



## AUTO SUPREMO

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA PENAL

AUTO SUPREMO Nº 222/2020-RRC

Sucre, 28 de febrero de 2020

Expediente : La Paz 47/2017

Parte Acusadora : Ministerio Público y otra

Parte Imputada : Ángel Federico Pabón Gutiérrez

Delitos : Abandono de Mujer Embarazada y otro

Magistrado Relator : Dr. Olvis Equez Oliva

### RESULTANDO

Por memorial presentado el 8 de febrero de 2017, cursante de fs. 628 a 636, Ángel Federico Pabón Gutiérrez, interpone recurso de casación impugnando el Auto de Vista 43/2016 de 2 de diciembre de fs. 621 a 626, pronunciado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Loyola Lucía Linares Ururi contra el recurrente, por la presunta comisión de los delitos de Abandono de Mujer Embarazada y Abandono de Familia, previstos y sancionados por los arts. 250 y 248 del Código Penal (CP), respectivamente.

### I. DEL RECURSO DE CASACIÓN

#### I.1. Antecedentes

Por Sentencia 03/2016 de 21 de marzo (fs. 560 a 570), la Juez Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Ángel Federico Pabón Gutiérrez, autor de la comisión del delito de Abandono de Mujer Embarazada, previsto y sancionado por el art. 250 del CP, imponiendo la pena de dos años de reclusión, con costas y daños a calificarse en ejecución de sentencia, beneficiándose con el perdón judicial, siendo absuelto del delito de Abandono de Familia, con costas.

Contra la mencionada Sentencia, el imputado Ángel Federico Pabón Gutiérrez (fs. 577 a 585), formuló recurso de apelación restringida, que fue resuelto por Auto de Vista 43/2016 de 2 de diciembre, dictado por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que declaró admisible e improcedentes las cuestiones planteadas en



el recurso y confirmó la Sentencia apelada, motivando la presentación del recurso de casación.

#### I.1.1. Motivos del recurso

De la revisión de los recursos de casación y del Auto Supremo 629/2017-RA de 24 de agosto, se evidencia que fueron admitidos los siguientes motivos de casación:

El recurrente asevera que el Auto de Vista en su considerando V, acápite 4.1. realizó un confuso e innecesario análisis doctrinal referido a la valoración de la prueba, posteriormente expresó afirmaciones erróneas y contradictorias al referirse al cuaderno de control jurisdiccional cuando este nunca llegó; asimismo, señala que en la Sentencia existiría un subtítulo con cinco incisos en el que se habría realizado la relación probatoria; y que en contraste de ello, se advierte que no emerge del escrito de apelación; siendo que al contrario no se consideró el precedente que invocó vulnerando su razonamiento; también refiere que el Tribunal de alzada hubiera fundamentado para confirmar la Sentencia, haciendo alusión a la prueba de ADN, respecto de la cual se estableció que demuestra que el imputado abandonó en la etapa de gestación de la querellante, sin considerar que la prueba de paternidad es una figura legal lo cual no significa que sea sinónimo de abandono tal como califica la Juez de Sentencia; por tanto, la fundamentación del Auto de Vista resulta contradictoria al Auto Supremo 131/2007 de 31 de enero.

Sobre la errónea aplicación de la Ley sustantiva señala que el Tribunal de apelación afirma el derecho penal es netamente objetivo relacionando dicha afirmación con el delito de Abandono de Mujer Embarazada; pero sin embargo de ello, de manera subjetiva señala que la acusadora buscó un medio conciliatorio, lo cual resulta falso porque nunca se contactó directamente con el imputado, sino que lo hizo con autoridades militares con plena intención de poner en duda su honor y su dignidad ante sus superiores, también manifestó que en la sustanciación del proceso nunca se intentó probar que la niña no fuera su hija, tampoco poner en tela de juicio si actualmente se hace cargo de su hija siendo que el delito solo versa sobre el Abandono de Mujer Embarazada, por lo que solo se debió tomar en cuenta que el imputado huyó o no de sus responsabilidades paternas durante el embarazo de la acusadora. También expresó, que con relación al referido delito no importa si no conoció del embarazo de la señora Linares hasta seis meses después de nacida su hija, así como tampoco interesó que no huyó del lugar en el que residía la acusadora sino que fue cambiado de destino; siendo que, deliberadamente la víctima no le informó de su estado de gestación, teniendo al alcance los medios para hacerlo, pues si bien se encontraba en un lugar distinto ambos trabajaban en la misma institución castrense. En síntesis, no se tomó en cuenta lo expuesto en su memorial de apelación restringida. Haciendo alusión a los elementos constitutivos del tipo penal previsto y sancionado por el art. 250 del CP, señala que el abandono conlleva una acción dolosa, determinada por una decisión tomada con conocimiento de causa, porque de la misma prueba de cargo se establece que su persona recién se enteró de la existencia de su hija y por ende del



