



## AUTO SUPREMO

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA PENAL

AUTO SUPREMO Nº 117/2020-RRC

Sucre, 29 de enero de 2020

Expediente : Santa Cruz 104/2019

Parte Acusadora : Ministerio Público y otros

Parte Imputada : Leandro Magueño

Delito : Violación Niña, Niño y Adolescente

Magistrado Relator : Dr. Olvis Egüez Oliva

### RESULTANDO

Por memorial presentado el 3 de julio de 2019, cursante de fs. 292 a 294, Leandro Magueño, interpone recurso de casación impugnando el Auto de Vista 20 de 24 de mayo de 2019, de fs. 280 a 287 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de Violación Infante, Niña, Niño o Adolescente con Agravante, previsto y sancionado por el art. 308 bis con relación al art. 310 núm. 4 del Código Penal (CP).

### I. RECURSO DE CASACIÓN

#### I.1 Antecedentes

Por Sentencia 75/2018 de 31 de octubre (fs. 254 a 258 vta.), el Tribunal de Sentencia Primero del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, declaró a Leandro Magueño autor del delito previsto por el art. 308 bis con relación al art. 310 num. 4 del CP, imponiéndole la pena de veinte años de privación de libertad, sin derecho a indulto, más el pago de costas.

Contra la mencionada Sentencia, el acusado Leandro Magueño (fs. 261 a 263), formuló recurso de apelación restringida, resuelto por Auto de Vista 20 de 24 de mayo de 2019, emitido por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, que declaró admisible e improcedente el recurso de apelación, confirmando la Sentencia impugnada, motivando a la interposición del presente recurso de casación.



## I.2 Motivos del recurso

En conocimiento del citado recurso, esta Sala, en juicio de admisibilidad pronunció el Auto Supremo 793/2019-RA de 10 de septiembre, delimitando el análisis de fondo bajo el siguiente criterio:

I.2.1 Inobservancia o errónea aplicación de la ley. Sostiene el recurrente que el Tribunal de alzada no observó que la Sentencia incurrió en inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva, al sustentar condena con base al actual Código Penal y no al Código vigente el año 2009, tomando en cuenta la comisión del delito enunciado, así como también se incurrió en inobservancia de los arts. 123 de la CPE y 20 del CP, en vulneración del principio in dubio pro reo.

## I.3 Petitorio

Solicitó declarar fundado su recurso y dejar sin efecto el Auto de Vista 20 de 24 de mayo de 2019, pronunciada por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz de la Sierra; asimismo se anule la sentencia condenatoria 75/2018 pronunciada por el Tribunal Primero de Sentencia.

## II. ACTUACIONES PROCESALES VINCULADAS AL RECURSO

### II.1 Sentencia

El Tribunal de Sentencia Primero de la Capital del departamento de Santa Cruz, concluido el juicio oral emitió la Sentencia 75/2018 de 31 de octubre, por la que declaró a Leandro Magueño autor y culpable de la comisión del delito de Violación agravada a Niña, Niño y Adolescente, conforme los arts. 308 Bis con relación al num. 4) del art. 310 del CP modificado por la Ley 348, condenándole a sufrir la pena de 20 años de presidio, sin derecho a indulto en el Centro de rehabilitación Santa Cruz (Palmasola) así como al pago de costas a calificarse en ejecución de sentencia, decisión que tuvo como base los siguientes aspectos:

“Fundamentación fáctica, (Relación de hechos) En fecha 28 de octubre de 2016, la ciudadana María Quispe Zalles formaliza denuncia en contra de Leandro Magueño, siendo víctima su hija Guadalupe Macha Quispe, por el delito de abuso sexual, manifestando la denunciante que su hija le confeso que hace seis años atrás el sindicando aprovechó que la madre salga a vender para que le toque sus partes íntimas y en una oportunidad el denunciado apareció encima de la víctima mismo que dijo que su vagina era muy chiquitita y que quería tener un hijo con ella, por lo que pide se investigue y se proceda de acuerdo a ley (...).



