, armónica y razonable de toda la prueba producida en el juicio.

La tarea anteriormente descrita, debe estar claramente plasmada en la resolución que se emite, por ello se habla teóricamente de una fundamentación probatoria que se materializa en dos niveles: descriptiva e intelectiva; la descriptiva consiste en la identificación del elemento probatorio y su contenido y, la intelectiva, que consiste en la atribución de valor en virtud a la apreciación conjunta y armónica con el resto del acervo probatorio; dicha valoración probatoria en sus dos niveles, sustentan y sirven de base para la fundamentación jurídica y la decisión de fondo del proceso.

Finalmente, también resulta imprescindible dejar claramente establecida la trascendencia de la fundamentación probatoria, debido a que en el marco de los principios de congruencia y pertinencia, se halla íntimamente vinculada a la fundamentación fáctica, pues a partir de esta última, que sirvió de sustento a la apertura del proceso penal, se tiene que establecer qué hechos de los consignados en la fundamentación fáctica se dan o no por acreditados o probados y por qué; y recién a partir de ello, emitir la decisión que corresponda, en correspondencia con lo averiguado en el juicio.

CONSIDERANDO: V.- Que analizados en el marco de las puntualizaciones efectuadas supra, los antecedentes remitidos en alzada, las resoluciones apeladas (autos y sentencia emitidas en el caso), los respectivos motivos de apelación, las disposiciones legales pertinentes, este tribunal de alzada concluye en los siguientes extremos:

I.1.- En cuanto al primer sub motivo, del primer motivo del recurso de apelación restringida, referido a la apelación incidental reservada para apelación restringida, contra el auto interlocutorio que rechazó el incidente de presentación extemporánea de la acusación particular, formulada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla; en el que se acusa que el a quo incurrió en aplicación errada de la S.C. Plurinacional N° 1755/2012, cuando debió aplicarse la jurisprudencia constitucional establecida en la S.C. Plurinacional N° 0305/2013; al respecto, a más de que, de antecedentes se advierte que ese supuesto defecto ya fue reclamado por el hoy impugnante a través del recurso de reposición de fs. 88 a 92; que a su vez fue absuelto y resuelto mediante el Auto N° 08/14 de 15 de enero de 2014, de fs. 93; que denegó dicho recurso y que no fue impugnado por ningún recurso, ni en sede ordinaria y menos en sede constitucional; dejando precluir su derecho a reclamar posteriormente; también se tiene que, el caso que nos ocupa, lo esencial del reclamo en el recurso en examen, obedece principalmente a la base jurisprudencial constitucional que debió asumirse para permitir o rechazar la participación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla, a través de su acusación particular.

De acuerdo con los fundamentos jurídicos desarrollados en el considerando anterior del presente auto de vista, el precedente constitucional a ser utilizado deberá contener un hecho fáctico análogo, por lo que en el caso, debemos analizar las situaciones que se

presentaron en los casos propuestos por el tribunal de juicio y por el apelante. A ello se tiene en primer lugar, que el tribunal de juicio basa su decisión en la jurisprudencia constitucional establecida en la S.C. Plurinacional N° 1755/2012 de 1 de octubre, que señala: "La accionante señala vulnerados los derechos de su representado a la defensa, al debido proceso y a la 'seguridad jurídica; toda vez que la Jueza 2° de Instrucción en lo Penal de Quillacollo, realizando una interpretación errónea de la normativa penal respecto a la audiencia conclusiva prevista por el art. 325 del C.P.P., no permitió la presentación de su prueba de descargo, ni siquiera autorizó la presentación de la acusación particular y prueba de este sujeto procesal; y a su vez, el Tribunal de Sentencia Penal de Quillacollo, también en una interpretación errónea y restrictiva, tampoco le permitió la presentación de prueba, ni dispuso su notificación con la acusación fiscal, conforme los arts. 340 y 341 del C.P.P. Por su parte, la S.C. Plurinacional N° 0305/2013 de 13 de marzo, invocada por el ahora apelante, tiene el siguiente antecedente fáctico: "El accionante considera que la Resolución N° 186/11, emitida por la autoridad demandada, mediante la cual revocó el sobreseimiento pronunciado a su favor, dentro del proceso penal seguido en su contra, vulneró sus derechos al debido proceso, a la motivación, fundamentación y exhaustividad de los fallos, a la "seguridad jurídica" y a la presunción de inocencia, al no estar debidamente motivada y fundamentada, además de omitir hechos relevantes en la investigación y no valorar adecuadamente la prueba existente, por lo que solicitó se conceda tutela y se deje sin efecto la resolución en cuestión, emitiéndose nuevo pronunciamiento debidamente fundamentado".

De la contrastación de lo transcrito, emerge sin lugar a dudas, que existe una diferencia fáctica sustancial entre ambos casos; el primero, se refiere a la intervención de la víctima entre la etapa intermedia y la etapa de juicio, lo que se acomoda al presente caso; y el segundo, se refiere a la impugnación del sobreseimiento, que se constituye en uno de los actos conclusivos de la etapa preparatoria, que no llegará a la etapa intermedia del proceso o de juicio. Entonces, el precedente y la jurisprudencia que debe ser aplicada es la S.C. Plurinacional N° 1755/2012 de 1 de octubre, como correctamente estableció el tribunal de juicio en el Auto N° 30/2014, la que en lo sustancial abre la posibilidad de presentación de acusación particular en el marco del art. 340 del C.P.P., cuando dice: "(...) el querellante, conforme indica el art. 340 del C.P.P., deberá presentar su acusación particular y ofrecer sus pruebas ante el Tribunal de Sentencia, lo propio la defensa"; lo que importa, en criterio de este tribunal de alzada, que el TCP, en el marco de la interpretación extensiva y no restrictiva, dado que el art. 340 del C.P.P., no ha sido derogado ni abrogado por la L. N°007, activa también dicha posibilidad legal, por lo que la decisión del a quo no importa ilegalidad y menos la errónea aplicación de la norma adjetiva penal acusada de tal; de ahí que, siendo que el reclamo de Crispin Almendras Reynaga se dirige exclusivamente a establecer aquella acción como contraria a las normas vigentes, de acuerdo con los fundamentos expuestos, se concluye que ello no es evidente, como tampoco resulta ser vulneratoria de los derechos a la defensa y al debido proceso del acusado, pues sobre la acusación que observa pudo y así lo hizo, formular todas las observaciones que consideró pertinentes en ejercicio pleno de su derecho a defensa; no siendo evidente que en el caso de autos, sea concurrente el defecto absoluto previsto en el art. 169-3) del C.P.P., acusado; careciendo en consecuencia, de mérito este primer reclamo efectuado por el impugnante en este primer sub motivo de apelación incidental, reservado para apelación restringida, respecto del Auto Interlocutorio N° 30/2014, por lo que se lo declara improcedente; máxime si además, en el petitorio del tercer motivo del recurso de apelación restringida, el hoy impugnante, contrario a lo pretendido en el presente sub motivo recursivo, solicita a este tribunal que "a los fines de que el mismo emita una sentencia basada en los hechos y circunstancias contenidas en las acusaciones pública y particular"; es decir, pretende se anule la sentencia, a fin de que un nuevo tribunal dicte una nueva sentencia, en base tanto a la acusación fiscal, cuanto a la particular, lo que importa una aceptación expresa de los efectos de ella en el proceso, incongruentemente con la petición previa de exclusión.

1.2.- En cuanto se refiere al segundo sub motivo de apelación restringida, referido a la apelación incidental reservada para apelación de sentencia, respecto del Auto Interlocutorio N° 49/2014, en el que se acusa la existencia del defecto absoluto previsto en el art. 169-3) del C.P.P., por vulneración al debido proceso en sus elementos legalidad y seguridad jurídica y a la firmeza y calidad de cosa juzgada, vinculado al rechazo del incidente de exclusión probatoria e introducción a juicio del informe psicológico individualizado como 11213-PD-5, pese a haberse excluido en audiencia conclusiva a partir de resolución expresa y ejecutoriada; al respecto, el acta de audiencia conclusiva que cursa a fs. 55-56 vta., da cuenta que en ella, la defensa planteó incidente de exclusión probatoria de la prueba signada como MP-PD-5, incidente que tramitado conforme a ley, mereció el auto que corre de fs. 55-56 vta.; en el que el juez de la causa, concluyó que: "(...) el informe fue elaborado fuera del control jurisdiccional y fiscal, sin conocimiento del acusado, vulnerando de esta forma el debido proceso, como el derecho a la defensa" "(...) acepta el incidente de exclusión probatoria de la documental codificada como MP.DP 5"; no consta respecto a tal resolución, la formulación de apelación alguna, quedando en consecuencia ejecutoriada, conforme dispone el art. 126 del C.P.P., así mismo, del acta de audiencia de juicio que cursa a fs. 226 vta.-228 vta., se evidencia que ante la solicitud de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de introducción de «primera entrevista psicológica» identificada como PD-5, la defensa del imputado, dando cuenta que dicho documento ya había sido excluido por el juez instructor en audiencia conclusiva, y aportando para ello como prueba el acta de audiencia conclusiva y la resolución referida; y ante la nueva pretensión, formula incidente de exclusión probatoria, que es resuelta por el tribunal de juicio, por el Auto N°49/2014, ahora impugnado, en el que se rechaza tal incidente y se dispone la introducción por su lectura del referido documento, refiriendo, respecto a pronunciamiento anterior que: "En lo que se refiere a la prueba adjuntada consistente en el Acta de Audiencia Conclusiva de 19 de noviembre de 2013, corresponde señalar que la misma no desvirtúa los fundamentos de hecho y derecho expuestos en el presente auto para el rechazo del incidente de exclusión probatoria;...". De ello se concluye ser cierta la acusación del apelante, de haber el tribunal de juicio incurrido en violación al debido proceso, pues carecía de competencia alguna para modificar la resolución del cautelar respecto a tal elemento probatorio, cuya exclusión había quedado ejecutoriada y tenía la calidad de cosa juzgada, en cuyo efecto no existía la posibilidad legal de ser nuevamente propuesta, aún sea por otro sujeto procesal y menos discutida e introducida en juicio. Al haber el tribunal a quo actuado en contrario, evidentemente ha incurrido en la vulneración de la legalidad y seguridad jurídica, como elementos del debido proceso y vinculado a ello, la firmeza de la cosa juzgada, incurriendo efectivamente el Auto N°49/2014, confutado, en el defecto absoluto previsto en el art. 169-3) del C.P.P., lo que importa la nulidad de tal resolución. Sin embargo, y no obstante dicha nulidad, resulta que en el caso de autos, el defecto establecido, no amerita la nulidad de la sentencia y menos la reposición del juicio, cual pretende el apelante, por cuanto, la prueba ilegalmente introducida al juicio, signada como MP-PD 5, si bien ha sido mencionada en la sentencia, en la fundamentación probatoria descriptiva (fs. 344), no ha sido

siquiera descrita y menos se le ha otorgado valor alguno y más bien el tribunal de juicio, no ha basado su decisión en ella, excluyéndola en su valoración, cuando en la conclusión séptima (fs. 348), establece "No se toma en cuenta la prueba codificada como MP-PD5, porque la misma puede ser objeto de observación de parte del acusado y que la misma es superabundante, tomando en cuenta la documental signada como MP-PD6 y los testigos de cargo" (sic) y si bien, a fs. 346 vta., en la conclusión cuarta, párrafo cuarto, es nuevamente mencionada; sin embargo, en el contexto de la sentencia, no se evidencia que la resolución tuviere base en ella, ni siquiera de manera tangencial o junto a otros elementos probatorios; en consecuencia, su ilegal introducción, al carecer de efecto alguno, en criterio de este tribunal, teniendo en cuenta los principios que rigen a las nulidades procesales, carece de trascendencia tal, que amerite y justifique la nulidad de la sentencia y menos del juicio, en el marco de los principios de eficiencia eficacia, celeridad, verdad material; por lo que, si bien corresponde declarar la procedencia de este motivo de la apelación incidental y anular el Auto Interlocutorio N°49/14 de 4 de junio de 2014, no corresponde acoger la nulidad de la sentencia, ni del juicio, cual pretende el apelante, por lo que este sub motivo, se lo declara procedente, pero sin lugar a la nulidad de la sentencia ni del juicio impetradas.

II. Respecto de los motivos del recurso de apelación restringida.

II.1.- Con relación al primer motivo del recurso de apelación restringida, formulado contra la sentencia dictada en el caso de autos, en el que el impugnante alude la existencia del defecto de sentencia inserto en el num. 6) del art. 370 del C.P.P., en su vertiente de sentencia dictada con defectuosa valoración de la prueba, con infracción del art. 173 del mismo Código; porque el tribunal apelado, no efectuó la valoración descriptiva y menos intelectual de la prueba producida; es decir, no le asignó determinado valor y de manera individual a dicha prueba; así como tampoco de manera conjunta, en la forma exigida por el art. 173 del C.P.P., especialmente de las declaraciones de los testigos Lucinda Mejías Gutiérrez de Irala, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz; en la forma resumida en el Considerando III de este auto de vista; al respecto; este tribunal considera pertinente destacar que, teniendo en cuenta que las normas procedimentales acusadas de infringidas, se hallan íntimamente vinculadas al pronunciamiento de la sentencia, respecto de la debida, congruente y suficiente fundamentación, el Libro Tercero, Título II del Libro Primero de la Parte Primera del C.P.P., norma los actos y resoluciones judiciales, estableciendo en el art. 124, lo siguiente: "(Fundamentación). Las sentencias y autos interlocutorios serán fundamentados. Expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. La fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes" (sic).

En la misma línea, tanto la doctrina constitucional, cuanto la doctrina legal establecida por el tribunal, que han sido destacadas en el anterior considerando de esta resolución, han dejado establecido de manera constante y uniforme, la trascendencia que tiene la fundamentación de las decisiones judiciales y otras, al estar reconocida como derecho fundamental del debido proceso y como garantía procesal vinculada al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, así como a principios de exhaustividad, pertinencia, congruencia, entre otros; de ello emerge, que su incumplimiento se considere defecto absoluto invalorable inserto en el num. 3) del art. 169 del C.P.P.

Que teniendo en cuenta que en el caso de autos, se acusa de infringida la norma legal contenida en el art. 173 del C.P.P., en cuanto a la correcta, coherente y suficiente valoración probatoria, dicha disposición legal, prevé las siguientes obligaciones del juzgador: 1) Debe asignar valor a cada uno de los elementos de prueba; 2) En ejercicio de dicha obligación, debe aplicar las reglas de la sana crítica racional; 3) En el marco de las reglas del correcto entendimiento humano, debe justificar y fundamentar adecuadamente las razones, por las que otorga determinado valor a cada medio probatorio; 4) La asignación de valor, debe tener como base la apreciación conjunta, armónica y razonable de toda la prueba producida en el juicio.

La tarea descrita, debe estar claramente plasmada en la resolución que se emite, por ello se habla, teóricamente, de una fundamentación probatoria que se materializa en dos niveles: descriptiva e intelectual; la descriptiva consiste en la identificación del elemento probatorio y su contenido y la intelectual, que consiste en la atribución de valor en virtud a la apreciación conjunta y armónica con el resto del acervo probatorio; dicha valoración probatoria en sus dos niveles, sustentan y sirven de base para la fundamentación jurídica y la decisión de fondo del proceso.

También resulta imprescindible, dejar claramente establecida la trascendencia de la fundamentación probatoria, debido a que en el marco de los principios de congruencia y pertinencia, se halla íntimamente vinculada a la fundamentación fáctica, pues a partir de esta última, que sirvió de sustento a la apertura del proceso penal, se tiene que establecer qué hechos de los consignados en la fundamentación fáctica se dan o no por acreditados o probados y por qué, y recién a partir de ello, emitir la decisión que corresponda, en correspondencia con lo averiguado en el juicio. En el caso de autos, de la revisión de la sentencia apelada, se advierte que en el parág. IV del segundo considerando de la sentencia recurrida, el a quo procedió a reproducir las declaraciones testificales ofertadas y producidas por el Ministerio Público de los testigos de cargo, ciudadanos: Lucinda Mejías Gutiérrez de Irala, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz (fundamentación probatoria descriptiva); para luego y en el inc. b) de dicho considerando, también describir la prueba documental producida por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, signadas como MP-PD1; MP-PD2; MPP3; MP-PD4; MP-PD5; MP-PD6; MP-PD7 y MP-PD8; estableciendo en qué consistían; para luego, también identificar y describir la prueba testifical producida por el hoy impugnante, consistente en la declaración testifical de las ciudadanas Felicidad Loayza Rodas y Leonor Vargas Mamani; estableciendo y describiendo parte de lo declarado por dichas testigos; para en definitiva; también describir qué elementos de prueba documental habían sido presentados y producidos por la defensa del ahora apelante, signadas como PDA-1; PD-A-2; PD-A-3; PD-A-4; PD-A-5; además de una prueba pericial, consistente en el dictamen pericial psicológico de 15 de agosto de 2015, efectuado por el psicólogo Guiomar Bejarano Gerke; para luego, ingresar a siete conclusiones; estableciendo en la primera, que se habían acreditado las agresiones sexuales a la víctima, precisamente en base al dictamen pericial elaborado por el IDIF; N° 095/2013 de 7 de agosto; otorgando suficiente validez probatoria, por haber sido introducido al juicio conforme a lo establecido por los arts. 333-3) y 355 del C.P.P., para luego, y en esta misma conclusión, después de efectuar consideraciones respecto de lo que estaban considerando se había demostrado, llegar a la conclusión de que las declaraciones de los testigos Lucinda Mejías, Senobio Irala y Goya Mejías, eran creíbles, porque dicho peritaje psicológico, establecía que la declaración de la víctima era

creíble, y porque la atestación de dichos testigos fue prestada con naturalidad y seguridad en sus expresiones; advirtiéndose que en las demás conclusiones segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta esencialmente-, también valorando las pruebas ahí detalladas, establece el tribunal a quo consideraciones de dicha valoración, y del por qué se habían acreditado los hechos acusados y juzgados, y por qué la prueba de descargo no desacreditaba la de cargo; además de dejar establecido en la conclusión séptima, que la prueba codificada como MP-PD-5; no se la estaba valorando y menos tomando en cuenta, porque podía ser objeto de observación; evidenciando este tribunal de la señalada logicidad expresada por el a quo, que si bien, la asignación de valorar probatorio individual a la prueba producida, ha sido efectuada de manera desordenada y en el momento de efectuarse la valoración intelectual conjunta de la prueba producida; no resulta evidente el defecto acusado en este motivo del recurso, puesto que si bien, al momento de efectuar la fundamentación descriptiva de la prueba producida por las partes (identificación de la prueba y su contenido); le correspondía al juzgador asignar el valor correspondiente a cada una de ellas; explicando el por qué le asignaba determinado valor; sin embargo, también aunque de manera desordenada, como se tiene ya referido, ingresa a efectuar la valoración individual y conjunta del acervo probatorio, en las siete conclusiones; de ello se evidencia y concluye, que el tribunal a quo sí ha procedido a explicar por qué determinado medio probatorio le mereció crédito y por qué otros no, y en base a qué reglas de la sana crítica (en el caso de las declaraciones testificales de descargo, por ejemplo, brindadas por las ciudadanas Reymunda Almendras y Felicidad Loayza), relativa a la experiencia; no siendo evidente entonces, cual reclama y extraña el procesado apelante, que dicho tribunal no hubiera asignado valor a las declaraciones testificales de los ciudadanos Lucinda Mejías, Senobio Irala y Goya Mejías, puesto que sí lo hizo, precisamente en la conclusión primera del fallo impugnado, estableciendo que dichas deposiciones sí merecían plena credibilidad, porque fueron prestadas con naturalidad y seguridad en sus expresiones, y que tenían vinculación y correspondencia directa con la prueba pericial codificada como MP-PD6; consiguientemente, este tribunal concluye que el a quo, al momento de efectuar la valoración intelectual del acervo probatorio producido (cargo y de descargo) aunque de manera desordenada, ha procedido a también a otorgar valor a cada medio probatorio introducido e ingresado a la apreciación conjunta y armónica con el resto de dicho acervo probatorio; es decir, respecto de las declaraciones de los testigos producidos tanto de cargo, como de descargo, así como de la prueba documental producida, de manera coherente y entendible, el a quo concluye asignándoles credibilidad y no credibilidad a las mismas, justificando en cada caso el por qué les asigna plena credibilidad a algunas y a otras por qué no, ello, en base a los principios informadores de nuestra economía procesal penal, fundamentalmente a los principios de oralidad e intermediación, respecto de los hechos relacionados por dichos testigos y lo formalmente demostrado con la prueba instrumental, por lo que, este primer motivo del recurso de apelación restringida, deviene en improcedente.

II.2.- En cuanto al segundo motivo del recurso, en el que se alude a la existencia del defecto de sentencia inserto en el num. 6) del art. 370 del C.P.P., con infracción del art. 173 del mismo Código; es decir, sentencia basada en hechos no acreditados; ello, en relación a que el tribunal de juicio, en la conclusión primera de la sentencia apelada, concluyó que su persona utilizó amenazas, engaño, intimidación y se aprovechó de la minoridad de la víctima para conseguir su cometido, y que la primera vez, aprovechó la embriaguez de las tías que se encontraban durmiendo, y la amenaza de hacer daño a su abuelita y madre si contaba los abusos sexuales; y que la última vez fue la noche del 21 de diciembre de 2012; además de que las violaciones habían ocurrido en el cuarto de la víctima, en la ducha, en el baño, en el cañal y la última fue cerca de las siete de la noche del 21 de diciembre de 2012, en la casa de Lucinda Mejías, en Tihumayo; cuando de las declaraciones testificales vertidas por los testigos Lucinda Mejías Gutiérrez de Dula y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, que reproduce y transcribe el apelante; no señalan esas conclusiones; al respecto, este tribunal advierte que el impugnante, al hacer mención al contenido de las declaraciones de las dos señaladas testigos de cargo, para verificar en ellas, el supuesto defecto de sentencia que acusa en este motivo del recurso, pretende que este tribunal ingrese a revalorizar la prueba previamente valorada por el tribunal a quo, efectuada con exclusiva y plena competencia y atribución, y en base a los principios informadores del proceso penal (oralidad, intermediación y contradicción) cuando dicha tarea le está vedada al tribunal de apelación, conforme lo tiene establecido la uniforme doctrina legal emanada del tribunal, correspondiéndole tan sólo, controlar el iter lógico seguido por el juez o tribunal a quo en dicha labor, pero no así a ingresar a valorar o en su caso a revalorizar la prueba previamente valorada por éste, como pretende el ahora apelante; evidenciando este tribunal, del análisis de la sentencia confutada, que el tribunal de mérito, llegó a las conclusiones que el ahora apelante extraña como no demostradas por prueba alguna-, no sólo en base a la compulsas de las testificales que refiere en el recurso, sino, en base y esencialmente a la compulsas del dictamen pericial elaborado por la perito en psicología del IDIF; respecto de la credibilidad del testimonio brindado ante dicha profesional por la menor víctima; así como respecto de las deposiciones de los testigos de cargo Lucinda Mejías, Senobio Irala y Goya Mejías; explicando luego, en las conclusiones tercera y cuarta también, el por qué llega a las conclusiones observadas en este segundo motivo del recurso de apelación restringida, que este tribunal de alzada, como erróneamente pretende el impugnante, no puede rever, en base a la valoración o revalorización de los elementos de prueba previamente valorados por el tribunal de juicio; basando el impugnante sus alegaciones, en generalidades sobre la existencia de hechos no acreditados o en hechos que no fueron discutidos en el juicio y otorgando otro sentido a la prueba, efectuando el impugnante su propia valoración probatoria de las señaladas pruebas testificales, desde una perspectiva personal y de lo que entiende que se probó con los medios probatorios referidos en su recurso; no evidenciando este tribunal ilegalidad ni ilogicidad alguna en las conclusiones formuladas por el a quo, que se sustentan en la información recogida de la valoración de todo el elenco probatorio que ha considerado y que está vinculado y en congruencia con los hechos sustanciales sostenidos en la acusación fiscal y en la acusación particular que fueron objeto del juicio, que reprodujeron lo afirmado por la menor víctima, y que fueron analizados en su veracidad por el peritaje psicológico elaborado por la perito del IDIF, y que en su validez probatoria, ha sido compulsada por el a quo, y de cuya valoración efectuada por dicho tribunal, de manera lógica y racional; debiendo tenerse presente también, que tratándose de delitos de carácter sexual cometidos contra menores de edad, como es el caso que nos ocupa, conforme la uniforme jurisprudencia constitucional y doctrina legal existente al respecto, los actos de violencia (moral, física y mecanismos de engaños) se hallan implícitos, precisamente por la falta de madurez física, intelectual y sexual de los menores, que los coloca en estado de vulnerabilidad, y aún más, tratándose de menores mujeres; de ahí que las conclusiones arribadas por el a quo, no vulneran ninguna de las reglas de la sana crítica, y por ello, no se advierte ilogicidad alguna en ellas, ni es cierta la vulneración del art. 173 invocado por el apelante; y siendo intangibles en alzada, los hechos establecidos como probados por el tribunal de juicio a partir de la valoración legal de la prueba, cual se ha establecido en

los términos expuestos supra, se concluye que tampoco se ha acreditado el defecto de sentencia acusado en este motivo recursivo; por lo que este segundo motivo deviene en improcedente.

II.3.- En cuanto se refiere al tercer motivo del recurso de apelación restringida, relativo al defecto de sentencia inserto en el num. 11) del art. 370 del C.P.P., por incongruencia entre la sentencia y la acusación; con infracción del art. 362 del C.P.P., en la forma detallada en el Considerando III de la presente resolución; al respecto, la norma adjetiva penal acusada de infringida, dispone: "El imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación y su ampliación" (sic); teniéndose que en este motivo del recurso, el apelante alude que se ha violado dicha disposición legal e incurrido en el defecto que alude, porque el tribunal a quo, en la fundamentación jurídica de la Sentencia apelada, motivó lo siguiente "...para los accesos carnales ha utilizado amenazas, engaño e intimidación, pues para conseguir su cometido la primera vez en la fiesta de su casa para todos santos, aprovechó la embriaguez de todos, de que sus tres tías son sordo mudas, quienes se encontraban durmiendo y que la última vez fue en la noche del 21 de diciembre del 2012, todo esto está demostrado por el dictamen pericial psicológico con registro del IDIF: REG. GRAL IDIF NO. 322-2°13, MED.FOR.PSI 095/13, de 7 de agosto de 2013" (sic); destacando que en ninguna de las acusaciones se ha hecho mención a esos hechos, es decir, a que hubiera utilizado engaño, o que la primera vez hubiera violado a la menor en una fiesta de todo los santos, aprovechando la embriaguez de sus tres tías; al respecto y de obrados, principalmente de las acusaciones fiscal y particular, así como de la sentencia apelada; se advierte que en las primeras; cual de forma resumida, también lo establece la sentencia apelada, en la fundamentación fáctica; se tiene que al hoy impugnante, se lo acusó de que aprovechando la confianza y amistad con la familia, ingresó al cuarto de la víctima, bajo amenaza de hacerle daño a su mamá Hilda y a su abuelita si gritaba, procedió a bajarle su pantalón y luego la abusó sexualmente, posteriormente se comportaba como si nada hubiera pasado, siempre buscaba estar a solas con la víctima; le compraba perfumes y otros regalos, pese a las súplicas de la niña, éste hacía caso omiso y bajo permanentes amenazas procedía a abusarla sexualmente en diferentes oportunidades, hasta que el 21 de diciembre de 2012, cuando la víctima fue a ayudar a su tía, el imputado la agarró de la mano cuando iba al baño, la arrastró al canal y procedió a abusarla sexualmente y cuando su tía le gritó, el imputado Crispín Almendras se fue corriendo y ella con el miedo se fue a una chocita y le dijo a su tía que Crispín la llamó para preguntarle por su prima Marisol, por el temor infundido en la menor, pero que más tarde le contó a su tía Goya, lo que le estaba ocurriendo, desde hacía varios años atrás, procediendo a denunciar a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia; esa es la fundamentación fáctica, que de manera resumida se extracta de lo establecido en la sentencia apelada, y que responde precisamente a los hechos fácticos principales también expuestos tanto en la acusación fiscal de fs. 4 a 6, cuanto en la acusación particular presentada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Municipio de Padilla, cursante a fs. 78-79; estableciéndose de ellas, que los hechos sustanciales por los que el ahora apelante fue sometido a proceso penal, fue que por varios años anteriores éste había procedido a abusar sexualmente a la menor víctima, utilizando para ello amenazas y algunas veces comprándole regalos, como perfumes y otros y que la última vez, fue el 21 de diciembre de 2012, cuando dicha menor fue a ayudar a la casa de una de sus tías, de donde el imputado la sacó arrastrada de sus manos con dirección al canal, donde abusó nuevamente de ella y cuando su tía se echó de menos y le gritó, ésta se ocultó en una chocita y el imputado ahora apelante salió corriendo (huyendo) del lugar y que al haber sido interrogada por su tía Goya, ésta recién le contó lo que le estaba sucediendo y fue por ello que se sentó la denuncia que dio origen al presente proceso penal; estableciéndose entonces; que los hechos fundamentales por los que fue sometido a proceso penal el ahora apelante, estuvieron fundados en las violaciones reiteradas efectuadas en contra de la menor víctima, desde varios años anteriores a la última vez, ocurrida por la noche (siete aproximadamente de la noche) de 21 de diciembre de 2012; hechos principales éstos que, como se lo estableció en el resumen de la fundamentación fáctica efectuada por el Tribunal de Sentencia apelado, contienen circunstancias periféricas íntimamente vinculadas a ellos, como las extrañadas por el hoy impugnante en este motivo del recurso que, como él mismo sostiene y así consta en el fallo apelado, han sido develadas y averiguadas por dicho tribunal, precisamente a través de los medios probatorios ante él producidos y que identifica y valora, que le han dado certeza, en cuanto a fechas, momentos y circunstancias de cómo habían efectivamente acontecido las reiteradas vejaciones sexuales infligidas contra la menor víctima; concluyéndose entonces, que no resulta ser evidente la infracción al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, atribuida por el imputado apelante, porque éste, ha sido condenado, precisamente por haber procedido a violar en varias oportunidades a la menor víctima, siendo la última, el 21 de diciembre de 2012, en la forma averiguada por el a quo; es decir, no ha sido juzgado y menos condenado, por hechos distintos a los aludidos en las acusaciones presentadas contra éste; porque en ambas, sí se hizo mención a que la menor víctima había sido vejada sexualmente en varias oportunidades, varios años antes a la última vez, acontecida el 21 de diciembre de 2012; y que para hacerlo, el imputado había incurrido en (amenazas) de hacerle daño a su mamá Hilda y abuelita); que la última vez la sacó de la casa de su tía a la fuerza agarrada de su brazo (intimidación); procediendo en algunas oportunidades a comprarle regalos y otros para que no avise (engaño); llegando a establecer y determinar que una de esas vejaciones anteriores; se había dado en una fiesta de todos los santos; constataciones efectuadas por el tribunal apelado, precisamente emergente de la compulsión de la prueba producida y esencialmente del informe pericial psicológico que refiere el hoy impugnante y que fue elaborado por la perito en psicología del IDIF; por lo que este tribunal de alzada, no advierte la existencia de la infracción al principio de congruencia acusada en este motivo recursivo; porque el acusado, no ha sido procesado y menos condenado por hechos distintos a los sostenidos en las acusaciones presentadas contra él, de violación reiterada a la menor víctima, siendo la última, la ocurrida el 21 de diciembre de 2012; que incluso, el propio hoy impugnante reconoció haber estado en el lugar de los hechos, conforme también lo estableció el tribunal a quo, al valorar la declaración informativa brindada por éste; en la que trató de justificar que se dio a la fuga del lugar, por considerar existir un error, conclusiones al respecto que no han merecido impugnación alguna y menos cuestionamiento. Por lo puntualizado y evidenciado, este tribunal de alzada concluye, que no es evidente que el a quo hubiere incurrido en infracción del art. 362 del C.P.P., cual acusa el apelante en este motivo recursivo, y por ello tampoco se ha acreditado el defecto de sentencia previsto en el art. 370-11) del C.P.P., invocado por el apelante; en consecuencia, este tercer motivo del recurso de apelación restringida, deviene también en improcedente.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, con la atribución prevista en el art. 51-2) y 1) del C.P.P., con la participación de Sandra Molina, vocal de turno de la Sala Penal Primera, convocada legal y oportunamente, ante la disidencia parcial entre los titulares respecto del primer proyecto, en mérito a los fundamentos expuestos, resuelve:

I.- a) Declarar improcedente la apelación incidental formulada respecto al Auto Interlocutorio N° 30/2014, manteniéndose en consecuencia incólume tal resolución del tribunal a quo.

b) Declarar procedente la apelación incidental formulada respecto del Auto Interlocutorio N° 49/2014, en consecuencia, declara nula dicha resolución, sin lugar a la nulidad de la sentencia, ni del juicio.

II.- Declarar improcedentes los tres motivos del recurso de apelación restringida, formulada contra la Sentencia N° 06/14 de 15 de octubre de 2014, dictada por el Tribunal de Sentencia de Padilla, cursante a fs. 342 a 350 y vta.), dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla contra el impugnante, por la comisión del delito de violación a niña; niño o adolescente.

La presente resolución puede ser recurrida de casación en el plazo y en la forma prevista por los arts. 416 y 417 del C.P.P., pero sólo respecto de lo resuelto respecto del recurso de apelación restringida, más no así respecto de lo resuelto en relación a la apelación incidental reservada para apelación restringida, conforme lo tiene establecido la uniforme doctrina legal desarrollada por el tribunal y vinculante al caso, principalmente en los AA.SS. Nos. 397 de 23 de julio de 2004, 628 de 27 de noviembre de 2007, 078/2012-RA de 23 de abril de 2012 y 9 de 3 de febrero de 2013; entre otros, que establecen que: "El recurso de casación no procede contra otro tipo de resolución judicial pronunciada por las Cortes Superiores hoy Tribunales Departamentales de Justicia en el ámbito de su competencia y de manera específica respecto a aquellas que resuelven los recursos de apelación incidental conforme a las previsiones del art. 403 del C.P.P., sin que este criterio signifique una vulneración al derecho a recurrir, toda vez que el recurso de casación solamente puede ser ejercido en los casos que la ley ha previsto expresamente como manda el art. 394 del C.P.P.

El vocal Hugo Córdova, como primer relator, se pronunció en los términos del primer proyecto, que mereció disidencia parcial por observaciones en cuanto a exhaustividad, siendo en el fondo concordante con la presente resolución.

La fecha de la presente resolución, responde a la sobrecarga procesal de la segunda relatora; entre otros, por priorización de audiencias y resoluciones de medidas cautelares y acciones de defensa; informes en acciones de defensa, revisión de actas y de proyectos, formulación de observaciones y disidencias en relación a éstos y elaboración de segundos proyectos, así como pronunciamientos como dirimidora de disidencias en la otra Sala.

Primer vocal relator: Dr. Hugo B. Córdova Egüez.

Segundo vocal relator: Dr. Elena Lowenthal Claros de Padilla.

Regístrese y notifíquese.

Fdo.- Dres.: Hugo B. Córdova Egüez.- Elena Lowenthal Claros de Padilla.- Sandra Molina V.

Ante mí: Abg. Juan Jorge Caballero Laguna.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 17 de noviembre de 2016, cursante de fs. 656 a 672 vta., Crispín Almendras Reynaga, interpone recurso de casación impugnando el A.V. 323/2016 de 28 de octubre, de fs. 591 a 605 vta., pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, integrada por los vocales Elena Esther Lowenthal Claros de Padilla y Sandra Molina, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla contra el recurrente, por el delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 06/2014 de 15 de octubre (fs. 342 a 350 vta.), el Tribunal de Sentencia de Padilla del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró al imputado Crispín Almendras Reynaga autor del delito de violación de niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio, sin derecho a indulto, con costas y responsabilidad civil a ser calificados en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia, el acusado Crispín Almendras Reynaga, formuló recurso de apelación restringida (fs. 354 a 372), resuelto por A.V. N° 246/2015 de 31 de julio (fs. 515 a 524), que fue dejado sin efecto por el A.S. N° 158/2016-RRC de 7 de marzo (fs. 574 a 580); en cuyo mérito, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, pronunció el A.V. N° 323/2016 de 28 de octubre, que declaró improcedentes los tres motivos del recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 30/2017-RA de 20 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) Denuncia que el tribunal de alzada habría incurrido en incongruencia omisiva, por no pronunciarse en relación al primer motivo planteado en apelación restringida, referido al defecto de sentencia previsto en el art. 370-6) del C.P.P., donde se denunció que la sentencia no valoró individualmente cada una de las pruebas testificales de: Lucinda Mejías Gutiérrez, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, ni se transcribió lo que testificaron; entonces como pudo realizarse la valoración integral y sostener su culpabilidad, habiendo los vocales

soslayado de manera premeditada haciendo una motivación ajena de lo cuestionado mediante referencia a sus testigos de descargo y no así al principal cuestionamiento; toda vez, que al carecer de prueba documental que sustente lo acusado, ya que el certificado médico no acreditó el desgarró, desfloración o signos de haber sostenido relaciones sexuales el 24 de diciembre de 2012, mediante las testificales de cargo podría acreditarse o no la existencia de relaciones sexuales con la menor, existiendo así por parte de los vocales una omisión ex profesa de sus cuestionamientos, respecto a cuál el valor probatorio asignado a las declaraciones testificales de cargo, porqué se otorga dicho valor probatorio, cuáles las reglas de la sana crítica empleadas y si éstas eran fiables y el porqué, incurriendo ante esta omisión en un defecto absoluto por violación del principio de la tutela judicial efectiva, garantía del debido proceso, precautelado por los arts. 115-II y 117-II de la C.P.E.