embarazo en fecha 20 de noviembre de 2008; es decir, 5 meses después del nacimiento de su hija que data de 29 de junio de 2008; por lo que no se puede hablar de abandono, porque desconocía el estado de gravidez de la víctima; por ende, se encontraba en la imposibilidad de responsabilizarse de un hecho que desconocía. Asimismo, señaló que en ningún momento negó que haya tenido relaciones sexuales con la víctima y pese a que trabajaba en las mismas dependencias nunca le informó de manera directa sobre su embarazo; siendo que, después de que nació su hija lo que hizo fue denigrarle contra sus superiores tildándole de irresponsable, otro aspecto que aclara que es la prueba de ADN surgió a raíz del ejercicio de su defensa y además aclaró que dicha prueba se trata de una figura legal; por lo que, el hecho de que no prestó asistencia a su hija y que no lleve su apellido no fue por que no quiso, si no porque recién se enteró del nacimiento después de cinco meses después y no prestó asistencia a la víctima, no fue porque no sabía de su estado de gestación, por lo que no existe el supuesto abandono; lo que en definitiva hace ver, que no existió dolo que configure el abandono de mujer en estado de gestación. Haciendo referencia a los art. 13 bis, 14 y 15 del CP, refiere que los mismos no fueron tomados en cuenta porque la Juez de mérito al momento de fundamentar la Sentencia condenatoria que determinó su culpabilidad por omisión de los deberes como padre de la niña; no tuvo en cuenta que el imputado no tenía conocimiento del nacimiento de su hija y peor del embarazo de la víctima siendo que de los artículos mencionados en todos ellos se establecen que debe existir un conocimiento acerca de sus actos, lo que en el presente caso no se constata; lo que hace ver una errónea aplicación de la ley penal sustantiva, que genera una lesión a sus derechos a la equidad, debido proceso y principio de legalidad debido a que en la Sentencia no se valoró todos los extremos expuestos lo que conlleva a señalar que no se realizó una correcta subsunción del hecho al tipo penal porque no se configuraron todos los elementos de dicho tipo penal, porque en el juicio en ningún momento desvirtuó que el imputado no tuvo conocimiento del embarazo de la víctima; aspecto que es comprobado con el certificado de nacimiento de la hija de la víctima debido a que no lleva su apellido y el registro de la menor se la realizó sin la presencia de su padre, siendo que queda claro que solamente tuvo conocimiento de la existencia de su hija cuando fue notificado por la carta de 20 de noviembre de 2008.

El recurrente refiere la existencia de falta de fundamentación siendo que el Auto de Vista al afirmar que la Sentencia se encontraba debidamente fundamentada sin tener en cuenta que se puso en duda la parcial descripción y valoración de la prueba y la errada subsunción del hecho al tipo penal; sin tomar en cuenta que la Juez de Sentencia no realizó una variación conjunta de los elementos probatorios desfilados en juicio, limitando su fundamentación a nombrar y numerar los elementos probatorios judicializado, sin otorgarles valores probatorios a cada uno de ellos, confirmando la actividad de valoración probatoria fundamentada solamente a los elementos probatorios de cargo que a juicio de la autoridad judicial probaría su autoría y motivarían su decisión, esto supone una lesión al derecho de igualdad de partes, pues la valoración realizada fue hecha de manera parcializada. Asimismo, señala que la referida Sentencia carece de la debida subsunción lo que constituye insuficiente fundamentación, siendo un deber de la autoridad judicial describir de manera bastante y suficiente la conducta del imputado y explicar de manera motivada como se adecua a los elementos del tipo



penal acusado, tarea que fue dejada de lado por la Juez de Sentencia reduciendo su fundamentación a una transcripción del tipo penal sin determinar ni explicar cómo, cuándo, ni por qué, el imputado abandonó a la querellante en estado de gestación. Sin embargo, el Auto de Vista objeto del recurso solamente señaló que existió una correcta fundamentación y basa dicha afirmación en la Sentencia Constitucional “1489/04-R de 17 de septiembre”, la cual solo define que una correcta fundamentación es parte del debido proceso; por lo que, señala que el Auto de Vista es contrario al precedente contradictorio que invoca debido a que en la Sentencia no existió fundamentación descriptiva y la Sentencia no valoró cada uno de los elementos probatorios que fueron desfilados en el juicio oral y menos les otorgó valor probatorio; por otro lado señala que, la subsunción realizada por la Sentencia y luego por el Auto de Vista fue realizada de manera subjetiva sin sustento probatorio que corrobore su decisión y sin aplicar un verdadero rigor científico a dicho ejercicio jurídico, porque de la simple revisión de la Sentencia se tiene la inexistencia de elementos probatorios que validen la adecuación de los hechos al tipo penal acusado. Finalmente, señala que el Auto de Vista es contrario al precedente que invocó porque, no se cumplió con las operaciones de que componen una Sentencia condenatoria; siendo que en dicha resolución existe una incongruencia entre la prueba desfilada y la decisión asumida, pues de los elementos probatorios de ninguna manera prueban que el imputado haya incurrido en el abandono de una mujer en estado de gestación y más bien se debió tener en cuenta que el imputado nunca supo del embarazo de la víctima, por lo que no podía asumir su responsabilidad porque no sabía que existía dicho estado de gestación así como la existencia de su hija.