Fundamentación jurídica, "El presente proceso ha sido tramitado por la comisión del delito de Violación Niña, Niño y Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis (antes de la modificación por la ley 348 y de acuerdo a la modificación de la Ley 2033 de 29 de octubre de 1999, de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual), del CP –glosando a continuación el art. 308 Bis y 310 ambos del CP-. En el presente caso es evidente que la conducta del acusado Leandro Magueño, se subsume en el tipo penal descrito, por el hecho de que ha mantenido relaciones sexuales con la menor GNMQ, quien era su hijastra y menor de diez años cuando sucedieron los hechos, aprovechando que la menor se quedó a su cuidado mientras la madre de la menor Sra. MQZ, tuvo que ausentarse a la ciudad de La Paz, por motivos de salud por tres meses, tiempo en el que el acusado abusó sexualmente de la menor, llegando inclusive a decir que quería tener un hijo con ella pero que su vagina era pequeña, atentando con su accionar contra el bien jurídico protegido de la víctima que son la libertad sexual, su dignidad, su salud. El pudor personal, que incida en su vida y el equilibrio físico y psicológico a futuro.

En el delito de violación el autor vulnera la libertad de las personas para disponer su propio cuerpo, que es el bien jurídico protegido, siendo la característica de esta agresión el ataque violento a la libertad sexual; la libertad sexual se caracteriza por la inexistencia de una cierta capacidad biológica e intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva para consentir en el mismo, pero si esta libertad es inexistente o esta completamente anulada por falta de capacidad del sujeto pasivo para decidir libremente su comportamiento sexual y para oponer resistencia, como en el caso de la menor GNMQ, que fue abusada sexualmente a los diez años de edad por el acusado Leandro Magueño, que en esa época era su padrastro y se encontraba al cuidado de dos menores hijos de su conviviente, (actualmente de 52 años de edad) quien aprovecho la inocencia e indefensión de la menor para agredirla sexualmente, manteniendo relaciones sexuales con la niña por el lapso de tres meses que tardo su madre en regresar.

(...)

Consecuentemente, de la valoración de las pruebas de cargo examinadas se infiere que la actuación del imputado Leandro Magueño, en la comisión del delito de violación a Niña, Niño y Adolescente (antes de la vigencia de la Ley 348 de 9 de marzo de 2013) fue con conocimiento pleno, en forma libre, voluntaria espontánea y motivadamente (...)

Determinación de la pena (...) En aplicación de los referidos preceptos legales -308 Bis y 37 ambos del CP- el tribunal ha tomado conocimiento directo del imputado: Leandro Magueño, el mismo que es una persona mayor, habiéndose establecido que para cometer el delito se aprovechó de la edad e ingenuidad de la menor GMQ, a quien debía cuidar mientras su esposa y madre de la niña, se encontraba de viaje por motivos de salud, conducta antijurídica que el imputado realizó en sano juicio, libre y voluntariamente a sabiendas del alcance de la criminalidad de sus actos. Lo más reprochable de ese accionar es que siendo el imputado una persona mayor de edad, sin problema de salud física o mental, se hubiera aprovechado de que la menor estaba en un estado de indefensión y del cariño como a un padre que



le tenía la niña para abusarla sexualmente cuando contaba con apenas diez años. Así también el tribunal ha apreciado la gravedad del hecho tomando en cuenta que la naturaleza de la acción ha sido eminentemente dolosa, ya que el imputado se ha aprovechado de la ingenuidad de la víctima, de su superioridad física y de la autoridad parental para abusarla sexualmente a la menor GMQ. Con relación al daño causado, de acuerdo a la opinión de los especialistas en la materia, una menor abusada sexualmente siempre queda con secuelas y difícilmente supera ese trauma salvo con el tratamiento psicológico que debe recibir. Por lo que atentos a la personalidad del nombrado acusado y a las especiales circunstancias en que se cometió el delito, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por los arts. 37, 38 y 45 del CP, el tribunal considera que el imputado Leandro Magueño, le corresponde aplicarle la pena de 15 años, más la agravante de cinco años, haciendo un total de veinte años de presidio pro la comisión del delito de Violación Niña, Niño y Adolescente agravada, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con relación al 310 num. 4) del CP (antes de la modificación de la Ley 348), sanción que debe cumplir en el Centro de Rehabilitación Santa Cruz” (sic).