2) Arguye que el tribunal de apelación, desconociendo la máxima tantum petitum tantum devolutum nuevamente incurrió en incongruencia omisiva, por no dar respuesta puntual y expresa, respecto al cuestionamiento central del segundo motivo de su apelación restringida, del defecto de sentencia previsto en el art. 370-6) de la norma Adjetiva Penal, al basarse la resolución de primera instancia en hechos que nunca fueron acreditados y menos estuvieron plasmados en la acusación formal por el Ministerio Público, sin que se haya solicitado la revalorización de la prueba –como indican los vocales- sino que fue condenado por hechos no acusados, con relación al contenido de las declaraciones de las dos testigos de cargo para verificar que estos hechos no son los que se habían acusado; rehuendo en consecuencia, cumplir con la labor encomendada por el art. 398 del C.P.P., guardando un silencio absoluto, lo cual constituye una omisión deliberada de pronunciamiento, vulnerando así el derecho al debido proceso y de impugnación establecido en los arts. 115-II, 117-I y 180-II de la C.P.E., ya que el derecho a recurrir se materializa a momento de recibir respuesta, lo cual no sucedió, además de ser un defecto absoluto no susceptible de convalidación sancionado por el art. 169-3) del C.P.P.

3) Finalmente como tercer motivo reclama, que respecto al tercer motivo de su recurso de apelación restringida, donde denunció el defecto de sentencia previsto en el art. 370-11) del C.P.P., señalando que existía incongruencia entre la sentencia y las acusaciones tanto fiscal como particular, porque las mismas no hicieron referencia de que su persona hubiera utilizado engaños y violado a la menor en la fiesta de todos santos aprovechando la embriaguez de tres tías y sobre su cuestionamiento del dictamen pericial del IDIF de 7 de agosto que genera desconcierto al no hacer referencia en dicho documento del abuso sexual de la menor, sobre estos controversias el Tribunal Departamental de Justicia, también habría omitido pronunciarse y pese a la existencia de ilegalidades mantuvo su culpabilidad, lo cual a su criterio violaría sus derechos al debido proceso, a tener una resolución debidamente motivada, además al acceso a la justicia en su elemento de derecho a la impugnación de los fallos y tutela judicial efectiva, precautelado por los arts. 115, 180-II de la C.P.E., y 407 del C.P.P.

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita que ante la existencia de defectos absolutos invalorable por vulneración de derechos y garantías constitucionales, se declare fundado el recurso de casación y se anule el auto de vista impugnado, para que el tribunal de alzada emita otro nuevo sin omitir ni rehuir el análisis de los aspectos cuestionados.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 30/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 681 a 684 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por Crispín Almendras Reynaga, ante la concurrencia de presupuestos de flexibilización, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 6/14 de 15 de octubre de 2014, el Tribunal de Sentencia de Padilla del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, declaró a Crispín Almendras Reynaga, autor de la comisión del delito de violación de infante, niño, niña o adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Cód. Pen., imponiendo la pena de quince años de presidio, al considerar que está demostrado el acceso carnal, habiendo el acusado subsumido plenamente la consumación del ilícito en varias oportunidades, adecuando su conducta en el tipo descrito en el art. 308 Bis primera parte del Cód. Pen., resultando su conducta dolosa, con discernimiento de su acción antijurídica y conocimiento de la minoridad de la víctima de once años de edad, que implica que no tenía comprensión de su sexualidad, así como capacidad para entender el sentido de la conducta del autor aunque no haya mediado la violencia o intimidación, cuya motivación del autor tuvo como resultado la satisfacción sexual, entendiendo el tribunal que la acción del agente fue con conocimiento, voluntad y dolo, de acuerdo a los alcances del art. 14 del Cód. Pen., por cuanto, tenía la capacidad de entender y comprender lo que estaba haciendo al aprovechar la minoridad de la víctima y discapacidad de su madre y sus tías, utilizando amenazas, engaño e intimidación sobre la menor para lograr el acceso carnal.

II.2.- De la apelación restringida.

Contra la sentencia dictada, el acusado Crispín Almendras Reynaga, interpuso recurso de apelación restringida alegando como motivos, los señalados en el acápite II del memorial del recurso, de acuerdo al siguiente detalle: a) Denuncia defecto de la sentencia previsto en el art. 370-6) del C.P.P., por defectuosa valoración de la prueba y vulneración del art. 173 de la misma norma procesal penal; toda vez, que el juez a momento de valorar las pruebas debió poner en práctica las reglas de la sana crítica, darles un valor individual y una valoración integral, advirtiéndose la inexistencia de la valoración individual, lo que incurre en defecto absoluto. La aplicación pretendida, es la observación de lo previsto en el art. 173 del C.P.P., declarando procedente el recurso de apelación y se anule totalmente la sentencia; b) Alega el defecto previsto en el inc. 6) del art. 370 del C.P.P., porque la sentencia se basa en hechos no acreditados; es decir, se incluyó hechos que no estuvieron plasmados en la acusación formal específicamente cuando se señala: "(...) el acusado Crispín Almendras Reynaga ha utilizado amenazas, engaño, intimidación y aprovechó la minoridad de la misma, los que no fueron acreditados y menos para conseguir su cometido, la primera vez aprovechó la embriaguez de las tías quienes se encontraban durmiendo; asimismo, empleó la amenaza de hacer daño a su

abuelita y madre si contaba sobre los abusos sexuales y que la última vez fue en la noche de 21 de diciembre de 2012.” (sic). “Asimismo, las violaciones ocurrieron en el cuarto de la víctima, en la ducha, en el baño, en el Cañal...” (sic), afirmaciones que no se encontrarían acreditadas en ninguna prueba, así como el hecho de que ninguna de las atestaciones de los testigos, lo incrimina como autor del hecho e incluso en la misma acusación se hace referencia a datos que no se tiene certeza de cuándo ocurrieron. La aplicación que se pretende, es la anulación de la sentencia disponiendo el reenvío; toda vez, que el tribunal de alzada no puede revalorizar prueba; c) Acusa la incongruencia entre la sentencia y las acusaciones fiscal y particular, defecto previsto en el inc. 11) del art. 370 del C.P.P., por infracción al art. 362 del mismo cuerpo legal y vulneración del debido proceso, porque de ambas acusaciones no se establece la utilización de engaños, la violación a la menor en todos santos, aprovechando la embriaguez de sus tres tías, extremo éste que vulnera el principio de congruencia, al no estar respaldada por las pruebas como el informe psicológico, el dictamen del IDIF, que la prueba producida no refiere el abuso sexual, sino un intento de sacar el buzo y otras cosas, incongruencias que dejan en zozobra su persona de qué hechos fue condenado. La aplicación que se pretende al haberse incurrido en incongruencias entre la sentencia y las acusaciones fiscal y particular, es la aplicación del art. 413 del C.P.P., se disponga la anulación total de la sentencia y el reenvío del proceso.

II.3.- Providencia de 12 de enero de 2015.

Presentada la apelación restringida, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, emitió la providencia de 12 de enero de 2015, por la que en aplicación del art. 408 del C.P.P., segundo párrafo, observó el segundo motivo de apelación, con el argumento de no haberse indicado las normas vulneradas o erróneamente aplicadas, ni la aplicación pretendida; asimismo, en el tercer motivo, en el que si bien se señaló la norma vulnerada, se incurrió en confusión en cuanto a la forma de la resolución del tribunal de alzada con la aplicación que se pretendía de la norma acusada de vulnerada, por lo que en aplicación del art. 399 del C.P.P., concedió al apelante el término de tres días para su subsanación.

II.4.- Del memorial de 19 de enero de 2015.

El acusado, refiere con relación a su recurso de apelación restringida, argumentando en el segundo motivo, que la norma vulnerada es la garantía de certeza acusatoria, prevista en el art. 329 del C.P.P., toda vez, que se incluirían hechos que no fueron contemplados en las acusaciones pública y de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Padilla, que de igual manera se vulneró el art. 342 párrafo tercero del C.P.P., incurriendo en el defecto absoluto previsto en el art. 169-3) del C.P.P., que afecta el debido proceso.

En cuanto a la aplicación que se pretende, señala que al constituir un defecto absoluto no susceptible de reparación directa por el tribunal de alzada, corresponde anular totalmente la sentencia impugnada, declarando procedente este motivo y se disponga el reenvío por otro tribunal.

Con relación al tercer motivo, por la gravedad de la incongruencia, pide se declare procedente el motivo y se aplique el art. 413 del C.P.P., traducida en la nulidad total de la sentencia.

II.5.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, a través del auto de vista impugnado, declaró la improcedencia de los tres motivos del recurso de apelación restringida, en base a los siguientes fundamentos:

Respecto al primer motivo establecido en el recurso de apelación restringida, sobre defecto de sentencia de acuerdo al art. 370-6) del C.P.P., por no haber efectuado una valoración descriptiva e intelectual de la prueba producida e infracción de la norma establecida en el art. 173 del C.P.P., argumentó que de la revisión de la sentencia, el a quo procedió a reproducir las declaraciones testimoniales de cargo de Lucinda Mejías Gutiérrez de Irala, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, describió igualmente la prueba documental del Ministerio Público y Defensoría de la Niñez y Adolescencia y la prueba testimonial del imputado consistente en las declaraciones de Felicidad Loayza Rodas y Leonor Margas Mamani, así como los elementos de prueba documental presentados y producidos, además de la prueba pericial consistente en el dictamen pericial psicológico, elaborando siete conclusiones producto de la valoración de las pruebas, que acreditan los hechos acusados y juzgados; que si bien, se ha evidenciado haberse aplicado la logicidad en la asignación del valor probatorio individual de la prueba, la misma ha sido efectuada en forma desordenada y en el momento de realizarse la valoración intelectual conjunta de la prueba producida, no siendo evidente el defecto acusado, que si bien al momento de efectuar la fundamentación descriptiva de la prueba producida por las partes, le correspondía al juzgador asignar el valor correspondiente a cada una de ellas explicando el por qué se le asignaba determinado valor; sin embargo aunque de manera también desordenada, ingresa a efectuar la valoración individual y conjunta del acervo probatorio en las siete conclusiones, habiendo el tribunal a quo, procedido a explicar por qué determinado medio probatorio le mereció crédito y por qué otros no, en base a las reglas de la sana crítica relativas a la experiencia, no siendo evidente el reclamo del apelante ingresando a la apreciación conjunta y armónica del acervo probatorio respecto a los testigos de cargo y descargo, como de la prueba documental de manera coherente y entendible de acuerdo a los principios informadores de economía procesal, oralidad e inmediación.

En cuanto al segundo motivo, que alude la existencia de defecto de sentencia establecido en el art. 370-6) del C.P.P., con infracción del art. 173 del mismo Código Adjetivo Penal, sentencia basada en hechos no acreditados, el tribunal de alzada advirtió que el impugnante al hacer mención al contenido de las declaraciones de dos testigos de cargo y verificar en ellas el supuesto defecto que acusa, pretende se ingrese a revalorizar la prueba valorada por el a quo con exclusiva competencia, cuando dicha tarea le está vedada correspondiéndole tan solo a controlar el iter lógico seguido por el Juez o Tribunal de Sentencia, habiendo evidenciado que el tribunal de mérito llegó a las conclusiones no sólo en base a la compulsión de las testimoniales referidas en el recurso, sino en base esencialmente a la compulsión del dictamen pericial respecto de la credibilidad del testimonio de la víctima y de los testigos de cargo. Que el apelante, basa sus alegaciones en generalidades sobre la existencia de hechos no acreditados no discutidos en el juicio u otorgando otro sentido a la prueba, efectuando su propia valoración probatoria de las pruebas testimoniales desde una perspectiva personal, no habiéndose evidenciado ilegalidad ni ilogicidad alguna en las conclusiones del a

quo, que en su validez probatoria ha sido compulsada de manera lógica y racional, debiendo tenerse presente que tratándose de delitos de carácter sexual contra menores de edad como es el caso, de acuerdo a la uniforme jurisprudencia constitucional y doctrinal, los actos de violencia (moral, física y mecanismos de engaños) se hallan implícitos, precisamente por la falta de madurez, física, intelectual y sexual de los menores, que los coloca en estado de vulnerabilidad más aun tratándose de menores mujeres, de donde las conclusiones arribadas por el juzgador a quo, no vulneran ninguna de las reglas de la sana crítica, no siendo cierta la vulneración del art. 173 del C.P.P., por tanto, no se ha acreditado el defecto de sentencia acusado.

Con relación al tercer motivo relativo al defecto de sentencia inserto en el inc. 11) del art. 370 del C.P.P., que acusa incongruencia entre la Sentencia y la acusación con infracción del art. 362 del C.P.P., aludiendo que en la fundamentación jurídica de la sentencia, se motivó hechos referidos la violación ocurrida en la fiesta de todos santos aprovechando la embriaguez de las tías de la menor que dormían y la ocurrida el 21 de diciembre de 2012, que no se encuentran descritos en ninguna de las acusaciones, así como la utilización de supuesto engaño; el tribunal de apelación argumentó que de las acusaciones fiscal y particular y de la sentencia apelada, la fundamentación fáctica expresada responde a los hechos fácticos principales, que establecen los hechos sustanciales por los que el imputado fue sometido a proceso, habiendo desde hace varios años anteriores procedido a abusar sexualmente a la víctima, mediante amenazas y algunas veces comprándole regalos como perfumes y otros, siendo la última vez el 21 de diciembre de 2012, estableciéndose que los hechos fundamentales estuvieron fundados en violaciones reiteradas, como establece la fundamentación fáctica efectuada por el Tribunal de Sentencia, que contiene circunstancias íntimamente vinculadas como las extrañadas por el impugnante, por lo que no resulta evidente la infracción al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, porque fue condenado por haber procedido a violar en varias oportunidades a la menor, no habiendo sido juzgado y menos condenado por hechos distintos a los aludidos en las acusaciones, por lo que no advirtió la existencia de infracción al principio de congruencia alegado por el recurrente, tampoco infracción del art. 362 del C.P.P., menos el defecto de sentencia previsto en el art. 370-11) del C.P.P.

III. Verificación de la vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En el caso presente el imputado denuncia de incongruencia omisiva porque el tribunal de alzada no se hubiese pronunciado respecto a los reclamos realizados en apelación restringida, sobre la falta de valoración individual de la prueba testifical, que la sentencia está basada en hechos que nunca fueron acreditados y no consignados en la acusación del Ministerio Público; y, de incongruencia entre la sentencia y las acusaciones fiscal y particular, reclamada en apelación, en vulneración a sus derechos al debido proceso, tutela judicial efectiva y de contar con una resolución motivada; en consecuencia, corresponde resolver la problemática planteada, a cuyo efecto resulta pertinente realizar algunas consideraciones de orden doctrinal y normativo, respecto a la temática que se denuncia, para luego ingresar al análisis del caso en concreto.

III.1.- El derecho al debido proceso.

El debido proceso, es un derecho por el cual toda persona accede a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitir la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o tribunal, quienes deben observar los derechos fundamentales de las partes, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; la C.P.E., en sus arts. 115 y 117, reconoce y garantiza la aplicación del debido proceso al constituirse en fundamento esencial del Estado Plurinacional, que tiene entre sus fines y funciones esenciales garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella. Entre los elementos que configuran el debido proceso se encuentran: a) El derecho a la defensa; b) El derecho al juez natural; c) La garantía de presunción de inocencia; d) El derecho a ser asistido por un traductor o intérprete; e) El derecho a un proceso público; f) El derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; f) El derecho a recurrir; g) El derecho a la legalidad de la prueba; h) El derecho a la igualdad procesal de las partes; i) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; j) El derecho a la motivación y congruencia de las resoluciones; k) La garantía del non bis in ídem; l) El derecho a la valoración razonable de la prueba; ll) El derecho a la comunicación previa de la acusación; m) La concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; n) El derecho a la comunicación privada con su defensor; y, o) El derecho a que el Estado le otorgue un defensor, proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

De ello se tiene que el derecho al debido proceso es una garantía que tiene toda persona frente a la arbitrariedad judicial que garantiza que las resoluciones judiciales, no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos.

III.2.- Sobre la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva o el derecho de acceso a la justicia, es reconocido e incorporado de manera expresa en la C.P.E., de 2009, en su art. 115 dentro del capítulo dedicado a las garantías jurisdiccionales, ambos contenidos en la primera parte del texto constitucional, intitulado bases fundamentales del Estado Derechos, Deberes y Garantías; de ahí, emerge su importancia dentro de la gama de derechos y garantías que ciñen y sientan los fundamentos del Estado Plurinacional de Bolivia.

Tanto la doctrina como diversa jurisprudencia es coincidente al afirmar que la tutela judicial efectiva, consiste de manera general en la protección oportuna y realización inmediata de los derechos e intereses legítimos de las personas por parte de las autoridades que ejercen la función jurisdiccional; en consecuencia, es el derecho otorgado al ciudadano de exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional.

La jurisprudencia nacional promovida en gran manera por el Tribunal Constitucional -ahora Plurinacional-, sentó una línea uniforme sobre este derecho, que no ha sufrido modificaciones estructurales de fondo en el transcurso de los años, desarrollada -entre otras- por la opinión pronunciada por las SS.CC. Nos. 0600/2003-R de 6 de mayo, 0655/10-R de 19 de julio y 1063/11-R de 11 de julio, que sobre la tutela judicial efectiva precisó que constituye: "...la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para demandar que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada o violada que lesiona o desconoce sus derechos e intereses, a objeto de lograr, previo proceso, una decisión judicial que modifique dicha situación jurídica. Conocido también en la legislación

comparada como "derecho a la jurisdicción" (art. 24 de la Constitución Española), es un derecho de prestación que se lo ejerce conforme a los procedimientos jurisdiccionales previstos por el legislador, en los que se establecen los requisitos, condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, por lo mismo tiene como contenido esencial el libre acceso al proceso, el derecho de defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre el fondo de la pretensión planteada en la demanda, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas, el derecho de acceso a los recursos previstos por ley. Finalmente, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho al debido proceso y la igualdad procesal. (Véase la S.C. N° 1813/2010-R de 25 de octubre).

Delimitado el ámbito de protección reconocido por este Derecho, es lógico suponer que la tutela judicial efectiva no sólo comprende el acceso libre a la autoridad jurisdiccional (entendido como el inicio formal de la pretensión procesal), sino que el mismo de forma activa a lo largo de todo el proceso, debe impregnarse de la garantía del debido proceso.

De igual forma, es necesario estimar que este derecho, no puede comprenderse como absoluto e ilimitado, pues acarrearía una desmesurada como innecesaria (por tanto pernicioso) actividad procesal; en cuyo mérito, para ejercerlo debe ser armonizado con ciertas exigencias que la propia legislación contiene, como por ejemplo las formas, plazos y requisitos que la ley procesal prevea para cada supuesto en específico; un elemento importante también dentro del ejercicio de este derecho, es el hecho de que la pretensión deba tener origen en un perjuicio jurídico o agravio –ya sea de índole sustancial o formal– que pueda ser considerado como efectivamente perjudicial, para quien recurre ante la jurisdicción. Este agravio, por ejemplo, no puede constituirlo el que una decisión judicial sea aparentemente contraria a los intereses de una de las partes, sino que debe circunscribirse al resguardo de un interés legítimo en ellas, para ser reclamada a través de los medios procesales idóneos y habilitados por la norma.

III.3.- Del principio de limitación y formas de incongruencia en la resolución de alzada.

El art. 180-I de la C.P.E., entre sus principios rectores en los que fundamenta la jurisdicción ordinaria, establece la legalidad, en virtud de la cual los actos de toda autoridad que ejerce jurisdicción en nombre del Estado, se hallan sometidos a la Constitución, leyes y tratados internacionales.

En virtud de este principio de legalidad, los tribunales de alzada asumen competencia funcional, únicamente sobre los aspectos cuestionados de la resolución, conforme lo dispuesto por los arts. 398 del C.P.P., y 17-II de la L.O.J., disposiciones legales inspiradas en el principio de limitación, en virtud del cual el tribunal de alzada no puede desbordar la propuesta formulada por el impugnante en su recurso de apelación restringida; es decir, que el ad quem, sólo debe pronunciarse sobre los motivos de impugnación en los que se fundó el recurso de apelación restringida, sin tener la posibilidad de suplir, rectificar o complementar las falencias en que incurra el recurrente a tiempo de impugnar una sentencia y sin que pueda considerar motivos en los cuales no se fundó el recurso de apelación, aun cuando se trate de defectos absolutos, pues en caso de existir éstos, necesariamente deben ser motivo de apelación por parte del impugnante y en caso de no serlo, los mismos se tendrían por consentidos.

El incumplimiento a las normas adjetivas penales referidas precedentemente, por falta de circunscripción del tribunal de alzada a los motivos que fundaron el recurso de apelación restringida, se traduce en una incongruencia que implica vulneración del principio tantum devolutum quantum appellatum, principio que impone a la autoridad judicial, pronunciarse sólo sobre los motivos que fundaron un recurso de apelación.

En cuanto a las formas de vulneración de este principio, se tiene en primer lugar el pronunciamiento ultra petita, que hace incongruente la resolución del tribunal de alzada, por pronunciarse sobre aspectos no demandados o que no fueron motivo de apelación, desbordando los límites de su competencia a aspectos no cuestionados y los cuales llegan firmes ante el de alzada, este hecho también conocido como exceso de jurisdicción, vulnera el debido proceso por violación del principio de legalidad, pues al pronunciarse el ad quem, sobre aspectos en los que no se fundó el recurso de apelación restringida, se impide a la parte contraria a contestar de forma fundamentada, conforme lo dispuesto por el art. 408 del C.P.P., hecho que amerita la nulidad de la resolución por constituir defecto absoluto conforme lo dispuesto por el art. 169-3) del C.P.P.

Otra forma de incongruencia de una resolución y que también vulnera el principio tantum devolutum quantum appellatum, es la falta de pronunciamiento sobre todos los motivos en los que se fundó un recurso de apelación restringida, conocido como pronunciamiento infra petita o citra petita o incongruencia omisiva, que también constituye un defecto absoluto conforme lo dispuesto por el art. 169-3) del C.P.P., al dejar al impugnante en incertidumbre sobre el resultado del motivo planteado en apelación.

Estos entendimientos fueron asumidos por este tribunal mediante varios autos supremos y concretamente en referencia a las formas de incongruencia entre lo demandado y lo resuelto por los tribunales de alzada, se emitió entre otros el A.S. N° 701/2015-RRR-L de 25 de septiembre, en el que se expresó: "El debido proceso, reconocido por la Constitución Política del Estado, como derecho, garantía y principio en sus arts. 115-II, 117-I y 180-I de la C.P.E., garantiza a todo sujeto procesal, tener acceso a un pronunciamiento motivado y fundamentado, sobre todos los motivos alegados en cualquier recurso que la ley prevé, hecho conocido también como el principio de 'congruencia', que en términos simples significa la correlación que debe existir entre lo demandado y lo resuelto, y el cual está reconocido en nuestra Ley del Órgano Judicial (L. N° 025) en su art. 17-II que estipula en grado de apelación, casación o nulidad, los tribunales deberán pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos solicitados en los recursos interpuestos', así como también por el art. 398 del C.P.P., estipula 'Los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución'.

El incumplimiento a las disposiciones legales referidas precedentemente, se puede dar a través de dos situaciones, la primera sería pronunciándose sobre aspectos no demandados ultra petita, y la segunda al no pronunciarse sobre lo solicitado infra petita o citra petita; formas de resolución que vulneran el principio tantum devolutum quantum appellatum; y que constituyen una de las formas de incongruencia".

III.4.- De la congruencia de la acusación con la sentencia.

Por congruencia se comprende aquella armonía existente en una resolución entre lo pedido por las partes y la sentencia, en los términos dentro de los cuales quedó limitado el debate, sin que se pueda dejar de resolver ninguna de las cuestiones que las partes proponen, ni otorgarles más o algo distinto de lo peticionado.

Ahora bien, el principio de congruencia entre la acusación con la sentencia está referido a la imprescindible correspondencia que debe existir en materia penal, entre los hechos acusados por la acusación pública y/o particular, con los hechos por los que se condena en sentencia, como establece el art. 362 de la norma adjetiva penal, señalando que el imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación.

Así la calificación de los hechos investigados, establecida en los actos procesales precedentes a la sentencia, como la acusación privada en delitos de acción privada, resulta de carácter provisional, siendo por lo tanto susceptible de modificación por el juzgador, quien con la facultad conocida como principio de iura novit curia (el juez conoce el derecho) puede adecuar el tipo penal al hecho delictivo juzgado.

Entonces son los hechos los que deben ser probados; es decir, el hecho ilícito que se atribuye como acción u omisión del acusado, que durante la sustanciación de juicio será demostrado o no y cuyos fundamentos jurídicos y fácticos del fallo quedarán contenidos en la sentencia, este argumento quedó sentado en el A.S. N° 93 de 24 de marzo de 2011 que refiere: "Conforme a la previsión contenida en el art. 342 del Cód. Pdto. Pen., la base del juicio constituye la acusación pública o la del querellante y cuando estos sean irreconciliables el tribunal tiene la potestad de precisar los hechos sobre los cuales se abre el juicio, vale decir que lo que se juzgan son hechos, no así tipos penales o calificaciones abstractas; bajo esta precisión conceptual tanto la imputación formal como la acusación tanto pública como particular establecen una calificación provisional en relación a la conducta del imputado y que la congruencia que debe existir es entre el hecho (base fáctica) y la sentencia y no así respecto a la calificación jurídica que provisionalmente contiene la acusación, teniendo el juez o tribunal, luego del desfile probatorio y del análisis de las pruebas incorporadas a juicio, realizar la 'subsunción' del hecho al tipo o tipos penales que correspondan pudiendo ser diferente al de la calificación jurídica realizada por la acusación en aplicación del principio procesal del iura novit curia y será la sentencia la que en definitiva efectúe la calificación definitiva del hecho como regla, siendo innecesario bajo el nuevo sistema procesal penal emitir una sentencia mixta condenando por unos delitos y absolviendo respecto a otros que no fueron probados en juicio, pues como se tiene señalado la calificación definitiva de la conducta punible se la efectúa en sentencia".

III.5.- Análisis del caso concreto.

Para posibilitar un mejor entendimiento y análisis ordenado de los planteamientos expresados en el recurso de casación, que convergen en una denuncia de incongruencia omisiva, en que hubiera incurrido el tribunal de alzada al no haber otorgado respuesta a los motivos expresados en el recurso de apelación restringida, es menester realizar un enfoque a esos cuestionamientos y luego precisar las respuestas que por su parte hubieren sido otorgadas por el tribunal de alzada, en cuya tarea determinar si efectivamente se presenta la carencia extrañada por el imputado o en su mérito desechar la posible existencia de defectos y vulneraciones a sus derechos y garantías constitucionales.

En esa labor, el recurso de apelación restringida del recurrente, advierte tres motivos: 1) Acusó defectuosa valoración de la prueba testifical en relación a las declaraciones de Lucinda Mejías Gutiérrez de Irala, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, que no hubieren sido valoradas en forma individual de acuerdo al art. 173 del C.P.P., para luego ser valoradas de manera conjunta y armónica; asimismo, respecto a la prueba documental, tampoco existe constancia de haber sido valorada individualmente o si se otorgó valor probatorio; 2) Denunció que la sentencia se basa en hechos no acreditados y que no se encuentran plasmados en la acusación del Ministerio Público, en sentido de que su persona hubiese abusado de la víctima en el baño, la ducha y el cuarto de la menor, utilizando engaños, aprovechando que las tías de la víctima se encontraban borrachas, sin que existan datos de cuándo hubieren ocurrido tales hechos, refiriendo la declaración de Lucinda Mejías, Senobio Irala y Goya Mejías; 3) Acusó incongruencia entre la acusación y la sentencia, al haber sido condenado por hechos distintos a los acusados en ambas acusaciones que no refieren a amenazas, engaños, intimidación para lograr el acceso carnal, la primera vez en la fiesta de todos santos aprovechando la embriaguez de sus tías que estaban durmiendo y la última vez ocurrida el 21 de diciembre de 2012.

Establecidos los motivos de la apelación restringida, el tribunal de alzada, por A.V. N° 323 de 28 de octubre, relacionó sus fundamentos, que igualmente serán analizados a efectos de determinar si responden a los planteamientos del recurso de apelación restringida o en su defecto incurrió en las situaciones defectuosas denunciadas en el recurso de casación, para cuyo efecto se pasa a examinar y resolver los motivos expresados en el recurso de casación en los siguientes términos:

En el primer motivo expresado en el recurso de casación, el recurrente denuncia que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado a la problemática planteada en el recurso de apelación restringida, en el que mencionó haber referido que la sentencia no valoró de forma individual la prueba testifical de Lucinda Mejías Gutiérrez, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, por lo que no podía haberse realizado una valoración integral y sostener su culpabilidad ante la carencia de prueba documental que sustente lo acusado.

En ese contexto, el tribunal de alzada fundamentó que de la revisión de la sentencia, el Tribunal de Sentencia reprodujo las declaraciones testimoniales de cargo de Lucina Mejías Gutiérrez de Irala, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, como la prueba documental de cargo signadas como MP-PD1, MP-PD2, MP-PD3, MP-PD4, MP-PD5, MP-PD 6, MP-PD 7 y MP-PD8, e igualmente describió la prueba testifical de descargo de Felicidad Loayza Rodas y Leonor Vargas Mamani, de la misma forma que la documental de descargo, además de la prueba pericial consistente en el dictamen pericial psicológico de 15 de agosto de 2015, de cuya labor estableció siete conclusiones, destacando en la primera conclusión la acreditación de las agresiones sexuales en contra de la víctima, en base al dictamen pericial al que le otorgó suficiente validez probatoria; asimismo, y en esta misma conclusión, consideró demostrado que las declaraciones de los testigos mencionados Lucinda Mejías, Senobio Irala y Goya Mejías, eran creíbles por la naturalidad y seguridad en sus expresiones, sustentando que

de esta manera se evidenciaba la asignación de valor probatorio individual de la prueba producida, aunque de manera desordenada, en el momento de efectuarse la valoración intelectual conjunta de la prueba, que si bien le correspondía al juzgador asignar el valor correspondiente a cada una de ellas, reiteró que aunque de manera desordenada realizó la valoración individual y conjunta de la prueba, aplicando las reglas de la sana crítica basada en la experiencia, en vinculación con la prueba pericial codificada como MP-PD6 y apreciación conjunta y armónica con el resto del acervo probatorio, al que de manera justificada le otorgó credibilidad en unos casos y en otros no, en base a los principios de oralidad e intermediación.

Los fundamentos extractados del auto de vista impugnado, constituyen la respuesta al motivo estipulado en el recurso de apelación del recurrente, que ante la observación de carencia de valoración individual a la prueba testifical, el tribunal de alzada replicó que dicho valor probatorio existe y se encuentra inmerso en la valoración probatoria intelectual conjunta realizada por el juzgador aunque de manera desordenada, pero que expresa logicidad y comprende el justificativo para otorgarles credibilidad; desmereciendo de esta forma, el motivo alegado por el recurrente en esos términos y demás fundamentos que rodean esta determinación, de donde se evidencia la existencia de respuesta puntual al agravio expresado por el recurrente, quien incriminó inclusive "...que ni siquiera consta la transcripción de sus declaraciones (...) como puede valorarse una declaración que ni siquiera se ha considerado y consta así escrito en sentencia??" (sic), aspecto que no es evidente, pues de la revisión de la sentencia en el acápite IV.- Fundamentación probatoria y conclusiones, A.- Prueba testifical.- se encuentran consignadas las declaraciones de los testigos que menciona, correspondiente a Lucinda Mejías Gutiérrez de Irala, Senobio Irala Cáceres y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, que obviamente constituye la fuente que proporciona los antecedentes para asumir conclusiones probatorias, como efectivamente realizó el juzgador a quo y acertadamente fundamentada por el tribunal de alzada. Asimismo, similar situación se advierte en cuanto a la prueba documental, centrándose en la documental MP-PD 6, consistente en el dictamen pericial psicológico, resaltando en la labor probatoria las conclusiones asumidas que acreditan las agresiones sexuales sufridas por la víctima, como efectivamente describe la sentencia en la parte conclusiones.

Es menester dejar establecido que si bien existe de parte del tribunal de alzada una respuesta fundamentada al motivo recursivo del apelante, descartando la posibilidad de una incongruencia omisiva; se tiene que el mismo auto de vista impugnado, consideró la necesidad de que en la labor de valoración probatoria, al Tribunal de Sentencia le correspondía asignar el valor correspondiente a cada una de las pruebas, explicando el por qué le asignaba determinado valor; en ese entendido, en el supuesto no admitido de consentir una supuesta falta de valoración individual probatoria en los términos del recurrente, es menester precisar que en materia penal, las nulidades procesales se encuentran reguladas a partir del art. 167 al 170 del C.P.P., siendo aplicable la sanción de nulidad cuando las partes que pretendan la nulidad o se deje sin efecto un acto o resolución, impugnen las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento con fundamento en el defecto que le causó agravio, de lo que se establece que únicamente se puede pretender la nulidad, cuando existe agravio cierto e irreparable únicamente remediable mediante la nulidad para enmendar perjuicios efectivos surgidos de la desviación de las reglas del proceso que podrían haber generado indefensión, razón por la cual, el régimen de nulidades se encuentra regulado por principios como el de legalidad o especificidad, de trascendencia y de subsanación, que guían a la autoridad jurisdiccional en su objetivo de impartir justicia y que le permite, en algunos casos, dejar pasar el incumplimiento de ciertos formalismos por su irrelevancia frente a los demás derechos y garantías protegidos; pues lo contrario, se constituirían en simples actos dilatorios.

Consecuentemente, no toda denuncia de incongruencia omisiva derivará en la decisión de parte del tribunal de casación de dejar sin efecto el auto de vista impugnado, solamente alcanzan esta categoría cuando se vislumbre una posibilidad cierta y efectiva de que dejando sin efecto el fallo, la misma va a permitir la modificación del resultado final del fallo; frente a estos casos, es una obligación de quien pretende se deje sin efecto un fallo, acreditar normativa y motivadamente el perjuicio real e irreparable ocasionado; es decir, el daño debe ser de tal magnitud, que solo pueda ser enmendado con la emisión de un nuevo fallo, pues el dejar sin efecto el auto de vista por una omisión que en el fondo no ha causado daño al recurrente; y por lo tanto, no cambiaría el resultado final del fallo, generaría una vulneración al principio de economía procesal, como en el caso presente, por lo que ante la no evidencia de efectiva vulneración de derechos o garantías constitucionales como las advertidas por el recurrente, el motivo deviene en infundado.

Respecto al segundo motivo, igualmente el recurrente acusa que el tribunal de alzada incurrió en incongruencia omisiva, por falta de respuesta puntual y expresa al segundo motivo de su apelación restringida referido a que la sentencia se encuentra basada en hechos que nunca fueron acreditados y menos estuvieron plasmados en la acusación del Ministerio Público, siendo condenado por hechos no acusados con relación al contenido de las declaraciones de las dos testigos de cargo, rehusando cumplir con la labor encomendada por el art. 398 del C.P.P.

De la revisión de la respuesta otorgada por el tribunal de alzada expresada en el Auto de Vista impugnado N° 323/2016 de 28 de octubre, en el punto II.2 del Considerando V, argumentó que el impugnante, al hacer mención al contenido de las declaraciones de los testigos Lucinda Mejías Gutiérrez y Goya Mejías Gutiérrez de Ortiz, para verificar en ellas el supuesto defecto de sentencia que acusa, pretende se ingrese a revalorizar la prueba valorada por el tribunal a quo efectuada con plena competencia y atribución, cuando dicha tarea le está vedada correspondiéndole tan solo el control lógico seguido por el Juez en la labor probatoria, por lo que del análisis de la sentencia, se evidenció que el tribunal de mérito llegó a las conclusiones no solo en base a la compulsas de las testificales de cargo, sino esencialmente a la compulsas del dictamen pericial elaborado por la psicóloga del IDIF, respecto a la credibilidad del testimonio brindado por la víctima ante dicha profesional y respecto de las deposiciones de Lucinda Mejías, Senobio Irala y Goya Mejías, que el impugnante basa su alegación en generalidades sobre la existencia de hechos no acreditados o en hechos que no fueron discutidos en el juicio, otorgando otro sentido a la prueba, efectuando su propia valoración probatoria desde una perspectiva personal de lo que entiende que se probó, enfatizando que no se evidenció ilegalidad ni ilogicidad alguna en las conclusiones formuladas por el a quo que están vinculadas y en congruencia con los hechos sostenidos en la acusación fiscal y particular objeto del litigio, que reprodujeron lo afirmado por la menor víctima y analizados en su veracidad por el peritaje psicológico elaborado por el IDIF, que en su validez probatoria, fue compulsada por el juzgador, cuya valoración fue efectuada de manera lógica y racional, agregó

señalando que tratándose de delitos de carácter sexual cometidos contra menores de edad, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina legal, los actos de violencia (moral física y mecanismos de engaños), se hallan implícitos precisamente por la falta de madurez física, intelectual y sexual que los coloca en estado de vulnerabilidad aún más tratándose de menores mujeres; por lo que las conclusiones arribadas, no contrarían las reglas de la sana crítica, no siendo evidente la vulneración del art. 173 del C.P.P., como tampoco el defecto de sentencia acusado.

