

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA PENAL
AUTO SUPREMO Nº 266/2015-RRC
Sucre, 27 de abril de 2015

Expediente : Tarija 72/2014
Parte acusadora : Ministerio Público
Parte imputada : Mario Aparicio
Delitos : Violación de Niño, Niña y Adolescente
Magistrada Relatora : Dra. Maritza Suntura Juaniquina

RESULTANDO

Por memorial presentado el 26 de noviembre de 2014, que cursa de fs. 363 a 367, el imputado Mario Aparicio; interpone recurso de casación impugnando el Auto de Vista 152/2014 de 14 de noviembre, de fs. 358 a 362, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de Violación de Niño, Niña o Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 bis del Código Penal (CP).

I. DEL RECURSO DE CASACIÓN

I.1. Antecedentes

a. Desarrollada la audiencia del juicio oral y público, por Sentencia 12/2013 de 26 de diciembre (fs. 300 a 314 vta.), el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, declaró a Mario Aparicio, autor y culpable de la comisión del delito de Violación de Niño, Niña o Adolescente, tipificado por el art. 308 bis del CP, condenándole a una pena de quince años de presidio, más costas a favor del Estado y el pago de daños y perjuicios a la víctima.

b. Contra la mencionada Sentencia, el imputado interpuso recurso de apelación restringida (fs. 322 a 343), resuelto por Auto de Vista 152/2014 de 14 de noviembre, emitido por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, que declaró sin lugar el citado recurso y confirmó la Sentencia apelada, lo que motivó la interposición del recurso de casación.

I.1.1. Motivos del recurso

Del memorial del recurso de casación (fs. 363 a 367) y del Auto Supremo 754/2014-RA de 19 de diciembre (fs. 373 a 375 vta.) dictado en el caso de autos, se extraen las denuncias a ser analizadas en la presente Resolución, aspectos sobre los cuales, este Tribunal circunscribirá su análisis conforme al mandato

establecido en los arts. 398 del Código de Procedimiento Penal (CPP) y 17 de la Ley del Órgano Judicial (LOJ).

1. Los motivos admitidos para el análisis de fondo, refieren por una parte que se restringió su derecho a la defensa por la incorporación ilegal de declaraciones testificales de la víctima y de su madre, impidiendo su conainterrogatorio, argumentando que las declaraciones o entrevistas recibidas en la etapa preparatoria constituyen actos de investigación y no de prueba, debiendo estas últimas ser producidas en juicio conforme los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Afirmando que la norma establece qué pruebas pueden ser incorporadas por su lectura, no estando contempladas las declaraciones de la etapa preparatoria, que no pueden ser asimiladas a una prueba documental por ser obtenidas sin formalidades más que la participación del policía que las recepcionó; sobre el particular, manifiesta que el Tribunal de Sentencia desconoció el art. 333 del CPP, al introducir las declaraciones de la víctima y de la madre, y al otorgarles valor probatorio como sustento de la condena. También alude que se vulneraron los arts. 172 y 329 del CPP y el debido proceso en su elemento a la defensa incurriéndose en una causal de nulidad, al impedirle el conainterrogatorio y el planteamiento de aclaraciones a la madre de la víctima, similar situación sucedió con la declaración de la menor al no poder hacer preguntas de aclaración en forma escrita para que las transmita el psicólogo. Argumentando que el Tribunal de alzada omitió pronunciarse sobre este agravio denunciado en su apelación restringida.