Con relación a la temática planteada invocó como precedente contradictorio al Auto Supremo 065/2012-RA de 19 de abril.

#### I.1.2. Petitorio

La parte recurrente solicita que se revoque el Auto de Vista impugnado y se ordene el reenvío del juicio oral.

#### I.1.3. Admisión del recurso

Mediante Auto Supremo 629/2017-RA de 24 de agosto, cursante de fs. 655 a 658 vta., este Tribunal admitió el recurso formulado por el imputado Ángel Federico Pabón Gutiérrez, para el análisis de fondo de los motivos identificados precedentemente.

## 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.

Por Sentencia 03/2016 de 21 de marzo, la Juez Segundo de Sentencia del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, declaró a Ángel Federico Pabón Gutiérrez, autor de la comisión del delito de Abandono de Mujer Embarazada, previsto y sancionado por el art. 250 del CP, imponiendo la pena de dos años de reclusión, en base a la siguiente conclusión:

El imputado Ángel Federico Pabón Gutiérrez mantuvo relaciones sexuales con la querellante Loyola Lucía Linares Ururi en dos oportunidades; fruto de aquello la querellante quedó embarazada y el imputado no asistió a la querellante; asimismo, el imputado pidió la realización de una prueba de paternidad genética de comparación de ADN.

## II.2. De la apelación restringida.

El acusado Ángel Federico Pabón Gutiérrez, interpuso recurso de apelación restringida contra la Sentencia, argumentando:

En la Sentencia no existe la valoración de cada prueba judicializada, en razón a que no hay una constancia, un considerando, un párrafo o una línea que establezca la valoración, que se le otorga a cada elemento de prueba vulnerándose el art. 173 del CPP, el derecho al debido proceso y demás garantías constitucionales.

Existe en la Sentencia una errónea aplicación de la Ley sustantiva, en razón a que la misma no describe el hecho ilícito para luego comparar las características de la conducta ilícita con los elementos constitutivos del delito, esto con el argumento de que el acusado no conocía del estado del embarazo de la querellante Loyola Lucía Linares Ururi, sino hasta seis meses después del nacimiento de su hija, conducta que se aleja de una conducta dolosa de abandono, motivo por el cual, existe una calificación errónea del tipo penal del que se le indilga.

La Juez de origen, sólo se limitó a realizar una pobre subsunción, sin exponer una fundamentación y motivación clara y precisa en relación a la subsunción del tipo penal condenado, además que tampoco la autoridad fundamentó del porque se le sanciono con dos años.

## II.3. Del Auto de Vista impugnado.

Radicada la causa en la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, emitió el Auto de Vista impugnado, que declaró la improcedencia de las cuestiones planteadas; en consecuencia, confirmó la Sentencia



apelada, bajo los siguientes fundamentos:

A fs. 569 se encuentra el subtítulo de relación probatoria, que cuenta con cinco incisos, siendo más que evidente que la Juez de origen mencionó y se refirió de forma extensiva sobre la valoración de las pruebas, cumpliendo con lo que determina la Ley respecto a la legitimidad o no de ellas, por lo que aplicó correctamente las normas previstas para el presente caso de acuerdo a la normativa vigente.

Es evidente que la acción del delito es la de abandonar, a razón de ello es importante revisar el cuaderno jurisdiccional, pues se tiene: la nota de 20 de noviembre de 2008 a través de la cual la querellante convoca al acusado que asuma su obligación por la vía de la conciliación (fs. 499); el oficio de 14 de enero de 2009 mediante la cual, se reitera lo anterior (fs. 498); la carta notariada de reconocimiento del suceso de las relaciones sexuales, empero existe la duda, por lo que se le habría realizado una prueba de paternidad genética de comparación de ADN de 9 de marzo de 2009 (fs. 523 a 525). A razón de ello, recién presentó denuncia de 20 de marzo de 2009, también existe certificados de prenatalidad y de nacimiento, en los cuales refiere que el nacimiento fue el 29 de junio de 2008 y que hasta la fecha de la Sentencia apelada el producto ya tiene siete años y demás pruebas, que demuestran que la querellante antes de iniciar la denuncia, trató de conciliar y que a la fecha no existe duda de que la niña si es la hija del acusado y de que no cumplió con sus deberes, por lo que su conducta se acomoda a lo previsto en el art. 250 del CP. Ahora el apelante señala que no conocería del estado del embarazo de la querellante, sino hasta seis meses después del nacimiento de su hija; aspecto, que no libera al encausado de sus responsabilidades.

De fs. 561 a 563 se encuentra la relación de hechos, a fs. 567 está la relación jurídica, a fs. 569 cursa la relación probatoria; de lo anterior, se observa que el Juez de origen cumplió con su función de fundamentar en relación al tipo penal que se le acusa. En relación a que no se habría fundamentado en Sentencia por qué se le impuso la pena de dos años; a pesar de aquello, a fs. 570 se encuentra la fundamentación de la pena, explicando del porqué se le sancionó de aquella manera.

