

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DE DERECHO



ACREDITADA POR RESOLUCION CEUBN 1126/02

MONOGRAFIA

**“NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PENA EN EL
ARTÍCULO 308° BIS CONCERNIENTE A LA VIOLACIÓN DE
NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE DENTRO EL CÓDIGO
PENAL BOLIVIANO”**

PARA OPTAR AL TÍTULO ACADEMICO DE LICENCIATURA EN
DERECHO

POSTULANTE : ERIC MARCELO INOFUENTES FLORES

TUTOR ACADEMICO : Dr. JAVIER TAPIA GUTIERREZ

LA PAZ - BOLIVIA

2013

DEDICATORIA

*A mis padres por su infinito amor y
comprensión.*

*A Dios por ser la luz que guía mi
camino.*

*A mi universidad por toda la
enseñanza recibida en los cinco
años de estudio.*

AGRADECIMIENTOS

*A Dios por haberme dado la vida,
por haberme llenado de
bendiciones y por guiar mi
camino.*

*A mi tutor por su tiempo, guía
e invaluable colaboración.*

*A mis catedráticos por todo el
conocimiento transmitido en
mis años de estudio.*

*A la UMSA por acogerme en mi
etapa de formación.*

INTRODUCCIÓN

La Monografía desarrollada aborda un tema importante: NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PENA EN EL ARTÍCULO 308º BIS CONCERNIENTE A LA VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE DENTRO EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO, brindando un análisis doctrinal, de cómo se castiga el delito de violación sexual a niños, niñas o adolescentes, definiciones y un análisis de cada uno de los tipos penales.

La pena constituye el tercer elemento dentro del clásico tríptico del Derecho penal: delito, delincuente y pena. Desde que Francis Lieber, en 1834, utilizó por primera vez el término "penología"¹, definiéndola como la rama de la ciencia criminal que se ocupa de castigar al criminal, el estudio de la pena como medio directo de lucha contra el delito, se constituye en capítulo fundamental de esta disciplina. Merced a ella no se reduce a un análisis descarnado de las penas establecidas en los Códigos, sino, que se estudia a éstas en función de los factores de la delincuencia y de instituciones preventivas. De esta manera, el estudio amplio de la doctrina referida a la pena permite evidenciar, cual es la posibilidad real de hacer un planteamiento, como el incremento de la pena en el delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes (Artículo 308º Bis del Código Penal). Por otro lado, permitirá dilucidar claramente la efectividad y la tendencia moderna que sigue el Derecho con respecto a las penas.

Los niños, niñas o adolescentes frente a las violaciones sexuales, se encuentran protegidos por el Estado, a través de Instituciones Públicas como es el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Policía Nacional; así como de Instituciones Privadas, como las ONG's; por tanto se involucran distintas entidades siendo que las causas de la comisión de este tipo de delitos, no solo son de carácter delictivo y la consiguiente aplicación penal al autor; va más allá; son causas de orden social, cultural, educativo, psicológico y psiquiátrico, es por eso, que al ser un delito que causa un daño individual y colectivo, se plantea el incrementar la pena, siendo este el eje del trabajo planteado.

PRÓLOGO

El presente trabajo de investigación representa un esfuerzo del postulante, en el cual se pone de manifiesto toda la investigación recopilada y analizada por el mismo, con el propósito de llevar a la práctica los conceptos aprendidos durante los años de estudios universitarios, específicamente lo que se ha desarrollado en esta monografía.

Así mismo la elaboración de este diagnóstico estuvo basada en un plan de trabajo, el cual sirvió de base para distribuir las respectivas actividades y al mismo tiempo contribuyó a un adecuado empleo del tiempo. Posteriormente se realizaron algunas modificaciones en el plan de trabajo, pues no se hizo posible realizar todas las actividades programadas en el tiempo establecido.

Previo al presente trabajo se elaboró una estructura de algunos temas que incluía este trabajo para así poder establecer las fuentes de información de las que haría uso además de poner de manifiesto algunos datos importantes obtenidos a raíz de la investigación.