2. Por otra parte, denuncia que se restringió su derecho a la defensa técnica al impedir que su abogado defensor plantee incidentes de actividad procesal defectuosa, ello debido a que inicialmente contaba con un abogado defensor de oficio que desconocía los antecedentes del caso y cuando contrató los servicios de otro profesional abogado, se le negó la solicitud de planteamiento de incidentes manifestando el Tribunal de Sentencia que dicha etapa ya concluyó, situación que constituye defecto absoluto previsto por el art. 169 inc. 3) del CPP. Respecto al presente motivo, afirma también que el Tribunal de alzada no se pronunció sobre este agravio, señalando que el Tribunal de Sentencia permitió la interposición de incidentes de exclusión probatoria, cuando lo que alegó en su recurso de apelación fue que el Tribunal de mérito impidió la interposición de incidentes y excepciones por actividad procesal defectuosa, sin que los vocales revisen el acta de juicio de fs. 297 y 298 que demuestra la negación del Tribunal de sentencia de su defensa técnica; tampoco, se pronunciaron respecto al hecho de que el defensor de oficio no planteó incidentes ni excepciones a su favor; asimismo, tampoco consideraron el memorial presentado por este profesional en el que refirió haber realizado una fundamentación alejada de la realidad por desconocer el caso, hecho que demostraría la lesión de su derecho a la defensa.

I.1.2. Petitorio

El recurrente solicita que se deje sin efecto el Auto de Vista recurrido y se disponga que el Tribunal de alzada dicte uno nuevo; "Ordenando la reposición del juicio por otro Juez o Tribunal" (sic) conforme a la doctrina legal aplicable.

I.2. Admisión del recurso

Mediante Auto Supremo 754/2014-RA de 19 de diciembre, cursante de fs. 373 a 375 vta., este Tribunal admitió el recurso formulado por el imputado para su análisis de fondo.

II. ACTUACIONES PROCESALES VINCULADAS AL RECURSO

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

II.1. De la Sentencia.

Concluido el juicio oral, el Tribunal Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, dictó Sentencia condenatoria contra el recurrente, en base a la prueba documental y testifical producida; entre las cuales se encuentra el informe médico legal practicado a la niña del cual se evidenció que presentaba himen no integro y desgarró antiguo, e indicó: "...Según explica en juicio el perito, se trata de una cicatrización del himen que se produce luego de diez días de producida la lesión, que la lesión pudo haberla producido con el dedo, prueba que corrobora la versión de la madre de la víctima, quien le relato al policía asignado al caso (...) que se presentó a declarar en juicio y refirió la causa ingresó por querrela ante el Ministerio Público, el querellante en la Defensoría de la Niñez, se trataba de una víctima de 7 años de edad y que él tomo la declaración de la madre quien dijo que su hija fue víctima de violación, que se realizó pericia psicológica en la víctima, porque la menor ha declarado ante la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, donde ella dijo de qué manera ha sido abusada por su tío, versión que coincide con la declaración informativa **MP5** que el Ministerio Público introdujo con la declaración del nombrado testigo y que el Tribunal admitió atendiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional según A.S. 025 de fecha 4/02/2010" (sic).

Más adelante refiere que: "...si bien no se trata de la psicóloga que escucho la narración de la víctima, este caso se trata del policía que refirió la declaración de la madre de la víctima al ser imposible la concurrencia tanto de la madre como de la misma víctima al juicio como lo refieren la representante del Ministerio Público y de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, debido a la presión de la familia del acusado, esto es

coincidente con la propia declaración del testigo Eloy Choque cuando refiere que no pudo recabar otra información del hecho sino por la madre de la víctima, porque los familiares no quisieron dar mayor información, no se los podía encontrar, era difícil que ellos declaren, la madre misma fue amenazada por los familiares, e inclusive le retiraron su ayuda, porque ella vivía en la casa del agresor (...) y debió retirarse de la casa para proteger a su hija (...) pero actualmente no se la pudo encontrar parece que ha desaparecido porque decía que tenía miedo por su hija dijo que no había manera que los familiares declaren todos eran hermanos del acusado y había un conflicto interno en la familia" (sic).