En efecto, de acuerdo al sistema procesal penal boliviano, no existe la doble instancia, los jueces y Tribunales de Sentencia son los únicos que tienen facultad para valorar la prueba, así se tiene establecido en la abundante jurisprudencia emanada de este tribunal, entre ellos el A.S. N° 336 de 13 de junio de 2011: "El Tribunal de Sentencia es el único que está facultado para valorar las pruebas y el único que establece los hechos como probados, sobre la base de la observación directa e inmediata de la prueba durante el Juicio oral, público, continuo y contradictorio, para dictar sentencia en la que 'construye los hechos' y determina o define el Derecho aplicable al caso con razonamientos fundados que le permiten arribar a ese fallo. El tribunal de alzada no se encuentra facultado para valorar total o parcialmente la prueba. En ese orden, el tribunal de alzada, debe pronunciarse con relación a la fundamentación de la valoración de la prueba que efectuó el Tribunal de Sentencia, controlando si ha seguido los pasos lógicos que normalmente se aceptan como propios de un pensamiento correcto. Si esa fundamentación, siguió esos pasos lógicos y correctos, debe darlos por bien hechos, confirmando la sentencia; y no puede el tribunal de alzada fundamentar su decisión en hechos ajenos a los establecidos, probados y considerados por el Tribunal de Sentencia; cuando sea evidente la existencia de errónea aplicación de la ley, anulará la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal".

El tribunal de alzada, advirtiendo que la referencia al contenido de las declaraciones testimoniales que menciona, inducen a la realización de nueva valoración probatoria, enfatizó la prohibición de incursionar al ámbito únicamente permitido a los jueces y tribunales de sentencia; no obstante, explicó que los hechos que reflejan las circunstancias en las que la menor fue objeto de agresión sexual, se originan de las versiones dadas por los testigos y el testimonio brindado por la víctima expresada en el dictamen pericial psicológico, cuyos pormenores fueron debidamente valorados y que constituyen el ámbito que rodea a las situaciones en las que la menor fue víctima de abuso sexual por parte del acusado en reiteradas oportunidades y desde hace muchos años atrás, por lo que las circunstancias que alega el recurrente al afirmar que ni siquiera se encuentran descritos en la acusación, tampoco son evidentes, pues la descripción fáctica realizada en la acusación del Ministerio Público, expresamente manifiesta las amenazas, engaños (compra de regalos), de los que se valió el acusado para consumar las agresiones sexuales en condiciones y lugares diferentes y desde hace varios años atrás, así como la ocurrida el 21 de diciembre de 2012, en que fue tomada de la mano y arrastrada a un cañal y ser abusada sexualmente, por lo que lo sustentado por el tribunal de apelación en relación a las conclusiones arribadas por el Tribunal de Sentencia al afirmar que tiene vinculación y congruencia con los hechos sustanciales sostenidos en la acusación fiscal y particular, es el reflejo de un adecuado control jurídico realizado del sentencia y en particular responde debidamente al motivo objeto de su pronunciamiento, por lo que en esta parte tampoco se advierte vulneración alguna a los derechos y garantías del recurrente.

En cuanto al tercer motivo, el recurrente en alusión al tercer reclamo del recurso de apelación restringida, alega que denunció la existencia de incongruencia entre la sentencia y acusación, porque la acusación fiscal y particular no hicieron referencia al hecho de que su persona hubiera utilizado engaños y violado a la menor en la fiesta de todos santos aprovechando la embriaguez de sus tías y sobre el cuestionamiento del dictamen pericial que genera desconcierto al no hacer referencia del abuso sexual de la menor; reclamos sobre los que el tribunal de alzada hubiese omitido pronunciamiento, impidiendo contar con una resolución motivada.

En este punto, se advierte que el tribunal de alzada, respondió expresando que la fundamentación fáctica que consigna la sentencia, responde a los hechos fácticos principales expuestos en la acusación fiscal y particular, que destacan hechos sustanciales referidos a que por varios años anteriores, el acusado habría procedido a abusar sexualmente a la menor, utilizando amenazas, comprándole regalos y la última vez la ocurrida el 21 de diciembre de 2012, en que la víctima relató de todo lo sucedido a su tía Goya, hechos que se encuentran resumidos en la fundamentación fáctica de la sentencia, que contiene las circunstancias íntimamente vinculadas a las extrañadas por el apelante, que fueron develados por los medios probatorios producidos, dando la certeza en cuanto a fechas, momentos y circunstancias de cómo acontecieron las reiteradas vejaciones sexuales infligidas contra la víctima, no siendo evidente la infracción al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, menos juzgado y condenado por hechos distintos a los aludidos en las acusaciones.

En esa comprensión, el recurrente identificó dos hechos que en su criterio, no se encuentran contemplados en la acusación, el relativo a la utilización de engaños y la violación en ocasión de la fiesta de todos santos, que como se relacionó se tiene las respuestas fundadas en el auto de vista impugnado; en esa misma línea, corresponde afirmar que efectivamente, los hechos reclamados por el acusado, se encuentran contenidos en las acusaciones tanto del Ministerio Público como de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Municipio de Padilla, pues respecto a los engaños, se describió que en las muchas oportunidades que el acusado aprovechó para consumar el abuso sexual contra la menor, las situaciones referidas a la compra de regalos como perfumes, aprovechar la confianza y amistad con la familia y entorno de la menor, además de las amenazas de hacer daño a su madre, aflora un entendimiento de engaño que fue aprovechado por el agresor, dado al grado de minoridad que denota la víctima que implica falta de desarrollo físico, mental y sexual frente a su agresor. Y lo relativo a la ocasión de la fiesta de todos santos, se encuentra relatado en la acusación particular, que describió: "Aprovechando la amistad que mantenía con la familia y la confianza que le facilitaba acercarse a la niña todo empezó cuando falleció el tío Efraín de Daniela su abuelita y tíos hicieron todos santos a lo que entro el señor Crispín al cuarto donde estaba Daniela empezó a bajarle el pantalón y si gritaba le dijo que le haría daño a su mama Hilda y mama Erlinda y procedió a abusarla sexualmente..." (sic), relación fáctica que igualmente advierte la sentencia y conforme lo sostuvo el tribunal de alzada, constituyen circunstancias periféricas íntimamente vinculadas resultantes de la verificación de los medios probatorios que proporcionan certeza de los momentos y escenarios en los que acontecieron las reiteradas vejaciones sexuales infligidas contra la menor; de manera que, se llega a determinar que en lo tocante a este motivo, existe la correspondencia entre los hechos acusados y los hechos rescatados en la sentencia, en base al respaldo probatorio producido en el juicio oral que ameritó subsumir la conducta ilícita al tipo penal pertinente y fundar condena contra el imputado, por lo que en lo que respecta a este motivo, al no haberse vulnerado el principio de la

congruencia entre la acusación y sentencia, tampoco se vislumbra ninguna situación de infracción de derechos y garantías constitucionales, que pueda devenir en defecto absoluto invalorable.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesta por Crispín Almendras Reynaga, de fs. 656 a 672.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Sucre, 3 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



322

José Luis Muñoz Méndez y otros c/ Betty del Carmen Poma Tarqui
Difamación y otro
Distrito: La Paz

AUTO DE VISTA

La Paz, 12 de septiembre de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la Sentencia N° 043/15 de 17 de agosto de 2015 (fs. 182 a 186 vta.); el recurso de apelación interpuesto por Betty del Carmen Poma Tarqui (fs. 195 a 201 vta.); el memorial de respuesta presentado por José Luis Muñoz Méndez, Jorge Augusto Valle Vargas y María del Carmen Claire Castedo de Valle (fs. 212 a 214 vta.); la orden de remisión efectuada por el juzgado a quo, la radicatoria a este tribunal de alzada previo sorteo respectivo de Sistema IANUS y todo lo inherente al presente caso se tuvo presente; y

CONSIDERANDO: I.- Por medio de la Sentencia N° 043/2015, la Juez 5° de Sentencia en lo Penal de La Paz, Lucía Fuentes Nina, falla declarando a Betty Carmen Poma Tarqui, autora de la comisión de los delitos de calumnia e injurias, por haberse generado en el Órgano Jurisdiccional la actividad mínima probatoria que conlleva a establecer la prueba plena contra la misma imponiéndole la pena de un año y seis meses de privación de libertad, a cumplirse en el Centro de Orientación Femenino de Miraflores, más el pago de multa de 150 días en Bs 3.-, por día a favor del Consejo de la Judicatura, así como la reparación de daños y perjuicios y costas a imponerse en ejecución de sentencia, a los efectos del cómputo que prevé el art. 365 de la L. N° 1970 se establece que esta pena será computada una vez que esta sentencia cause estado.

CONSIDERANDO: II.- Notificados los sujetos procesales con la sentencia citada líneas arriba, es que se cuenta con la presentación del recurso de apelación restringida interpuesto por Betty del Carmen Poma Tarqui, pretensión que contempla los siguientes argumentos:

En primer término hace una relación de antecedentes suscitados en la presente causa, copiando la nota de 2 de julio de 2013 dirigida a la Sub Alcaldía de la Zona Sur del Departamento de La Paz, para luego señalar la errónea aplicación de la ley particularmente sobre el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., haciendo cita textual de dicha normativa, siendo que la nota de 2 de julio de 2013 la cual habría sido objeto de una mala valoración y ausencia de la sana crítica, debido a que dicha nota tiene dos partes una principal y una secundaria, en la principal se hace conocer el cumplimiento de la sanción y la otra sin relevancia que hace conocer de manera general, vaga e imprecisa que era objeto de extorsión y chantaje, restando el valor al texto íntegro de dicha nota, no tomando en cuenta la finalidad de la nota y fueron tres líneas que no demuestran nada y su fundamento es débil y ligero, ya que no está respaldado en la lógica y la razón, por consiguiente la misma debe ser reparada con la nulidad de la sentencia, así exponiendo las reglas de la sana crítica, razón, lógica y exponer el valor íntegro de dicha nota.

En otro acápite cuestiona la sentencia particularmente en fs. 185 y vta., en su segundo considerando y para tal efecto hace una copia textual de la misma, concluyendo que dicha redacción es arbitraria y no contempla fundamento alguno, debido a que la autoridad judicial a quo no fundamenta y menos explica del porque solo considera la última parte de dicha nota y no lo hace de manera íntegra por lo cual resulta contradictoria, solicitando la nulidad de la sentencia conforme el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., y se pronuncie una nueva declarando la absolución por inocencia de la acusada conforme al art. 363 del C.P.P.

Refiere que la jueza aplicó incorrectamente el art. 173 de la L. N° 1970, debido a que no justifico ni fundamento la prueba de cargo signada como la N° 5, haciendo una copia textual de la misma, señalando que dicha prueba sería intrascendente sin indicar y explicar menos fundamentar porque motivo se la considera intrascendente, pues dicha nota no causo ningún efecto, ni lesión al honor ni a la dignidad de ninguna persona, mas al contrario la misma demuestra la inocencia de la acusada, por consiguiente en la misma medida con la finalidad de corregir estos defectos es que se debe anular la sentencia apelada conforme el art. 413 del Cód. Pdto. Pen., y dictarse nueva sentencia valorándose íntegramente la prueba de cargo N° 5, y en sujeción del art. 363 de la misma Ley se pronuncie sentencia absolutoria por inocencia de la apelante.

Así también refiere, error en la aplicación del art. 124 del Cód. Pdto Pen., haciendo una copia textual de dicho articulado y en la misma medida hace una copia textual de dicha sentencia, particularmente de fs. 185 vta., para concluir que la sentencia no aplico la sana crítica y menos fundamento los motivos de hecho y derecho y las consecuencias que habría provocado dicha nota, siendo que no existió ninguna consecuencia de la misma, lesionando el debido proceso y la presunción de inocencia contemplado por el art. 116 de la C.P.E., concordante con el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., pues la juez a quo estaría presumiendo culpabilidad, y dando por ciertos hechos inexistente y no acreditados, por lo que a efectos de su corrección debe anularse dicha sentencia conforme el art. 413 del Cód. Pdto. Pen.

Señala que en el considerando de fs. 185, aplicó incorrectamente el art. 124 del C.P.P., no se realizó una fundamentación correcta pues al señalar que su persona cometió el delito de calumnia, al ser chantajada y extorsionada, ya que la misma no explica los motivos de hecho y derecho que hacen arribar a tal determinación, pues la nota es vaga y ambigua, puesto que en ningún momento se refirió con nombres y apellidos, así como tampoco explica que elementos de prueba habrían llevado a arribar tal convicción, siendo que para la corrección de este defecto es viable la anulación de la sentencia apelada conforme orienta el art. 413 del Cód. Pdto. Pen. En la misma medida cuestiona el considerando de fs. 186 de la sentencia, ya que no explica los motivos por los cuales la acusada habría afectado a la dignidad y decoro de los querellantes, sin individualizar de manera particular el supuesto daño al honor de los querellante y qué elementos de prueba acreditarían tal menoscabo, aplicando de manera incorrecta el art. 124 del Cód. Pdto. Pen., y afectos de su subsanación se hace viable la nulidad de la sentencia.

Refiere la errónea aplicación del art. 198 del Cód. Pdto. Pen., ya que dicha disposición habría servido como base para determinar la sentencia, siendo que en la etapa de juicio oral la parte querellante no ofreció ni produjo prueba testifical, no acredito de qué forma se habría lesionado a la dignidad de los querellantes y menos los mismos prestaron declaración como testigos, siendo un error de la sentencia al indicar que la misma se basa en el art. 198 de la Ley precitada, reiterando el pedido de la anulación de la sentencia conforme el art. 413 de la L. N° 1970.

En otro acápite refiere como defectos de la sentencia art. 370 del C.P.P., la errónea aplicación de la ley sustantiva por la errónea calificación de los hechos, de los tipos penales, respecto al delito de la calumnia, del cual hace una copia textual, siendo que de dicho tipo penal se debe señalar el nombre de la persona a quien se le atribuye la comisión de los delitos, sin embargo para que la apelante haya cometido dicho tipo penal debió señalar con nombre y apellido a la persona que cometió tal ilícito, sin embargo la nota de 2 de julio de 2013, simplemente habría hecho conocer el cumplimiento de la sanción administrativa, y la parte secundaria que hace conocer el chantaje y extorsión, sin indicar nombres y apellidos, ni refiriéndose de manera directa a los querellantes, que el mismo sería de conocimiento de las autoridades competentes y en consecuencia existe una mala adecuación de la conducta al tipo penal. Por lo que debe corregirse dicha sentencia anulando la misma y debe efectuarse una correcta subsunción del tipo penal. Invocando a tal efecto el A.S. N° 520 de 20 de septiembre de 2004, el cual hace referencia a que la condición sine qua non del tipo penal de calumnia es la imputación de un delito ante cualquier autoridad policial o judicial, por lo que en el presente caso no habría ocurrido tales extremos pues la apelante jamás imputo a los querellantes de manera precisa y concreta ante cualquier autoridad.

En la misma medida señala la errónea calificación del tipo penal de injuria, haciendo copia textual del mismo, cita el A.S. N° 212/2008, siendo que en el caso de autos la apelante de ninguna forma habría ofendido a la dignidad o decoro de los querellantes ya sea en forma directa o indirecta, pues la nota presentada ante las oficinas de la sub Alcaldía fue presentada con la finalidad de hacer conocer el cumplimiento de la sanción impuesta, por consiguiente existe una errónea subsunción del hecho al tipo penal, ya que reitera que jamás habría ofendido al decoro y la dignidad de los querellantes y en consecuencia debe anularse la sentencia apelada en aplicación del art. 413 del Cód. Pdto. Pen., y dictarse una nueva Sentencia absolutoria de este tipo penal. A tal efecto invoca el A.S. N° 212 de 27 de agosto de 2013, el cual hace referencia a los elementos constitutivos de dicho tipo penal sería el elemento de dolo, siendo que en el caso de autos la nota dirigida a la sub alcaldía tenía la finalidad de hacer conocer el cumplimiento de la sanción administrativa y no la de dañar la dignidad y decoro de ninguna persona. Más aun cuando en el presente caso no se actuó con dolo ni culpa pues reitera que la finalidad de la nota era la de hacer conocer el cumplimiento de la sanción impuesta.

Señala que la sentencia se basa en hechos inexistentes y la concurrencia del art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., debido a que la sentencia se basa en hechos no acreditados, ya que la misma se basa en una nota que fue enviada ante la sub Alcaldía, empero dicha nota es general que no daña la dignidad de ninguna de las personas y que la única intención era la de hacer conocer sobre el cumplimiento de la sanción administrativa, por consiguiente los querellantes no demostraron el daño a su dignidad, menos la imputación de un hecho delictivo, en la misma medida la juez a quo valoro en forma errada dicha nota que constituyo como elemento de prueba, aspecto que va en contra de la jurisprudencia invocada líneas arriba y para poder subsanar tal situación debe anularse la sentencia.

Por último infiere que la sentencia concurre el art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., relativo a la contradicción entre la parte dispositiva y la considerativa, debido a que la misma falla declarando autora de la comisión de los delitos de calumnia e injuria imponiéndole la pena de un año y seis meses de privación de libertad, más el pago de multa de 150 días en Bs 3.-, por día a favor del Consejo de la Judicatura, así como la reparación de daños y perjuicios y costas a imponerse en ejecución de sentencia, de lo descrito la contradicción radicaría ya que la sentencia

no menciona en ninguna de sus partes el daño que habría ocasionado a cada uno de los querellantes con la nota enviada, razón por la cual la juez a quo no puede imponer el pago de daños a los querellantes, existiendo una ausencia en la fundamentación y explicación de los daños ocasionados, en tal sentido la misma debe ser corregida con la anulación de la sentencia, y pronunciarse una nueva, conforme orienta el art. 363-1, 2 y 3 C.P.P.

Por lo que en merito a los fundamentos precedentes, solicita se anule la sentencia y se dicte una nueva y se pronuncie nueva sentencia absolutoria conforme dispone el art. 363-1, 2 y 3 del Cód. Pdto. Pen., sea con imposición de daños y perjuicios y costas, con las formalidades de ley.

CONSIDERANDO: III.- La autoridad judicial a quo dispone el traslado correspondiente del recurso opuesto en los de la materia, conforme a la previsión del art. 409 del Cód. Pdto. Pen., emanando la respuesta de los acusadores particulares José Luis Muñoz Méndez, Jorge Augusto Valle Vargas y María del Carmen Claire Castedo de Valle, mismo que cursa a fs. 212 a 214 vta., quienes en definitiva dejan a criterio de la autoridad la procedencia o no del mismo, con los recaudos y las formalidades de ley.

CONSIDERANDO: IV.- Puestos todos los antecedentes inherentes a la presente causa, es que este tribunal de alzada llega a las siguientes determinaciones enteramente de orden legal, constitucional y doctrinal:

1.- Imperativo manifestar que dentro de un recurso de apelación restringida para su interposición requiere el cumplimiento de ciertas formalidades y presupuestos normativos que exige la Ley Penal Adjetiva, en ese entendido es necesario identificar el cumplimiento del art. 408 de la precitada Ley, que expresa "El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia...", consiguientemente de la revisión de obrados se tiene que, la notificación con la Sentencia N° 043/2015 de 17 de agosto, a la apelante Betty del Carmen Poma Tarqui ha sido practicada el 14 de septiembre de 2015, conforme se evidenciad del formulario de notificación de fs. 188, por otro lado se tiene que la presentación del recurso de apelación ha sido el 30 de septiembre de 2015 (fs. 201vta.), en consecuencia haciendo el computo respectivo se arriba a que la presente apelación ha sido interpuesto dentro del marco legal que exige el articulado precitado y ese aspecto hace viable el análisis y consideración del mismo.

2.- Establecer que las nuevas directrices que ha establecido el Cód. Pdto. Pen., y la línea doctrinal sentada por el Tribunal de Justicia ordinaria, se puede deducir que el recurso de apelación restringida, es un recurso legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación a las normas sustantivas, en los cuales hubiere incurrido durante la sustanciación del juicio oral, público y contradictorio ante un juez o tribunal, así como errores en la sentencia los cuales se consignan en dos presupuestos esenciales "in judicando" o "in procedendo"; no siendo este el medio jerárquico para pretender hacer revalorizar al tribunal de alzada la prueba o revisar las cuestiones de hecho que hacen los jueces o tribunales inferiores, sino para preservar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la ley, caso en que necesariamente debe preservar y restablecer los derechos y garantías que se hubieran lesionado.

3.- Como primer argumento se cuestiona la errónea aplicación de la ley particularmente del art. 173 del Cód. Pdto. Pen., siendo que a la nota enviada a la Sub Alcaldía de la Zona Sur de 2 de julio de 2013, habría sido objeto de una mala valoración y ausencia de la sana crítica, debido a que dicha nota en la parte principal se hace conocer el cumplimiento de la sanción y la otra que habría sido objeto de extorsión y chantaje, restando el valor al texto íntegro de dicha nota, no tomando en cuenta la finalidad de la nota, ya que fueron tres líneas que no demuestran nada y es esa parte la que consideró la autoridad judicial a quo; cuestiona la sentencia particularmente en fs. 185 y vta., en su segundo considerando, ya que dicha redacción es arbitraria y no contempla fundamento alguno, debido a que la autoridad judicial a quo no explicó del porque solo considera la última parte de dicha nota y no lo hace de manera íntegra.

3.1.- En relación al primera parte del acápite anterior es del caso invocar el art. 173 del Cód. Pdto. Pen., que expresa "El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida", de este precepto legal se entiende que es una facultad privativa del Juez y el Tribunal de Sentencia quienes pueden asignar el valor correspondiente a los elementos de prueba producidos por los sujetos procesales en la etapa de juicio, en consecuencia dicha autoridad judicial a quo simplemente ha dado y asignado un valor probatorio a los elementos de prueba cuestionados y a ello suma el hecho de haber justificado los fundamentos de la misma en la sentencia hoy cuestionada, puesto que de la lectura de dicho acápite se tiene que la autoridad judicial a quo hace énfasis a la última parte de la nota cuestionada y no así a la primera, debido a que la parte principal pone en conocimiento a las autoridades ediles sobre el cumplimiento de la sanción administrativa, extremo que no condice y menos involucra en un proceso de una naturaleza penal, empero sí razona sobre la sindicación referido a ilícitos que contiene dicha nota. En consecuencia se tiene que el análisis arribado por la autoridad judicial a quo queda enmarcado dentro de la normativa legal.

3.2.- Con relación a la ausencia de fundamentación de la prueba de cargo signada como la N° 5, ya que se habría catalogado a dicha prueba como intranscendente sin explicar y menos fundamentar porque motivo se la considera intranscendente, pues dicha nota no causo daño, lesión al honor ni a la dignidad de ninguna persona, mas al contrario la misma demuestra la inocencia de la acusada; en este punto este tribunal de alzada invoca el A.S. N° 224/2006 de 3 de julio, el cual señala "Una forma de resolución de los autos de vista defectuosos se refiere a los casos de "revalorizar la prueba" cuando el tribunal de alzada, al resolver el recurso de apelación restringida no toma en cuenta que la "valoración probatoria" es tarea en la que la ley guarda exclusividad en cuanto a su apreciación crítica, respecto de los medios probatorios, sólo a los Jueces o Tribunales de Sentencia, conforme disponen los arts. 171 y 173 del Cód. Pdto. Pen...". En la misma vertiente también se ha pronunciado el A.S. N° 525/2004 de 20 de septiembre establece: "Que de acuerdo a la nueva concepción doctrinaria la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no es el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho que lo hacen los jueces o tribunales inferiores", bajo este lineamiento se tiene que tribunal de alzada no cuenta con la facultad de realizar una revalorización de las pruebas presentadas y producidas en la tramitación del juicio, pues de hacer posible dicha pretensión se estaría transgrediendo y violando

el principio de legalidad plasmado en el art. 180-1 con relación al principio de seguridad jurídica art. 178-I ambos contemplados en la C.P.E. Plurinacional de Bolivia; mucho más cuando tampoco se ha hecho el análisis integral de dicha prueba con todas las demás pruebas producidas en el juicio, para pretender arribar a una conclusión distinta a la arribada por la juez a quo, razonamiento que no repercute en dicho recurso.

4.- En lo que concierne a la mala aplicación del art. 124 del Cód. Pdto. Pen., siendo que la sentencia particularmente a fs. 185 vta., del cual no se aplica la sana crítica y menos fundamenta los motivos de hecho y derecho y las consecuencias que habría provocado dicha nota, ya que no existió ninguna consecuencia de la misma, dañando la presunción de inocencia contemplado por el art. 116 de la C.P.E., concordante con el art. 6 del Cód. Pdto. Pen., pues la juez a quo estaría presumiendo culpabilidad y dando por ciertos hechos inexistente y no acreditados; en relación a este punto es necesario precisar que en el caso de autos hace a una apelación restringida y no así a una incidental, en consecuencia es lógico y jurídico entender que en los de la materia existe el pronunciamiento de una sentencia como producto de la sustanciación de un juicio, oral, público y contradictorio, por consiguiente se tiene el pronunciamiento de la Sentencia N° 043/2015 de 17 de agosto, la cual es objeto de apelación, en ese contexto dicha determinación final falla declarando a Betty del Carmen Poma Tarqui, autora de la comisión de los delitos de calumnia e injuria previstos y tipificados en los arts. 283 y 287 respectivamente ambos del Cód. Pen., por consiguiente en ningún momento se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia y menos los arts. 116 de la C.P.E., y 6 del Cód. Pdto. Pen., pues se reitera que en el caso de autos a la fecha se cuenta con una sentencia condenatoria en contra de la apelante y luego de la judicialización de la prueba.

En conclusión en esta parte se tiene que la pretensión de la apelante no queda enmarcado a procedimiento y por consiguiente resulta ser inatendible tales extremos.

4.1.- En lo que respecta a la ausencia de fundamentación de la sentencia particularmente en el considerando de fs. 185 y su vta., así como la fs. 186, debido a que la misma señala que la apelante cometió el delito de calumnia al ser chantajeada y extorsionada, empero ya que la misma no explica los motivos de hecho y derecho que hacen arribar a tal determinación, pues la nota es vaga y ambigua, puesto que en ningún momento se refirió con nombres y apellidos, así como tampoco explica que elementos de prueba habrían llevado a arribar tal convicción; de este extremo es del caso remitirnos a dichas puntualizaciones de la sentencia y del cual dada su lectura responsable, racional y minuciosa, se tiene que la misma cumple con la debida fundamentación ya que la misma explica en forma clara y precisa los motivos de hecho y de derecho que fueron considerados para arribar a tal determinación, así como también explica el elemento de prueba que habría servido como base fundamental para arribar a la misma, la cual se circunscribe en la prueba documental de cargo N° 6, por consiguiente bajo este análisis sucinto se concluye que la sentencia cuenta con la fundamentación y motivación que exige el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

5.- Refiere la errónea aplicación del art. 198 del Cód. Pdto. Pen., ya que dicha disposición habría servido como base para determinar la sentencia, siendo que en la etapa de juicio oral la parte querellante no ofreció ni produjo prueba testifical y menos los mismos prestaron declaración como testigos; de este extremo es del caso señalar que si bien en la última parte de la Sentencia N° 043/15 de 17 de agosto de 2015 hoy cuestionada vía este recurso de apelación, hace mención a las disposiciones legales en las que se basa y de las cuales se extracta normas contenidas en la Constitución Política del Estado, Código Penal y Código de Procedimiento Penal, en ese entendido se contempla el artículo precitado, sin haberse producido prueba testifical y menos presentado como testigos a los querellantes en el caso de autos; en tal sentido es del caso precisar que el mismo no se constituye en un defecto absoluto, por consiguiente es necesario analizar sobre los defectos absolutos y en mérito se hace menester invocar el fallo jurisprudencia! sentado por el Tribunal Supremo de Justicia vía el A.S. N° 021/12-RRC de 14 de febrero de 2012, señalando que: "...la diferencia sustancial de los defectos absolutos y relativos, radica que el defecto absoluto, implica el quebrantamiento de la forma vinculado a la vulneración de un derecho o garantía constitucional; en cambio, en el defecto relativo al no afectar al fondo de las formas del proceso, pueden convalidarse si no fueron reclamados oportunamente, si consiguieron el fin perseguido respecto a todas las partes y cuando quien teniendo el derecho a pedir que sean subsanados, hubiera aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto defectuoso; a esto debe añadirse que las formas procesales precautelan el ejercicio de los derechos de las partes y las garantías constitucionales; en consecuencia, no se puede decretar la nulidad, sino sólo cuando hay un defecto que por haber causado una afectación a un derecho o garantía constitucional se constituye en absoluto; es decir, la nulidad no deriva sólo del quebrantamiento de la forma, pues es necesario que ese quebrantamiento haya afectado los derechos de alguna de las partes y que ésta haya demostrado el agravio para poder solicitar la anulación del acto denunciado de ilegal".

5.1.- Bajo este razonamiento de forma categórica refiere que el sujeto procesal que alegue un defecto procesal absoluto debe demostrar y acreditar la vulneración de sus derechos o garantías constitucionales, extremos y requisitos que no repercute en el presente caso, mas al contrario a consideración de este tribunal de alzada se entiende que dicho extremo denunciado constituye meramente en un defecto procesal relativo, pues se debe tomar cuenta que en los de la materia el hecho de haberse introducido el art. 198 relativo a la compulsión que señala "Si el testigo no se presenta a la primera citación, se expedirá mandamiento de aprehensión, sin perjuicio de su enjuiciamiento. Si después de comparecer se niega a declarar se dispondrá su arresto, hasta por veinticuatro horas, al término de las cuales, si persiste en su negativa se le iniciará causa penal", del cual hace meramente a la conducta adoptada por los testigos, sin embargo tal extremo, no ha generado una vulneración a los derechos y garantías constitucionales que debió acreditar la hoy apelante. En ese referido este tribunal de alzada entiende que la pretensión de la apelante es inviable debido a que el mismo no se subsume en un defecto procesal absoluto, porque tampoco razona cómo este extremo le ha causado algún agravio, y lo más importante cómo y en qué parte de la decisión ha influido a partir de un razonamiento que hubiere efectuado la juez sobre el mismo, lo que no merece mayor consideración.

6.- En lo referente a la errónea aplicación de la ley sustantiva por la mala calificación del tipo penal de calumnia, siendo que para la consumación de dicho ilícito debe señalar el nombre de la persona a quien se le atribuye la comisión de los delitos, sin embargo para que la apelante haya cometido dicho tipo penal debió señalar con nombre y apellido a la persona que cometió tal ilícito, empero de la nota de 2 de julio de 2013, simplemente habría hecho conocer el cumplimiento de la sanción y que el mismo sería de conocimiento de las autoridades competentes, en consecuencia existe una mala adecuación de la conducta al tipo penal.

6.1.- Con relación a este extremo es necesario remitirnos al Considerando de fs. 185, por el cual la autoridad judicial a quo efectúa la subsunción del hecho al tipo penal de calumnia, señalando de forma clara y precisa, realizando además el contraste intelectual de los elementos del tipo penal y de manera textual refiere "...nota en la cual de manera expresa refiere a sus denunciados que resultan ser los hoy querellantes Jorge Augusto Valle Vargas, María del Carmen Claire Castedo y José Luis Muñoz Méndez señalando de manera estricta que estos la están haciendo objeto de chantaje y extorsión y que perturban su posesión.", en consecuencia se tiene por identificados los sujetos que fueron objeto de la imputación de los ilícitos. Y en relación al A.S. N° 520 de 20 de septiembre de 2004, el cual hace referencia a que la condición sine qua non del tipo penal de calumnia es la imputación de un delito ante cualquier autoridad, por lo que en el presente caso no habría ocurrido tales extremos pues la apelante jamás imputó a los querellantes de manera precisa y concreta ante cualquier autoridad; en ese entendido y del referido auto supremo en la misma parte que copia la recurrente este señala "Tampoco se ha demostrado que los mismo hayan sido los que hubieran sacado esas publicaciones en los diferentes medios...", lo que en el presente caso no sucede por cuanto de la misma literal referida reiteradamente por la misma recurrente ella afirma ser la autora de dicha literal, empero con las consideraciones efectuadas por ella misma, además que en dicha carta consta su firma y rubrica (fs. 195 y 15), y que con el análisis precedente se tiene que en el caso de autos el mismo no es aplicable debido a que se identifica de manera particular a las víctimas del ilícito de calumnia.

7.- En la misma medida señala la mala calificación del tipo penal de Injuria, siendo que en el caso de autos la apelante jamás habría ofendido a la dignidad de los querellantes ya sea en forma directa o indirecta, pues la nota presentada ante las oficinas de la sub Alcaldía fue presentada con la finalidad de hacer conocer el cumplimiento de la sanción impuesta, por consiguiente existe una errónea subsunción del hecho al tipo penal; de ello a efectos de un mejor análisis es necesario remitirnos la sentencia apelada y para ello puntualizar la foja 186 del cual en su segundo párrafo la autoridad judicial a quo efectúa la subsunción del hecho al tipo penal y dicho razonamiento es compartido por este tribunal de alzada, ya que el actuar de la apelante se encuadra en forma concreta al tipo penal de la injuria, y por consiguiente el mismo no merece mayor abundamiento. En lo que respecta el A.S. N° 212 de 27 de agosto de 2013, el cual hace referencia a los elementos constitutivos de dicho tipo penal sería el elemento de dolo, es también del caso resaltar que la nota de 2 de julio de 2013 ha sido enviada a la Sub Alcaldía y la misma fue el medio por el cual se habría consumado tal ilícito y por consiguiente se entiende la autonomía de la voluntad en la redacción de todo el contenido de la nota. Por lo que resulta ser inaplicable al caso de autos el fallo jurisprudencial invocado.

8.- En lo que respecta a que la sentencia se basa en hechos inexistentes y no acreditados encuadrándose al art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., empero la nota de 2 de julio de 2013 es genérica y no daña la dignidad de ninguna de las personas pues la única intención era la de hacer conocer sobre el cumplimiento de la sanción administrativa, por consiguiente los querellantes no demostraron la violación de la dignidad, menos la imputación de un hecho delictivo; de este referido se debe tener presente que bajo el contraste intelectual efectuado por la autoridad judicial a quo en la sentencia y particularmente el ultimo Considerando se tiene que los extremos denunciados se alejan de la realidad, debido a que dicho acápite expresa en forma clara y precisa la consumación de los delitos de calumnia e injuria, por consiguiente se tiene que la pretensión efectuada en este punto se aleja de la realidad y la misma es inatendible.

9.- Con relación al art. 370-6) del Cód. Pdto. Pen., relativo a la incongruencia entre la parte dispositiva y la considerativa, debido a que la misma falla dictando una sentencia condenatoria por los delitos de calumnia e injuria, así como la reparación de daños y perjuicios y costas a imponerse en ejecución de sentencia, de lo descrito la contradicción radicaría ya que la sentencia no menciona en ninguna de sus partes el daño que habría ocasionado a cada uno de los querellantes con la nota enviada, razón por la cual la jueza a quo no puede imponer el pago de daños a los querellantes, existiendo una ausencia en la fundamentación y explicación de los daños ocasionados; en relación a esta cuestionante se debe tener presente que en la sustanciación de un proceso penal como tal, queda sujeto a diferentes fases procesales, por consiguiente será ante la autoridad judicial llamada por ley y en la instancia procesal correspondiente la que determinara la existencia o no del daño ocasionado, bajo la sustanciación de una demanda de reparación de daños conforme lo establece el art. 382 y ss., del Cód. Pdto. Pen., en consecuencia se tiene por no acreditado el núm. 6) del art. 370 de la Ley precitada, en la forma expuesta.

10.- Bajo todos estos fundamentos desarrollados en la presente resolución se concluye que la jueza a quo ha momento de la emisión de la sentencia apelada vía este recurso, ha obrado con criterio procesal adecuado cumpliendo con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, no generando defectos procesales, por consiguiente ello repercute en arribar a una determinación como la siguiente.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, ADMITE el recurso de apelación restringida interpuesta por Betty del Carmen Poma Tarqui por haber sido presentado en el plazo de ley, declarando IMPROCEDENTES las cuestiones planteadas, en consecuencia CONFIRMA Sentencia N° 043/15 de 17 de agosto de 2015, pronunciada por la Juez 5° de Sentencia en lo Penal de La Paz.