Decir que el delito es un acto de violencia y que el Derecho penal es una (violenta) reacción a esa violencia, de entrada, es ciertamente afirmar bien poco, sobre la dinámica de la infracción de la norma penal y la necesidad del tratamiento jurídico de la misma.. En otras palabras: la descripción del delito y de la pena como violencia es, únicamente, una pura descripción formal (una de las posibles), y sobre ella no puede extraerse *a priori* consecuencia material alguna. Un planteamiento de esta índole sería sólo un (posible) punto de partida, mas nunca de llegada, especialmente cuando se quiere hacer un análisis serio y riguroso, no frívolo ni irracionado, sobre el sentido y alcance de un complejo acto delictivo, como el de violación sexual.

Sin más preámbulos y, desde luego, con la satisfacción de haberle servido, mediante estas sentidas palabras, de introductor a la bella expresión de los considerandos, tan precisos y profundos, como cautivadores y sugerentes, que sustentan con recidumbre la estructura de esta nueva aportación a la construcción de una Ciencia penal conjunta.

INDICE

PORTADA.....	
DEDICATORIA.....	
AGRADECIMIENTOS.....	
INTRODUCCIÓN.....	
PROLOGO.....	

TITULO PRIMERO

DESARROLLO DE LA INVESTIGACION

CAPÍTULO I

EVALUACION Y DIAGNOSTICO DEL TEMA

ELECCION DEL TEMA DE LA MONOGRAFIA

1. FUNDAMENTACION DEL TEMA.....	1
2. DELIMITACION DE LA MONOGRAFIA.....	2
2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	2
2.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	2
2.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	2
3. BALANCE DE LA CUESTION.....	2
3.1. MARCO TEORICO.....	2
3.1.1. MARCO TEORICO GENERAL.....	2
3.1.2. MARCO TEORICO ESPECIAL.....	3
3.2. MARCO HISTORICO.....	4
3.3. MARCO CONCEPTUAL.....	5
3.4. MARCO JURIDICO.....	7
4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA MONOGRAFIA.....	8
5.DEFINICION DE OBJETIVOS.....	9
5.1. OBJETIVO GENERAL.....	9
5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	9
6. ESTRATEGIA MÉTODOLOGIA Y TECNICAS DE INVESTIGACION.....	9
6.1 METODOS DE INVESTIGACION.....	9
6.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACION MONOGRAFICA.....	10

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LAS PENAS

7. EVOLUCIÓN DE LA PENA.....	11
7.1. FUNDAMENTO Y FIN DE LA PENA.....	12
7.2. DEFINICIÓN.....	17
7.3. CONCEPTO.....	18
7.4. LA PENA SEGÚN LA ESCUELA CLÁSICA.....	23
7.5. LA PENA SEGÚN LA ESCUELA POSITIVA.....	24
7.6. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	25
7.7. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	27
7.8. DESARROLLO HISTÓRICO.....	28
7.9. PRISIÓN.....	30
7.10 CÓDIGO PENAL VIGENTE.....	34
7.11. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS.....	38

CAPÍTULO III

DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

8. EL DELITO.....	39
8.1. DEFINICIÓN.....	39
8.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	40
8.2.1. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.....	40
8.3. EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.....	42
8.3.1. EL ÁMBITO SEXUAL Y LA LIBERTAD.....	42
8.3.2. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL.....	43
8.3.4. CONCEPTO.....	44
8.3.5. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	45
8.3.6. SUJETO PASIVO.....	46
8.3.7. SUJETO ACTIVO.....	46
8.3.8. ACCESO CARNAL.....	47
8.3.9. CONSENTIMIENTO.....	49
8.3.10. FUERZA.....	50

8.3.11. INTIMIDACIÓN.....	51
8.3.12. VÍCTIMA-PRIVADA DE RAZÓN.....	52
8.4. EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO.....	52
8.5. LA VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.....	55

CAPÍTULO IV

LA VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES COMO HECHO SOCIAL

9. ANÁLISIS DE LA VIOLACIÓN SEXUAL EN BOLIVIA.....	58
10. PERCEPCIÓN SOCIAL SOBRE LA VIOLACIÓN SEXUAL A NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.....	59