### III. VERIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN CON LOS PRECEDENTES INVOCADOS Y DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En el caso presente, el recurrente denuncia que el Tribunal de alzada: i) mediante suposiciones y análisis subjetivos confirmó la Sentencia; ii) no efectuó un debido control de la subsunción jurídica; y, iii) emitió el Auto de Vista impugnado con falta de fundamentación. Por lo que, corresponde resolver las problemáticas planteadas.

#### III.1. La labor de contraste en el recurso de casación.



Conforme lo dispuesto por el art. 42.I inc. 3) de la LOJ y 419 del CPP, las Salas especializadas tienen la atribución de sentar y uniformar la jurisprudencia, cuando un Auto de Vista dictado por una de las Cortes Superiores de Justicia (hoy Tribunales Departamentales de Justicia), sea contrario a otros precedentes pronunciados por las otras Cortes Superiores o por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El art. 416 del CPP, preceptúa: “Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el Auto de Vista recurrido no coincida con el del precedente sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance”. En ese ámbito, este Tribunal a través del Auto Supremo 322/2012-RRC de 4 de diciembre, puntualizó: “Cuando la norma se refiere a una situación de hecho similar, considera esta Sala que el legislador se refiere a supuestos fácticos análogos, siendo necesario precisar que en materia sustantiva el supuesto fáctico análogo exige que el hecho analizado sea similar; en cambio, en material procesal el supuesto fáctico análogo se refiere a una problemática procesal similar”.

La atribución de este Tribunal, de sentar y unificar jurisprudencia, contiene íntima y estrecha relación con la garantía constitucional contenida en el art. 119.I de la CPE, que garantiza el ejercicio pleno del principio de igualdad de las partes ante el Juez dentro de las jurisdicciones del Estado, así como garantizar seguridad jurídica en la predictibilidad de las decisiones de los tribunales y un igual tratamiento jurídico a los ciudadanos. En resumen, la labor de sentar doctrina legal a partir del recurso de casación dentro de la jurisdicción ordinaria, se sintetiza en: a) Respeto a la seguridad jurídica; b) Realización del principio de igualdad; y, c) Unidad y uniformidad en la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina legal a ser dictada por este Tribunal en el supuesto caso de verificar la existencia de contradicción entre la Resolución impugnada y los precedentes invocados como contradictorios; será de aplicación obligatoria para los Tribunales y jueces inferiores y sólo podrá modificarse por medio de una nueva resolución dictada con motivo de otro recurso de casación, en previsión de lo dispuesto por el art. 420 del CPP.

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

Una vez desarrollada la audiencia en sus distintas fases, incluida la actividad probatoria de las partes, corresponde al Juez o Tribunal de Sentencia resolver aquellas cuestiones relativas a la comisión del hecho punible que determine en su caso la absolución o la condena del imputado, debiendo la sentencia contener la exposición de los motivos de hecho y de derecho en que se funda conforme se tiene establecido en el art. 360.3) del CPP.



En este ámbito, debe tenerse en cuenta que la labor de subsunción, es una labor lógica del aplicador, para determinar si el hecho específico legal, o la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere, consecuentemente, lo que debe hacer el juzgador es encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal.

Por tal razón, toda sentencia condenatoria se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que las mismas se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el hecho probado, y la segunda, una vez conocido el hecho se ocupa de la labor de subsunción del hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera se la llama juicio histórico o fundamentación fáctica y la segunda es conocida como juicio jurídico o fundamentación jurídica y ambas deben gozar de una adecuada fundamentación. Esta exigencia de la motivación tiene un fundamento de carácter constitucional y permite que la Sentencia se justifique objetivamente; además, de exteriorizar una ineludible convicción judicial. Esto implica que la Sentencia ha de ser racional, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que el mismo debe proceder de la prueba practicada en el juicio. Sólo una convicción derivada de la prueba es atendible, por lo que cualquier otra convicción que procede de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad, por lo que la motivación sirve de control para evitar que se dicten las sentencias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del juez, pero carentes de todo sustento probatorio.