## II.2 Recurso de Apelación Restringida

El imputado a través de memorial de fs. 261 a 263, opuso recurso de apelación restringida planteando, en lo atiente al recurso de casación, lo siguiente:

Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva con relación al art. 4 del CP vinculado al art. 123 de la CPE, ya que la sentencia debió aplicar el CP vigente el año 2009 y no el actual CP, debido a que fue condenado por un delito grave con una norma penal que no estaba vigente cuando supuestamente se cometió el hecho delictivo.

## II.3 Auto de Vista

El Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz a través de su Sala Penal Primera, emitió el Auto de Vista 20 de 24 de mayo de 2019, declarando la admisibilidad e improcedencia del recurso arriba descrito.

Dicho fallo, sobre el defecto inscrito en el art. 370 num. 1) del CPP con relación a la inobservancia del art. 4 del CP, consideró que:

“Que de igual manera no es cierto y evidente que el tribunal inferior hubiera inobservado o aplicado erróneamente el art. 4 del CP al momento de condenarlo utilizando el CP vigente y no el del año 2009, toda vez que claramente en la parte denominada fundamentaciones jurídicas de fs. 257 vta., y en la parte resolutive de la sentencia, el tribunal inferior



aclara que el presente proceso se ha tramitado por la comisión del delito de Violación a Niña, Niño o Adolescente agravada, previsto por el art. 308 bis con relación al art. 310 num. 4) del CP, de acuerdo a las modificaciones de la Ley 2033 de 29 de octubre de 1999 denominado Ley de Protección de Víctimas de delitos contra la libertad Sexual, aclarando también inferior que la sanción que le corresponde para este delito es antes de las modificaciones introducidas por la Ley 348, por lo tanto en el presente caso el tribunal inferior correctamente aplicó de forma acertada el delito acusado de Violación a Niña, Niño o Adolescente con las modificaciones de la Ley 2033 de 29 de octubre de 2009, año en el cual se habría cometido el delito acusado por parte de Leandro Magueño, por lo tanto no es cierto ni evidente éste defecto denunciado (sic).

Y en la parte resolutive de la sentencia el art. 308 del CP, establece que la violación, consigna como elementos constitutivos la violencia física o intimidación para el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, penetración anal o vaginal...a su vez el art. 310 num 3) del CP, vigente en la fecha de los hechos noviembre de 2011, que hace a la agravante consigna si el autor fuere ascendiente, descendiente o pariente dentro el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad...

...las conclusiones del tribunal a-quo, en particular si hubo desgarró anal o vaginal, se debe entender que hubo también penetración anal o vaginal, por lo tanto hubo violación, habiendo le tribunal a-quo obrado con criterio procesal adecuado, habida cuenta que...se hace constar...las declaraciones de la menor y su madre, por lo tanto, en base a lo que debe entenderse por los presupuestos del art. 308 del CP, al haber determinado el tribunal de sentencia la existencia de prueba sobre el hecho acusado y la responsabilidad penal del acusado en relación al acceso carnal que este tuvo con una menor desde cuando ella tenía 8 años, se tiene que la conducta del acusado ha sido legalmente subsumido al ilícito descrito por el artículo 308 del Código punitivo...

...sobre los motivos de derecho y doctrinales se tiene que se concluye por el tribunal a-quo que la menor sufre agresión sexual por parte precisamente de su progenitor, en este caso según la norma legal contenida en el art. 310 num. 3) del CP, por parte de su ascendiente, por lo que también en cuanto a la aplicación de la agravante, no se ha incurrido en la causal del art. 370 num. 1) de la Ley 1970"

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el marco de los criterios emitidos en el Auto Supremo 793/2019-RA de 10 de septiembre, a continuación, se analizará la denuncia en torno a una presunta lesión al principio de irretroactividad de la Ley penal (art. 123 de la CPE) y el indubio pro reo debido a que la condena que le fue impuesta al recurrente se basó en el actual CP y no al CP vigente el año 2009, cuando supuestamente ocurrió el hecho atribuido, habiéndose para este particular flexibilizado los



requisitos de admisibilidad; en cuyo mérito, el recurrente pidió se declare fundado su recurso y se deje sin efecto el Auto de Vista impugnado; asimismo se anule la Sentencia condenatoria 75/2018 pronunciada por el Tribunal Primero de Sentencia.