CAPÍTULO V

LEGISLACIÓN COMPARADA

11. CÓDIGO PENAL VENEZOLANO.....	63
11.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL.....	63
11.2. ANÁLISIS.....	65
12. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.....	65
12.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN.....	65
12.2. ANÁLISIS.....	66
13. CÓDIGO PENAL PARAGUAYO.....	66
13.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL.....	67
13.2. ANÁLISIS.....	67
14. CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.....	68
14.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL	68
14.2. ANÁLISIS.....	68
15. CÓDIGO PENAL ARGENTINO.....	69
15.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL.....	70
15.2. ANÁLISIS.....	70
16. CÓDIGO PENAL PERUANO.....	70
16.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL.....	70
16.2. ANÁLISIS.....	71

17. ANÁLISIS COMPARATIVO.....	72
-------------------------------	----

CAPÍTULO VI

NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PENA PARA LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

18. PERCEPCIÓN SOBRE EL TEMA DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES.....	73
18.1. VIABILIDAD EN CUANTO A LA NATURALEZA DE LA PROPUESTA..	74
18.2. CONDICIONES CARCELARIAS.....	74
18.3. LA INVERSIÓN PÚBLICA.....	77
18.4. LA SALUD PSÍQUICA.....	77
18.5. INCREMENTO A LA PENA DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.....	78
19. CRITERIOS CIENTÍFICOS RELACIONADOS A LA NUEVA PENA.....	79
20. PLANTEAMIENTO DE LA NUEVA PENA.....	82
20.1. PROPUESTA DE LA NUEVA PENA.....	83
21. PRESUPUESTOS SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE PENA.....	83

ELEMENTOS DE CONCLUSION

22. CONCLUSIONES.....	86
23. RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFIA.....	90
ANEXOS.....	92

TITULO PRIMERO

DESARROLLO DE LA INVESTIGACION

CAPÍTULO I

EVALUACION Y DIAGNOSTICO DEL TEMA

ELECCION DEL TEMA DE LA MONOGRAFIA

4. FUNDAMENTACION DEL TEMA.

Los actos de violencia sobre la integridad física y la vida han suscitado en la historia humana un repudio inmediato, ya que impedía la reproducción de la sociedad privando a ésta de los elementos básicos para la existencia de cualquier grupo social: la paz y el resguardo de los miembros que la conforman; es así que al producirse un acto como la violación sexual que atenta contra la vida y la integridad física y psíquica de las personas, vulnerando su libertad sexual haciendo imposible evitar que cada miembro de la sociedad se vea afectado, privado de esta manera de la seguridad que le debe procurar el Estado.

Hoy en día, en el país el incremento en los casos de violación sexual a niños, niñas o adolescentes ha generado una inevitable reacción de la sociedad en su conjunto que, sin reparo se manifiesta y constriñe al mundo normativo para que le brinde una solución, pidiendo penas más drásticas.

Por lo dicho, el estudio tiene su principal justificación en dar una respuesta jurídica especializada a esta problemática social; es decir, tratar el tema de la pena en delitos de violación sexual a niños, niñas o adolescentes desde un enfoque jurídico, ahondando en categorías y doctrinas modernas a fin de no expresar ciegamente y al fragor de la indignación pública criterios que sean contradictorios al derecho moderno. Es en este tenor que se plantea una propuesta que formada desde la ciencia jurídica permita estudiar la posibilidad de incrementar la pena para los actos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes y evaluar las limitaciones de las normas actuales referidas al tema.

5. DELIMITACION DE LA MONOGRAFIA.

2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

Cuando se trata de crímenes y penas, se recurre al campo de la penología y la criminología; llegando a constituir un producto relacionado directamente con las normas penales básicas (Código Penal). Las conclusiones doctrinales derivadas del estudio previo permitirán establecer si es o no posible incrementar las penas en casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes dentro el Código Penal Boliviano.

Además, se tomará en cuenta la normativa internacional pública y de derecho comparado, estudiando algunos casos dentro del continente de penas similares y su relación con los tratados y convenciones internacionales.

5.2.DELIMITACIÓN ESPACIAL

Siendo que, el estudio implica un análisis normativo doctrinal dirigido al incremento de la pena dentro del sistema penal, es necesario aplicar lo establecido en el Art. 1 del Código Penal Boliviano, donde se manifiesta que el espacio de su aplicación se restringe al territorio Boliviano, tomando la ciudad de La Paz como modelo de investigación para la recopilación de la información.