Asimismo en aplicación del art. 416 y 417 del Cód. Pdto. Pen., se deja establecido que el presente auto de vista es recurrible de casación dentro el plazo de cinco días computables a partir de su legal notificación.

Vocal relator: Dr. Grover Jhonn Cori Paz.

Segundo vocal: Dr. Ángel Arias Morales.

Regístrese, notifíquese.

Ante mí: Abg. Juan Alberto Flores Huanca.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 18 de octubre de 2016, cursante de fs. 247 a 251 vta., Betty del Carmen Poma Tarqui, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 72/1016 de 12 de septiembre, de fs. 228 a 233, pronunciado por la Sala Penal Tercera

del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los vocales Grover Jhonn Cori Paz y Ángel Arias Morales, dentro del proceso penal seguido por José Luis Muñoz Méndez, Jorge Augusto Valle Vargas y María Del Carmen Claire Castedo de Valle contra la recurrente, por la presunta comisión de los delitos de calumnias e injurias, previstos y sancionados por los arts. 283 y 287 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 43/2015 de 17 de agosto (fs. 182 a 186 vta.), la Juez 5° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Betty del Carmen Poma Tarqui, autora de la comisión de los delitos de calumnia e injurias, tipificados por los arts. 283 y 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de un año y seis meses de privación de libertad, además del pago de ciento cincuenta días multa a razón de Bs 3.-, por día, la reparación de daños, perjuicios y costas, a imponerse en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia, la imputada Betty del Carmen Poma Tarqui (fs. 195 a 201 vta.), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 72/2016 de 12 de septiembre, que declaró admisible e improcedentes las cuestiones planteadas y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivos del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 34/2017-RA de 20 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

1) Denuncia que el auto de vista recurrido, infringió lo establecido por los arts. 115 y 116 de la C.P.E., relativos a los derechos al debido proceso, justicia transparente, presunción de inocencia, que concuerdan con lo establecido en los arts. 124 y 173 del C.P.P., relativos a la debida fundamentación, motivación y valoración de las pruebas, hechos que tienen que ser expuestos de manera razonable por los Tribunales de Justicia en sus resoluciones, indicando que en el auto de vista recurrido, en su parte Considerativa IV, 3.2, al resolver la denuncia de falta y ausencia de fundamentación de la valoración de prueba de cargo signada como "N° 5", refiere que la juez de mérito catalogó a la referida prueba como intrascendental; no obstante, que dicha prueba demuestra claramente que su nota no tuvo repercusiones, menos causó daño o lesión a los querellantes; al respecto, el tribunal de alzada indicó que no puede revalorizar la prueba, señalando que ese extremo no fue solicitado, sino que la sentencia debería indicar, fundamentar, expresar cuáles los motivos y fundamentos para restar valor a la referida prueba, lo que no fue resuelto de manera adecuada por los de alzada, saliéndose por la tangente, incumpliendo el deber establecido en el art. 398 concordante con los arts. 124 y 173 de la norma procesal citada.

2) La recurrente reitera que el auto de vista recurrido, infringe y lesiona lo establecido por los arts. 115 y 116 de la C.P.E., relativos al derecho al debido proceso, justicia transparente, presunción de inocencia, concordante con lo establecido en los arts. 124 y 173 del C.P.P., relativos a la fundamentación, motivación, valoración de las pruebas y hechos que tienen que ser expresados por los Tribunales de Justicia; por cuanto, sobre su denuncia de que la juez de primera instancia indicó en la sentencia que con una nota general, vaga e imprecisa se habría referido a los querellantes, sin haber señalado qué daños, consecuencias o repercusiones causó su nota, presumiendo su culpabilidad con una falta de fundamentación absoluta, el tribunal de alzada mantuvo esa lógica, en la parte Considerativa IV.4 de la resolución de alzada, limitándose a indicar: "En conclusión en esta parte se tiene que la pretensión de la apelante no queda enmarcado a procedimiento y por consiguiente resulta ser inatendible tales extremos" (sic), que existe una sentencia condenatoria, se judicializó la prueba y nada más, siendo este un absurdo por ser una fundamentación fuera de lugar, sin razón jurídica, lesivo de su presunción de inocencia y del derecho al debido proceso, manteniendo la lesión y los agravios de la sentencia, incumpliendo de este modo con el art. 398 del C.P.P., al no dar un respuesta lógica, razonable y fundamentada al efecto que habría provocado su nota, por lo que le correspondía una sentencia absolutoria.

3) Por otro lado, previa transcripción de los Considerandos IV.6.1 del auto de vista recurrido, denuncia que este confirmó la errónea aplicación de la ley sustantiva, afectando al principio de legalidad penal, a través de fundamentos contradictorios; por cuanto, primero indica que su persona no mencionó a los querellantes de forma precisa y luego, líneas después, indica que se identificó a las víctimas, emitiendo fundamentos que no expresan ni mencionan el cumplimiento del requisito sine qua non de imputar ante una autoridad sea policial o judicial, falsamente la comisión de un delito para el tipo penal de calumnia, respecto a lo cual no existe fundamento en el auto de vista recurrido, expresando que a su criterio no se habría realizado una adecuada subsunción y correcta calificación de los hechos; a cuyo efecto, asevera que se mantuvo el defecto de la sentencia que vulnera su estado de inocencia.

4) Indica que el tribunal de alzada confirma su condena por el tipo penal de injurias, realizado una simple relación de la fs. 186, para concluir que comparte con el razonamiento realizado por la juez de sentencia, respecto a que encuadró su conducta al tipo penal referido; por lo tanto, no merecería mayor abundamiento en el tema, criterio que a decir de la recurrente es ligero, irracional e indebido, incumpliendo lo establecido en los arts. 124 y 173 del C.P.P.; por cuanto, al indicar en el auto de vista recurrido, que en su nota existe la autonomía de voluntad en la redacción de aquella, no explicaría dónde se encuentra el dolo en su actuar o en qué parte de la sentencia se encontraría ese análisis, debido a que para que se configure el tipo penal de Injuria, necesariamente tienen que concurrir, la intención especial de injuriar por parte del sujeto activo; es decir, necesariamente tiene que existir el dolo como elemento subjetivo, que –a juicio de la impugnante– la nota presentada a la sub alcaldía solo tenía la intención de hacer conocer el cumplimiento de la sanción administrativa y que iba a denunciar hechos a las autoridades respectivas y no tenía la intención de dañar la dignidad de ninguna persona, por lo que el hecho de haber adecuado su conducta al tipo penal 287 del Cód. Pen., es erróneo, vulnerando el auto de vista recurrido la sana crítica, porque no existe una explicación lógica, científica jurídica sobre la calificación del hecho al tipo penal referido.

5) Finalmente, señala que el tribunal de apelación no se habría pronunciado respecto al defecto de sentencia establecido en el inc. 6) del art. 370 del C.P.P., señalando que fue declarada autora de la comisión de los delitos de calumnia e injuria en la sentencia, basándose exclusivamente en la nota enviada por su persona el 2 de julio de 2013, sentenciándosele de un hecho inexistente, porque su persona no causó

daño a la dignidad de los querellantes, indica que su nota contiene un carácter general, que como única intención tiene la finalidad de hacer conocer que la sanción administrativa fue cumplida, por lo que a su criterio los querellantes no hubieren acreditado el daño ocasionado a su dignidad; aspecto que, no habría sido considerada por la juez de sentencia, pretendiendo subsanar la situación con una fundamentación parcializada, además que se habría valorado de manera defectuosa la referida nota de 2 de julio de 2013, al otorgarle otro sentido a dicha prueba.

I.1.2.- Petitorio.

La recurrente solicita se admita el recurso, se case el auto de vista recurrido y se disponga que la misma Sala emita nueva resolución, de acuerdo con los fundamentos de la doctrina legal aplicable invocada en la apelación restringida y en el recurso de casación.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 34/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 260 a 263 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por la recurrente Betty del Carmen Poma Tarqui, ante la concurrencia de presupuestos de flexibilización, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la revisión de los antecedentes venidos en casación se concluye lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 43/2015 de 17 de agosto, la Juez 5° de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Betty del Carmen Poma Tarqui, autora de la comisión de los delitos de calumnia e injurias, tipificados por los arts. 283 y 287 del Cód. Pen., imponiendo la pena de un año y seis meses de privación de libertad, además del pago de ciento cincuenta días multa a razón de Bs 3.-, por día, la reparación de daños, perjuicios y costas, a imponerse en ejecución de sentencia, con base en lo siguiente:

Hechos probados: El 2012 los querellantes denunciaron a la acusada ante el Gobierno Municipal de La Paz por construcción sin autorización municipal, proceso que terminó con la determinación de la demolición de 124.51 ms2, resolución que fue objeto de una serie de recursos y contra recursos formulados por ambas partes; posteriormente, el 2 de julio de 2013 la acusada presentó una nota dirigida a la sub alcaldía de la zona sur, donde de manera expresa señala que sus denunciantes la están haciendo objeto de chantaje y extorsión y perturban su posesión; que el 4 de febrero de 2014, la acusada presentó denuncia contra José Luis Muñoz por la presunta comisión de los delitos de estafa, amenazas, coacción y extorsión, proceso que se encuentra en trámite.

Como hechos no probados: se concluyó que los querellantes Jorge Augusto Valle Vargas y María del Carmen Claire Castedo no fueron objeto de proceso penal, que cuente con sentencia ejecutoriada por lo que se concluye y establece que los mismos hubieran incurrido en la comisión de los delitos de extorsión y/o perturbación posesión, tampoco se probó la existencia de sentencia ejecutoriada por el delito de extorsión y/o perturbación, contra José Luis Muñoz Méndez, a raíz de la denuncia formulada por la acusada.

II.2.- De la apelación restringida.

La acusada interpuso recurso de apelación restringida, denunciando errónea aplicación de la ley, señalando que el tribunal de mérito no habría observado y aplicado de manera correcta el art. 173 del C.P.P., porque no se justifica y fundamenta de manera adecuada la razón por la cual le otorga valor solamente a la segunda parte de la nota de 2 de julio de 2013, siendo que a decir de la recurrente la parte central e importante de la misma sería la primera parte, por lo que a su criterio se habría aplicado de manera errónea la sana crítica, por dar valor solo a la última parte de la misma, siendo que la intención principal de la misma habría sido comunicar que la sanción administrativa ya fue cumplida y no correspondía demolición alguna, además indica que tampoco se habría fundamentado por qué considera que la nota signada como N° 5 es intrascendente, la cual a decir de la recurrente es trascendente para la defensa, la verdad y la justicia, señalando que la referida nota no habría causado efecto alguno, menos habría lesionado derecho, honor o dignidad de persona alguna; sin embargo, la misma sería considerada intrascendente para el juez de la causa; es decir, no se habría fundamentado las consecuencias que su nota habría provocado y que no se observó el art. 124 del C.P.P.

Por otro lado, denuncia que se habría aplicado de manera errónea la ley sustantiva, respecto al tipo penal de calumnia, indicando que fue condenada por el mencionado delito, sin considerar que en la nota que fue la base de la condena, no se señala nombres o apellidos, porque en la misma se hace conocer el chantaje y extorsión que se sufrió sin indicar nombres. Respaldada en el A.S. N° 520 de 20 de septiembre, indica que para que se configure el tipo penal de calumnia la condición sine qua non, es que se impute falsamente la comisión de un delito ante autoridad policial o judicial; aspecto que, en el caso de autos no habría ocurrido, porque jamás imputó a los querellantes de manera directa, precisa y concreta la comisión de delitos ante autoridades policiales o judiciales, por lo que solicita se anule la sentencia y se dicte sentencia absolutoria, del mismo modo refiere errónea aplicación de la ley, porque a su criterio su persona no habría actuado con dolo ni culpa, reiterando que su persona en su nota no habría referido nombres o apellidos, por lo que fue condenada de manera indebida por el delito de Injurias.

Finalmente, acusa que la sentencia se basaría en hechos inexistentes, porque a su criterio su nota no habría dañado a nadie, siendo la misma general y que tiene como finalidad el hacer conocer que la sanción administrativa fue cumplida y que los querellantes no habrían acreditado el daño que sufrieron.

Concluye indicando que existiría contradicción entre la parte considerativa de la sentencia y la parte resolutive de la misma, porque en la parte resolutive se la condenó a la reparación de daños; sin embargo, en la parte considerativa no existiría explicación y consideración sobre los daños que se le hubiera causado a los querellantes.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, resolvió el recurso mediante el auto de vista impugnado, con los siguientes argumentos:

Respecto a la errónea aplicación del art. 173 del C.P.P., concluyó que justamente la segunda parte es la pertinente al caso de autos, porque en la segunda parte es donde se sindicó el referido delito. Respecto a la fundamentación para determinar a la prueba N° 5 como intrascendente, concluyó que el tribunal de alzada no es la instancia para revalorizar prueba, y que no se hace una valoración integral de dicha prueba con las demás pruebas producidas en juicio.

En cuanto a la aplicación del art. 124 del C.P.P., concluye que la base para declarar la culpabilidad de la acusada es la prueba N° 6.

Respecto a los daños, concluyo que será la autoridad judicial llamada por ley, la que determinará si existen o no daños ocasionados, bajo sustanciación de una demanda de reparación de daños conforme lo establecido por el art. 382 del C.P.P.

III. Verificación de posible vulneración de derechos y garantías constitucionales.

El presente recurso de casación, admitido por la concurrencia de los presupuestos de flexibilización, denuncia que el tribunal de alzada incurrió en: a) Falta de fundamentación suficiente respecto a las denuncias de apelación restringida, relativas a la falta y ausencia de fundamentación de la valoración de la Prueba N° 5 y a la falta de señalamiento de daños, consecuencias o repercusiones que causó la referida nota; b) Fundamentación contradictoria e incongruencia omisiva, al asumir que no mencionó a los querellantes, para luego sostener lo contrario, soslayando el requisito de la calumnia de imputar falsamente un delito ante una autoridad; c) Falta de fundamentación suficiente con relación a su denuncia de errónea subsunción de su conducta en relación al delito de Injuria; y d) Incongruencia omisiva respecto al motivo fundado en el art. 370-6) del C.P.P., por lo que corresponde resolver las problemáticas planteadas.

III.1.- Marco legal y doctrinal.

III.1.1.- Obligación de los tribunales de emitir resoluciones fundadas en derecho y motivadas adecuadamente.

Las resoluciones para su validez y eficacia, requieren cumplir determinadas formalidades, dentro las cuales se encuentra el deber de fundamentar y motivar adecuadamente las mismas; debiendo entenderse por fundamentación la obligación de emitir pronunciamiento con base en la ley y por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar las razones de la decisión asumida, vinculando la norma legal al caso concreto; al respecto, el A.S. N° 111/2012 de 11 de mayo, señaló que: "Este deber se halla sustentado en el principio lógico de la razón suficiente; al respecto, Juan Cornejo Calva, en su publicación 'Motivación como argumentación jurídica especial', señala: 'El derecho contemporáneo ha adoptado el principio de la razón suficiente como fundamento racional del deber de motivar la resolución judicial. Dicho principio vale tanto como principio ontológico cuanto como principio lógico. La aplicación o, mejor, la fiel observancia, de dicho principio en el acto intelectual de argumentar la decisión judicial no solamente es una necesidad de rigor (de exactitud y precisión en la concatenación de inferencias), sino también una garantía procesal por cuanto permite a los justificables y a sus defensores conocer el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del magistrado. Decisión que no sólo resuelve un caso concreto, sino que, además, tiene impacto en la comunidad: la que puede considerarla como referente para la resolución de casos futuros y análogos. Por lo tanto, la observancia de la razón suficiente en la fundamentación de las decisiones judiciales contribuye, también, vigorosamente a la explicación (del principio jurídico) del debido proceso que, a su vez, para garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, es inexcusable el deber de especificar por qué, para qué, cómo, qué, quien, cuando, con que, etc., se afirma o niega algo en la argumentación de una decisión judicial en el sentido decidido y no en sentido diferente. La inobservancia del principio de la razón suficiente y de los demás principios lógicos, así como de las reglas de la inferencia durante la argumentación de una resolución judicial, determina la deficiencia en la motivación, deficiencia que, a su vez, conduce a un fallo que se aparta, en todo o en parte, del sentido real de la decisión que debía corresponder al caso o lo desnaturaliza. Esa deficiencia in cogitando, si es relevante, conduce a una consecuencia negativa que se materializa en una decisión arbitraria, (injusta)."

Por otra parte, la fundamentación y motivación de resoluciones implica el deber jurídico de explicar y justificar de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida en apego al principio de congruencia, que es aquella exigencia legal que obliga a establecer una correlación total entre la pretensión de quien recurre y la decisión de la autoridad jurisdiccional; es decir, a la existencia de concordancia entre lo planteado por las partes y la decisión asumida por el juez o tribunal; pero además, exige la concordancia o coherencia entre los fundamentos de la resolución y la parte resolutoria de la misma, caso contrario, la resolución podría incurrir en vicio de incongruencia que puede ser interna o externa.

III.1.2.- Principio de congruencia.

El debido proceso, que constituye el fundamento esencial de cualquier estado de derecho, en el Estado boliviano se encuentra reconocido en sus tres dimensiones (principio, derecho y garantía), del cual a su vez devienen una serie de derechos y garantías, entre los que se encuentran el derecho a la defensa y la garantía de un juez imparcial; éstos, deben ser respetados en todo proceso judicial, a efectos de precautelar el orden público; toda vez, que las resoluciones emanadas en los procesos judiciales; si bien atienden casos particulares, su resultado debe reflejar la efectivización de todos los derechos y garantías de las que gozan las partes involucradas, brindando con ello seguridad jurídica, no sólo a los protagonistas del proceso, sino al resto de la población, que en caso de verse involucrada en una situación similar, le permitirá prever un desenlace.

En ese ámbito el principio de congruencia, es entendido como la concordancia o correspondencia que debe existir entre la petición formulada por las partes y la decisión que sobre ella tome el juez, fue definido por un sinnúmero de autores, como Devis Echandi, quien lo definió como: "el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales

formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas". (Devis Echandia, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 53).

El principio de congruencia se configura en dos modalidades: a) La primera, conocida como congruencia interna, que obliga a expresar de forma coherente todos los argumentos considerativos entre sí y de éstos con la parte resolutive; y, b) La segunda, conocida como congruencia externa, que es a la que hace referencia el autor precitado, relativa a la exigencia de correspondencia o armonía entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial. Este tipo de congruencia queda afectado en los siguientes supuestos: 1) La incongruencia omisiva o ex silentio, que se presenta cuando el órgano jurisdiccional omite contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, que es la que a decir del recurrente hubiera ocurrido en el caso de autos; 2) La incongruencia por exceso o extra petita (petitum), se produce cuando el pronunciamiento judicial excede las peticiones realizadas por el recurrente, incluyendo temas no demandados o denunciados, impidiendo a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido; y, 3) La incongruencia por error, que se da cuando en una sola resolución se incurre en las dos anteriores clases de incongruencia, entendiéndose por tanto, que el órgano judicial, por cualquier tipo de error sufrido, no resuelve sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente lo hace sobre aspectos totalmente ajenos a los planteados, dejando sin respuesta las pretensiones del recurrente.

III.2.- Análisis del caso en concreto.

La recurrente en los motivos primero y segundo denuncia, falta de fundamentación suficiente respecto a las denuncias de apelación restringida, relativas a la falta y ausencia de fundamentación de la valoración de la prueba N° 5 y la falta de señalamiento de los daños y efectos que causó la referida nota; al respecto, se observa que la resolución recurrida de casación, en su Considerando IV. 3ro. punto 3.1., concluyó que la indicada nota tiene dos partes: la primera está referida a informar sobre el cumplimiento de la sanción administrativa, parte que no es pertinente al caso que se analiza, destacando que el tribunal de sentencia hizo énfasis en la segunda parte de la nota cuestionada, porque la misma es la parte pertinente para el proceso, porque precisamente en ella parte se sindicó los ilícitos, concluyendo que el análisis de la autoridad jurisdiccional estuvo enmarcado dentro de la normativa legal.

En cuanto a que el a quo, hubiera concluido que la prueba signada como N° 5 sería intrascendente y que la misma no causó daño, lesión, al honor de alguna persona; y, que al contrario la misma demostraría la inocencia de la acusada; se observa que el tribunal de alzada concluyó indicando que esa instancia no tiene facultad para revalorizar prueba presentada y producida en el juicio; y, que tampoco se hace un análisis integral de dicha prueba con las demás pruebas producidas en juicio, para pretender llegar a una conclusión distinta a la arribada por el a quo; por otro lado; al respecto, de la revisión minuciosa de la Sentencia no se observa que el Tribunal de Sentencia hubiera calificado como intrascendente a la prueba signada como N° 5, sino respecto se observa que la indicada prueba es la prueba principal sobre la que se fundó la culpabilidad de la acusada ahora recurrente, al observarse que el a quo, en función a la indicada nota refiere que por la misma la acusada sin medir consecuencias se dio a la tarea de acusar a los querellantes, porque precisamente por la nota signada como N° 5, refiere que la están extorsionando y perturban su posesión, haciendo referencia además al chantaje; en consecuencia, se observa que no es evidente la denuncia de falta de fundamentación y motivación del auto de vista recurrido.

Respecto al segundo aspecto relativo a los daños y efectos que causó la nota, se advierte que el tribunal de alzada dejó expresamente señalado que el proceso penal queda sujeto a diferentes fases procesales, de modo que será ante la autoridad llamada por ley y en la instancia procesal correspondiente, en la que se determinará la existencia o no del daño ocasionado, bajo la sustanciación de una demanda de reparación de daños conforme lo establece el art. 382 y ss., del C.P.P., sin que dicho análisis en términos de fundamentación resulte insuficiente como sostiene la parte recurrente, al resultar claro, preciso, expreso y lógico, habida cuenta que de acuerdo al art. 14 del C.P.P., de la comisión de todo delito nace la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil encaminada a la reparación de los daños y perjuicios emergentes, que deberá ser ejercida en el proceso penal conforme las normas procesales correctamente citadas por el tribunal de alzada, una vez ejecutoriada la sentencia penal; proceso que previa actividad probatoria, derivará en una resolución judicial de rechazo de la demanda o de reparación de daños, lo que implica que en ese trámite se dilucidará la existencia o no de daños emergentes de la conducta de la parte imputada.

En relación al tercer motivo, donde denuncia que no se hubiera configurado el tipo penal de calumnia, por no haberse cumplido el presupuesto de que la acusada hubiera sindicado la comisión de los delitos ante autoridad policial o judicial; inicialmente se debe precisar que para que se configure el tipo penal de calumnia, es necesario que una persona atribuya a otra persona falsamente la comisión de un delito, a sabiendas que el referido delito no se cometió; no siendo un elemento indispensable que esa imputación sea necesariamente ante autoridad judicial o policial, como señala la recurrente, por lo se concluye que en el caso de autos la subsunción de la conducta de la acusada al tipo penal de calumnia es correcta, porque conforme se observa de la sentencia, se tiene que la acusada se dirigió a la sub alcaldía de la zona sur, precisamente por la referida nota signada como N° 5, en la que indica que es objeto de chantaje y extorsión por parte de los ahora denunciantes; y, que los mismos pretenden intimidarle y sonsacarle sumas de dinero, perturbando su posesión y uso de su propiedad; por ende, se observa que no existe errónea aplicación de la ley sustantiva, por haberse aplicado de manera correcta el art. 283 del Cód. Pen.; deviniendo en consecuencia esta denuncia en infundada al haber advertido el tribunal de alzada en el análisis referente a la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva, que la imputada en su nota de 2 de julio de 2013 identificó, a los querellantes que fueron objeto de la imputación de ilícitos, lo que a su vez demuestra que no incurrió en fundamentación contradictoria como alega la recurrente.

Respecto al cuarto motivo, porque a decir de la recurrente se hubiera aplicado de manera errónea la ley sustantiva al haber sido condenada por el delito de Injurias, siendo que a su criterio no se hubiera demostrado el dolo; se debe precisar que este delito es un agravio o ultraje de obra y de palabra, vinculada al honor de una persona, la misma se puede cometer mediante la palabra o de manera escrita; al

respecto, se reitera que el auto de vista recurrido concluyó, que en el presente caso el medio utilizado por la acusada fue la nota de 2 de julio de 2013, nota que se remite a la Sub Alcaldía de la zona Sur, donde de manera clara señala que sus denunciantes lo chantajean, extorsionan y perturban su posesión e intimación sonsacándoles sumas de dinero, actos que son reñidos contra la moral y afectan el honor de los sindicados, términos con los que la acusada trató de desacreditar a sus denunciantes menoscabando su dignidad como personas, de la referida conclusión se observa que el tribunal de alzada respondió de manera precisa y clara la denuncia en referente a que no se hubiera demostrado el dolo, observándose que la intención de desacreditar a los denunciantes se constituye en el dolo que extraña la acusada ahora recurrente; puesto que, refiere que la intención de la acusada era desacreditar a sus denunciantes menoscabando su dignidad como personas; en consecuencia, no es correcta la denuncia de la acusada en sentido que no se hubiera fundamentado el dolo para condenarle por el delito de Injurias, por lo que esta denuncia también carece de mérito.

Finalmente en el quinto motivo, referente a que no se hubiera dado respuesta a su denuncia de apelación en sentido de que fue condenada en base a hechos inexistentes o no acreditados [art. 370-6) del C.P.P.]; se precisa que esa denuncia fue respondida en el Considerando IV. Punto 8vo, en el cual el tribunal de alzada previo precisión del motivo alegado por la imputada en apelación, estableció que bajo el contraste intelectual efectuado por el juez de sentencia, los extremos denunciados se alejaban de la realidad, debido a que la sentencia expresó en forma clara y precisa la consumación de los delitos de calumnia e injuria, resultando el reclamo inatendible; argumentos éstos que denotan que el tribunal de apelación emitió el pronunciamiento extrañado cuyos argumentos no son cuestionados por la recurrente, quien únicamente alega una incongruencia omisiva inexistente, que determina que el motivo devenga en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Betty del Carmen Poma Tarqui, cursante de fs. 247 a 251 vta.

Relatora: Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 3 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



323

Ministerio Público y otro c/ Jorge Chura Alanoca
Falsedad material y otros
Distrito: La Paz

AUTO DE VISTA

La Paz, 10 de agosto de 2016.

VISTOS: En grado de apelación restringida la Resolución N° S-38/15, de 22 de septiembre de 2015 (fs. 1209 a 1213); el recurso de apelación restringida que presenta Jorge Chura Alanoca (fs. 1242 a 1248); todo lo que ver convino y se tuvo presente los fines de la resolución que se emite y;

CONSIDERANDO: Mediante Resolución N° S-38/15, de 22 de septiembre de 2015 y cursante de fs. 1209 a 1213, el Tribunal de Sentencia N° 5 de El Alto, con voto conjunto y unánime de sus miembros acepta el procedimiento abreviado y falla declarando culpable al acusado Jorge Chura Alanoca y le declara autor de la comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, descritos por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., por existir suficiente prueba que ha generado en el tribunal la convicción sobre la responsabilidad penal del acusado y le condenan a sufrir la pena privativa de libertad de 2 años de reclusión a cumplir en el Penal de San Pedro de La Paz, pena que debe finalizar el 22 de septiembre de 2017, debiendo computarse el tiempo de detención preventiva, más costas en favor del Estado y la víctima, reparación del daño en favor de la víctima a ser calificados en ejecución de sentencia. Alternativamente y en aplicación al art. 368 del C.P.P., le conceden al acusado Jorge Chura Alanoca el beneficio de perdón judicial.

CONSIDERANDO: Por memorial de fs. 1242 a 1248, Jorge Chura Alanoca, deduce recurso de apelación restringida en contra de la Resolución N° S-38/2015, lo hace bajo los términos ampliamente expuestos en dicho escrito consignando un apartado respecto a la relación de hechos, mismos que lo transcribe íntegramente, para luego pasar a la procedencia del recurso de apelación restringida acode señalaría el art.

407 del C.P.P., y en esa base invoca defectos de la sentencia como incongruencias entre la parte considerativa y resolutive que orientarían a la inobservancia y errónea aplicación de la ley.

En otro apartado habla de los errores injudicando porque la sentencia presentaría defectos como ser que la audiencia de procedimiento abreviado se había instalado en el Penal de San Pedro sin cumplir con las formalidades de ley y no se le había hecho conocer que sería sometido a dicho procedimiento; además su persona se encontraba delicado de salud por lo que había solicitado atención médica por lo que no estaba física ni mentalmente en condiciones para poder ser sometido a un acto judicial; que la L. N° 1970 en su art. 373 determina que debe existir una aceptación formal suscrita entre su persona y su abogado en la que debe explicarse en qué consiste el procedimiento abreviado ello por la falta de conocimiento de las leyes, así como aceptando los efectos que este generaría, situación no cumplida porque en ningún momento habían suscrito dicho acuerdo, ofreciendo como atestación y prueba la declaración de quien fue su abogado en audiencia de procedimiento abreviado Freddy Choque. Asimismo señala aspectos referidos a que el tribunal en forma confusa le había preguntado si deseaba salir del penal, respondiendo que si por su delicado estado de salud, sin embargo su causídico posterior a la audiencia le había hecho entender lo que implicaba que su persona acepte el procedimiento abreviado, siendo ello inobservancia a la aplicación de la ley ya que el procedimiento abreviado exige que sea en total conocimiento por parte del imputado de los efectos que posee dicho procedimiento previa solicitud de aplicación del mismo. Cuestiona también la sentencia señalando que el tribunal no habría fundamentado conforme al art. 124 del C.P.P.; asimismo el Ministerio Público habría solicitado la sanción de un año de privación de libertad sin embargo el tribunal de forma ultra perita le había impuesto la sanción de dos años en contradicción al art. 173 de la L. N° 1970 que hace a la sana crítica. En este mismo apartado habla de la recusación presentada en contra de los miembros del tribunal de sentencia quienes no se habrían allanado a dicha recusación; reitera la irregular instalación de audiencia sin notificación previa; hace conocer la denuncia por el delito de extorsión que se habría deducido en contra de los miembros del tribunal quienes habrían ya prestado sus declaraciones y por ello debieron apartarse del conocimiento del proceso, por lo que al no haberlo hecho así no adecuaron su conducta a lo establecido por procedimiento; asimismo afirma haberse contravenido el art. 359 del C.P.P., que se había inobservado la L. N° 1970 en su art. 407, atentando a sus derechos y garantías constitucionales como imputado art. 116-1 y 117-1 de la C.P.E. Señala igualmente que la sentencia presenta defectos contenidos en los num. 1), 5), 8) y 11) del art. 370 del C.P.P., resaltando la existencia de valoración errónea porque no había existido una aceptación formal y escrita por parte de su persona a someterse a procedimiento abreviado y tampoco se tenía comunicado la decisión del tribunal de señalamiento de audiencia de dicho proceso abreviado y menos la entrega de una condena mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público.

Invoca precedentes contradictorios como los A.S. Nos. 573 de 4 de octubre de 2004; 290 de 13 de septiembre de 2005; 373 de 6 de septiembre de 2006 mismos que respaldarían los arts. 119, 120 y 1 de la C.P.E.; 274 de 26 de noviembre de 2004 y 26 de 26 de enero de 2007 que respaldarían lo manifestado respecto a los num. 5) y 6) del art. 370 del C.P.P. En este mismo apartado habla que el tribunal de sentencia no adecuó en su proceder al art. 373 del C.P.P., y reitera a lo solicitado por el Ministerio Público; por lo demás invoca la S.C. N° 1975/2003-R de 24 de julio.

En su petición demanda se admita el recurso se revoque la resolución apelada y se disponga que su persona sea sometido al juicio oral, público y contradictorio. Pide señalamiento de audiencia de fundamentación y ofrece prueba.

CONSIDERANDO: Corrido en traslado el recurso antes mencionado, no se ha presentado escrito alguno de respuesta en su caso contestación, motivando que el tribunal de sentencia responsable del caso, el 30 de octubre de 2015 y como consta a fs. 1396 haya determinado la remisión del caso al tribunal de alzada, habiendo por sorteo del Sistema IANUS radicado en la sala penal tercera, sala que el 25 de noviembre de 2015, como consta a fs. 1404 ha determinado que ante el incumplimiento del recurso de apelación restringida presentado por Jorge Chura Alanoca de los arts. 407 y 408 del C.P.P., decide conceder al apelante el plazo de 3 días para que subsane y/o corrija los defectos así como omisiones de su recurso; vale decir cite concretamente las disposiciones legales que considera violadas o erróneamente aplicadas, expresando la aplicación que pretende; indique separadamente cada violación con sus fundamentos e invoque precedentes contradictorios relativos a los agravios, bajo alternativa de rechazo del recurso.

Con la determinación antes señalada se notifica al recurrente Jorge Chura Alanoca el 1 de febrero de 2016, como sale a fs. 1406, habiendo el apelante presentado el escrito de fs. 1407 a 1419, dentro el plazo concedido, en cuyo escrito se invoca los arts. 407 y 408 del C.P.P.; los presupuestos para el recurso de apelación restringida, la fundamentación de hecho y derecho resaltando defectos de la sentencia conforme al art. 370-5) y 8) del C.P.P.

Respecto al num. 5) del art. 370 del C.P.P., señala que los fundamentos del fallo no son suficientes y muchos de sus argumentos serían contradictorios y para ello transcribe el punto III del fallo y sobre lo mismo afirma que el tribunal pretendería fundamentar que su persona habría realizado un acuerdo con su abogado defensor para someterse a procedimiento abreviado, situación no acontecida porque acorde al art. 373 de la L. N° 1970 en su párrafo segundo dicho acto debe ser corroborado por un acuerdo transaccional en el que se debe aclarar, explicar y asesorar por su abogado sobre los alcances y consecuencias del procedimiento abreviado y su aceptación debe ser voluntaria además de consciente de lo señalado, otorgando la total y absoluta conformidad, lo mismo que su predisposición para someterse a dicho procedimiento y además solicitar la pena mínima por el delito cometido, situación no fundamentada adecuadamente por el tribunal. Señala asimismo que no se habría aparejado al caso el acuerdo transaccional extrañado. En la misma línea expone amplios fundamentos sobre el incumplimiento del art. 124 del C.P.P., En este mismo apartado consigna un subtítulo bajo el epígrafe de disposición legal violada señala que la sentencia habría violado derechos y garantías constitucionales y como agravio impetra la revisión del fallo, así como invoca el A.S. N° 242 de 6 de julio de 2006, por lo que se habrían violentado los arts. 171, 124 y 398 del C.P.P.; además de los arts. 115-II y II de la C.P.E., solicitando como aplicación que se pretenda la nulidad de la sentencia y se emita nueva sentencia por el tribunal siguiente en número.

En relación al num. 8) del art. 370 del C.P.P., es decir la contradicción entre la parte dispositiva y entre esta y la parte considerativa, acude también a transcribir la parte dispositiva de la sentencia apelada sobre la que el apelante afirma que el tribunal no podía aceptar el

procedimiento abreviado que su persona jamás había solicitado junto a su abogado defensor según lo estipula el art. 373-II de la L. N° 1970; además la pena estaría en franca contradicción con el pedido por el Ministerio Público aplicando una pena ultra petita agravando la pena sin fundamentación y generando contradicción entre la parte dispositiva y la considerativa. Como disposiciones legales violadas invoca el art. 373 de la L. N° 1970 porque el procedimiento abreviado debe ser procedente siempre y cuando exista un acuerdo del acusado y su defensor plasmado en un acuerdo transaccional. Invoca el principio de congruencia y con ello el A.S. N° 230 de 14 de junio de 2003, lo mismo que invoca el A.S. N° 99 de 25 de febrero de 2011, demandando como aplicación que pretende que correspondería dictar nueva sentencia.

En un tercer apartado invoca y transcribe precedentes contradictorios como los A.S. Nos. 573 de 4 de octubre de 2004 y 290 de 13 de septiembre de 2005 que hacen a la potestad de aplicar el art. 15 de la L.O.J., invoca también el A.S. N° 373 de 6 de septiembre de 2006 que hace a la finalidad del recurso de apelación restringida, así como a la aplicación del art. 15 de la L.O.J., el A.S. N° 724 de 26 de noviembre de 2004 que hace a la obligación de fundamentación de las sentencias.

Finalmente reitera la finalidad del recurso de apelación restringida e invoca la S.C. N° 1975 /2003-R de 24 de julio respecto al significado de la expresión inobservancia o errónea aplicación de la ley. Por lo que en esa base solicita se admita el recurso, declare procedente el mismo revocando la sentencia y dicte nueva sentencia conforme rige la normativa sustantiva penal al amparo de los arts. 407, 408, 409, 410, 411 y ss., de la L. N° 1970. Ofrece prueba la propia sentencia, demanda audiencia pública y consigna una serie de precedentes contradictorios.