Posteriormente el Tribunal de juicio, concluye que llegó a la convicción de que la víctima fue abusada sexualmente a los ocho años de edad por Mario Aparicio, entre el 21 y 22 de diciembre de 2009, en casa de su tía "Sebastiana" (sic), donde el imputado la llevó a su cuarto se bajó el pantalón y levantando la falda de la menor, procedió a la comisión del hecho delictivo, que pretendió realizar también al día siguiente, sin poder ser concretado. Adicionalmente en otra oportunidad se vió descubierto por la cuñada de la madre de la menor, cuando el agresor se encontraba encima de la menor, fingiendo que procedía a cubrirla.

Finalmente, se tiene que el Tribunal de juicio extrañó que no se haya acreditado el parentesco del imputado con la víctima, por lo que se vieron impedidos de poder aplicar la agravante; por lo que, declaró al imputado autor y culpable de la comisión del delito de Violación de Niño, Niña o Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del CP, condenándolo a la pena privativa de libertad de quince años de presidio a cumplir en la cárcel pública de "Morros Blancos" de Tarija y el pago de daños y perjuicios a favor del Estado y de la víctima.

II.2. De la apelación restringida del imputado Mario Aparicio.

El nombrado imputado, interpuso recurso de apelación restringida y denunció entre otros aspectos: **i)** La vulneración del debido proceso por inexistencia de fundamentación y motivación en la Sentencia e inobservancia del art. 124 del CPP, constituyendo un defecto absoluto previsto en el art. 169 inc. 3 del CPP y el defecto de la Sentencia establecido en el inc. 5 del art. 370 del mismo cuerpo normativo, **ii)** La Sentencia incurrió en el defecto previsto por el inc. 6) del art. 370 del CPP, sustentándose en hechos no acreditados e inexistentes, haciendo referencia a que se basó en la inconcurrencia de los testigos, convalidando lo invalorable, cuyo objetivo -indica- era el de introducir las declaraciones testimoniales de la madre, como de la menor, sin que se haya acreditado por el medio idóneo, sin existir prueba que indique con certeza y que demuestre que su persona (privado de su libertad), haya realizado acto alguno

tendiente a impedir que las testigos pudiesen estar presentes en el juicio oral; en consecuencia asevera, no existiría prueba testifical o pericial que dé certeza a esa afirmación, resultando ser subjetiva, carente de elementos de prueba objetivos y materiales que lo sustente, contrariando el principio de razón suficiente; y, **iii)** Denuncia también, que se vulneró el derecho a la defensa como componente del debido proceso, ya que la Sentencia -afirmó- se sustentó en prueba incorporada ilegalmente por su lectura, refiriéndose a las pruebas, declaraciones testificales escritas, impidiéndole efectuar el contrainterrogatorio. Acusando adicionalmente que se le restringió su derecho a la defensa técnica, al no permitir que su abogado defensor plantee incidentes de actividad procesal defectuosa por defecto absoluto.

II.3. Del Auto de Vista impugnado.

Radicada la causa ante la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, ésta emitió el Auto de Vista 152/2014 de 14 de noviembre, argumentando sobre los agravios denunciados por el imputado apelante, lo siguiente:

Que revisada la sentencia apelada en el apartado referido a la valoración de la prueba y votos del Tribunal acerca de los motivos de hecho y de derecho, refiere que el Tribunal de Sentencia se basó en la declaración de la víctima, prestada en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia respaldada por el informe pericial psicológico incorporada a juicio por el perito que le otorga credibilidad, indicando además que se procedió a la transcripción en lo pertinente, y que el informe legal describe la lesión genital del acceso carnal, que luego de haberse realizado un análisis de los elementos probatorios se concluyó que el autor es el imputado Mario Aparicio. Al respecto el Tribunal de alzada refirió que el elemento sustancial del Tribunal de Sentencia fue la declaración informativa de la víctima y que sobre la denuncia de incorporación a juicio de las declaraciones escritas al no haber concurrido a audiencia de juicio, afirma que el Tribunal *a quo* al resolver la exclusión probatoria de dicha prueba hizo énfasis en que es factible incorporar dicha prueba, a efectos de evitar su revictimización, sopesando su derecho a la dignidad humana, protección de su honra, integridad física, psicológica y moral en protección especial a la niñez, citando los arts. 5, 11 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de la doctrina legal sobre el pretender que la víctima vuelva a brindar testimonio de la violación frente al violador resultando inhumano y doble revictimización, así también se habría considerado el art. 15 de la Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual; concluyendo que no fue una simple relación ni remisión a los hechos, sino que el Tribunal de Sentencia evaluó los acontecimientos y de las pruebas en conformidad al art. 173 del CPP, que justifica la decisión asumida al sustentarse en preceptos dentro del orden sustantivo y adjetivo, y que en base a los