### III.1 Principio de legalidad

La CPE en su art. 116.II dispone que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible; en coherencia con esta disposición el art. 4 del CP dispone que. "Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuera distinta de la que existía al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será esta la que se aplique".

De acuerdo al ordenamiento constitucional y legal solo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que indudablemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.

### III.2. Principio de favorabilidad

De conformidad a lo establecido por el art. 123 de la CPE, la ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia laboral cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado. Esto indica que la favorabilidad ha sido consagrada como principio rector del derecho punitivo, formando parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental y de aplicación inmediata.

Dicho principio constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia futuro, el contexto propio para su aplicación es la sucesión de leyes que no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refiere a esta prerrogativa en los siguientes términos: "Artículo 15. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente



se beneficiará de ello"; El art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, se consagra de manera casi idéntica que el primer instrumento internacional.

En concordancia con la norma constitucional y los instrumentos internacionales tanto el CP en su art. 4, como el CPP en su art. 7, consagran dicho principio como norma rectora de uno u otro ordenamiento.

La importancia de este principio radica en que el legislador ha establecido que, en el caso del tránsito normativo, las personas sometidas a un proceso penal tienen la prerrogativa de acogerse a las disposiciones que resulten menos gravosas frente a la restricción de derechos fundamentales que de suyo comporta el ejercicio de la potestad punitiva estatal.

En suma, la favorabilidad ha sido consagrada como un principio rector del derecho punitivo que para su aplicación en materia penal no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y procesal, es pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente. La decisión de si procede o no la aplicación de tal derecho, es un asunto que corresponde determinar al Juez con competencia para conocer el proceso respectivo. La potestad para fijar la vigencia de una ley radica en el legislador y el precepto que prevé su vigencia hacia futuro se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal, como expresión del postulado de legalidad, sin que por ello se vulnere el principio de favorabilidad.

### III.3. Modificaciones del tipo penal violación

Código Penal aprobado por el DL 10426 de 23 de agosto de 1972

ARTÍCULO 308.- (Violación). - El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de 4 a 10 años si se hubiera empleado violencia física o intimidación o si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada por cualquier causa para resistir.

Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad el hecho se sancionará con la pena de 10 a 20 años de presidio; y como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

ARTÍCULO 310.- (Agravación).- La pena será agravada en los casos de los delitos anteriores, con un tercio si resultare un grave daño en la salud de la víctima si el autor fuere ascendiente, descendiente, hermano, medio hermano, adoptante o encargado de la educación o custodia de aquella o si en la ejecución del hecho hubieran concurrido dos o



más personas.

(...)

Código Penal modificado por la Ley 1768 de 10 de marzo de 1997.

Elevo a rango de Ley el DL 10426 de 23 de agosto de 1972; asimismo modifíco el nombre del Título XI a delitos contra la libertad sexual.

Código Penal modificado por la Ley 2023 de Protección a la Víctimas de delitos contra la Libertad Sexual de 29 de octubre de 1999.

ARTÍCULO 2º. Modifícase el Artículo 308º del Código Penal, en la forma siguiente: ARTÍCULO 308º (VIOLACIÓN). Quien, empleando violencia física o intimidación, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco (5) a quince (15) años.

El que, bajo las mismas circunstancias del párrafo anterior, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia de la víctima, o que estuviere incapacitada por cualquier otra causa para resistir, incurrirá en privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años.

ARTÍCULO 3º. Inclúyase, como Artículo 308º Bis del Código Penal, el siguiente:

ARTÍCULO 308º Bis (VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE). - Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de catorce años, penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años, sin derecho a indulto, así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento. Quedan exentas de esta sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de doce años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.