CONSIDERANDO: Con los fundamentos y consideraciones que a continuación se dirán, se tienen los siguientes extremos de orden legal e importancia jurídica a efectos de la emisión de la resolución presente:

1.- De la lectura detallada y analítica del escrito de apelación restringida de fs. 1242 a 1248 y presentado por Jorge Chura Alanoca se desprende que el mismo evidentemente no cumple con los presupuestos de los arts. 407 y 408 del C.P.P., pese a haber citado genéricamente los num. 1), 5), 8) y 11) del art. 370 del C.P.P., no fundamenta debidamente su recurso en sentido si se trata de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, no invoca ni fundamenta cual es aquella norma legal sustantiva inobservada o erróneamente aplicada; en relación a la ausencia de fundamentación o fundamentación contradictoria de la sentencia; la contradicción entre la parte dispositiva y entre esta con la considerativa y finalmente respecto a la inobservancia de las reglas de la congruencia, tampoco se las fundamenta debidamente, no se invoca las normas legales violadas, menos se expresa la aplicación que se pretende, excepto una invocación genérica además de contradictoria respecto a la revocatoria de la sentencia y la disposición que sea sometido a un nuevo juicio, cuando si de defectos de sentencia se tratan y de ser estos acreditados debe demandarse la nulidad del fallo para el consiguiente reenvío. Empero y en base a esos datos, la sala penal tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, en estricto cumplimiento al primer párrafo del art. 399 de la L. N° 1970 ha concedido al apelante el plazo de 3 días para que subsane y / o corrija los defectos de su recurso, habiendo presentado el escrito de fs. 1407 a 1419, resaltando los fundamentos que hacen a los num. 5) y 8) del art. 370 del C.P.P., únicamente y no así respecto a los num. 1) y 11) del mismo artículo, por consiguiente y en lo que corresponde a estos numerales no se ha subsanado absolutamente nada.

1.1.- Respecto al art. 370-1) del C.P.P., que se invoca en el escrito de apelación de fs. 1242 a 1248 y de pasada en el memorial de fs. 1407 a 1419, se tiene que el apelante no ha invocado una norma legal concreta de carácter sustantiva y los escuetos argumentos expuestos en ambos escritos no hacen a este numeral. En relación al num. 11) del art. 370 de la misma L. N° 1970, es decir la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia y la acusación, ocurre un caso similar porque a más de no haberse invocado ninguna norma legal, no se ha fundamentado nada sobre este numeral, no se expresa la aplicación que se pretende en armonía con el principio de congruencia y menos se ha subsanado pese al tiempo concedido, por lo que se reitera que respecto a estos dos numerales invocados como defectos de sentencia no existe ningún razonamiento a ser expuesto por el tribunal de alzada.

2.- Lo que si se ha apelado y subsanado es lo referente al num. 5) del art. 370 del C.P.P., norma legal que enuncia: "Que no exista fundamentación en la sentencia o que esta sea insuficiente o contradictoria". Para ello el apelante resalta ambos presupuestos y sobre la ausencia de fundamentación del fallo o fundamentación insuficiente acude a resaltar que en la sentencia no se habría fundamentado debidamente aspectos referidos a la ausencia de acuerdo del acusado y su abogado para someterse al procedimiento abreviado, extraña un acuerdo transaccional en el que conste la aceptación del imputado y su defensor que debería estar fundada en la aceptación del hecho y su participación en él, incumpléndose con el art. 124 del C.P.P., y violando los arts. 171 y 398 del mismo C.P.P. En relación a la contradicción existente en la sentencia sus fundamentos orientan en similar sentido, por lo que a efectos de dilucidar la problemática planteada por el recurrente corresponde al tribunal de alzada revisar el fallo para constatar si evidentemente el mismo incumple con la obligación de fundamentar debidamente aspectos relativos al fondo y la forma de los hechos sometidos a juzgamiento y fallo correspondiente.

2.1.- En la línea anterior, de una revisión prolija del caso remitido en grado de apelación se tiene que no es evidente el argumento del apelante en sentido que para la celebración de la audiencia de procedimiento abreviado realizado en el Penal de San Pedro de La Paz no se le había hecho conocer, porque dicha audiencia había sido convocada con la antelación debida del caso ya el 15 de septiembre de 2015 conforme consta en el acta de audiencia de dicha fecha y que sale de fs. 1152 y vta., en cuya oportunidad a tiempo de suspenderse dicha audiencia se había convocado a otra precisamente a ser realizada en el centro penitenciario y el 22 de septiembre de 2015 a horas 14:30 p.m., quedando con ese señalamiento citado y emplazado el acusado a través de su abogado que se encontraba presente en audiencia. Asimismo el tribunal en aquella oportunidad ha tomado sus previsiones de rigor respecto a las citaciones y emplazamientos, oficio al director de dicho centro penitenciario y otras formalidades de rigor.

2.2.- La otra cuestionante referida al estado de salud del acusado y su imposibilidad de ser sometido a juicio, no ha sido reclamado y probado, conforme consta en el acta de audiencia pública de 22 de septiembre de 2015 cursante de fs. 1208 y vta.

2.3.- En lo que más ha incidido el acusado es que no ha aceptado formal y por escrito el someterse a procedimiento abreviado, como tampoco lo había efectuado su abogado. Reclama asimismo que no existiría ningún acuerdo transaccional para ser sometido a dicho

procedimiento, incumpléndose el art. 373 del C.P.P., Al respecto en base al principio de legalidad consagrado por el art. 180-I de la C.P.E., es decir el sometimiento a normas de la Constitución Política del Estado y la ley, en este caso la L. N° 1970, se tiene que dicho cuerpo normativo en su art. 373 establece la procedencia del procedimiento abreviado como salida alternativa, así como implícitamente contempla los requisitos y exigencias a ser cumplidas y en todas ellas no se consigna la suscripción de acuerdo transaccional alguno; sino que para la procedencia de dicho procedimiento se requiere contar con un acuerdo del imputado que bien puede ser verbal y en audiencia pública; lo mismo que de su defensor; acuerdo que debe estar fundado en la admisión del hecho y su participación en él. A su vez el art. 374 del mismo C.P.P., determina el trámite a seguir y en audiencia pública el juez debe escuchar al fiscal, imputado, víctima o querellante y comprobar la existencia del hecho y la participación del imputado; que el imputado voluntariamente renuncia al juicio oral ordinario y que el reconocimiento de culpabilidad fue libre y voluntario.

Entonces en cumplimiento de las normas legales antes mencionadas, en audiencia pública de 22 de septiembre de 2015, cuya acta cursa de fs. 1208 y vta., se tiene que no son evidentes las afirmaciones del apelante porque a más de haber estado asistido de su abogado defensor de confianza de dicha acta se concluye el cumplimiento pleno de los arts. 373 y 374 del C.P.P., es decir: a) Es el abogado del acusado quien solicita se conceda el uso de la palabra al fiscal porque habían decidido con su cliente someterse a procedimiento abreviado; b) Una vez que el fiscal expone la aplicación de dicha salida alternativa el abogado del acusado no se opone al pedido y más por el contrario orienta a la aplicación de la pena que indica sería de dos años; c) Escuchadas a las partes, el juez presidente del Tribunal de Sentencia pregunta al acusado si renuncia al juicio oral, público y contradictorio, habiéndose respondido que sí; si acepta su participación en el hecho de falsedad y el uso de instrumento falso, responde que sí acepta; también le pregunta si está de acuerdo con someterse a procedimiento abreviado, respondiendo que sí está de acuerdo y finalmente le pregunta si está de acuerdo con la pena de privación de libertad de dos años, respondiendo que sí. Por lo tanto de estos datos se extractan que consta el acuerdo del acusado, lo mismo que de su abogado, acuerdo hecho en audiencia pública y de viva voz, siendo en consecuencia dichos requisitos cumplidos que habilitaron a la procedencia del procedimiento abreviado.

2.4.- Ahora bien, en la Sentencia N° S-38/15, de 22 de septiembre de 2015, el tribunal de sentencia ha cumplido con su obligación de fundamentar debidamente dicho fallo, porque consta la fundamentación fáctica, jurídica y probatoria, en razón a que en el apartado I de la relación de hechos y circunstancias se hace constar aspectos referidos a la acusación pública presentada por el Ministerio Fiscal, a los hechos investigados y acusados, así como al detalle de las pruebas ofrecidas en dicha acusación. Se consigna igualmente un apartado III que hace al procedimiento abreviado y en el mismo consta la fundamentación también fáctica, normativa y probatoria detallando el cumplimiento pleno de los arts. 373 y 374 del C.P.P., como ha ocurrido en audiencia pública y como se ha señalado inclusive por este tribunal de alzada. Se consigna un apartado IV sobre los hechos probados y en un apartado V la valoración intelectual de las pruebas, para concluir con la fundamentación de derecho y la parte dispositiva del fallo, por tanto el tribunal a quo no sólo ha cumplido con las exigencias de los arts. 373 y 374 del C.P.P., sino que también con los arts. 124, 173 y 359 del mismo C.P.P., al haber expuesto fundamentos no sólo referentes al procedimiento abreviado, sino que también al haber valorado las pruebas ofrecidas en la acusación respecto a la participación y responsabilidad penal del acusado en los hechos por los que se emite una sentencia de condena. Es más, de dicho fallo se advierte también que cumple con los requisitos de toda sentencia que señala el art. 360 de la L. N° 1970. Otra cosa es que la ausencia de fundamentación ha sido invocada genéricamente por el apelante sin especificar qué aspectos debieron ser fundamentados, con excepción del acuerdo de su persona y su abogado de someterse a dicho procedimiento; sin embargo y conforme se ha mencionado líneas arriba el acuerdo lo dieron en audiencia pública de 22 de septiembre de 2015, en forma pública y oral, sin presión de ninguna naturaleza.

2.5.- En este apartado el apelante invoca como normas legales vulneradas los arts. 171, 124 y 398 del C.P.P., respecto al art. 171, este hace a la libertad probatoria y no se explica cómo se habría vulnerado, en su caso si hubo elementos de prueba excluidas ilegalmente. El art. 124 ya ha sido analizado líneas arriba porque se ha determinado que contrariamente a lo afirmado por el apelante el tribunal de sentencia si lo ha cumplido con la fundamentación fáctica, jurídica y probatoria; finalmente el art. 398, no podía ser vulnerado por el tribunal a quo porque se trata de una norma legal de exclusiva aplicación para el tribunal de alzada. Por lo demás y por los mismos razonamientos expuestos supra, tampoco se ha violentado las normas constitucionales invocadas.

3.- El apelante también ha subsanado el num. 8) del art. 370 del C.P.P., es decir la contradicción entre la parte dispositiva, entre esta y la considerativa, afirmando que su persona y su abogado jamás habían solicitado el procedimiento abreviado y que la pena impuesta supera a lo solicitado por el fiscal. Sobre estos dos cuestionamientos reiterar por el tribunal de alzada que se trata de argumentos no ciertos, no evidentes en el comprendido que del acta de audiencia pública de 22 de septiembre de 2015 y cursante de fs. 1208 y vta., se desprende que es el abogado del acusado, más concretamente el Freddy Gastón Choque el que hace conocer la decisión de someterse a procedimiento abreviado (cuarto párrafo de fs. 1208), por ello es que el tribunal concede el uso de la palabra al fiscal para que fundamente su solicitud y seguidamente al mismo acusado a través de su abogado y este sigue el curso del procedimiento abreviado. Por lo tanto, aquí está la prueba de la decisión asumida por el acusado y su abogado, de lo contrario bien podían haber hecho notar en la misma audiencia.

3.1.- En relación a la imposición de la pena, evidentemente el art. 374 del C.P.P., en su parte pertinente determina: "Aceptado el procedimiento la sentencia se fundará en el hecho admitido por el imputado, pero la condena no podrá superar la pena requerida por el fiscal". En esa base el argumento del apelante también resulta ser falso, porque el representante del Ministerio Público asignado al caso en audiencia pública de 22 de septiembre de 2016 demanda la aplicación de una pena de dos años, lo dice de presidio.

Sin embargo esta determinación viene precedida del pedido que ha hecho el abogado del acusado, abogado que en la misma audiencia y antes que el fiscal solicite el quantum de la pena señala que la pena por los delitos que se le está juzgado falsedad material y uso de instrumento falsificado sería de dos años, con ese acápite solicita que el Ministerio Público pueda plantear su requerimiento con esa situación a fin de beneficiarse con algún beneficio que establece el CPP.

Consiguientemente el abogado del acusado es quien orienta la aplicación de la pena privativa de libertad de dos años y el fiscal demanda la aplicación de dicha pena y en ningún momento se solicita pena menor como se afirma.

Sobre este mismo particular, preguntado el acusado respecto a que si aceptaba la pena de dos años de privación de libertad este también responde que sí. Por lo que todos estos datos orientan al tribunal de apelación a afirmar que la pena impuesta en sentencia es coherente con el pedido hecho por el Ministerio Público, además que es coherente con los ilícitos sentenciados, y coherente con el art. 374 de la L. N° 1970.

4.- Finalmente el apelante ha invocado una serie de precedentes contradictorios e inclusive transcribe muchos de ellos, sin embargo los mismos excepto los que hacen a la obligación de fundamentar y aplicar el art. 124 del C.P.P., no tienen relación con los agravios invocados por el mismo apelante. En relación a los precedentes contradictorios que tienen relación con el art. 124 del C.P.P., estos no han sido transgredidos por el tribunal a quo porque y conforme se ha señalado en las conclusiones anteriores la sentencia pronunciada en los de la materia se halla debidamente fundamentada en relación a lo puesto a consideración del tribunal de sentencia; no existiendo por consiguiente la necesidad de anular el fallo y ordenar el juicio de reenvío, más si el apelante no ha demostrado y acreditado los agravios invocados.

POR TANTO: La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, al amparo del segundo párrafo del art. 411 del C.P.P., determina ADMITIR el recurso de apelación restringida interpuesto por Jorge Chura

apelación restringida interpuesto por Jorge Chura Alanoca, al haber sido presentado en plazo, cuestionando asimismo defectos de la sentencia; sin embargo, determina declarar IMPROCEDENTE las cuestiones planteadas en dicho recurso y en su mérito CONFIRMA la Resolución N° S-38/15 de 22 de septiembre de 2015, cursante de fs. 1209 a 1213 y emitida por el Tribunal de Sentencia N° 5 de El Alto La Paz.

El presente auto de vista es recurrible de casación dentro los cinco días siguientes a su legal notificación, acorde a los arts. 416 y 417 del C.P.P.

Vocal relator: Dr. Ángel Arias Morales.

Segundo vocal: Dr. Grover Jhonn Cori Paz.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Ángel Arias Morales.- Grover Jhonn Cori Paz.

Ante mí: Abg. Juan Alberto Flores Huanca.- Secretario de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 17 de octubre de 2016, cursante de fs. 1449 a 1461, Jorge Chura Alanoca, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 63/2016 de 10 de agosto, de fs. 1433 a 1438, pronunciado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, integrada por los vocales Ángel Arias Morales y Grover Jhonn Cori Paz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Clemente Hilari Mamani contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° S-38/2015 de 22 de septiembre (fs. 1209 a 1212 vta.), el Tribunal de Sentencia N° 5 de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, mediante procedimiento abreviado, declaró a Jorge Chura Alanoca, autor de la comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, previstos y sancionados por los arts. 198, 199 y 203 del Cód. Pen., imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas a favor del Estado y de la víctima como también la reparación de daños.

b) Contra la mencionada sentencia, el imputado Jorge Chura Alanoca (fs. 1242 a 1248) interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 63/2016 de 10 de agosto, dictado por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de la Paz, que declaró admisible e improcedente el citado recurso y confirmó la sentencia apelada, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 35/2017-RA de 20 de enero, se extraen los siguientes motivos a ser analizados en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente haciendo referencia a los puntos 1), 1.1) y 2) del auto de vista impugnado, hace una exposición sobre el deber de fundamentación que debe tener toda sentencia y en qué consiste la misma, así también se refiere a la congruencia que debe existir entre lo reclamado y lo resuelto, obligación de fundamentación que está establecida en los "precedentes contradictorios", según expresa, y que el auto de vista no observó ni controló estos aspectos, ni los precedentes contradictorios, no tomó en cuenta que la sentencia lo condenó con prueba insuficiente y en base a las declaraciones infundadas y sin objetividad vertidas por la parte acusadora, razones por las cuales considera, que se debe anular la resolución de primera instancia.

Por otra parte, con relación al punto 2.1), 2.2) y 2.3) del auto de vista, el recurrente manifiesta que el presente proceso fue iniciado hace aproximadamente doce años y que ejerciendo su derecho a defensa, hubiera planteado en más de una ocasión la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, excepción que no hubiera sido resuelta; agrega que, en sus planteamientos hizo una relación de las causas

que motivaron la falta de conclusión del proceso por tanto tiempo y que él no es el responsable de las demoras, pues siempre estuvo presente en todos los actuados y que ésta se debe al Ministerio Público y a funcionarios negligentes; además el auto de vista, no tomó en cuenta la fecha del inicio del proceso penal en su contra; sin embargo, el tribunal de apelación no cumplió su deber de verificación y control sobre estos aspectos, como tampoco consideró ni observó los precedentes contradictorios sobre la materia, como tampoco realizó una fundamentación del por qué no los considera, concluye señalando que estos extremos vulneraron su derecho a la aplicación del principio de legalidad y seguridad jurídica previstos en el texto constitucional.

Revisando los incs. 2.3), 2.4), y 2.5), del memorial de casación, el recurrente afirma que el auto de vista impugnado no se pronunció con fundamentación fáctica y probatoria, en relación a los motivos de apelación restringida: la falta de valoración con reglas de sana crítica, ordenada e integral de todos los elementos probatorios, con el método de apreciación de los medios de prueba, que demuestren su culpabilidad en los hechos, sin valorarse declaraciones testimoniales de descargo, que demuestran su no participación en la presunta falsificación de votos resolutive, estableció también que existiendo duda razonable, por lo que debió ser absuelto de culpa; independientemente, de su aceptación de culpabilidad que afirma que tampoco reconoció; empero, se otorgó más importancia al procedimiento abreviado en el cual no se atendió su delicado estado de salud, menos su conocimiento del citado procedimiento o la negociación de su pena que era de un año.

Citó también el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, para referir su derecho al debido proceso con los arts. 116, 117, 118, 119 y 120 de la C.P.E., y 12 del C.P.P., conjunción de antecedentes que hacen ver que no estuvo en condición de igualdad en la valoración de sus pruebas de descargo, no tomadas en cuenta, ratificando su petición de un juicio de reenvío porque el tribunal de casación, sólo puede constatar el error incurrido y ordenar al juez o tribunal de primera instancia efectúe la valoración, estableciendo la doctrina legal aplicable al respecto.

I.1.2.- Pettitorio.

El recurrente solicita se determine legalmente la existencia de contradicción, casando el auto de vista recurrido.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 35/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 1469 a 1471 vta., este Tribunal admitió el recurso de casación formulado por el recurrente Jorge Chura Alanoca, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia S-38/2015 de 22 de septiembre, el Tribunal de Sentencia N° 5 de El Alto del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, dentro del procedimiento abreviado aceptado por el imputado y el representante del Ministerio Público, fundamentó como hechos probados los siguientes:

Se demostró que Jorge Chura Alanoca forjó en parte el Voto resolutive de la junta vecinal de Villa Yunguyo de 20 de febrero de 2005, presentado al Concejo Municipal el 21 del mismo mes y año, consistente en 14 fojas, resultando un perjuicio porque la víctima Clemente Hilari Mamani ya no tuvo acceso al terreno para una gasolinera en dicha zona, que le fue transferido mediante Ordenanza Municipal 237/2004. Asimismo, se probó que el imputado, insertó o hizo insertar en el Voto Resolutive de 20 de febrero de 2005, declaraciones falsas concernientes a hechos que el documento debía probar; es decir, 13 fojas con firmas dubitadas de vecinos con perjuicio por cuanto dicho documento debía probar que los vecinos de la indicada zona firmaron aquél documento fraguado en 13 fojas; puesto que, sólo la primera hoja es original. Igualmente, se probó que el acusado, utilizó dicho documento supuestamente firmado por los vecinos de Villa Yunguyo en la sesión del Concejo Municipal de El Alto.

Habiendo concluido que la conducta del acusado Jorge Chura Alanoca, es típicamente antijurídica, culpable, punible y se subsume plenamente a los elementos constitutivos de los tipos penales de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, vulnerando el bien jurídico protegido de la fe pública; en consecuencia, acepta el procedimiento abreviado y falla declarando culpable al acusado Jorge Chura Alanoca, condenándolo a sufrir la pena de dos años de reclusión.

II.2.- De la apelación restringida del imputado.

Jorge Chura Alanoca, interpuso recurso de apelación restringida, subsanado a través de memorial presentado el 4 de febrero de 2016 (fs. 107 a 1419) cuestionando esencialmente, que:

Como defecto de sentencia previsto en el art. 370-5) del C.P.P., argumentó que el Tribunal de Sentencia, pretende fundamentar que realizó un acuerdo con su abogado defensor para someterse a un procedimiento abreviado, lo que jamás aconteció; sin embargo, de manera arbitraria, omitieron considerar la inexistencia de un acuerdo suscrito entre él y su abogado defensor para la procedencia de un procedimiento abreviado, por lo que la sentencia que le condena a una pena de privación de libertad, está basada en una supuesta aceptación de su persona a someterse a un procedimiento abreviado; a cuyo efecto, alega el incumplimiento del art. 124 del Cód. Pen., al no emplear el acuerdo transaccional para procedimiento abreviado como elemento de la fundamentación de la Sentencia.

Como defecto de sentencia previsto en el art. 370-8) del Código Adjetivo Penal, fundamenta que de la parte dispositiva de la sentencia, se infiere que él acepta un procedimiento abreviado; empero, el tribunal no podría haber aceptado un procedimiento que su persona jamás solicitó junto a su abogado defensor, según estipula el art. 373 del Código citado. Además, la sentencia lo condenó a sufrir la pena de privación de libertad de dos años en reclusión; sin embargo, se contradice totalmente lo requerido por el Ministerio Público, quien solicitó la pena de un año de privación de libertad, constituyéndose dicha sanción en un acto ultra petita.

II.3.- Del auto de vista recurrido.

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, argumentó fundamentalmente, que el art. 373 del C.P.P., establece la procedencia del procedimiento abreviado como salida alternativa, así como implícitamente contempla los requisitos y exigencias a ser cumplidas, en las que no se consigna la suscripción de acuerdo transaccional alguno, sino que para su procedencia, se requiere contar con un acuerdo del imputado, que bien puede ser verbal y en audiencia pública, lo mismo que de su defensor, el que debe estar fundado en la admisión del hecho y su participación en él. A su vez el art. 374 del C.P.P., determina el trámite a seguir, debiendo el juez en audiencia pública, escuchar al fiscal, imputado, víctima o querellante y comprobar la existencia del hecho y la participación del imputado, que voluntariamente renuncia al juicio oral ordinario y que el reconocimiento de culpabilidad debe ser libre y voluntario.

Entonces, en cumplimiento de las normas legales citadas y conforme a la audiencia pública de 22 de septiembre de 2015, constató que las afirmaciones del apelante no son evidentes, debido a que a más de haber estado asistido de su abogado defensor de confianza, dicho profesional fue quien solicitó se conceda el uso de la palabra al fiscal, porque habían decidido con su cliente someterse a procedimiento abreviado. Una vez que el fiscal expuso la aplicación de dicha salida alternativa, el abogado de la defensa no se opuso al pedido y más al contrario, orientó a la aplicación de la pena que indicó sería de dos años. Escuchadas las partes, el juez presidente del tribunal de mérito, preguntó al acusado si renunciaba al juicio oral, público y contradictorio, si aceptaba su participación en el hecho de falsedad y el uso de instrumento falso y si estaba de acuerdo con someterse a procedimiento abreviado y con la pena privativa de libertad de dos años, habiendo respondido respecto a cada una de las cuestionantes que sí, por lo que consta el acuerdo del acusado y de su abogado, efectuado en audiencia pública y de viva voz, siendo dichos requisitos cumplidos habilitaron la procedencia del procedimiento abreviado.

Asimismo, constató que la sentencia cumplió con su obligación de fundamentar debidamente el fallo; por cuanto, contiene la fundamentación fáctica, jurídica y probatoria, consignándose un apartado que hace el procedimiento abreviado, en el que consta la fundamentación fáctica, normativa y probatoria detallando el cumplimiento pleno de los arts. 373 y 374 del C.P.P.

En relación a la imposición de la pena, establece que el argumento del apelante también resulta ser falso, porque el representante del Ministerio Público asignado al caso, en audiencia pública de 22 de septiembre de 2015, demandó la aplicación de una pena de dos años de presidio, determinación que estuvo precedida del pedido que hizo el abogado del acusado, quien en la misma audiencia y antes que el fiscal solicite el quantum de la pena, señaló que la pena por los delitos que se le estaba juzgando, falsedad material y uso de instrumento falsificado, sería de dos años, acápiteme con el que solicitó que el Ministerio Público pueda plantear su requerimiento a fin de beneficiarse con algún beneficio que establece el CPP; en consecuencia, el abogado del acusado fue quien orientó a la aplicación de la pena privativa de libertad y en ningún momento se solicitó pena menor como afirmó; inclusive el imputado, ante la pregunta de si aceptaba la pena de dos años de privación de libertad, respondió afirmativamente.

En mérito de cuyos argumentos, determinó declarar improcedentes las cuestiones planteadas y en su mérito confirmar la Sentencia recurrida.

III. Verificación de la existencia de vulneración de derechos y garantías constitucionales.

El recurrente argumenta que el tribunal de apelación, no observó ni controló los aspectos alegados en apelación, relacionados a que fue sentenciado con prueba insuficiente, con declaraciones infundadas, omitiendo realizar una debida fundamentación de las razones para mantener la decisión del tribunal de mérito, habiendo omitido pronunciarse en referencia a la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, planteado en más de una ocasión y sobre la fundamentación fáctica y probatoria sobre la falta de valoración integral y ordenada de los elementos probatorios, conforme las reglas de la sana crítica, lo que habría derivado en lesión de sus derechos al debido proceso y a la defensa; en consecuencia, corresponde verificar si la contradicción denunciada es evidente a fin de asumir la decisión adecuada.

III.1.- Del principio de preclusión.

Desde el punto de vista doctrinal, la preclusión es un instituto jurídico; en virtud del cual, la parte dentro del proceso se encuentra imposibilitada de ejercer un derecho fuera del momento oportuno en que pudo haberlo hecho; en consecuencia, una vez concluidos los términos para hacer uso de alguna actuación procesal que estaba puesta a su alcance, no resulta posible acudir a los mismos por haberse perdido dicho derecho.

Eduardo Pallares, sostiene que la preclusión: "Es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercido oportunamente y en la forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido, alguna obligación de la misma naturaleza". También, explica este autor que: "... el término judicial es el tiempo en que un acto procesal debe llevarse a cabo para tener eficacia y valor legal".

Con relación al mismo tópico, la extinta Corte Suprema de Justicia, en el A.S. N° 46 de 7 de mayo de 2006, señaló lo siguiente: "Para evitar las impugnaciones en casación sobre hechos pasados y derechos precluidos; las partes en las etapas preparatorias, intermedia del juicio oral o de los recursos y en ejecución de sentencia deben ejercer las acciones que en cada acto procesal que se encuentran previstos y los recursos que en cada etapa procesal se prevén, la omisión de uno de ellos tiene el efecto jurídico de no retroceder al acto consumado por la preclusión del derecho de la parte que no ha ejercido las acciones o recursos legales oportunamente.

(...) en la etapa preparatoria las partes directamente controlan las actividades de la investigación, cuando consideran que se ha vulnerado un precepto legal o norma constitucional tienen previsto interponer las excepciones o incidentes y los recursos ante el Fiscal y ante el juez de instrucción que tiene la facultad de controlar la legalidad y constitucionalidad de las funciones del fiscal e investigador durante la investigación. En el juicio oral, como en el caso de autos, las partes pueden interponer las excepciones, incidentes, o recursos, o hacer reserva de recurrir contra las resoluciones dictadas durante el juicio oral. En la etapa de los recursos: el de apelación restringida sirve para el control de puro derecho sobre los actos procesales y la actividad jurisdiccional, excepto en el recurso incidental donde se puede acompañar pruebas para que el tribunal de alzada pueda valorar las mismas y dictar la resolución respectiva; mientras que el recurso de casación se encuentra diseñado para uniformar la jurisprudencia penal y evitar la interpretación y aplicación contradictoria de normas adjetivas y sustantivas".

Entonces se puede concluir que, el principio de preclusión se encuentra vinculado a la oportunidad y al momento en que los sujetos procesales deban hacer uso de los recursos que la ley les franquea; por tanto, para evitar las impugnaciones en casación sobre hechos pasados y derechos precluidos, las partes procesales tienen a su alcance, en cada etapa del proceso penal, los recursos impugnatorios que deben ser ejercidos en cada una de ellas; puesto que, la omisión de uno de ellos tiene el efecto jurídico de no retroceder al acto consumado por la preclusión del derecho de la parte que no ha ejercido las acciones o recursos legales oportunamente.

En el juicio oral las partes pueden interponer las excepciones, incidentes o recursos o hacer reserva de recurrir contra las resoluciones dictadas durante el juicio oral; habida cuenta, que en la etapa de los recursos, el de apelación restringida sirve para el control de puro derecho sobre los actos procesales y la actividad jurisdiccional, excepto en el recurso incidental donde se pueden acompañar pruebas para que el tribunal de alzada pueda valorar las mismas y dictar la resolución respectiva, mientras que el recurso de casación se encuentra diseñado para uniformar la jurisprudencia penal y evitar la interpretación y aplicación contradictoria de normas adjetivas y sustantivas.

III.2.- Del tribunal de apelación y su obligación de pronunciarse sobre los aspectos específicamente denunciados en apelación.

En relación al principio de preclusión, por el que las partes procesales deben ejercer los mecanismos procesales idóneos y en el momento oportuno a fin de hacer valer sus derechos, es preciso considerar que las autoridades jurisdiccionales, tienen la obligación de resolver las cuestiones específicamente reclamadas por los sujetos procesales a través de los medios de impugnación reconocidos por ley. En ese entendido, el art. 17-II de la L.O.J., establece que en grado de apelación, casación o nulidad, los tribunales deberán pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos solicitados en los recursos interpuestos, estableciendo a su vez el art. 398 del C.P.P., que los tribunales de alzada circunscribirán sus resoluciones a los aspectos cuestionados de la resolución; es decir, se pronunciarán sobre los puntos impugnados por lo recurrentes, no pudiendo efectuar consideraciones más allá de las solicitadas (pronunciamiento ultra petita) o pronunciarse omitiendo resolver una o varias temáticas (citra petita), lo que está vinculado estrechamente con lo previsto en el art. 124 del mismo Código, que establece la obligación de fundamentación de los jueces a tiempo de resolver las cuestiones planteadas, en concordancia con el derecho al debido proceso y a los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica, consagrados por la norma fundamental.

III.3.- Del caso concreto.

De acuerdo a los argumentos genéricos contenidos en los motivos de casación se advierte que gran parte de los cuestionamientos planteados por el recurrente, resultan relativos al fondo de la sentencia y que no habrían sido advertidas por el tribunal de apelación; así como los reclamos de haber sido condenado en base a prueba insuficiente, con declaraciones infundadas, sin reparar la falta de fundamentación fáctica y probatoria sobre los elementos probatorios; y otra parte, referida a que el tribunal de apelación omitió realizar una debida fundamentación de las razones para mantener la decisión del tribunal de mérito y de pronunciarse en referencia a la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, planteada en más de una ocasión.

En ese entendido, se advierte que el recurrente no obstante haber tenido la oportunidad de formular los referidos agravios en apelación restringida, en ejercicio de su derecho a la defensa y a los principios de preclusión e impugnación, decide efectuar las referidas impugnaciones recién a tiempo de formular el recurso de casación, pretendiendo que este tribunal actúe como una instancia revisora de las actuaciones del tribunal de mérito; en cuanto, se refiere a la defectuosa valoración de prueba que alude y a una falta de resolución de un incidente de extinción de la acción penal, temáticas que nunca fueron puestas a conocimiento del tribunal de apelación a través del recurso de apelación restringida, en el que únicamente cuestionó la aplicación del procedimiento abreviado, con el fundamento de una supuesta inexistencia de acuerdo suscrito para la aplicación del citado mecanismo procesal, mas no así cuestiones relativas a la valoración probatoria y a la solicitud de extinción de la acción penal, conforme consta en los antecedentes expuestos en el punto II.2 de este auto supremo.

En mérito a ello y al deber de fundamentación que ostenta el tribunal de apelación, éste únicamente se limitó a resolver los cuestionamientos en torno a la supuesta ilegal e indebida aplicación del procedimiento abreviado al imputado, por lo que mal podría haber efectuado análisis o consideración alguna de aspectos que nunca fueron impugnados en apelación restringida y sobre los que recién el recurrente pretende su análisis en la etapa de casación, lo que no es posible procesalmente; por cuanto, cada etapa procesal está destinada a efectivizar un mecanismo de defensa idóneo y acorde a su naturaleza, no pudiendo este tribunal retrotraer etapas y actuar fuera el ámbito de su competencia, cuando es el propio recurrente quien convalidó el contenido de la sentencia (en cuanto a la valoración probatoria cuestionada) y la supuesta falta de resolución de una solicitud de extinción de la acción penal, al no haber ejercido oportunamente los mecanismos de impugnación previstos por ley; es decir, no haber cuestionado dichas temáticas en el recurso de apelación restringida, por lo que no es posible considerar lesión de derecho o garantía alguno en la emisión del auto de vista recurrido, ya que fue el propio recurrente quien omitió su obligación procesal de observar las actuaciones debidas en la etapa procesal correspondiente.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO, el recurso de casación presentado por Jorge Chura Alanoca, de fs. 1449 a 1461.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 3 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



324

Ministerio Público y otros c/ Tomás Álvaro Achacollo y otros
Robo agravado
Distrito: Oruro

AUTO DE VISTA

Oruro, 26 de agosto de 2016.

VISTOS: El recurso de apelación restringida de fs. 79 a 81, interpuesta por los imputados; Tomas Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, contra la Sentencia Condenatoria N° 07/2015 de fs. 53 a 68 del legajo, contestación de fs. 85 a 87 vta., los antecedentes del proceso, todo lo inherente, y:

CONSIDERANDO: I.- Que sobre la base de la acusación fiscal y particular, se sustancia esta causa en contra de Tomas Álvaro Achacollo, Martín Condori Mamani y Simón Nicolás Toledo, por la presunta comisión del delito de robo agravado tipificado y sancionado por el art. 332-2 del Cód. Pen., concluye con la sentencia pronunciada el 25 de febrero de 2015, que cursa a fs. 53 a 68 del cuaderno de apelación, determinando sentencia condenatoria en contra de Tomas Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, declarándoles autores de la comisión del delito de robo agravado, tipificado y sancionado por el art. 332-2) del Cód. Pen., imponiéndoles en consecuencia a la pena privativa de libertad de 3 años de reclusión, a cumplir en la Cárcel Pública de "San Pedro" de Oruro, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y la acusación particular, a ser averiguable en ejecución de sentencia.

Asimismo, en aplicación del art. 363 del C.P.P., se dicta sentencia absolutoria, absolviendo de culpa y pena al acusado Martín Condori Mamani por el delito de robo agravado, tipificado y sancionado por el art. 332-2) del Cód. Pen., acusado así por la acusación fiscal y particular, toda vez que, la prueba aportada no es suficiente para generar responsabilidad penal del imputado en el ilícito acusado.

En estricta aplicación del art. 364 del Cód. Pdto. Pen., el tribunal dispone: a) La cancelación y la cesación de todas las medidas cautelares de carácter personal asumidas en la etapa preparatoria o en los actos preparatorios y organizativos del juicio oral. Asimismo, se dispone la publicación que establece la norma procesal penal citada precedentemente. b) Sin costas de conformidad con los preceptuado por el art. 266 del Cód. Pdto. Pen.

Alternativamente, en observancia de lo que establece el art. 366 con relación a los arts. 23 y 24 del Cód. Pdto. Pen., se concede a favor de: Tomas Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo la suspensión condicional de la pena, por lo que ejecutoriada que sea la presente sentencia, deberán cumplir las siguientes condiciones y reglas:

- 1.- Quedan prohibidos de cambiar de domicilio, sin autorización del Juez de Ejecución Penal.
- 2.- Quedan prohibidos de comunicarse con la víctima y su entorno familiar, siempre que no afecte su derecho a la defensa.
- 3.- Asimismo deberán someterse a la vigilancia del juez de ejecución penal por un periodo de prueba de 1 año, debiendo presentarse ante dicha autoridad, el primer día hábil de cada mes.

Que en conocimiento de esta sentencia y notificada legalmente a los acusados Tomas Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo interponen su recurso de apelación restringida por memorial de fs. 79 a 81 contra la Sentencia N° 07/15 de 25 de febrero de 2015, pronunciada por el Tribunal de Sentencia Penal N° 1 de Oruro; con la contestación de Sofia Telma Guzmán Carpio Representante legal del Ministerio Publico por memorial de fs. 85 a 87 vta.; con dicho antecedente el tribunal inferior por la providencia de fs. 100, determina la remisión del cuaderno de apelación a conocimiento del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, posteriormente radicada el mismo ante Sala Penal Segunda, que adquiere competencia, mediante Auto de 11 de diciembre de 2015, admite el recurso interpuesto y al no existir audiencia de fundamentación oral complementaria de apelación restringida, se dispone que obrados pasen a despacho para la correspondiente resolución.