5.3.DELIMITACIÓN TEMPORAL

La inquietud social referida a la implementación de penas, se ha venido acrecentando progresivamente en los casos de crímenes de violación sexual, siendo estos los que más impacto han causado y datan de los últimos años, es en este sentido, se plantea para el estudio los años 1.999 a 2.007, considerando que el año de inicio se incluye dentro el Código Penal Boliviano el Artículo 308° bis según Ley N° 2033 que se refiere a la violación de Niño, Niña o Adolescente.

6. BALANCE DE LA CUESTION.

3.1. MARCO TEORICO.

3.1.1. MARCO TEORICO GENERAL.

La Teoría de la prevención general, denominada así porque está dirigida a la colectividad teniendo como propósito el generar un efecto atemorizante a la sociedad para que se abstenga de cometer un ilícito penal¹.

¹ Chipana Freddy, -Teoría de la Sanción (Penología)II, Ed. Lia, 2008, La Paz. Pág. 40

La teoría de la prevención mediante la ejecución ve en la antigua costumbre de aplicar las penas graves en público, el fin fundamental y específico de inspirar temor en el pueblo y escarmentarlo. Según la opinión de Soler, “es un tipo de reacción ciega y temerosa, que se observa esporádicamente renacer en el seno de poderes tiránicos”², entendiéndose que el terror es un instrumento de gobierno.

La teoría de la prevención mediante la coacción psíquica entiende que para tratar de evitar la comisión de delitos, no es eficaz la coacción física, sino la psíquica que es efectivamente anterior al delito. Por eso ha escrito Feuerbach, que es necesario que –todos sepan que a su hecho le seguirá inevitablemente un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho³. La coacción psíquica se opera amenazando con una pena la posible transgresión de la ley y aplicándola realmente cuando ella es transgredida.

3.1.2. MARCO TEORICO ESPECIAL

La teoría contractualista proviene de Rousseau⁴ y se manifiesta en el campo penal a través de la obra de Beccaria⁵. El orden social está fundado sobre convenciones y el pacto social tiene por fin la conservación de los contratantes, como dice el Contrato Social. Por eso, el hombre al pactar, teniendo en cuenta que puede ser víctima de un asesinato, concede el morir si él es el asesino. La idea de la pena es la de una reacción defensiva para la conservación del pacto social.

La teoría de la defensa indirecta fue formulada por Romagnosi quien expuso, si después del primer delito se tuviese una certeza moral de que no ha de suceder ningún otro, la sociedad no tendría ningún derecho a castigarlo⁶, mas dicha certeza es imposible. El Derecho penal tiene por objeto evitar futuros delitos, pero la ocasión para aplicar la pena la suministra un delito cometido. La pena tiene que actuar sobre el futuro delincuente, influyendo en su ánimo mediante el temor. Ante las fuerzas que impelen al delito —spinta criminosa—la pena representa una fuerza repelente.

² Soler, Sebastián, -Derecho penal argentino II, tomo II, 1945, Buenos Aires. Pág. 104

³ Montes, Jerónimo, -Precursores de la ciencia penal en España, Ed. Americas, 1911, Madrid. Pág. 45

⁴ Rousseau, Jean-Jacques. -El contrato social. Ed. Alba, 1996, Madrid. Pág. 103

⁵ Beccaria, Marqués de, -Tratado de los delitos y de las penas, Ed. Argentina, 1945, Buenos Aires. Pág. 50

⁶ Ibídem. Pág. 78

- La teoría correccionalista es la más importante de las teorías de la prevención especial, teniendo en Roder a su principal expositor, enunciando que: “la pena deja de ser un mal porque su objeto es el de mejorar al delincuente, realizando un bien tanto en el individuo como en la sociedad”⁷. El correccionalismo trata de obtener la reforma del delincuente, mediante una especie de re-educación. Dorado Montero⁸ realizó la unión de postulados correccionalistas con los del positivismo penal, presentando un sistema en el cual el derecho de castigar se transforma en derecho protector de los criminales, que es el título que toma su obra más conocida.