En cuanto al control de la subsunción jurídica, corresponde precisar que la exteriorización del razonamiento efectuado por el Juez o Tribunal de Sentencia, permite su control al Tribunal de apelación, por ello la motivación de la Sentencia debe reflejar el razonamiento encaminado a la aplicación de la norma general al caso juzgado, trasladando la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto. La legitimidad de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la decisión jurídica.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el juicio sobre la observancia de la ley sustantiva existen limitaciones, como la falta o insuficiencia de determinación del hecho que sirve de sustento a la calificación jurídica, que impide constatar si la ley ha sido bien o mal aplicada, y fundamentalmente los problemas ligados a la interpretación de los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva y a la subsunción jurídica. Para superar estas limitaciones, el Tribunal de apelación al realizar la labor de control de la subsunción debe partir del hecho acusado, para saber si corresponde o no subsumirlo en el tipo o tipos penales acusados, siendo además importante interpretar los conceptos jurídicos que integran la ley sustantiva; de ese modo, el Tribunal de casación podrá cumplir con su labor de uniformar la jurisprudencia, estableciendo criterios rectores que permitan la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Además, cabe recordar la necesidad de que las resoluciones en general y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser este un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional; y, al



mismo tiempo, un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas; de tal manera, los jueces o tribunales cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, están obligados a expresar la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga en sujeción a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

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

### III.3. El tipo penal de Abandono de Mujer Embarazada y sus elementos constitutivos.

El Código Penal en su art. 250, señala: “El que fuera de matrimonio hubiere embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis (6) meses a tres (3) años”.

Complementando aquella conducta básica, el párrafo siguiente precisa la pena será de privación de libertad de uno a cinco años, si a consecuencia del abandono la mujer cometiere un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare.

En relación a este tipo penal y al delito de Abandono de Familia, previsto en el art. 248 del CP, la Jurisprudencia Constitucional a través de Sentencia Constitucional Plurinacional 206/2014 de 5 de febrero, declara la constitucionalidad del art. 250 del CP, estableciendo que su interpretación debe ser extensiva en el sentido de que el abandono de mujer embarazada se aplica tanto para el abandono fuera de matrimonio como para el que se produce dentro del mismo, en ese sentido efectuó la siguiente precisión:

“De la lectura de ambos tipos, en primer lugar cabe señalar que, de acuerdo al art. 250 del CP, el abandono de mujer embarazada se sanciona con pena de reclusión de seis meses a tres años; en tanto que la sanción para el Abandono de Familia es de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días; consiguientemente, es evidente que existiría un reproche penal menor a quien estando casado abandona a la mujer, aunque, la diferencia con relación al texto de la norma no es menor; en el caso en el que de manera explícita se impone una mayor sanción es para el caso en el que la mujer fuera de matrimonio se encuentra embarazada.

En el marco del principio de “igualdad”, que comprende no solo como un valor aplicable en la relación entre mujeres y



hombres, sino también se puede ampliar a la “igualación” y “restitución” de derechos entre las propias mujeres, debido a la desigualdad económica y social que las diferencia. En ese marco la norma penal debe garantizar la misma protección del abandono de mujer embarazada sea dentro o fuera del matrimonio. En este sentido corresponde declarar la constitucionalidad condicionada de dicha norma, siempre y cuando se entienda que la misma incluye al abandono de mujer embarazada dentro del matrimonio.

En segundo lugar, es preciso señalar que el artículo objeto de análisis configura el delito sobre la base de la noción de “...abandono sin brindar asistencia...”, al respecto, este artículo debe ser comprendido en función del bien jurídico que protege; es decir, el deber de asistencia familiar, en el caso de una mujer en estado de gestación, este deber no precisa ser comprendido como la obligación que tiene el progenitor de permanecer físicamente en el mismo domicilio que la madre gestante, sino como la acción u omisión tendiente al desamparo de ésta, pues el estado gestacional importa una serie de requerimientos materiales, en los cuales no resultaría aceptable que el progenitor huya a su obligación de brindar apoyo en todas sus dimensiones, situación que no involucra una obligación de que el progenitor se quede en el mismo espacio físico, pues ello limitaría los derechos de éste de residir en el domicilio o en el lugar que este elija en atención del ejercicio de su derecho a la libertad de circulación vinculado con el libre desarrollo de su personalidad garantizados por el arts. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 21.7 de la CPE, lo contrario significaría una intromisión en la vida privada de las personas inaceptable constitucionalmente. Asimismo, se debe establecer que limitando el derecho de circulación o libre tránsito del progenitor no se garantiza la necesaria asistencia ni el cumplimiento de los deberes de asistencia que requiere una mujer en estado de gravidez, en ese ámbito corresponde condicionar la constitucionalidad del art. 250 al eventual estado de desamparo en el que se dejare a la mujer en estado de gestación y no al cambio de domicilio o a la libre elección del progenitor de no cohabitar con la mujer en estado de gestación”.

Con aquel aditamento queda claramente establecido que es suficiente que el agente embarace a una mujer y la abandone sin prestarle la asistencia necesaria.

Respecto al sujeto activo en este ilícito penal, el agente puede ser cualquier varón que embarace a una mujer y la abandone, que tenga conocimiento de ésta situación, de modo que el sujeto pasivo de este hecho punible, es la mujer –soltera o casada- que ha sido embarazada y abandonada por el agente.

Con relación al tipo objetivo, la exigencia es que la mujer se encuentre embarazada y el agente sea el autor de aquel embarazo, de modo que no se protege al embrión fecundado in vitro; y el comportamiento es de abandono, apartamiento, alejamiento de carácter eminentemente material con cese de asistencia por parte del actor.