argumentos vertidos en los acápite II.1.1, II.1.2 y II.1.3 del Auto de Vista ahora impugnado, que contienen el análisis efectuado en la sentencia, a la que consideran explícita y respaldada por elementos de prueba, destacando la declaración de la víctima corroborada por el informe pericial, expresando las razones por las que es posible prescindir en circunstancias como la que habría acontecido en el caso de autos, de la presencia de la víctima en juicio tomando en cuenta que esto implicaría una revictimización -afirmando- que no corresponde al Tribunal de alzada revalorizar los elementos de prueba, la cual es atribuida al Tribunal de instancia de acuerdo al art. 173 del CPP y cita el Auto Supremo 432 de 15 de octubre de 2005, concluyendo en consecuencia que no se ha evidenciado la vulneración del debido proceso, al advertir una adecuada fundamentación y motivación de la sentencia, resultando ser clara, expresa lógica y completa, observando una apropiada subsunción del hecho al tipo penal, en cumplimiento del art. 124 del CPP, ajustándose a la Sentencia Constitucional 2023/2010 de 8 de noviembre.

En cuanto al agravio referido a que la Sentencia se basó en hechos no acreditados respecto a la incomparecencia a juicio de la víctima, el Tribunal *ad quem* considera que esta situación fue superada por los elementos de prueba incorporados legalmente a juicio, como la declaración de la víctima, el informe médico forense y el informe psicológico, cuya valoración se encuentra respaldada por la Constitución Política del Estado, Ley 2333 de Protección a Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual, Código Niño, Niña y Adolescentes, Código Penal y Código de Procedimiento Penal, así como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, el Convenio Belem Do Para y otros, que demostraron los hechos perpetrados de ultraje sexual a una niña de ocho años, por lo que hallan justificada la determinación del Tribunal de juicio.

Observando al efecto que, no debía ser incorporada ni valorada la declaración informativa de la madre y pese a lo alegado por Tribunal *a quo* en cuanto a su admisión, incorporación y valoración, no se hallan plenamente justificadas, tampoco pretender su nulidad; por cuanto la convicción adoptada por el Tribunal de Sentencia se debe a otros elementos de prueba, que sostienen la determinación asumida, corroborada por la doctrina legal aplicable de los actos procesales respecto a que no debe admitirse la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer afanes formales, ponderando el criterio de la Sentencia Constitucional 09/2014 en cuanto a la convalidación de los actos procesales en lugar de su nulidad, que en el presente caso la exclusión de la declaración de la madre de la víctima - indican- no altera la evidencia del hecho ni responsabilidad del imputado.

Respecto a la denuncia de la vulneración de su derecho a la defensa e ilegal incorporación de las declaraciones de la víctima y de su madre, el Tribunal

de alzada afirmó que esta situación fue ampliamente analizada en los puntos que anteceden.

Finalmente con relación al agravio referido a que a su abogado defensor no se le permitió plantear exclusión probatoria, el Tribunal de alzada afirma que no es evidente, en razón a que según el acta de juicio, fue planteada y luego rechazada, por lo que el Tribunal de juicio sustanció la exclusión probatoria denegándola y en cuanto a las declaraciones de la víctima y su madre, refirió que ya se habrían analizado en los puntos II.3.2. y II.3.3 del Auto de vista impugnado.