6.2.MARCO HISTORICO

Como penas propiamente dichas, fueron poco conocidas en el antiguo Derecho Romano, que conoció la prisión por deudas, privaba de la libertad a los procesados, para mantenerlos seguros durante la substanciación del juicio, o para dar albergue y custodia a los destinados al suplicio. Existió el *ergastulum*, o reclusión de esclavos en habitaciones existentes en la propia casa de sus dueños.

El Derecho de la Iglesia católica ya les concede gran importancia, organizándolas como penas; pero durante la Edad Media, a semejanza de lo ocurrido en el Derecho Romano, la privación de libertad era una mera custodia hasta la imposición de la pena de muerte, de azotes, etc., sin preocupación alguna por la higiene física ni moral de los reclusos. Las más famosas cárceles levantadas en ese período no fueron edificios construidos con ese fin, pudiendo citarse, a título de ejemplo, que la Torre de Londres era primitivamente un palacio fortificado, la Bastilla de París la puerta fortificada de la ciudad, la Bicêtre una residencia episcopal y La Salpêtrière una fábrica de pólvora. A fines del siglo XVI, comienzan a erigirse establecimientos semejantes a las actuales penitenciarías, como el de Amsterdam, en 1595, que aparece como el primero de ese carácter.

⁷ Roder, Carlos David Augusto, -Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradiccionesI, Ed. Ajuris, 1876, Madrid. Pág. 56

⁸ Manzini, Vincenzo, -Tratado de Derecho penall, tomos I y IV, 1949, Buenos Aires. Pág. 125

En 1704, el Papa Clemente XI, funda en Roma el Hospicio San Miguel, cuya importancia radicó en que aplicó el aislamiento nocturno y el trabajo común diurno, y por la influencia que significó para institutos similares.

En España no se conocen las penas privativas de libertad, como penas propiamente dichas, en la antigua legislación, cumpliendo en las Siete Partidas una función simplemente preventiva.

Con su actual característica comienzan a existir en el siglo XVI, utilizando las cárceles los tribunales de la Inquisición tanto como lugares de custodia como sitios para cumplir las penas aplicadas a los condenados, aunque no constituyen un verdadero sistema, puesto que, preferentemente, eran un depósito de procesados o condenados que esperaban su ejecución. Alrededor de 1530 cobran importancia las galeras, verdaderas cárceles flotantes, y recién a fines del siglo XVIII las penas privativas de libertad aparecen plenamente establecidas y se constituyen en base del sistema penal, hasta ser ampliamente acogidas en el Código Penal de 1822.

En Bolivia la Constitución Política del Estado desde su creación (1826), no se ha mantenido al margen de los avatares de la historia adecuándose continuamente a los requerimientos sociales y a la doctrina jurídica contemporánea. Es así, que en el campo del Derecho penal y las penas, existe la tendencia, en cuanto a su severidad, de irse reduciendo paulatinamente. Dentro de este parágrafo se busca establecer las tendencias constitucionales en cuanto a las penas más severas y los crímenes que las sustentaban.

6.3.MARCO CONCEPTUAL

1) PENA

Algunos autores, Soler entre ellos, señalan que la pena trae aparejada la disminución de un bien jurídico; ello así, porque para castigar, el Derecho priva de algo que estima valioso (vida, libertad, patrimonio, derechos), lo que no se enerva porque, en algún caso particular como el del vagabundo encarcelado en la estación invernal, el delincuente determinado no recibe la pena como un mal.

Chipana dice que, la pena es impuesta por el Estado y consiste en *-la restricción o disminución de bienes jurídicamente protegidos*⁹. Bajo esta concepción, la pena presenta un doble aspecto, el de prevención y el de represión, o lo que es igual, significa una amenaza y constituye una ejecución. Ambos deben plantearse conjuntamente, pues, si bien la represión es la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose sólo a uno de los momentos.

Ulpiano, define la pena como, *“la venganza de un delito*”¹⁰. César Bonesana, marqués de Beccaria, como, *-el obstáculo político contra el delito*”, entendiéndose como, el mal, que en conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son, con las formas debidas, reconocidos culpables de un delito. Pessina, como, *“el sufrimiento que recae sobre aquel que ha sido declarado autor de un delito*”¹⁰, como único medio de reafirmar el Derecho; agregando que no es un mal, sino un justo dolor, al injusto goce de un delito.