En lo relativo al tipo subjetivo en este caso, el dolo requiere en cualquier caso la conciencia del incumplimiento de los deberes en cuestión, pues como bien señaló el tratadista nacional Villamor Lucia, el delito es doloso por cuanto requiere por parte del infractor tanto el conocimiento del embarazo como la voluntad de abandonar a la mujer. Resulta relevante considerar que cuando el tipo delictivo no hace mención al elemento subjetivo, está exigiendo dolo. Tradicionalmente el dolo se define como querer y conocer los elementos descritos en el tipo penal. El sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo. Es decir, el dolo constaría de dos elementos: elemento cognoscitivo o intelectual (conocer) y elemento volitivo (querer).

El delito en cuestión se consuma o perfecciona cuando el agente o hechor, abandona a la mujer que embarazó.

Finalmente, a manera de ilustración es necesario referirnos al abandono de mujer embarazada en la legislación peruana, que en su art. 150 del Código Penal Peruano, contempla este delito con el nomen juris de Abandono de mujer gestante y en situación crítica, que establece y sanciona, el que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días multa.

En aquel sentido el Supremo Tribunal del Perú, estableció: "...no solo se requiere que el agente abandone a una mujer en dicho estado, sino, además, que deba producirse cuando esta se halle en situación crítica, esto es, que la agraviada se encuentre en la imposibilidad de valerse por sí misma..." (C. Suprema. Sala Penal. R. N. N° 6416-96. Resolución de fecha 10.10-97.)

#### III.4. Análisis del caso.

III.4.1. En relación a la denuncia de que el Tribunal de alzada mediante suposiciones y análisis subjetivos confirmó la Sentencia.

La parte recurrente invocó en calidad de precedente contradictorio al Auto Supremo 131/2007 de 31 de enero, por el cual se constata que si bien el Tribunal de alzada advirtió que los elementos constitutivos del tipo penal previsto en el art. 308 bis del Código Penal, no fueron acreditados en su integridad; se evidenció que los hechos probados eran suficientes para proveer justicia de modo tal que la conducta no quede a salvo del reproche y en la impunidad, de tal forma que ejercitando el principio del iura novit curia y con la facultad que prevé el art. 413 del CPP, la conducta del procesado debía ser debidamente subsumida dentro de la familia de los delitos contra la libertad sexual; en ese sentido la doctrina legal aplicable estableció: "Ante un eventual error en la subsunción de la conducta por el A quo si la sentencia aporta los elementos de prueba necesarios para que a partir de un nuevo análisis se pueda determinar que la



conducta constituye delito dentro de la familia de los delitos que se analizan y que han sido acusados previa verificación de que para dictar nueva resolución no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el Tribunal Ad-quem, en aplicación del principio "iura novit curia" y observando la celeridad procesal, en aplicación del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, dictará sentencia directamente".

Del análisis del precedente señalado, la Sala Penal llega a establecer de que no existe simetría entre la problemática que genera el Auto Supremo 131/2007 de 31 de enero y la problemática procesal traída a casación. Pues el precedente verificó que el Tribunal de alzada si bien advirtió que los elementos constitutivos del tipo penal previsto en el art. 308 bis del Código Penal, no estaban acreditados en su integridad; se evidenció que los hechos probados eran suficientes para proveer justicia de modo tal que la conducta no quede a salvo del reproche y en la impunidad, de tal forma que ejercitando el principio del iura novit curia y con la facultad que prevé el art. 413 del CPP, la conducta del procesado debía ser debidamente subsumida dentro de la familia de los delitos contra la libertad sexual, en cambio la parte recurrente reclama que el Auto de Vista impugnado es confuso, e innecesario al efectuar un análisis doctrinal de la valoración de la prueba; además, es erróneo y contradictorio al hacer referencia al cuaderno de control jurisdiccional; también refiere que en Sentencia existe la relación probatoria; que no consideró el precedente; y finalmente, hizo alusión a la prueba de paternidad genética de comparación de ADN, sin considerar que la prueba de paternidad es una figura legal.

Por lo referido, al haberse establecido que el precedente invocado no tiene situación de hecho similar a la planteada por la parte recurrente, no puede visualizarse la existencia de contradicción en los términos previstos por el art. 416 del CPP, siendo menester destacar que en casos semejantes al presente, este Tribunal dejó sentado el siguiente criterio contenido en el Auto Supremo 396/2014-RRC de 18 de agosto de 2014, respecto a los requisitos que deben cumplir los precedentes contradictorios: "Siendo el recurso de casación un mecanismo que busca otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales realizadas por el Tribunal de apelación, contrarios a otros precedentes, debe señalarse que el precedente contradictorio en materia penal, constituye una decisión judicial, previa al caso analizado, que al ser emanado por un Tribunal superior en grado o por uno análogo, debe ser aplicado a casos que contengan similitud con sus hechos relevantes; al respecto, la normativa procesal penal en el país, ha otorgado al precedente contradictorio carácter vinculante (art. 420 del CPP). La importancia de precedente contradictorio, deviene del objetivo y fin del recurso casacional, toda vez que el más alto Tribunal de Justicia del Estado, tiene la tarea u objetivo de unificar o uniformar la jurisprudencia nacional, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes inmersas en un proceso judicial, asegurando la aplicación uniforme de la ley y por ende la efectivización del principio de igualdad y la tutela judicial efectiva; atribución, que se encuentra descrita en los arts. 419 del CPP y 42 inc. 3) de la Ley del Órgano Judicial (LOJ) y que es conocida como función nomofiláctica (interpretación de la norma en procura de una jurisprudencia uniforme e integrada).