Con esos argumentos, entre otros, el Tribunal de alzada declaró sin lugar el recurso de apelación restringida planteado por el imputado, confirmando la Sentencia impugnada, con la salvedad de excluir la declaración de la madre de la víctima y su ponderación que no hacen al fondo de la decisión.

III. VERIFICACIÓN DE OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE AGRAVIOS DEL RECURSO DE APELACIÓN RESTRINGIDA

Este Tribunal, admitió el presente recurso abriendo su competencia a objeto de verificar la posible omisión de pronunciamiento del Tribunal de alzada sobre algunos puntos apelados; a cuyo efecto cabe referir los siguientes argumentos.

Es así que, este Tribunal en forma constante ha venido señalando en cuanto al vicio de falta de fundamentación, que también se presenta cuando una resolución, sin justificación legal o razonable, omite el pronunciamiento expreso sobre las cuestiones debatidas o puestas a consideración de los Tribunales, provocando incertidumbre en los justiciables sobre el resultado de su pretensión o planteamiento, consiguientemente, también constituye infracción a la garantía del debido proceso. Respecto a esta temática y en lo que toca a la labor de los Tribunales de alzada, en el Auto Supremo 85/2013-RRC se precisó: *"...además, esta obligación abarca el inexcusable deber del Tribunal de apelación, de pronunciarse sobre cada uno de los aspectos cuestionados o reclamados, no pudiendo acudirse a criterios restrictivos u omisivos que tiendan a evadir una respuesta a todos los reclamos del apelante, en cuyo caso se vulneraría la garantía al debido proceso"*.

En el caso de autos, el recurrente alega que en el Auto de Vista impugnado, por una parte le restringió su derecho a la defensa por la incorporación ilegal de declaraciones testimoniales de la víctima y de su madre, impidiendo su contrainterrogatorio, argumentando que las declaraciones o entrevistas recibidas en la etapa preparatoria constituyen actos de investigación y no de prueba, debiendo estas últimas ser producidas en juicio conforme los principios de oralidad, intermediación y contradicción. Afirmando que la norma establece que pruebas pueden ser incorporadas por su lectura, no estando contempladas las

declaraciones de la etapa preparatoria, que no pueden ser asimiladas a una prueba documental por ser obtenidas sin formalidades más que la participación del policía que las recepcionó; sobre el particular, manifiesta que el Tribunal de Sentencia desconoció el art. 333 del CPP, al introducir las declaraciones de la víctima y de la madre, y al otorgarles valor probatorio como sustento de la condena. También alude que se vulneraron los arts. 172 y 329 del CPP y el debido proceso en su elemento a la defensa incurriéndose en una causal de nulidad, al impedirle el conainterrogatorio y el planteamiento de aclaraciones a la madre de la víctima, similar situación sucedió con la declaración de la menor al no poder hacer preguntas de aclaración en forma escrita para que las transmita el psicólogo. Argumentando que el Tribunal de alzada omitió pronunciarse sobre este agravio denunciado en su apelación restringida.

Al respecto el Tribunal de alzada manifestó a través del Auto de Vista impugnado que en el apartado referido a la valoración de la prueba, la Sentencia se refiere a la declaración de la víctima, prestada en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la cual se halla respaldada por el informe pericial psicológico que fue incorporado a juicio por el perito, otorgándole credibilidad, contando con la transcripción de lo pertinente y del informe legal que describe la lesión genital del acceso carnal y que luego de haberse realizado un análisis de los elementos probatorios el Tribunal *a quo* concluyó que el autor es el ahora recurrente Mario Aparicio, resultando ser un elemento sustancial para esto la declaración informativa de la víctima.