CONSIDERANDO: II.- Que del análisis de los aspectos cuestionados por los apelantes en vinculación al fallo impugnado, y lo exigido por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., este tribunal asume la conclusión siguiente:

II.1.- Enunciación del hecho y circunstancias objeto del juicio:

Que en relación a los antecedentes que dieron origen al juicio oral público continuo y contradictorio, de acuerdo al relato contenido en la sentencia, según los argumentos expuestos por parte del órgano jurisdiccional, se ilustra que: el 4 de marzo de 2007 cerca de la media noche Boris Mollinedo Butrón, Marcos Geovani Condori Coca, Martín Condori Mamani, Simón Nicolás Alvarado Toledo, Tomas Álvaro Achacollo y otros en forma conjunta habrían ingresado a los garajes de la Cooperativa Playa Verde sitio en la Localidad de Huanuni y habrían sustraído dos volquetas de las siguientes características: Clase Volqueta, Marca Volvo, Color Rojo, con placa de control N° 1391- FFE y el vehículo: Clase Volqueta, Marca Volvo, Color Azul, con Placa de Control N° 838-EEK, vehículos que fueron trasladados a Oruro con carga de

mineral que también era de propiedad de dicha institución, los motorizados y el mineral habrían sido sustraídos con la intención de apropiarse de los mismos y se desconoce al presente el paradero tanto de los minerales que fue vendido a la comercializadora "Arce Paniagua" y que de acuerdo a la cotización de la fecha del hecho alcanzaría un promedio al comercializarse de 200.000, así mismo se habrían procedido también con el robo de toda la documentación en originales de las oficinas que se encontraban en dicho edificio ubicada en la Plaza del Estudiante de Huanuni, aprovechando la oscuridad de la noche del ingenio consiguen apoderarse de los dos vehículos (volquetas) y otros. Conforme el informe de 31 de octubre de 2007, elaborado por el investigador asignado al caso Cab. Macario Montaña se tiene que a hrs. 11:45 a.m. del 31 de octubre de 2007, cuando el ciudadano Boris Mollinedo Butrón en compañía de otros pretendían tramitar una orden de traslado para Uyuni, en la división registros de vehículo, del motorizado: Clase Camión, Marca Volvo, Tipo F-12, Color Azul, Con placa de Control N° 838-EEK, que posteriormente fueron remitidos a dependencias de DIPROVE Oruro para su correspondiente investigación y fue secuestrado el vehículo de las calles final Murguía y Av. Circunvalación. El 7 de noviembre de 2007, se dispone por el Fiscal de Materia Rene Losantos Saravia la devolución del vehículo: Clase Camión, Marca Volvo, Tipo F-12, Color Azul, Con Placa de Control N° 838-EEK, nombrando como depositario a Boris Mollinedo Butrón, en su condición de residente del Consejo de Administrador de la Cooperativa Relaveros "Playa Verde" Ltda. Previo juramento de rigor y con el compromiso de cuidarlo o conservarlos, así como de exhibirlo las veces que sea necesario dentro del proceso que se investiga. Germán Berrios Yampara en su calidad de representante de la Cooperativa Relaveros "Playa Verde" en Liquidación solicita mediante memorial se ordene nuevo secuestro del vehículo: Clase Camión, Marca Volvo, Tipo F-12, Color Azul, Con Placa de Control N° 838-EEK, bajo el argumento que al presente la Dirección General de Cooperativas amparado en lo dispuesto por los arts. 102-C) y 75 del num. 3 de la Ley General de Cooperativas por medio de una R.A. N° 174/07, resuelve revocar la Personería Jurídica de las Sociedades Cooperativas, a tal efecto en Asamblea de Socios Cooperativistas se forma una comisión para su liquidación, a través del acta de 17 de junio de 2007, con la presencia de la mayoría de socios. Así mismo señala la Resolución N° 023/2007, emitida por la Prefectura del Departamento ordena el resguardo policial a todos los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a los Ex Cooperativistas, por lo que en base a estos argumentos solicita se expida nuevo mandamiento de secuestro del vehículo referido y se notifique al Depositario Boris Mollinedo Butrón. Conforme a requerimiento de 12 de noviembre de 2007 el Fiscal de Materia René Losantos Saravia requiere se revoque el Acta de Designación de Depositario de 7 de noviembre de 2007 por haberse procedido conforme lo dispuesto por los arts. 186 y 189 del Cód. Pdto. Pen.

II.2.- Fundamentos del recurso de apelación:

Que en lo más fundamental, acusa defecto de sentencia previsto en el num. 1 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.; que la sentencia se basa en errónea aplicación de la ley sustantiva, al no haber verificado la conducta al tipo penal adecuadamente y que no existe los requisitos de los elementos constitutivos del tipo en el delito de robo agravado y que no existe ni ha existido sustracción de los vehículos mencionados, fueron sacados de forma voluntaria e unánime con el consentimiento de la base que conformaba la cooperativa playa verde y que en pleno aprobaron la salida de dichos motorizados y el mineral ya de las testificales por los testigos Germán Berrios Yampara, Agapito Bravo Uzeda y el testigo extraordinario Daniel Jarro Acerico manifestaron que a la cabeza del presidente de ese entonces Boris Mollinedo Butrón venían conformando en ese entonces la directiva de la cooperativa Minera Relaveros Playa Verde, y que por el decreto de nacionalización emitido por el Gobierno una gran parte que conformaba la cooperativa ingreso a trabajar en la empresa Minera Huanuni dejando al lado el trabajo de cooperativa, es así; que en esas condiciones al mando del Boris Mollinedo Butrón se convoca a una reunión realizada el 3 de marzo de 2015, al promediar las hrs. 07:00 a.m., con la participación de 140 personas que era una parte de la cooperativa y de manera unánime se acuerda entre base y dirigencia la salida de las dos volquetas con carga de mineral con fines de trabajo de la Localidad de Pampa Grande y con fines de comercialización del mineral para colaborar con la alimentación de los cooperativistas aquella decisión fue asumida y aprobado por todos los presentes en esa reunión e inclusive unas 25 a 30 personas de la base cargaron el mineral a las dos volquetas y que en la sentencia aludida omiten considerar este extremo y que nuestras personas hubieran hecho sacar las volquetas y que la sentencia ha incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva al configurar la existencia del delito de robo agravado art. 323-2 del Cód. Pen., cuando no existe en primer lugar la sustracción de cosa ajena y que en la reunión de 3 de marzo de 2007 se aprobó la salida de estos vehículos y del mineral y que no se advirtió acto de violencia o fuerza para la salida de estos, o la intimidación sobre las personas que tenían a su cargo la custodia de estos vehículos. Y que el ministerio público no llevo a demostrar los extremos señalados y que la sentencia hoy apelada vulnero el principio de legalidad e incurrió en una inadecuada subsunción del delito. Defecto que ha surgido por errónea calificación de los hechos acusado como delito conforme el art. 370-1 de la L. N° 1970, lo que no se ha demostrado durante la sustanciación del juicio el uso de la fuerza, intimidación, cita precedentes contradictorios AA.SS. Nos. 444 de 15 de octubre de 2005, 573 de 4 de octubre de 2004, 580 de 4 de octubre de 2004 y 722 de 26 de noviembre de 2004. Y finalmente la parte apelante solicita anular la sentencia, ya que en su conducta no contiene los elementos típicos del delito atribuido a sus personas, es decir autoría en el delito de robo agravado

II.3.- Fundamentos de la resolución:

Que así planteada el problema corresponde absolver, el agravio aludido por los apelantes, el num. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que señala: "La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva" defecto de sentencia está referido a dos supuestos: a) La inobservancia de la ley sustantiva y b) La errónea aplicación de la ley sustantiva. El primer supuesto se presenta cuando la autoridad judicial no ha observado la norma, o lo que es lo mismo, ha creado causas paralelos a los establecidos en la ley, S.C. N° 1056/2003-R. nos orienta, en el segundo caso, refiere, si bien, se observa la norma, la autoridad judicial la aplica en forma errónea. En este punto corresponde puntualizar que la inobservancia de la ley o la aplicación errónea, puede ser tanto de la ley sustantiva como de la ley adjetiva; así la errónea aplicación de una norma sustantiva se da en tres circunstancias que son: 1) Una errónea calificación de los hechos (tipicidad), 2) Una errónea concreción del marco penal, 3) Una errónea fijación judicial de la pena. En cambio los supuestos de errónea aplicación de la ley adjetiva son: 1) Los defectos de procedimiento en general y 2) Los expresamente establecidos en los arts. 169 y 370 del Cód. Pdto. Pen., conforme se tiene, los supuestos previstos en los dos conceptos referidos excepto el inc. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., que alude a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Que errónea aplicación de la ley sustantiva, se da cuando no se comprueban los hechos acusados, y se aplica erróneamente la ley sustantiva, imponiendo una sanción penal. En la especie, la parte recurrente alega errónea aplicación de la ley sustantiva, al configurar la existencia del delito de robo agravado, previsto en el art. 332-2) del Cód. Pen., en criterio de los recurrentes, no existen los elementos constitutivos del tipo penal de robo agravado, porque, no existe sustracción de cosa ajena, por cuanto en ese entonces Boris Mollinedo Butrón tenía el cargo de presidente de la Cooperativa Playa Verde que, tenía todas las facultades de disposición y uso de los vehículos y de todos los bienes de la Cooperativa, toda vez que, la personería jurídica de la Cooperativa Relaveros Playa Verde, recién fue revocada mediante la R.A. N° 174/07 de 11 de junio de 2007; señala tampoco existe la violencia o la fuerza en las cosas, aún peor la intimidación en las personas; los condenados son miembros de la Cooperativa Playa Verde, es decir, con derechos sobre los bienes supuestamente sustraídos. Además, señala, el testigo nuclear de cargo Daniel Jarro Acerico, manifestó que, de manera unánime se aprobó con los participantes de base en la reunión de 3 de marzo de 2007 la salida de estos dos vehículos y del mineral, en ningún momento se advirtió acto de violencia o fuerza para la salida de estos dos vehículos, menos intimidación en las personas. Por consiguiente, señalan el tribunal de alzada podrá advertir no existe los elementos configurativos del delito de robo agravado, previsto por el art. 332-2) del Cód. Pen.

Que extremo señalando por los recurrentes, obliga al tribunal de alzada, remitimos al contenido del art. 332-2 (robo agravado) del Cód. Pen., señala: "La pena será de presidio de tres (3) a diez (10) años:

- 1) Si el robo fuere cometido con armas o encubriendo la identidad del agente.
- 2) Si fuere cometido por dos (2) o más autores.
- 3) Si fuere cometido en lugar despoblado.
- 4) Si concurriere alguna de las circunstancias señaladas en el párrafo 2 del art. 326."

De lo transcrito del artículo anotado, se tiene, el delito de robo agravado se configura cuando concurre una de las tres situaciones anotadas, y cuando concurre cualquiera de las siete situaciones señaladas en el apartado segundo del art. 326 del Cód. Pen. Por lo mismo, de lo anotada, corresponde advertir concurren o no, los elementos constitutivos del tipo penal, delito de robo agravado. En la especie. El bien jurídico protegido, es la propiedad, en el caso presente, resulta ser vehículo motorizado, consistente en dos volquetas con placas de control EEK-838 y FFE-1391, además, mineral extraído del interior miñaque también era de propiedad de la Cooperativa Playa Verde, sobre los que, los socios son propietarios en copropiedad, sobre los minerales así como sobre los vehículos, incluyendo a los recurrentes, Cooperativa situado en la Localidad de Huanuni del Departamento de Oruro. Sujeto activo: sería los recurrentes Tomas Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo; sujeto pasivo: la Cooperativa Playa Verde de Huanuni; elemento subjetivo: culpabilidad del sujeto activo sin o con dolo. En la especie, este elemento, no se halla debidamente explicada, sobre el dolo o la intención, y cual el grado de participación de cada uno de los condenados. Del relato del fallo impugnado, se advierte que, uno de los motorizados fuera secuestrado, posteriormente devuelta por el Fiscal de Materia Boris Mollinedo Butrón, este extremo, destruye la concurrencia del dolo con que hubieran actuado los hoy condenados para configurar robo agravado; la autoridad fiscal, al reconocer su calidad de presidente de la Cooperativa Playa Verde Boris Mollinedo Butrón, entrega la volqueta que supuestamente era robado. Siendo así, el presidente y miembros del directorio, tiene atribuciones, deberes y obligaciones con sus afiliados, velar por el interés de la cooperativa y sus miembros, cuidar los activos fijos, uso, goce y disfrute y disposición, entre otras, en el marco de sus normas internas como es su personería jurídica y reglamento interno, extremo lapidario para la no concurrencia del elemento subjetivo. En el relato del fallo, en la deposición de testigos, el testigo de cargo Daniel Jarro Acerico, señala, cuando reclamo sobre la carga de mineral y las volquetas a Boris Mollinedo Butrón, éste refirió una vez ganada la demanda repartirá a los 300 trabajadores cooperativistas que no ingresaron a la empresa el dinero de las volquetas, asimismo, del relato del fallo impugnado, este testigo Daniel Jarro Acerico, refiere 380 personas habrían sido beneficiados con el monto económico, los cooperativistas habrían recibido Bs 20.-, por persona de parte del tesorero Simón Nicolás; es decir, en parte el dinero fuera distribuido a sus afiliados en Bs 20.-, sobre este particular no se tiene una debida fundamentación, independientemente, de estar insertas en el fallo impugnado sobre la deposición del testigo, por lo mismo, no se halla demostrada plenamente el elemento del dolo, tomando en cuenta el delito de robo agravado es doloso. El elemento objetivo: es decir, verbo nuclear del tipo penal, como consecuencia del hecho acusado, en el fallo impugnado no se tiene una motivación y una debida fundamentación, sobre el verbo nuclear del robo agravado. Empero, se dicta sentencia condenatoria en contra de Tomas Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, declarándoles autores de la comisión del delito de robo agravado, tipificado y sancionado por el art. 332-2) del Cód. Pen., imponiéndoles en consecuencia a la pena privativa de libertad de 3 años de reclusión, sin determinar el grado de participación, si es autor principal, encubridor, cómplice. Cuando, el apoderamiento del motorizado, mineral y documentos, fuera sin ejercer violencia en las personas ni fuerza en las cosas, porque, los objetos presuntamente robados, se encontraban en poder del Directorio de la Cooperativa Playa Verde; lo evidente, se apoderaron sin ejercer fuerza en las cosas; ocultamiento de vehículo puede considerarse como hurto no precisamente robo agravado. La fase del iter criminis: fase interna, la ideación, deliberación y resolución, así como la fase externa, manifestación preparación y ejecución, no cuenta con una debida fundamentación a subsumir el delito de robo agravado, son manifiestas objetivamente en el hecho ilícito juzgado, siendo el ocultamiento o apoderamiento del motorizado las dos volquetas es como consecuencia de que, los afiliados de la Cooperativa Playa Verde, pasaron a pertenecer a la Empresa Minera Estatal Huanuni. Posteriormente, fuera cancelada su personería jurídica de la Cooperativa Playa Verde. En consecuencia, errónea aplicación de la ley sustantiva, resulta ser evidente, la subsunción del tipo penal del robo agravado, no es conforme a las pruebas y antecedentes del proceso. Para configurar el delito de robo, se requiere que la cosa se encuentre en legítimo dominio de la víctima; en el caso presente, la víctima resulta ser la Cooperativa Playa Verde, por la prueba valorada por el tribunal de mérito, no acontece aquello, la volquetas presuntamente robadas se encontraban en poder de los miembros de la Directiva de la Cooperativa vigente de entonces, entre ellos los ahora condenados y otro absuelto que eran integrantes; por consiguiente, la figura robo agravado no configura en sus elementos constitutivos del tipo penal, se halla inobservado la configuración de los elementos constitutivos del tipo penal descrito en el art. 332-2 del Cód. Pen., señalados como probados, que jamás fueron desarrollados y relatados por el Tribunal de Sentencia en relación al elemento subjetivo y elemento objetivo del tipo penal, para ser configurados el delito de robo agravado. De la lectura

del fallo en el Considerando II: en el punto D.- De la declaración de los imputados: inc. a) De la declaración de los imputados Tomás Álvaro Achacollo, Martín Condori Mamani, en lo más fundamental hace mención que, las dos volquetas por orden del Fiscal fueron entregados a Boris Mollinedo. Sobre este particular, en el fallo impugnado no se tiene ninguna fundamentación, tomando en cuenta que, el propio Fiscal de Materia quien fuera el director funcional de investigación, hace la entrega del motorizado Boris Mollinedo Butrón, sobre este particular no se tiene ninguna explicación, es por esta entrega de volquetas configura el delito de robo agravado, cual el razonamiento sobre este particular, porque no se hizo la entrega a los denunciantes, no tenían legitimación activa.

Que este tribunal llega a la convicción que, el delito por el que fueron condenados no es conforme a las pruebas y los antecedentes del proceso, la prueba no resulta ser contundente para determinar la subsunción del delito de robo agravado, previsto y sancionado por el art. 332-2) del Cód. Pen. Por ello, dando razón a los apelantes en cuanto al único punto cuestionado, este tribunal se inclina por la anulación total del fallo y reenvío de la causa conforme al art. 413, primer párrafo del Cód. Pdto. Pen., tomando en cuenta, el fiscal materia hace la entrega del motorizado a Boris Mollinedo Butrón, por ser su presidente de la Cooperativa Playa Verde, entonces será posible atribuir este hecho, responsabilizar a los recurrentes, extremo hace la carencia de fundamentación para subsumir el tipo penal de robo agravado e imponer una condena penal, por conductas cometidas por otros ciudadanos, por lo que, hace inminente la anulación del fallo impugnado.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de justicia, en virtud de las consideraciones precedentemente expuestas declara PROCEDENTE el recurso de apelación restringida deducida por los ciudadanos Tomas Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, por memorial de fs. 79 a 81 y deliberando en el fondo ANULA TOTALMENTE la sentencia de fs. 53 a 68 (de fs. 263 a 278 del cuaderno original), de 25 de febrero de 2015, pronunciado por el Tribunal de Sentencia Penal N° 1 de la capital. Disponiendo el reenvío de la causa al tribunal siguiente en número, el que deberá sustanciar nuevamente el juicio a partir de una nueva radicaría y pronunciar el fallo que en derecho corresponda, salvando la extrañeza de este tribunal como se expuso precedentemente.

En estricta aplicación de la previsión contenida en el art. 123 del Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes que tienen el plazo de 5 días para interponer el recurso de casación, computables a partir de su notificación conforme dispone el art. 417 del Código Adjetivo Penal.

Vocal relator: Dr. Gregorio Orosco Itamari.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Gregorio Orosco Itamari.- José Romero Soliz.

Ante mí: Abg. Verónica Echalar Barrientos.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 3 de octubre 2016, cursante de fs. 125 a 128 vta., Germán Berríos Yampara, Estanislao Fuentes Sequeiros, Alejandro Jiménez Choque, Venancio Martínez Villa y Agustín Condori Fernández, interponen recurso de casación, impugnando el A.V. N° 54/2016 de 26 de agosto, de fs. 111 a 114, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los vocales Gregorio Orosco Itamari y José Romero Soliz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y los recurrentes contra Tomás Álvaro Achacollo, Martín Condori Mamani y Simón Nicolás Toledo, por la presunta comisión del delito de robo agravado, previsto y sancionado por el art. 332 del Cód. Pen.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 7/2015 de 25 de febrero (fs. 53 a 68), el Tribunal de Sentencia N° 1 de Oruro, declaró a Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, autores de la comisión del delito de robo agravado, tipificado y sancionado por el art. 332-2) del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y de la acusación particular, siendo concedido el beneficio de la suspensión condicional de la pena. Por otro lado, absolvió de culpa y pena a Martín Condori Mamani del citado delito.

b) Contra la mencionada sentencia, los acusados Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo (fs. 79 a 81), interpusieron recurso de apelación restringida, resuelto por A.V. N° 54/2016 de 26 de agosto, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró procedente el recurso y anuló totalmente la sentencia apelada, disponiendo el reenvío de la causa ante el tribunal siguiente en número, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del recurso de casación y del A.S. N° 38/2017-RA de 20 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido por los arts. 398 del C.P.P., y 17 de la L.Ó.J.

Denuncian que el auto de vista recurrido, carecería de una debida fundamentación, porque no explica la naturaleza jurídica aplicada para determinar la errónea aplicación de la ley sustantiva; es decir, no señala si se trata de un tema de "tipicidad" o de "concreción del marco penal", observando que el tribunal de alzada parte de la enunciación del hecho objeto del juicio oral, sin tomar en cuenta que los hechos fueron acreditados a partir de los elementos de convicción o medios de prueba que fueron incorporados legalmente al juicio oral y que están dirigidos directamente a la acreditación de los hechos y no a partir de meras especulaciones o conjeturas; por lo cual, a criterio de los recurrentes no es correcto que los de alzada sin analizar los elementos de prueba, desarmen por completo una sentencia basada en los principios de oralidad, contradicción e inmediación, señalan además que, no se habría realizado un control en relación a la fundamentación intelectual ejercitada por

los miembros del Tribunal de Sentencia, por lo que declarar procedente el recurso de apelación restringida por errónea aplicación de la ley sustantiva, se constituye en un defecto absoluto invalorable conforme a lo establecido por el art. 169-3) del C.P.P., con relación al art. 115 de la C.P.E., asimismo, indican que al concluir que los imputados no tendrían elemento de participación alguna en el hecho, se estaría direccionando a la absolución de los imputados en una próxima sentencia, cita como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 45/2014 de 5 de marzo y 425/2013 de 13 de septiembre.

I.1.2.- Petitorio.

Los recurrentes solicitan se deje sin efecto el auto de vista recurrido, disponiendo que se pronuncie otra resolución en el marco de la doctrina legal aplicable.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 38/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 162-163 vta., este tribunal admitió el recurso formulado por los acusadores particulares Germán Berríos Yampara, Estanislao Fuentes Sequeiros, Alejandro Jiménez Choque, Venancio Martínez Villa y Agustín Condori Fernández, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se tiene lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Conforme se tiene en la enunciación de los hechos y circunstancias objeto del juicio, el 4 de marzo de 2007 cerca de la media noche, Boris Mollinedo Butrón, Marcos Geovani Condori Coca, Martín Condori Mamani, Simón Nicolás Toledo, Tomás Álvaro Achacollo y otros, en forma conjunta habrían ingresado a los garajes de la Cooperativa Playa Verde sitio en la localidad de Huanuni y habrían sustraído dos volquetas de las siguientes características: Clase Volqueta, marca Volvo, color rojo, con placa de control 1391-FFE; y, la otra Clase Volqueta, Marca Volvo, Color Azul, con placa de control 838-EEK, vehículos que fueron trasladados a Oruro con carga de mineral que también era propiedad de dicha institución, desconociéndose el paradero de los minerales que fueron vendidos a la comercializadora "Arce Paniagua", que de acuerdo a la cotización de la fecha alcanzaría a Bs 200.000.-; asimismo, habrían procedido con el robo de toda la documentación en originales de las oficinas que se encontraban en el edificio ubicado en la Plaza del Estudiante de Huanuni. Conforme al informe de 31 de octubre de 2007, Boris Mollinedo Butrón en compañía de otros pretendían tramitar una orden de traslado para Uyuni en la división registro de vehículos del motorizado Clase Camión, Marca Volvo, color Azul con placa de control 838-EEK, que posteriormente fueron remitidos a dependencias de Diprove y fue secuestrado el vehículo, habiendo el 7 de noviembre de 2007, designado como depositario del vehículo a Boris Mollinedo Butrón.

Con dichos antecedentes, el Tribunal de Sentencia N° 1 de Oruro por Sentencia N° 07/2015 de 25 de febrero, declaró a Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, autores de la comisión del delito de robo agravado tipificado por el art. 332-2) del Cód. Pen., imponiendo la pena de tres años de reclusión, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y de la acusación particular, al mismo tiempo, les concedió el beneficio de la suspensión condicional de la pena en virtud a lo establecido por los arts. 366 en relación al 23 y 24 del C.P.P., por otro lado, absolvió de pena y culpa a Martín Condori Mamani del referido delito, bajo los siguientes hechos establecidos:

1. El hecho ocurrió y existió, así se encuentra demostrado por la declaración de los testigos de cargo, quienes como ex cooperativistas mineros relaveros Playa Verde de la Localidad de Huanuni, manifestaron de manera clara que el directorio de la referida Cooperativa dispuso la salida de dos volquetas y desde el momento de su salida ya no se supo nada de ellos. Sobre el ilícito ocurrido se tiene la declaración del testigo de cargo Daniel Jarro Acerico, quien manifestó que la noche del 3 de marzo de 2007, los que eran miembros de la directiva de la cooperativa, entre ellos los acusados, hicieron desocupar la sala donde estaban cuidando las volquetas y ese día empezaron a cargar los minerales de la cooperativa y el 4 de marzo en la madrugada, fueron a charlar con un sargento, para que les haga pasar la tranca y de esa manera puedan salir las volquetas con mineral, reitera diciendo "yo personalmente he visto", estaba incluido Félix Veizaga.

2. El referido testigo manifestó que era miembro de la cooperativa Minera Revaleros Playa Verde y los que se encontraban en el directorio eran Boris Mollinedo como Presidente, Giovanni Condori, Simón Nicolás Condori Toledo de tesorero, Tomás Álvaro Achacollo encargado de transporte que estaba a cargo de las volquetas, de modo que sin su autorización no podían salir las volquetas y Martín Condori Mamani que era Vocal, de donde puede concluir que la directiva a la cabeza de Boris Mollinedo eran los responsables de los bienes que tenía la cooperativa minera Relaveros Playa Verde y cualquier acción que puedan asumir debía ser en beneficio y a favor de sus asociados; sin embargo, por la declaración de los testigos de cargo principalmente por la de Daniel Jarro se infiere que la intención de su secretario general (Boris Mollinedo) era sacar las dos volquetas más el mineral que había para beneficio de ellos y no así de sus asociados, por ello que desde el 4 de marzo de 2007 no se sabe del paradero de las dos volquetas como tampoco del mineral.

3. Sobre la participación de los acusados en el hecho ilícito se tiene de la declaración del testigo Daniel Jarro, que el día que salieron las volquetas estaban presentes Boris Mollinedo Butrón, Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, quienes fueron individualizados por los testigos de cargo.

4. La conducta de los acusados se adecua al delito de robo agravado; por cuanto, en el hecho ilícito han participado más de dos personas, pues con su conducta afectaron al patrimonio de la Cooperativa Minera Relaveros Playa Verde, ya que hasta la fecha no se sabe del paradero de las volquetas ni de la carga del mineral.

5. Se ha demostrado que una volqueta fue recuperada; empero, dicho vehículo fue entregado a Boris Mollinedo Butrón en calidad de depositario; sin embargo, no ha cumplido en entregar la volqueta a la Cooperativa Minera Revaleros Playa Verde causando un perjuicio en el patrimonio de la Cooperativa, todo ello debido a que los acusados Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, han permitido que las

volquetas salgan de la Localidad de Huanuni, quienes no podían asumir una decisión de esa naturaleza; puesto que, las dos volquetas se encuentran registrados a nombre de la Cooperativa Minera Playa Verde Ltda., que tiene acreditado su derecho propietario sobre dichos vehículos, por lo que los directivos de la cooperativa no podían haber hecho desaparecer los motorizados en detrimento de sus mismos asociados.

6. En cuanto, a la participación de Martín Condori Mamani se demuestra que el día en el que ocurrieron los hechos, es decir el 4 de marzo de 2007, no se encontraba en la Localidad de Huanuni, demostrándose que no tuvo participación en el delito acusado.

II.2.- Del recurso de apelación restringida de los imputados.

Los imputados Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, interpusieron recurso de apelación restringida bajo el siguiente argumento: Defecto de la sentencia previsto por el inc. 1) del art. 370 del C.P.P., por errónea aplicación de la ley sustantiva, aseveran que por el delito de robo agravado por el cual fueron sentenciados, no existen los requisitos de los elementos constitutivos del tipo, ya que de acuerdo a la prueba testifical de manera uniforme indicaron que sus personas a la cabeza del presidente Boris Mollinedo venían conformando en aquel entonces la Directiva de la Cooperativa Minera Revaleros Playa Verde y que por el decreto de nacionalización emitido por el gobierno central una gran parte que conformaba esta cooperativa ingresó a trabajar a la Empresa Minera Huanuni; es así, que al mando del presidente Boris Mollinedo se convocó a reunión a realizarse el 3 de marzo de "2015" al promediar las 7 am de la mañana, con la participación de unas 140 personas que conformaban la cooperativa, quedándose de manera unánime la salida de dos volquetas y de la carga de mineral con fines de trabajo de la Localidad de Pampa Grande y es como de forma expresa lo había señalado el testigo Daniel Jarro, que aquella decisión fue asumida y aprobada por todos los presentes en esa reunión, por lo que no existió acto de sustracción de apoderamiento de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas que haya sido ejecutada por dos o más personas, aspectos que afirman, no fueron observados por la sentencia, ya que en ningún momento hace referencia a la sustracción de las volquetas con alguna de las conductas que exige lo previsto por el art. 332-2) del Cód. Pen., simplemente referiría que sus personas hubieren dispuesto la salida de los vehículos, por lo que la sentencia incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva al configurar la existencia del delito de robo agravado cuando no existen los elementos constitutivos como la sustracción de cosa ajena, tampoco existe la violencia o fuerza en las cosas peor aún la intimidación en las personas. Agregan que, al hablarse de la pérdida de dos volquetas quién debería responder sería Boris Mollinedo quién ni siquiera hubiera cometido el delito de robo agravado sino, haberse apropiado indebidamente de esos vehículos.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, emitió el auto de vista impugnado, declaró con lugar el recurso planteado por los imputados y anuló totalmente la sentencia, disponiendo el reenvío de la causa al tribunal siguiente en número, bajo los siguientes argumentos:

Que la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, defecto de sentencia está referido a dos supuestos: a) La inobservancia de la ley sustantiva; y, b) La errónea aplicación de la ley sustantiva. Que el primer supuesto se presenta cuando la autoridad judicial no ha observado la norma o lo que es lo mismo ha creado causas paralelos a los establecidos en la ley, en el segundo caso si bien se observa la norma la autoridad la aplica en forma errónea. En este punto la inobservancia de la ley o la aplicación errónea puede ser tanto de la ley sustantiva como de la ley adjetiva, así la errónea aplicación de una norma sustantiva se da en tres circunstancias que son: 1. Una errónea calificación de los hechos (tipicidad); 2. Una errónea concreción del marco penal; y, 3. Una errónea fijación judicial de la pena.

Efectuando una transcripción del art. 332-2) del Cód. Pen., refiere que el delito de robo agravado se configura cuando concurre una de las tres situaciones anotadas en el citado artículo y cuando concurre cualquiera de las siete situaciones señaladas en el apartado segundo del art. 326 del Cód. Pen., En la especie el bien jurídicamente protegido es la propiedad que en el caso resulta ser los vehículos consistentes en dos volquetas con placas de control EEK-838 y FFE-1391, además de mineral extraído del interior mina que también era de propiedad de la Cooperativa Playa Verde sobre los que los socios son propietarios en copropiedad sobre los minerales y los vehículos, incluyendo a los recurrentes, cuyo sujeto activo serían los recurrentes Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, sujeto pasivo la Cooperativa Playa Verde de Huanuni, elemento subjetivo culpabilidad del sujeto activo sin o con dolo. En la especie, este elemento no se halla debidamente explicado sobre el dolo o la intención y cual el grado de participación de cada uno de los condenados. Del relato del fallo impugnado, advierte que uno de los motorizados fue secuestrado; posteriormente, devuelto por el Fiscal de Materia Boris Mollinedo Butrón, extremo que destruye la concurrencia del dolo con que hubieran actuado los hoy condenados para configurar robo agravado, la autoridad fiscal al reconocer su calidad de presidente de la Cooperativa Playa Verde a Boris Mollinedo Butrón entrega la volqueta que supuestamente era robado, siendo así el presidente y miembros del directorio tiene atribuciones, deberes y obligaciones con sus afiliados, velar por el interés de la Cooperativa y sus miembros, cuidar los activos fijos, uso, goce, disfrute y disposición, que en el relato del fallo el testigo de cargo Daniel Jarro Acerico, señaló que cuando reclamó sobre la carga de mineral y las volquetas a Boris Mollinedo, éste refirió que una vez ganada la demanda repartirá a los 300 trabajadores cooperativistas que no ingresaron a la empresa el dinero de las volquetas; asimismo, del relato del fallo impugnado el referido testigo refiere 380 personas habrían sido beneficiadas con el monto económico, los cooperativistas habrían recibido la suma de Bs 20.-, sobre este particular no se tiene una debida fundamentación, que independientemente de estar insertas en el fallo impugnado sobre la deposición del testigo, no se halla demostrado el elemento dolo, tomando en cuenta que el delito de robo agravado es doloso. El elemento objetivo; es decir, verbo nuclear del tipo penal como consecuencia del hecho acusado, en el fallo impugnado no se tiene una motivación ni una debida fundamentación sobre el verbo nuclear del robo agravado; empero, se dicta sentencia condenatoria en contra de Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, declarándoles autores de la comisión del delito de robo agravado, previsto por el art. 332-2) del Cód. Pen., sin determinar el grado de participación si es autor principal, encubridor o cómplice, cuando el apoderamiento del motorizado, mineral y documentos fue sin ejercer violencia en las personas ni fuerza en las cosas, porque los objetos presuntamente robados se encontraban en poder del directorio de la Cooperativa Playa Verde, lo evidente se apoderaron sin ejercer fuerza en las cosas; el ocultamiento de vehículo

puede considerarse como hurto y no precisamente robo agravado, siendo el apoderamiento u ocultamiento de las dos volquetas, como consecuencia de que los afiliados de la Cooperativa Playa Verde pasaron a pertenecer a la empresa minera estatal Huanuni, posteriormente fuera cancelada su personería de la Cooperativa Playa Verde.

Afirma el tribunal de alzada, que la errónea aplicación de la ley sustantiva resulta ser evidente, la subsunción del tipo penal de robo agravado no es conforme a las pruebas y antecedentes del proceso, que para configurar el delito de robo se requiere que la cosa se encuentre en legítimo dominio de la víctima, en el caso presente la víctima resulta ser la Cooperativa Playa Verde, que por la prueba valorada por el tribunal de mérito no acontece aquello, las volquetas presuntamente robadas se encontraban en poder de los miembros de la directiva de la cooperativa vigente de entonces entre ellos los ahora condenados y otro absuelto que eran integrantes; por consiguiente, la figura robo agravado no configura en sus elementos constitutivos del tipo penal descrito en el art. 332-2) del Cód. Pen., señalados como probados que jamás fueron desarrollados y relatados por el Tribunal de Sentencia en relación al elemento subjetivo y elemento objetivo del tipo penal.

De la lectura del fallo en el Considerando II, en el punto D, destinado a la declaración de los imputados, inc. a), Tomás Álvaro Achacollo y Martín Condori Mamani en lo más fundamental hacen mención que las dos volquetas por orden del fiscal fueron entregados a Boris Mollinedo; sobre este particular, en el fallo apelado no se tiene ninguna fundamentación, tomando en cuenta que el propio fiscal de materia hace la entrega del motorizado a Boris Mollinedo, sobre lo cual no se tiene ninguna explicación, “es por esta entrega de volquetas configura el delito de robo agravado, cual el razonamiento sobre este particular, porque no se hizo la entrega a los denunciantes, no tenían legitimación activa”. (Sic).

El tribunal de alzada llega a la convicción de que el delito por el que fueron condenados no es conforme a las pruebas y los antecedentes del proceso, la prueba no resulta ser contundente para determinar la subsunción del delito de robo agravado previsto por el art. 332-2) del Cód. Pen.

III. Verificación de la existencia de contradicción con los precedentes invocados.

En el caso presente, los acusadores particulares denuncian que el auto de vista recurrido carece de una debida fundamentación, porque no explica si para determinar la errónea aplicación de la ley sustantiva, se trata de un tema de “tipicidad” o de “concreción del marco penal”, observando que el tribunal de alzada parte de la enunciación del hecho objeto del juicio oral, sin tomar en cuenta que los hechos fueron acreditados a partir de los elementos de convicción o medios de prueba que fueron incorporados legalmente al juicio oral y que están dirigidos directamente a la acreditación de los hechos y no a partir de meras especulaciones o conjeturas, por lo que no es correcto que sin el análisis de los elementos de prueba, desarmen la sentencia basada en los principios de oralidad, contradicción e inmediatez; además, que no realizó un control en relación a la fundamentación intelectual ejercitada por los miembros del Tribunal de Sentencia; por otro lado, el tribunal de alzada al concluir que los imputados no tendrían elemento de participación alguna en el hecho se estaría direccionando a la absolución de los imputados en una próxima sentencia, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1.- De los precedentes invocados.