De lo anterior, se establece que únicamente son recurribles en casación, aquellos Autos de Vista que resulten indudablemente contrarios a la jurisprudencia establecida en un hecho similar; por este motivo, para que el planteamiento del recurso casacional sea certero, el recurrente no debe limitarse únicamente a presentarlo dentro el plazo dispuesto por ley y señalar la contradicción en la que creyere que incurrió el Tribunal de alzada respecto al fallo citado, lo que podría derivar en la admisibilidad del recurso, sino, debe asegurarse que el o los precedentes invocados, correspondan a situaciones fácticas análogas, como exige el art. 416 del CPP; lo contrario, por simple lógica, imposibilita a este Tribunal, verificar en el fondo la denuncia de contradicción por ser inexistente; es decir, que al no tratarse de situaciones fácticas similares, bajo ningún aspecto podría existir contradicción en la resolución entre uno y otro fallo” (las negrillas no cursan en el texto original).

De ello, se concluye que el requisito de invocar un precedente contradictorio dentro del sistema de recursos que el Código de Procedimiento legal prevé, atinge a señalar a una resolución en específico, ya sea un Auto Supremo y/o un Auto de Vista, que dentro la materia, vislumbre la aplicación de la norma sustantiva o adjetiva a un caso determinado, donde se haya formado un criterio de decisión a un caso anterior, para que posteriormente en función de la identidad o de la analogía entre los hechos del primer caso (precedente contradictorio) y los hechos del segundo caso (resolución impugnada) se proceda a la determinación delegada por Ley a este Tribunal. Deviniendo el presente motivo en infundado.

III.4.2. Respecto a que el Tribunal de alzada no efectuó un debido control de la subsunción jurídica.

Atendiendo a que en el presente caso, el recurrente alega la vulneración del debido proceso y principio de legalidad, pues el Tribunal de alzada determinó que se incurrió en la comisión del delito previsto en el art. 250 del CP, sin advertir que la Sentencia no subsumió correctamente el hecho al tipo penal, ni advirtió que concurrieran todos los elementos del tipo penal porque el imputado no tuvo conocimiento del embarazo y/o estado de gestación de la víctima y el nacimiento de su hija si no a los cinco meses de nacida la menor, por lo que no tuvo conocimiento de sus actos, de donde se advierte en el planteamiento el incumplimiento de los arts. 13 bis, 14, 15 y 250 del CP. Por lo que corresponde analizar si el Auto de Vista emitido por el Tribunal de apelación, con relación a la impugnación de la labor de subsunción que realizó el Juez de Sentencia del hecho denunciado respecto al tipo penal de Abandono de Mujer Embarazada, realizó un adecuado control en el marco de su competencia.

Sobre el particular, de los antecedentes procesales se advierte que ante el recurso de apelación restringida formulado por el recurrente, en el que alegó entre otros motivos, la errónea aplicación de la Ley sustantiva, en razón a que la misma no describiría el hecho ilícito para luego comparar las características de la conducta ilícita con los elementos



constitutivos del delito, esto con el argumento de que el acusado no conocería del estado del embarazo de la querellante Loyola Lucía Linares Ururi, sino hasta seis meses después del nacimiento de su hija, conducta que se alejaría de una conducta dolosa de abandono, motivo por el cual, existiría una calificación errónea del tipo penal del que se le indilga, la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, fundamentó su posición para determinar la improcedencia del recurso, señalando que es evidente que la acción del delito era la de abandonar, a razón de ello resulta importante revisar el cuaderno jurisdiccional, verificando la nota de 20 de noviembre de 2008 a través de la cual la querellante convocó al acusado que asuma su obligación por la vía de la conciliación (fs. 499); el oficio de 14 de enero de 2009 mediante la cual, se reiteró lo anterior (fs. 498); la carta notariada de reconocimiento del suceso de las relaciones sexuales, empero existía la duda, por lo que se le habría realizado una prueba de paternidad genética de comparación de ADN de 9 de marzo de 2009 (fs. 523 a 525). A razón de ello, recién presentó denuncia de 20 de marzo de 2009, también existían certificados de prenatalidad y de nacimiento, en los cuales se refirió que el nacimiento fue el 29 de junio de 2008 y que hasta la fecha de la Sentencia apelada el producto ya tenía siete años y demás pruebas, demostraban que la querellante antes de iniciar la denuncia, trató de conciliar y que a la fecha no existía duda de que la niña era hija del acusado y de que no cumplió con sus deberes, por lo que su conducta se acomodó a lo previsto en el art. 250 del CP y que si bien el apelante señaló que no conocía del estado del embarazo de la querellante, sino hasta seis meses después del nacimiento de su hija, no quedaba liberado de sus responsabilidades.