Asimismo, en cuanto a la denuncia de incorporación a juicio de las declaraciones escritas se indica que el Tribunal de Sentencia a momento de pronunciarse sobre la exclusión probatoria planteada, preciso que es factible incorporar dicha prueba, con el fin de evitar la revictimización, ponderando el derecho a la dignidad humana, protección de su honra, integridad física, psicológica y moral; además de precautelar la niñez, así también se consideró la Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual; concluyendo el Tribunal *ad quem* que no fue una simple relación ni remisión a los hechos, al contrario afirmó que el Tribunal *a quo* evaluó los acontecimientos y las pruebas, en conformidad al art. 173 del CPP, justificando la decisión asumida, sustentándose en preceptos de orden sustantivo y adjetivo, en base a los argumentos vertidos en los acápites II.1.1, II.1.2 y II.1.3 del Auto de Vista ahora impugnado, (consistentes en la transcripción de partes pertinentes de la sentencia sobre el acápite de la valoración de la prueba y votos del tribunal acerca de los motivos de hecho y derecho expresados por el Tribunal de Juicio, efectuando una relación respecto a la declaración informativa de la víctima prestada en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia además del informe médico forense y la fundamentación legal al respecto), en consecuencia el Tribunal de alzada arguyó que la Sentencia apelada fue explícita y se encuentra respaldada con elementos de prueba, destacando la declaración de la víctima corroborada por el informe pericial, que inclusive se expresa las razones por las que es posible prescindir en ciertas circunstancias la presencia de la víctima en juicio, cuando

implica una revictimización, razonamiento que comparte este Tribunal por responder a las normas constitucionales, los pactos internacionales y legales.

Más adelante el Tribunal de alzada hace hincapié a que no le corresponde revalorizar la prueba, siendo esta atribución propia del Tribunal de Sentencia de acuerdo al art. 173 del CPP. Concluyendo que no se evidenció la vulneración del debido proceso, por cuanto advierte una adecuada fundamentación y motivación de la sentencia, indicando que es clara, expresa, lógica y completa, observando una apropiada subsunción del hecho al tipo penal a la conducta, en cumplimiento del art. 124 del CPP, sin que se haya demostrado que la Sentencia se basó en hechos no acreditados en cuanto a la incomparecencia de la víctima a juicio por las razones expuestas y porque la determinación arribada por el Tribunal de juicio también se debe a otros elementos de prueba, por lo que tampoco correspondería la nulidad que aduce el recurrente, que a criterio del Tribunal de alzada no altera la evidencia del hecho ni la responsabilidad del imputado.

Por otra parte, el recurrente denuncia también que el Tribunal de alzada no se pronunció respecto al agravio en cuanto a que se le restringió su derecho a la defensa técnica al impedir que su abogado defensor plantee incidentes de actividad procesal defectuosa, situación que constituye defecto absoluto. Al respecto el Tribunal de alzada señaló que no evidenció en el acta de juicio que se le haya privado del ejercicio del derecho a la defensa, ya que el abogado de la defensa planteó exclusión probatoria, petición que luego de ser sustanciada, fue rechazada por el Tribunal *a quo*.

Razones por las que se evidencia que el Tribunal de apelación expresamente dio respuesta fundamentada a los reclamos del recurrente en su alzada restringida, no siendo evidente la omisión de pronunciamiento que alega.

Por lo expuesto se concluye que la denuncia formulada por el recurrente no es cierta, no habiéndose violentado el deber de pronunciamiento y la debida fundamentación de las decisiones judiciales por el Tribunal de alzada; en cuyo mérito corresponde declarar infundado el presente recurso de casación, no mereciendo mayores consideraciones.

POR TANTO

La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 42.I.1 de la LOJ y lo previsto por el art. 419 del CPP, declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Mario Aparicio.

Regístrese, hágase saber y devuélvase.

Firmado

Magistrada Relatora Dra. Maritza Suntura Juaniquina

Magistrada Dra. Norka N. Mercado Guzmán
Secretario de Sala Cristhian G. Miranda Dávalos
SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO
PLURINACIONAL DE BOLIVIA