ARTÍCULO 6º. Modifícase el Artículo 310º del Código Penal, en la forma siguiente: ARTICULO 310º (AGRAVACION).

La pena será agravada en los casos de los delitos anteriores, con cinco años:

- 1) Si como producto de la violación se produjera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 270º y 271º de este Código;
- 2) Si se produjera un grave trauma o daño psicológico en la víctima;
- 3) Si el autor fuera ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- 4) Si el autor estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia o autoridad;





- 5) Si en la ejecución del hecho hubieran concurrido dos o más personas;
- 6.) Si el autor utilizó armas u otros medios peligrosos susceptibles de producir la muerte de la víctima; o,
- 7) Si el autor hubiera sometido a la víctima a condiciones vejatorias o degradantes.

Si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

#### III.4. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el reclamo, se hace necesario establecer, si, como afirma el recurrente, la condena que le fue impuesta se basó en el actual CP y no al CP vigente el año 2009, cuando supuestamente ocurrió el hecho atribuido.

Para los efectos anteriores, es menester tener en cuenta los siguientes elementos de juicio: (1) en el proceso penal se probó debidamente que el delito por el cual fue condenado Leandro Magueño tuvo su ocurrencia cuando la víctima tenía la edad de 10 años; (2) Consta en el expediente fotocopia del carnet de identidad de la menor GNMQ que da cuenta que la misma nació el 18 de marzo de 1999; (3) para la época en la cual se cometió el ilícito (2009) se encontraban vigentes, en forma sucesiva, el DL 10426 de 23 de agosto de 1972, elevado a rango de Ley por disposición de la Ley 1768 de 10 de marzo de 1997 y la Ley 2023 de Protección a la Víctimas de delitos contra la Libertad Sexual de 29 de octubre de 1999. La última disposición modificó los arts. 308 y siguientes del CP; (4) La determinación del hecho objeto del proceso no establece el día y la hora de la comisión del hecho delictivo; en los hechos probados se concluyó que: "...la conducta del acusado Leandro Magueño, se subsume en el tipo penal descrito, por el hecho de que ha mantenido relaciones sexuales con la menor GNMQ, quien era su hijastra y menor de diez años cuando sucedieron los hechos, aprovechando que la menor se quedó a su cuidado mientras la madre de la menor Sra. MQZ, tuvo que ausentarse a la ciudad de La Paz, por motivos de salud por tres meses, tiempo en el que el acusado abusó sexualmente de la menor, llegando inclusive a decir que quería tener un hijo con ella pero que su vagina era pequeña, atentando con su accionar contra el bien jurídico protegido de la víctima que son la libertad sexual, su dignidad, su salud. El pudor personal, que incida en su vida y el equilibrio físico y psicológico a futuro" (sic); (5) El Tribunal Primero de Sentencia, mediante Sentencia 75/2018 de 31 de octubre, condenó a Leandro Magueño, a la pena de veinte años de presidio sin derecho a indulto al haberlo encontrado culpable de la comisión del delito de Violación Niña, Niño o Adolescente agravada previsto y sancionado en el art. 308 Bis con relación al 310 núm. 4), ambos del CP; (6) para la fijación de la pena, el mencionado Tribunal, consideró la personalidad del nombrado acusado y a las especiales circunstancias en que se cometió el delito, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por los arts. 37, 38 y 45 del CP, el Tribunal tomó conocimiento directo del imputado: Leandro Magueño, señalando que el mismo era una persona mayor, que para cometer el delito se aprovechó de la edad e ingenuidad de la menor GMQ, a quien debía cuidar mientras su esposa y madre de la niña, estaba de viaje por motivos de salud, la conducta antijurídica la realizó en su sano juicio, libre y voluntariamente a sabiendas del alcance de la criminalidad de sus actos, habiendo aprovechado que la menor estaba en un estado de indefensión y del cariño como a un padre que le tenía. Así también el Tribunal ha apreciado la gravedad del hecho tomando en cuenta que la naturaleza de la acción ha sido