El A.S. N° 45/2014 de 5 de marzo, fue dictado por la Sala Penal Primera de este Tribunal Supremo de Justicia, en la resolución de un recurso de casación en una causa seguida por el delito de estelionato, donde constató que el entonces auto de vista recurrido incurrió en falta de fundamentación; toda vez, que respondió a los apelantes con argumentos evasivos, escasos e incongruentes, aspecto por el que fue dejado sin efecto, sentando la siguiente doctrina legal aplicable: “Todo auto de vista debe ser debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, respondiendo y emitiendo los criterios jurídicos sobre cada punto impugnado que se encuentre en el recurso de apelación restringida; asimismo es preciso dejar sentado de que toda fundamentación debe circunscribirse a absolver de manera puntual y objetiva el fondo de la denuncia o denuncias realizadas, sin que la argumentación vertida sea evasiva, incongruente o haga alusión a aspectos distintos a los denunciados, toda vez que esta circunstancia deja en estado de indeterminación e incertidumbre a las partes, al no haberse absuelto de manera efectiva sus acusaciones”.

El A.S. N° 425/2013 de 13 de septiembre, fue dictado por la Sala Penal Liquidadora de este Tribunal Supremo de Justicia, en la resolución de un recurso de casación en una causa seguida por el delito de peculado, donde el tribunal de casación constató que el entonces auto de vista recurrido incurrió en incoherencias, no explicó, ni realizó una debida fundamentación respecto del por qué sólo para uno de los imputados se realizaría el proceso de reenvío, situación por la que fue dejado sin efecto, sentando la siguiente doctrina legal aplicable: “De acuerdo al entendimiento de este máximo Tribunal de Justicia, es una premisa consolidada que todo auto de vista se encuentre debidamente fundamentado y motivado, cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad.

Por tanto, toda autoridad que conozca de un proceso o una pretensión o que dicte una resolución determinando una situación jurídica debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, debe precisar los hechos sobre los cuales se pronuncia, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, tiene por finalidad de generar el convencimiento en las partes de que se ha actuado no solo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores, el saber humano en conexión con la realidad, de tal manera que el postulante convencido de que no había otra manera de dilucidar los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió y al contrario cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que arribó el juzgador, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron considerados conforme a los dispuesto por la ley”.

III.2.- Sobre la labor de subsunción penal y su control por el tribunal de alzada.

Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al Juez o Tribunal de Sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360-3) del C.P.P.

En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una tarea lógica del juzgador para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere; consecuentemente, lo que debe hacer el tribunal de juicio es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se conforma de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el hecho probado y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la sentencia se justifique objetivamente, además de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en juicio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el Juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al tribunal de apelación, por ello la motivación de la sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y al mismo tiempo un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, que los jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Con base a lo expuesto, se establece que ante la formulación de recurso de apelación restringida, corresponde al tribunal de apelación en ejercicio de la competencia que la ley le asigna, controlar a partir de los elementos constitutivos de cada delito, si el Juez a quo realizó la adecuada subsunción del hecho a los tipos penales acusados, realizando al efecto la correspondiente motivación.

III.3.- Análisis del caso concreto.

Los recurrentes reclaman que el auto de vista impugnado carecería de una debida fundamentación, porque no explicó si para determinar la errónea aplicación de la ley sustantiva, se trata de un tema de "tipicidad" o de "concreción del marco penal", observando que el tribunal de alzada parte de la enunciación del hecho objeto del juicio oral, sin tomar en cuenta que los hechos fueron acreditados a partir de los elementos de convicción o medios de prueba que fueron incorporados legalmente al juicio oral y que están dirigidos directamente a la acreditación de los hechos y no a partir de meras especulaciones o conjeturas, por lo que no es correcto que los de alzada sin analizar los elementos de prueba, desarmen la sentencia basada en los principios de oralidad, contradicción e inmediación, además que no se realizó un control en relación a la fundamentación intelectual ejercitada por los miembros del Tribunal de Sentencia; por otro lado, el tribunal de alzada al concluir que los imputados no tendrían elemento de participación alguna en el hecho, se estaría direccionando a la absolución de los imputados en una próxima sentencia.

Ingresando al análisis del presente recurso, conforme se precisó en los antecedentes procesales, ante la emisión de la sentencia condenatoria contra los imputados Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, los mismos formularon recurso de apelación restringida reclamando que la sentencia habría incurrido en el defecto del art. 370-1) del C.P.P., en ese ámbito, el tribunal de alzada abrió su competencia y arguyó que la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva está referida a dos supuestos: a) La inobservancia de la ley sustantiva; y, b) La errónea aplicación de la ley sustantiva, que el primer supuesto se presenta cuando la autoridad judicial no observó la norma o lo que es lo mismo ha creado causas paralelos a los establecidos en la ley, que en el segundo caso, si bien se observa la norma la autoridad la aplica en forma errónea. Agregó el tribunal de alzada, que en este punto la inobservancia de la ley o la aplicación errónea puede ser tanto de la ley sustantiva como de la ley adjetiva, así la errónea aplicación de una norma sustantiva se daría en tres circunstancias que son: 1. Una errónea calificación de los hechos (tipicidad), 2. Una errónea concreción del marco penal; y, 3. Una errónea fijación judicial de la pena.

Efectuando una transcripción del art. 332-2) del Cód. Pen., refirió el tribunal de alzada, que el delito de robo agravado se configura cuando concurre una de las tres situaciones anotadas en el referido artículo y cuando concurre cualquiera de las siete situaciones señaladas en el apartado segundo del art. 326 del Cód. Pen. Que en la especie el bien jurídicamente protegido es la propiedad que resulta ser los vehículos consistentes en dos volquetas con placas de control EEK-838 y FFE-1391, además del mineral extraído del interior mina que también era de propiedad de la Cooperativa Playa Verde, sobre los que los socios eran propietarios en copropiedad sobre los minerales y los vehículos incluyendo a los recurrentes, cuyo sujeto activo serían los recurrentes Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo, sujeto pasivo la Cooperativa Playa Verde de Huanuni, elemento subjetivo culpabilidad del sujeto activo sin o con dolo. Agregó el tribunal de alzada que en la especie no se explicó debidamente el dolo o la intención y cuál el grado de participación de cada uno de los condenados, que del relato del fallo

impugnado, advirtió que uno de los motorizados fue secuestrado, posteriormente devuelto por el Fiscal de Materia Boris Mollinedo Butrón, extremo que destruía la concurrencia del dolo con que hubieran actuado los condenados para configurar el delito de robo agravado, ya que la autoridad fiscal al reconocer su calidad de presidente de la Cooperativa Playa Verde, a Boris Mollinedo Butrón entregó la volqueta que supuestamente era robado, que siendo el presidente y miembros del directorio, tienen atribuciones, deberes y obligaciones con sus afiliados, velar por el interés de la cooperativa y sus miembros, cuidar los activos fijos, uso, goce, disfrute y disposición, que en el relato del fallo el testigo de cargo Daniel Jarro Acerico, señaló que cuando reclamó sobre la carga de mineral y las volquetas a Boris Mollinedo, éste refirió que una vez ganada la demanda repartiría a los 300 trabajadores cooperativistas, que el referido testigo también habría referido que 380 personas habrían sido beneficiadas con el monto económico, los cooperativistas habrían recibido la suma de Bs 20.-, también destacó el tribunal de alzada, que sobre este particular no se contaba con una debida fundamentación, que independientemente de estar insertas en el fallo impugnado sobre la deposición del testigo, no se demostró el elemento dolo, tomando en cuenta que el delito de robo agravado es doloso.

Continuando con los fundamentos de la resolución recurrida, el tribunal de apelación señaló que respecto al elemento objetivo, en el fallo impugnado no se tiene una motivación ni una debida fundamentación sobre el verbo nuclear del robo agravado; empero, se dictó sentencia condenatoria en contra de Tomás Álvaro Achacollo y Simón Nicolás Toledo declarándoles autores de la comisión del delito de robo agravado previsto por el art. 332-2) del Cód. Pen., sin determinar el grado de participación -autor principal, encubridor o cómplice-cuando el apoderamiento del motorizado, mineral y documentos, fue sin ejercer violencia en las personas ni fuerza en las cosas, porque los objetos presuntamente robados se encontraban en poder del directorio de la Cooperativa Playa Verde, siendo evidente que se apoderaron sin ejercer fuerza en las cosas; añade que, el ocultamiento de vehículo puede considerarse como hurto y no precisamente robo agravado, siendo el apoderamiento u ocultamiento de las dos volquetas como consecuencia de que los afiliados de la Cooperativa Playa Verde pasaron a pertenecer a la Empresa Minera estatal Huanuni; posteriormente, fuera cancelada su personería de la referida Cooperativa.

Afirmó el tribunal de alzada, que la errónea aplicación de la ley sustantiva resulta ser evidente, que la subsunción del tipo penal de robo agravado no fue conforme a las pruebas y antecedentes del proceso, que para configurar el delito de robo se requiere que la cosa se encuentre en legítimo dominio de la víctima, que en el caso presente la víctima resulta ser la Cooperativa Playa Verde, que por la prueba valorada por el tribunal de mérito no acontece aquello, las volquetas presuntamente robadas se encontraban en poder de los miembros de la directiva de la Cooperativa vigente de entonces entre ellos los ahora condenados y otro absuelto que eran integrantes; por consiguiente, la figura de robo agravado no configura en sus elementos constitutivos del tipo penal descrito en el art. 332-2) del Cód. Pen., señalados como probados que jamás fueron desarrollados y relatados por el Tribunal de Sentencia en relación a los elementos subjetivo y objetivo del tipo penal.

También el tribunal de alzada, concluyó que de la lectura del fallo en el Considerando II, en el punto D, de la declaración de los imputados, inc. a), Tomás Álvaro Achacollo y Martín Condori Mamani, en lo más fundamental habrían mencionado que las dos volquetas por orden del fiscal fueron entregadas a Boris Mollinedo, que sobre este particular no se tiene ninguna fundamentación, tomando en cuenta que el propio fiscal de materia hace la entrega del motorizado a Boris Mollinedo, sin que exista explicación al respecto, incluso preguntándose cuál el razonamiento respecto a la no entrega a los denunciantes, asumiendo que ello obedecía a que carecían de legitimación activa.

Concluyó el tribunal de alzada, que el delito por el que fueron condenados no fue conforme a las pruebas y los antecedentes del proceso, que la prueba no resulta ser contundente para determinar la subsunción del delito de Robo Agravado previsto por el art. 332-2) del Cód. Pen.

De los argumentos expuestos por el tribunal de alzada, se tiene que al momento de emitir el auto de vista recurrido, no incurrió en carencia de motivación ni fundamentación como alegan los recurrentes; toda vez, que de manera amplia explicó que el tribunal de sentencia incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que constató que la subsunción del tipo penal de robo agravado no fue conforme a las pruebas y antecedentes del proceso, comprendiéndose que incidió en una errónea calificación de los hechos, que engloba la tipicidad; puesto que, explicó el tribunal de alzada, que para configurar el delito de robo se requería que la cosa se encuentre en legítimo dominio de la víctima, que en el caso presente la víctima resultó ser la Cooperativa Playa Verde, donde las volquetas presuntamente robadas se encontraban en poder de los miembros de la directiva de la Cooperativa vigente de entonces entre ellos los propios imputados, por lo que concluyó que en la conducta de los imputados no se configuró los elementos constitutivos del tipo penal descrito en el art. 332-2) del Cód. Pen., elementos que el Tribunal de Sentencia había señalado como probados; empero, no fueron desarrollados ni relatados en la sentencia en relación a los elementos subjetivo y objetivo del tipo penal, que si bien el tribunal de alzada partió de la enunciación del hecho objeto del juicio, fue de ahí que constató que la subsunción efectuada por el tribunal de juicio no se encontraba conforme a las pruebas ni antecedentes del proceso; es decir, que los hechos no se encuentran acreditados para configurar el tipo penal de robo agravado, por lo que concluyó que la denuncia concerniente a la errónea aplicación de la ley sustantiva era evidente.

Por otra parte, cabe destacar que si bien estos fundamentos direccionan una posible absolución de los imputados del delito ahora acusado; no es menos evidente que el tribunal de alzada en ejercicio del control que le asigna la norma, hizo referencia a otros elementos como la existencia probable de apoderamiento y ocultamiento de los motorizados, mineral y documentos sin el ejercicio de violencia en las personas ni fuerza en las cosas, ya que los objetos presuntamente robados se encontraban en poder del directorio del cual eran parte los imputados, argumentos que resultan suficientes para entender por qué el tribunal de alzada declaró con lugar el recurso de apelación restringida de los imputados y disponer la anulación de la sentencia con el consecuente reenvío de la causa, sin incurrir en contradicción con los autos supremos invocados por los recurrentes; puesto que, el auto de vista recurrido cumplió con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad y logicidad, además adecuó su acto al deber de control respecto a la subsunción efectuada por el tribunal de juicio que fue explicado en el apartado III.2 de este auto supremo, donde al tribunal de apelación le está permitido efectuar el control respecto a la subsunción jurídica efectuada por el Juez o Tribunal de Sentencia.

Por los argumentos expuestos se concluye que el tribunal de alzada al momento de emitir el auto de vista recurrido, no incurrió en defecto absoluto invalorable; toda vez, que con argumentos suficientes fundamentó del por qué la procedencia del recurso de apelación restringida interpuesto por la parte imputada; en consecuencia, el presente recurso deviene en infundado.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Germán Berríos Yampara, Estanislao Fuentes Sequeiros, Alejandro Jiménez Choque, Venancio Martínez Villa y Agustín Condori Fernández.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 3 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.



325

Ministerio Público c/ Elmer Apaza Apata
Feminicidio en grado de tentativa y otro
Distrito: Oruro

AUTO DE VISTA

Oruro, 21 de octubre de 2016.

VISTOS: Recurso de apelación restringida interpuesto por Elmer Apaza Apata, por memorial de fs. 64 a 67 vta., contra la sentencia condenatoria de fs. 37 a 47, los antecedentes del proceso, todo lo inherente, y;

CONSIDERANDO: I.- Que sobre la base de la acusación fiscal, se sustancia esta causa en contra Elmer Apaza Apata, por la presunta comisión del delito de feminicidio en grado de tentativa, previsto y sancionado por el art. 252 Bis-1) del Cód. Pen., en grado de autoría conforme el art. 20 del Cód. Pen., la misma que concluye con la Sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 2015, que cursa a fs. 37 a 47 del cuaderno de apelación, por el que se condena a Elmer Apaza Apata, declarándole autor de la comisión del delito de feminicidio, previsto y tipificado en el art. 252 bis-1) del Cód. Pen., incorporado por el art. 84 de la L. N° 348, con relación a los arts. 8 y 270-3), ambos del Cód. Pen., modificado por la L. N° 9, a cumplir la pena privativa de 20 años de presidio, sin derecho a indulto, a cumplir en el Centro Penitenciario de "San Pedro" de esta ciudad, con costas y pago de responsabilidad civil a favor de la víctima y al Estado a ser averiguables en ejecución de sentencia.

Que notificadas en derecho a las partes, con el aludido fallo, el condenado Elmer Apaza Apata, interpone recurso de apelación restringida, contra la Sentencia N° 19/15 de 16 de noviembre de 2015, pronunciada por el Tribunal de Sentencia N° 3 de Oruro; sin la contestación del representante del Ministerio Público, víctima, el Tribunal de Sentencia N° 3, por la providencia de fs. 72, determina la remisión del cuaderno de apelación a conocimiento del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, posteriormente radicada el mismo ante Sala Penal Segunda, que admite el recurso de apelación restringida, y se dispone que pasen obrados a despacho para emitir la resolución pertinente, ante la inexistencia de solicitud de audiencia de fundamentación del recurso.

CONSIDERANDO: II.- Que del análisis de los aspectos cuestionados por el apelante en la fundamentación de alzada, en vinculación a lo exigido por el art. 398 del Cód. Pdto. Pen., se infieren las siguientes conclusiones de hecho y derecho:

II.1.- De las cuestiones de hecho que dieron lugar al juicio:

Que en relación a los antecedentes fácticos que dieron origen al juicio oral público y contradictorio, de acuerdo al relato contenido del fallo, se ilustra que, el 3 de diciembre de 2014 a hrs. 19:00 p.m. aproximadamente cuando Sandra García de Apaza se encontraba en su domicilio junto con su sobrina María Fernanda García García y su esposo Rodrigo García Mamani, en ese momento sonó la puerta, porque estaba con cadena asegurado su domicilio que parecía alguien quería entrar al domicilio y fue hacia la puerta y ahí que se encontraba Elmer Apaza Apata donde le dijo a Sandra García de Apaza que trajo pan, para que les dé a sus pequeños hijos, y Sandra García de Apaza no quiso agarrar los panes; ya que sino los agarraba Elmer Apaza Apata iba a entrar a su domicilio a la fuerza, y fue en ese momento que ella aseguró la puerta y Elmer Apaza Apata se enfureció e ingresó a la fuerza a su domicilio por la pared saltando y directamente le dio un puñete en su cara a

Sandra García de Apaza y agarró un palo y le dio en la cabeza, tras el golpe perdió el conocimiento y cayó directamente al piso y tras recuperar la conciencia quería escapar de su casa y volvió a recibir golpes en su cabeza y le dio con palo en su mano dándole patadas y golpes de puño en su integridad dejándola ensangrentada y no conforme con eso en ese momento, Elmer Apaza Apata procedió a agarrarle y la botó hacia la cama y se puso encima y sacó un cuchillo, trato de punzar con el cuchillo en su pecho y Sandra García de Apaza trató de defenderse agarrando su mano, tras forcejear se cayó el cuchillo y luego sacó una dinamita y trato de encenderla, y tras ver eso Sandra García se defendió y logró zafarse por sus piernas y la volvió agarrar y nuevamente trató de encender la dinamita y tras forcejear la dinamita se cayó y tras ver eso, Elmer casó otra dinamita logrando encender la dinamita la misma que explotó en la mano de Elmer Apaza y tras el impacto de la explosión de la dinamita la víctima Sandra salió herida y Elmer recién salió del domicilio etc. En tales antecedentes el Ministerio Público y la víctima acusan contra Elmer Apaza Apata, por la presunta comisión del delito de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, tipificados y sancionados por el art. 252 bis-1) del Cód. Pen., incorporado por el art. 84 de la L. N° 348 con relación al art. 8 del Cód. Pen., y 270-3) del Cód. Pen., modificado por el art. 18 de la L. N° 369, en presunto grado de autoría conforme al art. 20 del Cód. Pen.

II.2.- Motivos del recurso:

Que la parte recurrente Elmer Apaza Apata, acusa Inobservancia o errónea aplicación del tipo, por ser inexistente el Feminicidio en Grado de tentativa, como tipo no existe y por no existir lesiones gravísimas en la anatomía de la parte contraria, debe tomarse en cuenta la declaración en audiencia de Sandra García García de que no tiene ninguna dolencia y todos los jueces y partes presentes en audiencia quedaron sorprendidos al ver que en las acusaciones del Ministerio Público exista exageraciones, errónea aplicación del art. 252 bis-1) del Cód. Pen. El num. 6) señala, con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor. El num. 8) señala cuando la mujer sea conexas al delito de trata o tráfico de personas y el num. 9) señala cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales.

Deduciéndose, que será el culpable a quien quite o vicime privando el derecho a la vida a su cónyuge, conviviente, esposa o similar. No se ha demostrado objetivamente la incapacidad permanente para realizar actividades diarias por parte de la supuesta víctima; tampoco se ha demostrado amenazas anteriores al supuesto hecho de 3 de diciembre de 2014. El acusado no tiene antecedentes anteriores judiciales ni policiales, vivían en completa armonía. La ilegal sentencia dice que se habría establecido por unanimidad de votos la comisión de un supuesto hecho punible de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, sin que exista el tipo. La sentencia fue dictada a simple petición de la parte demandante, donde textualmente solicita 20 años y se cumple al pie de la letra y se dicta 20 de años de codena. Sin tomar en cuenta, los testigos han entrado en contradicción, las pruebas no son contundentes, se habla de una piedra, dicha prueba no existe, no fue recolectado por el Ministerio Público o por el investigador asignado al caso. Jamás se ha demostrado que la parte contraria esté en peligro de muerte, debió presentar un cuadro clínico súper crítico para su salud y estado mental y físico, o algún peligro inminente de perder la vida, lo que no ha sucedido.

Doña Sandra García García se desplaza con toda normalidad y cuando el abogado de la parte acusada pregunta si tiene algún impedimento grave o gravísimo, la respuesta, solo tiene simple dolor sin importancia en el antebrazo izquierdo, muestra sus manos al tribunal, quedaron totalmente sorprendidos al ver totalmente sana, sin dolencias, con lo que Elmer Apaza Apata demuestra 7 contundentemente que no existe daño psicológico ni físico en la parte víctima. Sin embargo, la sentencia dictamina por un hecho no tipificado como tipo principal en el Código Penal menos en el Código de Procedimiento Penal. Tampoco adecua el tipo de lesiones gravísimas, porque, la parte contraria no presenta el cuadro de y un peligro inminente de perder la vida. Para dictar sentencia, no se ha tomado en cuenta que doña Sandra García García, no ha demostrado que padece de una enfermedad o discapacidad psíquica, intelectual física, sensorial o múltiple, daño psiquiátrico permanente, debilitación permanente de la salud o la pérdida total o parcial de un sentido, de un miembro, de un órgano o de una función o incapacidad permanente para el trabajo que sobrepase los 90 días, marca indeleble o deformación permanente en cualquier parte de cuerpo, tampoco ha demostrado de que se halle en peligro inminente de perder la vida, más al contrario goza de excelente salud, por lo que la sentencia es injusta, no se ecua a lo previsto por los arts. 252 y 270 del Cód. Pen. Será justo sancionar con 20 años de presidio sin derecho a indulto a alguien que no ha causado ningún daño a la parte contraria, por simple hecho de existir un malentendido entre esposos y discusiones de cocina. En ningún momento del juicio oral se pudo demostrar, que existió premeditación, alevosía y ventaja de su parte, para causar algún daño a la parte contraria.

Ha probado que no tiene antecedentes policiales, penales. El Ministerio Público, exageradamente lleva el caso en suposiciones, habla de que existía golpes con un palo, pero, cuanto media el palo, porque, no ha sido recolectado por la policía, en audiencia se presentan palitos de fósforo, acoso el palo era del tamaño del palito de fósforo, con ese aplito podía causar daños irreparables. La parte contraria no ha demostrado fehacientemente, que tenga algún impedimento de locomoción o emocional, lo cual demuestra inobjetablemente que no existe el tipo de lesiones gravísimas, toda vez que, doña Sandra García García, testigo ofrecida de cargo, señala que tiene leve dolor en el antebrazo izquierdo, y que puede realizar tareas habituales con toda normalidad y que el dolorcito es insignificante. Por su parte el médico forense, no tuvo la capacidad de probar los 45 días de impedimento, Sandra García García, no padece de ningún impedimento en su anatomía, pudo desplazarse lúcidamente ante todos los miembros del tribunal de sentencia N° 3, ante el fiscal, ante la parte acusada y terceras personas que presenciaron el desarrollo de la audiencia. Por todo lo expuesto solicita, se aplique el art. 272 bis (violencia familiar o domestica). Así, como solicita al tribunal de alzada, pronunciar resolución anulando totalmente la sentencia, ordenando la reposición del juicio ante otro tribunal.

Que por otra parte, el recurrente Elmer Apaza Apata, por memorial de fs. 83 a 85 subsana la observación, señalando, la injusta sentencia contiene defectos que vulnera la garantía de debido proceso (art. 115-II de la C.P.E., el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho como imputado a una resolución judicial fundamentada. a) Carece de fundamentación, la sentencia sobre los supuestos delitos de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, delitos inexistentes, el certificado médico forense que estima 45 días de incapacidad a la víctima Sandra García García del supuesto hecho. La víctima declara en el juicio, señal que tiene un pequeño dolorcito sin mayor importancia, y no presenta rasgos de impedimento en la habla, menos en su locomoción, se ve que puede realizar sus actividades con toda

normalidad. b) El médico forense fue ofrecido como testigo, el mismo no supo explicar la existencia o inexistencia de lesiones en la víctima, le dio 45 días de impedimento sencillamente por ser mujer, parcializándose con la supuesta víctima; c) En la audiencia la víctima solicitó se dicte sentencia condenatoria de 20 años si derecho a indulto, los jueces técnicos cumplieron al pie de la letra, lo cual vulnera derechos constitucionales, como ser derecho a la defensa; d) Se omite la valoración integral de las pruebas ofrecidas en audiencia pública, y no se toma en cuenta, que no ha sido pescado en flagrancia, y no tiene antecedentes policiales y penales, menos denuncia en ninguna institución defensora de la mujer, los mimos no han sido valorados por los jueces, para atenuar la pena; e) Inobservancia o errónea aplicación del tipo, falta de aplicación de tipo penal, toda vez que, no existe como tipo, sino adecuada la figura como feminicidio en grado de tentativa, tipo legal no existe y la figura de Lesiones Gravísimas, si bien existe en el Código Penal, en los hechos no existe, porque, la víctima no tiene impedimento alguno, tampoco ha demostrado durante el juicio, amenazas o agresiones psicológicas en su contra, puede desplazarse con toda normalidad; f) La prueba testifical de cargo ofrecidos han entrado en contradicción, extremo que tampoco ha sido valorado para dictar sentencia condenatoria; g) Lo expuesto se tenga presente; h) En la sentencia impugnada no se tomó en cuenta, las contradicciones de los testigos de cargo, tampoco se ha valorado las declaraciones de los testigos de descargo, asumiéndose una valoración parcial; i) Tampoco se ha valorado la observación de la defensa técnica del imputado, en sentido de que no se admita las supuestas pruebas que no son contundentes, sino, simples indicios, con dichos indicios no se puede juzgar. Dando cumplimiento, a lo previsto por el art. 379 del C.P.P., explica la aplicación de los num. 1, 4, 5, 6 y 8 de dicho cuerpo legal. Sala Penal Primera A.S. N° 183 Sucre 6 de febrero de 2007 en cuanto al num. 1, 4, 5, 6, y 8 del art. 370 del C.P.P., que haya ampliamente expuesto lo que menciona en líneas arriba. En definitiva, pide se aplique el art. 272 bis del Cód. Pen., violencia familiar o doméstica, bajo los alcances del art. 167, 169-3 del C.P.P., en relación al art. 24, 115 y 116 de la C.P.E. Otro petitorio, solicita la nulidad de la Sentencia Condenatoria N° 19/15 de 16 de noviembre de 2015, por el supuesto delito de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, dictado por el Tribunal de Sentencia N° 3.

II.3.- Fundamentos de la presente resolución:

Que así planteada el problema por la parte recurrente, más allá de sus incoherencias y redundancias sobre el fallo condenatorio, de manera genérica con argumento altamente confusa, acusa defectos de sentencia previstos en los num. 1, 4, 5, 6 del art. 370 y 8 y arts. 407 y 408 del C.P.P., interpone recurso de apelación restringida en contra la Sentencia N° 19/15 de 16 de noviembre de 2015, acusa Inobservancia o errónea aplicación del tipo, por ser inexistente el feminicidio en grado de tentativa, como tipo no existe y por no existir lesiones gravísimas en la anatomía de la parte contraria, debe tomarse en cuenta la declaración en audiencia de Sandra García García de que no tiene ninguna dolencia, errónea aplicación del art. 252 bis-1) del Cód. Pen. El num. 6) señala, con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor. El num. 8) señala cuando la mujer sea conexas al delito de trata o tráfico de personas y el num. 9) señala cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales. Deduciéndose, que será el culpable a quien quite o victime privando el derecho a la vida a su cónyuge, conviviente, esposa o similar. No se ha demostrado objetivamente la incapacidad permanente para realizar actividades diarias por parte de la supuesta víctima; tampoco se ha demostrado amenazas anteriores al supuesto hecho de 3 de diciembre de 2014.

Para dictar sentencia, no se ha tomado en cuenta que Sandra García García, no ha demostrado que padece de una enfermedad o discapacidad psíquica, intelectual física, sensorial o múltiple, daño psiquiátrico permanente, debilitación permanente de la salud o la pérdida total o parcial de un sentido, de un miembro, de un órgano o de una función o incapacidad permanente para el trabajo que sobrepase los 90 días, marca indeleble o deformación permanente en cualquier parte de cuerpo, tampoco ha demostrado de que se halle en peligro inminente de perder la vida, más al contrario goza de excelente salud, por lo que la sentencia es injusta, no se adecua a lo previsto por los arts. 252 y 270 del Cód. Pen.; Sandra García García, testigo ofrecida de cargo, señala que tiene leve dolor en el antebrazo izquierdo, y que puede realizar tareas habituales con toda normalidad y que el dolorcito es insignificante. Por su parte el médico forense, no tuvo la capacidad de probar los 45 días de impedimento, Sandra García García, no padece de ningún impedimento en su anatomía, pudo desplazarse lúcidamente ante todos los miembros del Tribunal de Sentencia N° 3. Por todo lo expuesto solicita, se aplique el art. 272 bis (violencia familiar o doméstica). Así, como solicita al tribunal de alzada, pronunciar resolución anulando totalmente la sentencia, ordenando la reposición del juicio ante otro tribunal. Al respecto, el memorial del recurso de apelación restringida que, mereció providenciar con carácter previo a la admisión subsanar, cumpliendo estrictamente con el art. 408 de la norma adjetiva procesal penal, esto es, por no haber desarrollado los fundamentos de manera separada, cada defecto de sentencia previstos en los num. 1, 4, 5, 6, y 8 del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Que por memorial de fs. 83 a 85, el recurrente señala la sentencia contiene defectos que vulnera la garantía de debido proceso (art. 115-II de la C.P.E., el derecho como imputado a una resolución judicial fundamentada. Señala carece de fundamentación de la sentencia sobre los supuestos delitos de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, a criterio de la parte recurrente son delitos inexistentes. Dilucidando el problema planteado, en el punto alegado, corresponde señalar, si bien, alega el derecho como imputado a una resolución judicial fundamentada, empero, no señala ni precisa, en cuál de los defectos de sentencia establecidos en el artículo 370 del C.P.P., el fallo impugnado cuenta con suficiente fundamentación. Lo que reclama la parte apelante, es parte componente del debido proceso, empero, con respecto a este tópico no esgrimió una fundamentación. Se limita, en señalar, el delito de feminicidio en grado de tentativa no exista como delito. Empero, el delito de feminicidio se halla tipificado y sancionado por el art. 252 bis de la L. N° 348, con nueve circunstancias señaladas en dicha norma sustantiva, por lo mismo, el delito de feminicidio, está establecido como delito en la norma sustantiva, no es evidente, que no se tenga como delito. Y la tentativa se encuentra en el art. 8 del Cód. Pen., que señala "El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad, será sancionado con los dos tercios de la pena establecida para el delito consumado". En consecuencia, lo aseverado por el apelante, que el delito de feminicidio en grado de tentativa que no existe como delito, no resulta ser tal, dicho argumento, es carente de sustento legal y jurídico. De la lectura del fallo en el Considerando V (Motivos de derecho que fundamenta la sentencia (Subsunción) en la parte pertinente del num. 7) el tribunal señala: "...el ahora acusado fue aprehendido de manera inmediata luego de la comisión de los hechos punibles pues incluso fue auxiliado como consecuencia de la explosión de la dinamita y de esta

manera al presente aún se encuentra con detención preventiva como consecuencia de la comisión del delito de homicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, precisamente por la flagrancia que se ha presentado en este caso, pues fue detenido inmediatamente después de haberse cometido este delito inmediatamente de ser hospitalizado que ya se encontraba con escolta policial, así se tiene del acta de aprehensión del acusado. Por consiguiente el tribunal en su conjunto, conforme hemos expuesto anteriormente, ha llegado a la firme convicción plena que, la conducta de Elmer Apaza Apata se halla subsumido, dentro de la sanción prevista por los arts. 252 bis con relación al 8 del Cód. Pen., incorporado por la L. N° 348 y 270-3) del Cód. Pen.". De lo transcrito, se tiene que, el Tribunal de Sentencia N° 3, conforme a las pruebas producidas y los datos del proceso penal, subsume la conducta del acusado en el delito de feminicidio en grado de tentativa previsto y sancionado por los arts. 252 bis con relación al 8 del Cód. Pen., incorporado por la L. N° 348 y 270-3) del Cód. Pen.

Que por otra parte, el recurrente señala que, la víctima a momento de prestar su declaración en el juicio oral, señaló que tiene pequeño dolorcito y no presenta rasgos de impedimento en la habla, menos en su locomoción, ve que puede realizar sus actividades con toda normalidad, Si bien, refiere que la víctima no tiene impedimento en habla, locomoción y desarrolla sus actividades con toda normalidad, no por ello, se puede considerar que, el hecho no existió, por el contrario de la lectura del fallo impugnado, de la relación de hecho relatado en la sentencia, se establece en el Considerando III (Enunciación del hecho y circunstancias, objeto del juicio: en su parte pertinente refiere: "...ingreso a la fuerza a su domicilio por la pared saltando y directamente le dio un puñete en su cara a Sandra y agarró un palo y le dio en la cabeza, tras el golpe perdió el conocimiento y cayó directamente al piso y tras recuperar la conciencia quería escapar de su casa y volvió a recibir golpes en su cabeza y le dio con palo en su mano dándole patadas y golpes de puño(...) la botó hacia la cama y se puso encima y sacó un cuchillo, trató punzar con el cuchillo en su pecho (...) tras forcejear se cayó el cuchillo y luego sacó una dinamita y trató de encenderla, y tras ver eso Sandra García García se defendió y logró zafarse por su piernas y la volvió agarrar y nuevamente trató de encender la dinamita y tras forcejear la dinamita se cayó y tras ver eso, Elmer sacó otra dinamita logró encender la dinamita la misma que explotó en la mano de Elmer y tras el impacto de la explosión de la dinamita la víctima Sandra salió herida y Elmer recién salió del domicilio..." De lo transcrito se tiene, la conducta desplegada por el acusado, por su puesto constituye hecho ilícito motivo del juzgamiento, por consiguiente, no resulta ser evidente lo manifestado por la parte recurrente, cuando señala la víctima no tiene impedimento en habla, locomoción y desarrolla con normalidad sus actividades, extremo que no enerva la acusación fiscal.

Que el recurrente señala, el médico forense fue ofrecido como testigo de cargo, el mismo no supo explicar la existencia o inexistencia de lesiones en la víctima, le dio 45 días de impedimento por ser mujer. Empero, la declaración del médico es una sola deposición, la valoración de la prueba es integral, y no precisamente, por la declaración del médico forense, el recurrente está siendo condenado, por lo que, este argumento no es suficiente para solicitar la nulidad de la sentencia. Además, señala, la víctima solicitó se dicte sentencia condenatoria de 20 años si derecho a indulto, los jueces técnicos cumplieron al pie de la letra, lo cual vulnera derechos constitucionales, como ser derecho a la defensa. Extremo menos cuenta con sustento legal y jurídico, el art. 8 del Cód. Pen., señala: "El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad, será sancionado con los dos tercios de la pena establecida para el delito consumado". El art. 252 bis (feminicidio) de la L. N° 348, señala: "Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) sin derecho a indulto, a quien mate a una, mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias...", es decir, la penalidad del delito de feminicidio es de treinta años sin derecho a indulto, y tratándose de haber sido condenado por el delito de feminicidio en grado de tentativa, la pena impuesta es en el marco de la ley sustantiva, dos tercios de la pena establecida, esto es veinte años de presidio, en consecuencia, el argumento esgrimido por la parte apelante, al señalar que, el tribunal solo hubiera cumplido al pie de la letra, en aplicar la solicitud de la parte víctima, no es evidente; el tribunal impuso la pena de privación de libertad, en cumplimiento de lo que autoriza la ley.

Que por otra parte, señala, se omite la valoración integral de las pruebas ofrecidas en audiencia pública, y no se toma en cuenta, que no ha sido pescado n flagrancia, y no tiene antecedentes policiales y penales, menos denuncia en ninguna institución defensora de la mujer, los mimos no han sido valorados por los jueces, para atenuar la pena. Al respecto, de la lectura del fallo impugnado, en el Considerando IV (voto de los juzgadores acerca de los motivos de hecho y derecho) valoración de la prueba: se tiene, apreciación de toda la prueba esencial producida, para demostrar la existencia del hecho punible, el tribunal hace mención a las pruebas codificadas como MP-2; MP-3; MP-8; MP-9, prueba que mereció otorgar valor probatorio suficiente indubitable, declaración de testigos presenciales, y demás testigos de cargo Francisco Quispe Condori y Marcela Elizabeth Acapa Zubieta. La participación en el hecho punible, ha sido determinada por las pruebas codificadas como MP-1; MP-2; MP-8 y MP-9, y las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos Rodrigo García Mamani y María Fernanda García García, entre otras pruebas codificadas como MP-10; MP-12; MP-14; MP-13; MP-4 y MP-7. En cuanto a la prueba de descargo, se tiene, prueba codificada como ID-1, certificado médico legal. En tribunal en su parte pertinente, ha momento de la valoración de la prueba, esgrime razonamiento refiriendo: "...el imputado desplegó varios actos, pues inicialmente se armó con dos artefactos explosivos "dinamitas" y uno de ellos produjo la explosión en la mano izquierda del acusado, además, llevaba un "cuchillo" con el que también agrede a la víctima, y lleva los demás implementos como "fósforo" "fragmento metálico" para quitar la vida, toda vez que, por la declaración de los testigos de cargo, el imputado pretendía quitarse la vida junto a la víctima y sus hijos; empero, por causa ajenas a la voluntad del imputado, o sea en el forcejeo la "dinamita" explosiona en su mano izquierdo del acusado, motivo por el cual no se consuma el delito de feminicidio. En consecuencia, no es sostenible la alegación hecha por el imputado, máxime si el imputado perdió su mano izquierda, conforme al mencionado certificado médico legal". Lo transcrito, hace ver que, efectivamente existió el hecho y la participación del acusado en el hecho sucedido el 3 de diciembre de 2014. En consecuencia, la alegación del apelante, en este tópico, no es consistente, que la prueba no fueron valorados, no se valoró la prueba de manera integral, la presunta omisión acusada, no resulta ser evidente, más, cuando ni siquiera ha precisado cuales son la pruebas de descargo que no mereció su valoración, extremo no precisado por el apelante.