De lo anterior, teniendo en cuenta los criterios expuestos en cuanto a la subsunción de la conducta al tipo penal y las operaciones que la componen y que la cuestión constitucional propuesta por el recurrente se vincula con la necesidad de que las resoluciones judiciales estén debidamente motivadas, esta Sala Penal aprecia que el Auto de Vista impugnado en su pretensión de dar respuesta al reclamo del imputado sobre la subsunción del hecho juzgado al tipo penal de Abandono de Mujer Embarazada, realizada por la Juez de Sentencia, si bien expone el hecho y concluye que configura el tipo penal recogido en el art. 250 del CP, y por lo tanto, dando por bien hecha la subsunción del Juez de Sentencia, no contiene motivación alguna que justifique objetiva y razonablemente por qué consideró que dicha subsunción fue correcta; pues debe tenerse en cuenta lo desarrollado por la Sala Penal en el apartado III.3. de esta resolución en relación al tipo penal de Abandono de Mujer Embarazada y sus elementos constitutivos –entre ellos- al tipo subjetivo.

Por lo referido se concluye que el Tribunal de alzada al resolver el recurso de apelación restringida formulado por la recurrente, no ejerció a cabalidad la función de debido control respecto a la subsunción efectuada por el Juez de Sentencia, a partir de las bases de la punibilidad del CP y los elementos constitutivos descritos por el art. 250 del CP, limitándose a asumir conclusiones genéricas sin la correspondiente motivación, vulnerando el derecho al debido proceso del recurrente, en su componente de la debida motivación, como violentando el principio de legalidad.



Por lo expuesto corresponde dejar sin efecto el Auto de Vista impugnado, a efecto de que el tribunal de apelación dicte nueva resolución, considerando los fundamentos del presente Auto Supremo que se constituyen en doctrina legal aplicable.

#### III.4.3. Sobre la denuncia que el Tribunal de alzada emitió el Auto de Vista impugnado con falta de fundamentación.

En relación a lo anterior, el recurrente invocó en calidad de precedente contradictorio al Auto Supremo 065/2012-RA de 19 de abril, en el que se advirtió que el Tribunal de alzada no ejerció a tiempo de resolver el recurso de apelación restringida, la facultad de ejercer el control de verificación de la correcta motivación de la Sentencia, ante la evidente inobservancia del art. 124 del CPP. Determinándose la siguiente doctrina legal aplicable: “Ahora bien, el Tribunal de apelación, en ejercicio de la competencia asignada por el art. 51 inc. 2) del CPP, tiene el deber de verificar que el tribunal inferior al emitir la Sentencia haya desarrollado la debida labor de motivación, por lo que de constatar la concurrencia de fundamentación insuficiente, en consecuencia del defecto insubsanable señalado por el citado art. 370 inc. 5) del CPP; disponer la reposición del juicio por otro Juez o Tribunal de Sentencia”.

Del análisis del precedente señalado, este Tribunal evidencia de que no se tratan de dos situaciones de hecho similares entre la problemática que generó el Auto Supremo 065/2012-RA de 19 de abril y la problemática procesal traída a casación. Ya que la doctrina del precedente se originó en la contrastación de que el Tribunal de alzada no ejerció al resolver el recurso de apelación restringida, la facultad de control de verificación de la correcta motivación de la Sentencia, ante la evidente inobservancia del art. 124 del CPP. De otro extremo, la parte recurrente reclama que el Auto de Vista impugnado carece de fundamentación al afirmar que la Sentencia se encontraba debidamente fundamentada sin tener en cuenta las irregularidades de la misma; el Auto de Vista objeto del recurso solamente señaló que existió una correcta fundamentación y basa dicha afirmación en la Sentencia Constitucional “1489/04-R de 17 de septiembre”; y, por otro lado señala que, la subsunción realizada por la Sentencia y luego por el Auto de Vista fue realizada de manera subjetiva.

Por lo vertido, se establece que el precedente invocado no tiene situación de hecho similar a la expuesta por la parte recurrente, razón por la cual no puede visualizarse la existencia de contradicción en los términos previstos por el art. 416 del CPP, por lo que este motivo resulta infundado.

**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, declaró FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ángel Federico Pabón Gutiérrez, con los fundamentos expuestos precedentemente y en aplicación del art. 419 del CPP, DEJA SIN EFECTO el Auto de Vista



43/2016 de 2 de diciembre, disponiendo que la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, previo sorteo y sin espera de turno, pronuncie un nuevo Auto de Vista en conformidad a la doctrina legal establecida 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 Egeuz Oliva

Magistrado Dr. Edwin Aguayo Arando

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