eminentemente dolosa, ya que el imputado se ha aprovechado de la ingenuidad de la víctima, de su superioridad física y de la autoridad parental para abusarla sexualmente. Por lo que atentos a la personalidad del nombrado acusado y a las especiales circunstancias en que se cometió el delito, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por los arts. 37, 38 y 45 del CP, el Tribunal considera que el imputado Leandro Magueño, le corresponde aplicarle la pena de 15 años, más la agravante de cinco años, haciendo un total de veinte años de presidio por la comisión del delito de Violación Niña, Niño y Adolescente agravada, previsto y sancionado por el art. 308 Bis con relación al 310 núm. 4) del CP (antes de la modificación de la Ley 348), sanción que debe cumplir en el Centro de Rehabilitación Santa Cruz.

Conforme el mandato constitucional y legal cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible; ahora bien, los elementos anteriores permiten establecer, a primera vista y con suma claridad, que, en el caso en análisis, existe duda respecto a la norma penal que debía ser aplicada en el caso, ya que, conforme se ha desarrollado el tipo penal Violación previsto por el art. 308 del DL 10426 de 23 de agosto de 1972 (elevado a rango de Ley mediante Ley 1768 de 10 de marzo de 1997) fue modificado por la Ley 2023 de Protección a la Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual de 29 de octubre de 1999; la Sentencia no establece la fecha del hecho delictivo, señalándose únicamente que la menor fue víctima de violación cuando tenía diez años en la ocasión que su madre se ausentó a otro departamento por motivos de salud, sin establecer las fechas de esa ausencia que en el caso resultan relevantes habida cuenta que la menor víctima cumplió diez años en marzo de 1999 y el 29 de octubre de 1999, entró en vigencia la modificación introducida al tipo penal de Violación por la ley 2023.

Ante esa duda, corresponde la aplicación del principio de favorabilidad a favor del imputado, entendiendo que la norma vigente al momento de la comisión del hecho era la contenida en el DL 10426 de 23 de agosto de 1972 (elevado a rango de Ley mediante Ley 1768 de 10 de marzo de 1997), en ese sentido en el caso se aplicó una norma que no estaba vigente al momento de la comisión del ilícito, y que en los hechos consagraba un trato punitivo menos favorable que el que se encontraba establecido en norma derogada por la misma. Ciertamente, mientras que el art. 308 del CP del año 72 establece una sanción de 10 a 20 años y la agravación corresponde a un tercio de la pena, la modificación introducida por la Ley 2023 establece una sanción de 15 a 20 años y la agravación con cinco años. En estas circunstancias, resulta flagrante la aplicación de una norma menos favorable que la que estaba vigente al momento de cometerse el delito.

En efecto, se trataría en este caso de una decisión absolutamente arbitraria, toda vez que, en ella, deja de aplicarse al caso la norma que se encontraba vigente al momento de la comisión del delito y que consagraba un tratamiento penal más benigno para el sindicado o condenado, lo cual, de contera, vulnera el principio de legalidad, favorabilidad y el debido proceso.

Por lo señalado, la Sala considera que cuando el Tribunal de apelación afirmó que se aplicó correctamente la Ley 2033



de 29 de octubre de 2009, año en el cual se habría cometido el delito acusado por parte de Leandro Magueño, no analizó los antecedentes del caso ni consideró el mandato de los arts. 116, 123 de la CPE y 4 CP, por lo tanto, vulneraron el principio de legalidad, favorabilidad y el derecho al debido proceso.

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 FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Leandro Magueño, de fs. 292 a 294, a cuya consecuencia se DEJA SIN EFECTO el Auto de Vista 20 de 24 de mayo de 2019, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, disponiendo que ese mismo Tribunal, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie un nuevo Auto de vista en conformidad a los razonamientos doctrinarios establecidos en la presente Resolución.

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

En aplicación del art. 17.IV de la LOJ, por Secretaría de la Sala comuníquese el presente Auto Supremo al Consejo de la Magistratura.

Regístrese, hágase saber y cúmplase.

FDO.

Magistrado Relator Dr. Olvis Equez Oliva

Magistrado Dr. Edwin Aguayo Arando

Secretario de Sala M.Sc. Abog. Rommel Palacios Guereca