Que asimismo, la parte apelante, señala inobservancia o errónea aplicación del tipo, falta de aplicación de tipo penal, toda vez que, no existe como tipo, no se adecuada la figura como feminicidio en grado de tentativa; con relación a este tópico, el apelante, sin precisar el defecto de sentencia de manera general, se limita en señalar, la figura jurídica feminicidio en grado de tentativa, a su criterio no existe. Empero, como

hemos hecho mención, el apelante, no precisa, si el defecto de sentencia, va ligado a la inobservancia de la norma sustantiva, o errónea aplicación; al respecto, el num. 1) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen., señala: "La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva".

Lo anotado, conlleva dos hipótesis, inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. El recurrente de manera genérica acusa a ambos supuestos, que en la práctica no puede darse, si se considera que no se observó la ley sustantiva, cuál esta ley inobservada, y cómo se debió observar, aspecto no desarrollando en el fundamento del recurso. Por otra parte, si considera existe errónea aplicación de la ley sustantiva, si eso es así, entonces qué ley sustantiva debió aplicarse en su lugar, extremo no explicado por la parte recurrente; corresponde señalar, la errónea aplicación de la norma sustantiva, se da en tres circunstancias que son: Una errónea calificación de los hechos; una errónea concreción del marco penal, errónea fijación judicial de la pena, extremos no explicados por la parte recurrente, toda vez que, no hace alusión a ninguno de los tres supuestos, vale decir que, simplemente se limita en señalar inobservancia o errónea aplicación del tipo, falta de aplicación de tipo penal, es decir, un argumento altamente confusa e incoherente; por consiguiente, en este tópico, menos se tiene una debida fundamentación del recurso, lo que hace carente de fundamento, por lo mismo, no cuenta con sustento legal y jurídico.

Que en relación a la figura de lesiones gravísimas, señala, si bien existe en el Código Penal, en los hechos no existe, porque, la víctima no tiene impedimento alguno, tampoco ha demostrado durante el juicio, amenazas o agresiones psicológicas en su contra. Empero, como hemos señalado en líneas arriba, la prueba producida e incorporado en el juicio oral, ha dado lugar, por probada la existencia del hecho ilícito, y la participación del acusado en el hecho juzgado. Por ello, no hay razón para otorgar lo solicitado, cuando señala que, no se hubiera valorado las pruebas de manera integral; por el contrario se advierte de la lectura de fallo impugnado, las pruebas merecieron una valoración integral y valor otorgado a cada medio de prueba, como consecuencia de ello se tiene prueba esencial indubitable, así se tiene de la lectura del fallo impugnado en el Considerando IV. Además, la parte apelante, pretende cuestionar, que los testigos de cargo ingresaron en una contradicción; tampoco se ha valorado las declaraciones de los testigos de descargo, asumiéndose una valoración parcial. Empero, dicha postulación no resulta ser evidente, por cuanto no se precisa, cuales son las pruebas que no merecieron su valoración, prueba de cargo o descargo, no explicada. En ese contexto, no es posible otorgar la razón a la parte apelante, que no ha desarrollado los fundamentos de manera coherente y separada para cada postulación, y la aplicación que pretende; se limita en señalar sin fundamento, defectos de sentencia previsto en los nums. 1), 4), 5), 6) y 8) del art. 370 del Cód. Pdto. Pen.

Que finalmente, la parte recurrente, como la postulación final solicita se aplique el art. 272 bis del Cód. Pen., violencia familiar o doméstica, bajo los alcances del art. 167, 169-3 del CPP., en relación al art. 24, 115 y 116 de la C.P.E.; sin especificar el por qué se señala los artículos, cual es la vinculatoriedad de las mismas, entendiéndose que el tribunal de alzada debe juzgar por el delito de previsto en el art. 272 bis del Cód. Pen. El tribunal de alzada, no es de segunda instancia para juzgar y valorar pruebas, no tiene competencia, para realizar calificación jurídica del tipo penal. Alternativamente, solicita, la nulidad de la Sentencia Condenatoria N° 19/15 de 16 de noviembre de 2015; ambas solicitudes, contrapuestos, por una parte se pide aplicar el art. 272 bis del Cód. Pen., y por otra, anular la sentencia desde ya altamente confusa, sin señalar precedentes contradictorio alguno. En ese contexto normativo, el recurso de apelación restringida, deviene por la declaratoria de improcedencia, el fallo cumple con el art. 124 del Cód. Pdto. Pen.

POR TANTO: La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, en virtud de las consideraciones precedentemente expuestas declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación restringida planteado por Elmer Apaza Apata en contra la Sentencia N° 19/15 de 16 de noviembre de 2015, pronunciada por el Tribunal de Sentencia N° 3 de Oruro.

Consecuentemente, deliberando en el fondo CONFIRMA la sentencia de fs. 37 a 47 del legajo (de fs. 103 a 113 del cuaderno original). Con costas. En estricta aplicación de la previsión legal contenida en el art. 123 del Cód. Pdto. Pen., se advierte a las partes que tienen el término de cinco días para interponer recurso de casación, computables a partir de su notificación conforme el art. 417 de la norma Adjetiva Penal.

Vocal relator: Dr. Gregorio Orosco Itamari.

Regístrese, notifíquese.

Fdo.- Dres.: Gregorio Orosco Itamari.- José Romero Soliz.

Ante mí: Abg. Verónica Echalar Barrientos.- Secretaria de Cámara.

AUTO SUPREMO

RESULTANDO: Por memorial presentado el 8 de noviembre 2016, cursante de fs. 116 a 122, Elmer Apaza Apata, interpone recurso de casación, impugnando el A.V. N° 67/2016 de 21 de octubre, de fs. 103 a 107, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, integrada por los vocales Gregorio Orosco Itamari y José Romero Soliz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público a instancia de Sandra García contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, previstos y sancionados por los arts. 252 bis.-1) del Cód. Pen., incorporado por L. N° 348, en relación al 8 del Cód. Pen., y 270-3) del Sustantivo Penal, respectivamente.

I. Del recurso de casación.

I.1.- Antecedentes.

a) Por Sentencia N° 19/2015 de 16 de noviembre (fs. 37 a 47), el Tribunal de Sentencia N° 3 del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a Elmer Apaza Apata, autor de la comisión de los delitos de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, tipificados por los arts. 252 bis-1) del Cód. Pen., tipo penal incorporado por el art. 84 de la L. N° 348, con relación a los arts. 8 y 270-3) del Cód. Pen.,

modificado a su vez por L. N° 369, imponiendo la pena de veinte años de presidio, sin derecho a indulto, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y de la víctima, averiguables en ejecución de sentencia.

b) Contra la mencionada sentencia el imputado Elmer Apaza Apata (fs. 64 a 67 vta.), previo memorial de subsanación (fs. 83 a 92), interpuso recurso de apelación restringida, que fue resuelto por A.V. N° 67/2016 de 21 de octubre, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró improcedente el recurso planteado y confirmó la sentencia apelada, con costas, motivando la interposición del presente recurso de casación.

I.1.1.- Motivo del recurso de casación.

Del memorial de recurso de casación y del A.S. N° 40/2017-RA de 20 de enero, se extrae el motivo a ser analizado en la presente resolución, conforme al mandato establecido en los arts. 398 del Cód. Pdo. Pen., y 17 de la L.Ó.J.

El recurrente denuncia que el auto de vista recurrido no observa lo establecido por el art. 124 del C.P.P., porque no cuenta con una debida fundamentación, ante la falta de respuesta objetiva a cada uno de los agravios sufridos, limitándose sólo a transcribir el recurso de apelación restringida y partes de la sentencia impugnada, concluyendo que el fallo impugnado fue correctamente pronunciado y que la apelación no tiene sustento, convalidando la errónea aplicación de la ley sustantiva; puesto que, a criterio suyo no se hubiese demostrado que hubiere adecuado su conducta al tipo penal establecido en el art. 252 bis-1) del Cód. Pen., modificado por el art. 84 de la L. N° 348 con relación al art. 8 del Sustantivo Penal, indicando que el tribunal de mérito no habría realizado un análisis fáctico jurídico que permita desarrollar que su conducta hubiera concurrido para generar su responsabilidad penal; por cuanto, de las testificales de cargo se evidenciaría contradicción, respecto a que si se desmayó o no la víctima en el momento del hecho, o si la fractura del brazo fue provocada por golpe de un palo o un objeto dotado de filo, que la supuesta víctima no tiene secuelas, al encontrarse en perfecto estado de salud, que su vida no corre riesgo, que no le falta una pieza de su anatomía y menos le falta un dedo de la mano o del pie, añadiendo que el hecho ilícito no existiría en el actual Código Penal menos en el Código de Procedimiento Penal, a cuyo invoca como precedentes contradictorios los AA.SS. Nos. 207/2007 de 28 de marzo y "144/2013".

I.1.2.- Petitorio.

El recurrente solicita se deje sin efecto el auto de vista impugnado y se pronuncie uno nuevo de acuerdo a la doctrina legal establecida.

I.2.- Admisión del recurso.

Mediante A.S. N° 40/2017-RA de 20 de enero, cursante de fs. 132-133 vta., este tribunal admitió el recurso de casación formulado por el imputado Elmer Apaza Apata, para su análisis de fondo.

II. Actuaciones procesales vinculadas al recurso.

De la atenta revisión de los antecedentes venidos en casación, se establece lo siguiente:

II.1.- De la sentencia.

Por Sentencia N° 19/2015 de 16 de noviembre, el Tribunal de Sentencia N° 3 del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a Elmer Apaza Apata, autor de la comisión de los delitos de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, tipificados por los arts. 252 bis-1) del Cód. Pen., tipo penal incorporado por el art. 84 de la L. N° 348, con relación a los arts. 8 y 270-3) del Cód. Pen., modificado a su vez por L. N° 369, imponiendo la pena de veinte años de presidio, sin derecho a indulto, con costas y pago de la responsabilidad civil a favor del Estado y de la víctima, averiguables en ejecución de sentencia, al haber llegado a la convicción tras la valoración de la prueba que el hecho aconteció el 3 de diciembre de 2014, en el domicilio de la víctima en la habitación de su sobrina María Fernanda García García y su esposo Rodrigo García Mamani, en el que el acusado le dio una golpiza a la víctima con un palo de madera en la cabeza y en su mano rompiendo el palo en este último lugar; además, de recibir patadas y golpes de puño dejándola ensangrentada, para luego proceder a agarrarla y botarla en la cama y sacando un cuchillo trato de punzarla, que tras el forcejeo cayó el cuchillo, luego el acusado sacó una dinamita, que encendida llegó a explotar en su mano, para después salir de la habitación.

En cuanto al delito de lesiones gravísimas, el a quo señala que el acusado propinó una golpiza en el cuerpo de la víctima, fracturando el antebrazo izquierdo con impedimento de cuarenta y cinco días, según el certificado médico y la declaración del médico forense, llegando a la pérdida parcial de movilidad, por lo que la víctima no puede realizar actividades o trabajos cotidianos, por las lesiones que fueron provocadas por el acusado, realizadas con dolo directo al existir la intención de causar daño físico al haber ingresado al domicilio de la víctima por la pared, inclusive pretendió quitar su vida al encender la dinamita que llegó a explotar en manos del acusado tras el forcejeo que sostuvo con la víctima; en consecuencia, el Tribunal de Sentencia concluye que el acusado tenía el propósito de quitar la vida de la víctima; es decir, cometer el delito de feminicidio, actividad que fue interrumpida por causas ajenas a la voluntad del agente, sin llegar a consumar el citado delito, concurriendo los elementos del delito de tentativa.

II.2.- De la apelación restringida del imputado.

El imputado Elmer Apaza Apata, interpuso recurso de apelación restringida, manifestando en síntesis que la sentencia incurre en inobservancia o errónea aplicación del tipo, extrañando la existencia del ilícito y por no existir lesiones en la víctima, conforme sus declaraciones en audiencia donde se observa que no tiene dolencia, habiendo quedado sorprendidos el tribunal y partes, siendo exageradas las acusaciones del Ministerio Público; en consecuencia, afirma que se aplicó erróneamente el art. 252 bis-1) del Cód. Pen., al no demostrarse la incapacidad permanente, ni las amenazas anteriores al hecho, afirmando no tener antecedentes judiciales ni policiales y que vivían en armonía.

Añade que la sentencia inobservó que las atestaciones son contradictorias y que las pruebas no son contundentes, que por el contrario demostraron que la víctima no sufrió daño psicológico, ni físico; asimismo, niega la presencia del delito de lesiones gravísimas, porque la víctima no presenta un peligro inminente de perder la vida, tampoco se demostró que padezca de una enfermedad, discapacidad psíquica, intelectual, física, sensorial o múltiple, daño psiquiátrico permanente, debilitación permanente en la salud o pérdida total de un sentido, de un miembro, de un órgano o de una función o incapacidad permanente para el trabajo que sobrepase los noventa días, tampoco marca indeleble o deformación permanente en cualquier parte del cuerpo, tampoco se demostró que se halle en peligro inminente de perder la vida, mas al contrario gozaría de excelente salud, por lo que la sentencia sería injusta y no se adecua a los arts. 252 y 270 del Cód. Pen., ya que se trataría de un malentendido entre esposos y discusiones de cocina; asimismo, tampoco se habría demostrado premeditación, alevosía y ventaja de su parte para causar daño a la víctima, afirmando que demostró no contar con antecedentes policiales penales y que el Ministerio Público exageró el caso en suposiciones refiriéndose al palo que no fue recolectado por la policía; en consecuencia, no se habría acreditado el delito de lesiones gravísimas observando que la víctima no demostró su incapacidad, tampoco el Médico Forense, debido al desplazamiento de la víctima en audiencia y pide que se aplique el art. 272 bis y se anule la sentencia con reposición del juicio por otro tribunal.

Observada la alzada por el tribunal de alzada, el apelante presenta memorial de subsanación, aduciendo que la sentencia incurre en defectos que vulneran el debido proceso, tutela judicial efectiva y el derecho a una resolución fundamentada de los delitos que le fueron indilgados, reiterando las observaciones en su alzada, a tiempo de afirmar que se omitió la valoración integral de las pruebas ofrecidas y que no fue encontrado en flagrancia afirmando que se admitió prueba que no es contundente, sino simples indicios extrañándole la aplicación de los incs. 1), 4), 5), 6) y 8) del art. 370 del C.P.P., pidiendo se aplique el art. 272 bis del Cód. Pen., bajo los alcances de los arts. 167, 169-3) del Cód. Pen., en relación a los arts. 24, 115 y 116 de la C.P.E., y la nulidad de la sentencia.

II.3.- Del auto de vista impugnado.

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declara improcedente la alzada y confirma la sentencia apelada, precisando en resumen que la apelación restringida más allá de sus incoherencias y redundancias sobre la sentencia de forma genérica y confusa, acusa defectos de sentencia; al respecto, señala:

Que si bien el apelante alega el derecho a una resolución judicial fundamentada, no señala ni precisa los defectos de la sentencia previstos en el art. 370 del C.P.P., fallo que advierte cuenta con suficiente fundamentación, manifestando que lo que reclama es parte componente del debido proceso; sin embargo, este tópico no fue esgrimido con fundamentación, limitándose a señalar que el delito de feminicidio en grado de tentativa no existe como delito, pese a que se encuentra tipificado en el art. 252 bis de la L. N° 348, por lo que no sería evidente lo afirmado y la tentativa se encuentra prevista en el art. 8 del Cód. Pen., en consecuencia, ese argumento carecería de sustento legal y jurídico, afirmando que de la lectura del Considerando V de la sentencia referido a los motivos de derecho que fundamenta la sentencia (subsunción), se tiene que el a quo de acuerdo a las pruebas producidas y los datos del proceso, subsumió la conducta del acusado en el delito de feminicidio en grado de tentativa, previsto en el art. 252 bis con relación al art. 8 del Cód. Pen., incorporado por la L. N° 348 y 270-3) del Cód. Pen.

Asimismo, el tribunal ad quem considera que si bien el apelante advierte que la víctima no cuenta con impedimento y desarrolla sus actividades normales, no por ello se puede tener como si el hecho no existió; por el contrario, asevera que de la lectura del fallo apelado y la relación de hecho relatado, se establece en su Considerando III (Enunciación del hecho y circunstancias, objeto del juicio), que la conducta del acusado constituye un ilícito, motivo del juzgamiento, no siendo evidente lo manifestado por el apelante cuando señala que la víctima no tiene impedimento alguno, extremo que considera el ad quem que no enerva la acusación fiscal.

Con relación a que el médico forense fue ofrecido como testigo de cargo y que no supo explicar la existencia o inexistencia de lesiones en la víctima, el ad quem considera que la declaración del médico es una sola deposición, que la valoración de la prueba es integral y que no es precisamente por esa declaración que el entonces apelante fue condenado, resultando el agravio insuficiente para solicitar la nulidad de la sentencia.

Sobre el punto referido a que los Jueces técnicos cumplieron al pie de la letra la petición de la víctima de que se dicte sentencia condenatoria de 20 años sin derecho a indulto, lo cual vulneraría sus derechos constitucionales, como el derecho a la defensa, el tribunal de apelación señala que no cuenta con sustento legal y jurídico, citando al efecto el art. 8 del Cód. Pen., art. 252 bis (Feminicidio) de la L. N° 348, indicando que la penalidad del delito de feminicidio es de treinta años sin derecho a indulto y que al haber sido condenado por el delito en grado de tentativa, la pena impuesta se encuentra en el marco de la ley sustantiva; es decir, dos tercios de la pena establecida; en consecuencia, el argumento esgrimido por el apelante no es evidente, ya que el a quo impuso la pena de privación de libertad en cumplimiento de lo que autoriza la ley.

En cuanto a la denuncia de que se omite la valoración integral de las pruebas ofrecidas en audiencia pública y no se tomó en cuenta que no fue pescado en flagrancia, además de no contar con antecedentes policiales y penales, que no se denunció en ninguna institución defensora de la mujer, criterios que el apelante asevera no fueron valorados por el a quo para atenuar la pena; el tribunal de alzada señala que de la lectura del fallo impugnado, en el Considerando IV (Voto de los juzgadores acerca de los motivos de hecho y derecho) valoración de la prueba, transcribiendo este epígrafe, se verifica que efectivamente existió el hecho y la participación del acusado en el hecho sucedido el 3 de diciembre de 2014, por lo que la alegación del apelante en ese tópico no sería consistente, ya que ni siquiera precisó cuáles son las pruebas de descargo que no merecieron valoración.

Sobre la inobservancia o errónea aplicación del tipo, falta de aplicación del tipo penal, afirmando que no existe el tipo y que no se adecua a la figura de feminicidio en grado de tentativa, el tribunal ad quem observa que no se precisó el defecto de la sentencia pues de manera general se limita en señalar la figura feminicidio en grado de tentativa que a su criterio no existe; no obstante, el apelante no precisó si el defecto de la sentencia va ligado a la inobservancia de la norma sustantiva o errónea aplicación; al respecto, el inc. 1) del art. 370 del C.P.P.,

conlleva dos hipótesis, inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, el ad quem considera que el apelante de manera genérica acusa a ambos supuestos que en la práctica no puede darse, si se considera que no se ha observado la ley sustantiva, cuál es la ley inobservada y cómo se debió observar, aspecto no desarrollado en el fundamento de la alzada; por otra parte, afirma que si el apelante considera que existe errónea aplicación de la ley sustantiva, entonces debe establecer qué ley sustantiva debió aplicarse en su lugar, extremo que no habría explicado el apelante; en consecuencia, indica que la errónea aplicación de la norma sustantiva, se da en tres circunstancias que son una errónea calificación de los hechos, una errónea concreción del marco penal, errónea fijación judicial de la pena, extremos no explicados por el recurrente; toda vez, que no hace alusión a ninguno de los tres supuestos; vale decir, que simplemente se limita en señalar la inobservancia o errónea aplicación del tipo, falta de aplicación de tipo penal, es decir un argumento confuso e incoherente, resultando ese tópico falto de fundamentación de la apelación, lo que hace carente de fundamento, por lo que no cuenta con sustento legal y jurídico.

En relación a la figura de lesiones gravísimas, que en los hechos no existiría, porque la víctima no tendría impedimento alguno, que en juicio no se demostró amenazas o agresiones psicológicas en su contra; el tribunal de alzada indica que la prueba producida e incorporada en el juicio ha dado por probada la existencia del hecho ilícito y la participación del acusado, por lo que no existe razón para otorgar lo solicitado, cuando señala que no se hubiera valorado las pruebas de manera integral; por el contrario, advierte de la lectura de la Sentencia que se otorgó valor a cada prueba, siendo valorada de una forma integral y como consecuencia de ello se tiene prueba esencial indubitable, conforme se desprende del Considerando IV de la sentencia, además la parte apelante, pretendería cuestionar que los testigos de cargo ingresaron en contradicción, que tampoco se valoró las declaraciones de los testigos de descargo, existiendo una valoración parcial, postulación que al ad quem no le resulta evidente, ya que no se precisó cuáles son las pruebas que no merecieron valoración, prueba de cargo o descargo, no se explica por lo que tampoco es posible otorgar la razón al apelante que no desarrolló los fundamentos de manera coherente y separada para cada postulación y la aplicación que pretende, limitándose en señalar sin fundamento, defectos de sentencia previstos en los incs. 1), 4), 5), 6) y 8) del art. 370 del C.P.P.

Finalmente, sobre lo aducido por el apelante solicitando se aplique el art. 272 bis del Cód. Pen., (Violencia familiar o doméstica) bajo los alcances del art. 167, 169-3 del C.P.P., en relación a los arts. 24, 115 y 116 de la C.P.E., el tribunal de alzada observa que no especifica el por qué se los cita, cuál es la vinculatoriedad de los mismos, ya que como Tribunal de apelación debe juzgar por el delito previsto en el art. 272 bis del Cód. Pen., que no se constituye de segunda instancia para juzgar y valorar pruebas, careciendo de competencia para realizar la calificación jurídica del tipo penal. Asimismo, ante la solicitud alterna de nulidad de la sentencia, considera que ambas peticiones son contrapuestas, ya que por una parte pide aplicar el art. 272 bis del Cód. Pen., y por otra anular la sentencia, resultando confuso, extrañando la cita de precedentes contradictorios, por lo que en ese contexto normativo el recurso de apelación restringida es improcedente y la sentencia cumpliría con el art. 124 del C.P.P.

III. Verificación de contradicción del auto impugnado con los precedentes invocados.

En el caso presente, el acusado Elmer Apaza Apata, denuncia que el auto de vista impugnado carece de una debida fundamentación, al no dar respuesta objetiva a cada agravio de su apelación, limitándose a transcribir su alzada y partes de la sentencia, para concluir que fue correctamente emitida, convalidando la errónea aplicación de la ley sustantiva, pese a que su conducta no se hubiera adecuado al tipo penal, que no existe, porque la víctima se encontraría sana, por lo que corresponde resolver la problemática planteada.

III.1.- La labor de contraste en el recurso de casación.

Conforme lo dispuesto por los arts. 42-I-3) de la L.O.J., y 419 del C.P.P., las Salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un auto de vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia, sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del C.P.P., preceptúa: "Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el auto de vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance". En ese ámbito, este tribunal a través del A.S. N° 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: "Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar."

La atribución de este tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119-I de la C.P.E., que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes, ante el juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios, será de aplicación obligatoria para los tribunales y jueces inferiores; y, sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del C.P.P.

III.2.- De los precedentes invocados y análisis del motivo.

La parte recurrente expresa, que el auto de vista impugnado carece de una debida fundamentación, porque no respondió objetivamente a los agravios de su alzada, habiéndose limitado a la transcripción del recurso de apelación restringida y partes de la Sentencia, para concluir que fue pronunciada correctamente y que la apelación no tendría sustento, convalidado la errónea aplicación de la ley sustantiva, pese a que su

conducta no se hubiera adecuado al tipo penal establecido en los arts. 252 Bis-1) del Cód. Pen., modificado por el art. 84 de la L. N°348 con relación al art. 8 del Cód. Pen., porque a su criterio el Tribunal de Sentencia no habría realizado un análisis fáctico jurídico, que permita desarrollar que su conducta generó responsabilidad penal, advirtiendo que las atestaciones de cargo son contradictorias; adicionalmente, afirma el recurrente que no existiría el tipo penal de feminicidio en grado de tentativa y lesiones gravísimas, ya que la víctima se encontraría sana, tampoco presenta un cuadro inminente de perder la vida, no cojea, no perdió pieza alguna de su anatomía, tampoco le faltan dedos de las manos o los pies, menos demostró que hubiera sido sometida a condiciones vejatorias o degradantes o que se hallare embarazada, habiendo invocado como precedentes contradictorios:

El A.S. N° 207/2007 de 28 de marzo, emitido dentro de un proceso por los delitos de estafa, apropiación indebida y abuso de confianza, donde el auto de vista fue dejado sin efecto, en razón a la carencia de fundamentación acudiendo a la relación de formalismos jurídicos a efecto de denegar y eludir el pronunciamiento respectivo, por lo que se pronunció la siguiente doctrina legal aplicable: “La exigencia de motivación es una garantía constitucional de justicia, fundada en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces; la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al tribunal de alzada el material necesario para ejercer su control y finalmente sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales. De ahí que la motivación de los fallos emergentes de los recursos, debe ser expresa, clara, legítima y lógica. a) Expresa: porque el tribunal, no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión de la prueba. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan su decisorio, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él, para arribar a la conclusión. b) Clara: En la resolución, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la conozcan, aun por los legos. c) Completa: La exigencia comprende a todas las cuestiones planteadas por las partes en los diferentes recursos que se analizan, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar y sobre la base del principio de exhaustividad habrá falta de motivación, cuando se omita la exposición de los razonamientos efectuados sobre un punto esencial de la decisión y sobre los hechos secundarios alegados en el mismo, porque la obligación de motivar alcanza también a ellos en cuanto comprenden el iter a través del cual el tribunal llega a la conclusión sobre la causa petendi. La motivación de los fallos emergentes de los recursos, para ser completa, debe referirse al petitum y al derecho, analizando la resolución impugnada y expresando las conclusiones a las que se arribe luego de un examen sobre la veracidad de las denuncias formuladas, resolver apartándose del petitum significa que el fallo incurre en un vicio de incongruencia. El vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones, en definitiva constituyen el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre, en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium. d) Legítima: La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la consideración de las denuncias formuladas, como a la obligación de revisar ex officio la legitimidad del proceso. Por lo tanto, el fallo que se funda en la consideración de cuestiones alejadas del objeto particular del recurso deducido, no está debidamente motivada. e) Lógica: Finalmente se exige que la sentencia cumpla con las reglas de logicidad, de ahí que el tribunal valorará las cuestiones formuladas de un modo integral, empleando el razonamiento inductivo, verificando la observancia de las reglas de la sana crítica y exponiendo los razonamientos en que se fundamenta la decisión; es decir, sustentándolos en las reglas de la lógica, psicología y experiencia. Cuando a tiempo de emitir un decisorio, los tribunales no observan los presupuestos señalados supra, incurrir en vicios absolutos que atenta contra el derecho a la defensa y al debido proceso, debiendo la autoridad jurisdiccional dictar sus resoluciones debidamente motivadas, guardando coherencia entre la parte considerativa y la dispositiva, esto es sin incurrir en contradicciones, en desorden de ideas, yuxtaposición numerativa de folios o de afirmaciones formuladas mecánicamente, o en una frondosa, enrevesada y superficial acumulación de disgresiones sin mayor relación con el caso a resolver, una resolución resulta insuficientemente motivada cuando en el caso concreto resulta superficial y/o unilateral o cuando los argumentos esgrimidos resultan contradictorios antagónicamente, o cuando se detectan vicios de razonamiento o de demostración (falacias o paralogismos), en todo caso la redacción debe guardar claridad explicativa, no siendo una exigencia que los decisorios sean extensos o ampulosos”.

El A.S. N° “144/2013” de la Sala Penal Primera, fue pronunciado dentro de un proceso seguido por los delitos de apropiación indebida y abuso de confianza, donde inicialmente se dictó sentencia condenatoria, que apelada motivó el pronunciamiento del respectivo auto de vista que declaró la improcedencia del recurso de apelación restringida, fallo que recurrido de casación fue dejado sin efecto, a raíz de que incurrió en vulneración de los arts. 124 y 398 del C.P.P.; toda vez, que el tribunal de alzada no se pronunció ni resolvió todos y cada uno de los puntos reclamados en la apelación restringida, olvidando su obligación de circunscribir la decisión a los puntos acusados por el apelante, pronunciándose de manera vaga sobre algunas denuncias, haciendo evidente un vicio de incongruencia omisiva (citra petita o ex silentio); y en consecuencia, la infracción del principio tantum devolutum quantum appellatum y el deber de fundamentación, por lo que el auto de vista carecería de una correcta y adecuada fundamentación, en vulneración del debido proceso, por lo que se emitió la siguiente doctrina legal aplicable: “Es obligación del tribunal de apelación, realizar una adecuada motivación en las resoluciones que pronuncie, debiendo todo auto de vista contener suficiente fundamentación, circunscribiéndose a los puntos denunciados en el recurso de apelación restringida, dentro los límites señalados por los arts. 398 del Cód. Pdto. Pen., y parág. II del art. 17 de la L.Ó.J., los cuales serán absueltos uno a uno con la debida motivación y en base de argumentos jurídicos individualizados y sólidos, a fin de que se pueda inferir una respuesta con los criterios jurídicos correspondientes al caso, sin que la argumentación vertida sea evasiva o incongruente; cumpliendo con los parámetros de especificidad, claridad, completitud, legitimidad, logicidad que se encuentran determinados en el A.S. N° 12 de 30 de enero de 2012, dejando conocer al

recurrente la respuesta a cada alegación, lo contrario constituye un vicio de incongruencia omisiva (citra petrita o ex silentio) que vulnera lo establecido por los arts. 124 y 398 del Cód. Pdto. Pen.”.

Al respecto, se advierte que las problemáticas procesales dilucidadas en los precedentes invocados que anteceden, responden al mismo hecho fáctico motivo de casación; puesto que, se refieren a la falta de fundamentación y motivación en las resoluciones de alzada respecto de los agravios expuestos en los recursos de apelación restringida; consecuentemente, corresponde ingresar a verificar la posible existencia o no de la contradicción denunciada.

A este fin, se debe partir señalando que formulado el recurso de apelación restringida por el entonces apelante, este fue objeto de observación por el tribunal de alzada por Auto de 15 de febrero de 2016; es así, que el apelante presentó memorial de subsanación, emitiendo el tribunal de alzada el auto de vista impugnado, conforme se desprende de los acápites II.2 y II.3 del presente auto supremo, evidenciándose que pese a la poca claridad en la exposición de cada agravio en la alzada, el tribunal ad quem respondió cada uno de ellos, partiendo de la cita del argumento vertido por el apelante y procedió a verificar las denuncias, acudiendo inclusive a la cita de la parte pertinente de la sentencia, para luego previo análisis, concluir con el razonamiento que fundó la determinación de procedencia o no de los agravios denunciados.

Es así, que el ad quem a la denuncia de ausencia de resolución judicial fundamentada, extraño que el apelante no precisó los defectos de la sentencia; no obstante, de ello el tribunal de apelación ejerciendo su labor de control, verificó que la sentencia contaba con una fundamentación suficiente (art. 124 del C.P.P.) y que el apelante se limitó a afirmar que el delito de feminicidio en grado de tentativa no existe como delito, pese a que se encuentra previsto por ley, además de haber advertido que el a procedió a la labor de subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal indilgado de acuerdo a las pruebas producidas. Asimismo, respecto a la observación del apelante que la víctima no cuenta con impedimento alguno, de acuerdo a la enunciación del hecho y circunstancias, objeto del juicio de la sentencia estableció que la actuación del acusado constituye un ilícito, no habiéndose demostrado aspecto contrario; adicionalmente sobre el hecho que el médico forense ofrecido como testigo no pudo explicar la existencia de las lesiones de la víctima, el ad quem reiteró que la valoración de la prueba es integral, no siendo esa prueba determinante y única para la condena del apelante en ese entonces, con relación a que el a quo cumplió con la solicitud de la víctima en la imposición de la pena, vulnerando así los derechos del apelante, el ad quem denotó la penalidad del delito acusado corroborando que se encuentra en el marco de la ley y sobre la denuncia de omisión de valoración el tribunal de apelación, afirmó que la valoración fue integral.

Respecto a que no se habría tomado en cuenta como atenuantes que no fue encontrado en flagrancia, que no cuenta con antecedentes policiales y penales, que no se denunció en ninguna institución defensora de la mujer, el ad quem concluyó luego de hacer referencia a la sentencia, que efectivamente existió el hecho y la participación del acusado en el mismo; sobre la inobservancia o errónea aplicación del tipo, falta de aplicación del tipo penal e inexistencia del tipo, el tribunal de apelación extrañó nuevamente la falta de precisión en el defecto de la sentencia [art. 370-1) del C.P.P.] y las implicancias en su planteamiento, extremo inobservado por el apelante, limitándose a expresar un argumento confuso e incoherente falta de fundamentación, respecto a que la figura de lesiones gravísimas en los hechos no existe, porque la víctima no tendría impedimento alguno, el ad quem afirmó que de la prueba producida se verificó la existencia del ilícito y su participación, reiterando que es producto de la valoración integral de la prueba, resultándole no evidente el cuestionamiento del apelante de la presencia de contradicciones en los testigos de cargo y la ausencia de valoración de los testigos de descargo, mas por el contrario advirtió que el apelante carente de técnica recursiva no precisó qué pruebas no merecieron valoración, tampoco explicó el agravio inferido, observando carencia de fundamentos coherentes y la aplicación que pretende, limitándose a citar como defectos de la sentencia los incs. 1), 4), 5), 6) y 8) del art. 370 del C.P.P., además de resultar contradictorio las solicitudes del apelante al pedir por una parte la aplicación del art. 272 bis del Cód. Pen., bajo los alcances de los arts. 167, 169-3) del C.P.P., en relación a los arts. 24, 115 y 116 de la C.P.E., sin explicación, resaltando el tribunal de apelación que no se constituye en segunda instancia para juzgar y valorar pruebas; y por otra parte, solicitar la nulidad de la sentencia, peticiones que resultan contrapuestas.

Conforme se tiene expresado este tribunal advierte que el auto de vista impugnado, se ha pronunciado sobre los puntos apelados de forma objetiva, siendo emitido con la fundamentación y motivación que implica estas resoluciones explicando y justificando de forma lógica y con base en la ley, las razones de la decisión asumida existiendo concordancia y coherencia entre los fundamentos emitidos y los agravios formulados aunque estos hayan sido poco claros en su exposición, razones por las que el tribunal de alzada actuó de acuerdo a las previsiones establecidas por los arts. 124 y 398 del C.P.P.; en ese sentido, teniendo en cuenta los criterios desarrollados por este tribunal en cuanto a la labor de contraste que debe realizar al resolver un recurso de casación en el fondo, en sentido de que la existencia de contradicción en los términos previstos por el art. 416 del C.P.P., implica la concurrencia de supuestos fácticos análogos, resultando que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar y en materia procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar; se evidencia que el auto de vista recurrido no incurre en contradicción con los AA.SS. Nos. 207/2007 de 28 de marzo y 144/2013, pues se pronunció respecto a los puntos apelados estableciendo de manera precisa la razones por las cuales fue desestimando cada uno de ellos, para finalmente declarar la improcedencia del recurso de apelación restringida formulada por el recurrente, por lo que el recurso de casación formulado por el imputado deviene en infundado, teniendo en cuenta que tanto la jurisprudencia constitucional como la emitida por este tribunal ha sostenido de manera reiterada que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión, resultando en esa lógica, inexistente la vulneración al derecho a una resolución debidamente fundamentada como componente del debido proceso.

POR TANTO: La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42-I-1 de la L.O.J., y lo previsto por el art. 419 del C.P.P., declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Elmer Apaza Apata.

Relatora: Magistrada Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Fdo.- Dra. Norka N. Mercado Guzmán.

Dra. Maritza Suntura Juaniquina.

Sucre, 3 de mayo de 2017.

Ante mí: Abg. Cristhian G. Miranda Dávalos.- Secretario de Sala.