2) PRISION

La prisión o cárcel por lo común es una institución autorizada por el gobierno. Es el lugar donde son encarcelados los internos y forma parte del sistema de justicia de un país o nación.

3) VIOLACION

La violación es un tipo de acceso carnal no consentido, mediante el cual se produce la profanación del cuerpo de una persona que no ha podido o no ha tenido el ánimo de prestar el consentimiento para ejecutar dicho acto, producto de lo cual su integridad mental y física ha sufrido o pudo haber sufrido un ultraje

4) AGRAVANTE

Que agrava o hace más grave algo negativo o perjudicial, que aplica a la circunstancia o factor que agravan un delito o falta.

5) NIÑO

Periodo que abarca desde el nacimiento hasta cumplir los 18 años de edad, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, este concepto

⁹ Chipana Freddy, *-Teoría de la Sanción (Penología)*II, Ed. Lia, 2008, La Paz. Pág.

¹⁰ Manzini, Vincenzo, *-Tratado de Derecho penal*III, tomos I y IV, 1949, Buenos Aire

recoge los principales derechos de niños y niñas a lo largo del mundo, así también es el primer periodo de la vida humana, desde el nacimiento de una persona hasta la adolescencia

6.4.MARCO JURIDICO

Conforme a lo determinado en su Art. 27 del Código Penal Boliviano, se establece la existencia de dos penas privativas de libertad, las de reclusión y prisión:

1) Presidio.- El presidio se aplicará a los delitos que revistan mayor gravedad y tendrá duración de uno a treinta años. En los de concurso el máximo no podrá, en ningún caso, exceder de treinta años.

2) Reclusión.- La reclusión se aplicará a los delitos de menor gravedad y su duración será de un mes a ocho años.

Pero se diferencian marcadamente de las penas privativas de libertad de la antigüedad, en que mientras éstas buscaban hacer sufrir al penado, modernamente se tiene en mira su resocialización. La nueva Constitución Política del Estado enuncia explícitamente el objetivo de las penas y las garantías jurisdiccionales en sus Art. 118 y 110 respectivamente, este último señala que todos los que vulneren los derechos y garantías serán sujetos a la jurisdicción ordinaria; y el Art. 48 del Código Penal señala que se dará prioridad a la educación y al trabajo con el fin de readaptar socialmente al delincuente.

La nueva Constitución Política del Estado en su Art. 118 establece que las penas y las medidas de seguridad están orientadas a la rehabilitación, educación e inserción social de los condenados. Por otro lado en su Art. 74 se señala la responsabilidad del Estado en la reinserción social de las personas privadas de libertad, considerando como medios al estudio y al trabajo. Su objeto será, por lo tanto, el de alejar al individuo de la sociedad, para procurar la realización de los propósitos que inspiran al moderno Derecho penal, intimidación, eliminación y enmienda. José Ingenieros, que propugnaba la pena de prisión para delincuentes ocasionales a cumplir en una colonia penal, la de penitenciaría para delincuentes no profesionales cumplida con cierta disciplina, y la de presidio para delincuentes profesionales con encierro por toda la vida (la Nueva CPE en Bolivia no reconoce la prisión perpetua) .

Ya se señaló que, tanto la reclusión como la prisión pueden ser perpetuas o temporales. Las penas perpetuas han sido criticadas, por cuanto tornan inútil la finalidad de la enmienda del reo; como lo han sido también las de corta duración, pues impiden, por su brevedad, realizar una adecuada labor re-educativa en el condenado. La norma boliviana reconoce dos tipos de privación de libertad, en este sentido se plantea el aumento del tiempo en la pena de prisión, por tratarse de un delito grave como lo es el de la violación sexual de niños, niñas o adolescentes, es imprescindible conocer las determinaciones de este tipo de sanción.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA MONOGRAFIA

Considerando que es la misma sociedad la que hace surgir las leyes según sus necesidades, todos los logros a nivel de derechos humanos, impiden hacer análisis a priori de conceptos tan problemáticos como las penas, pero la naturaleza, objeto y frecuencia de sus crímenes de violación sexual de niños, niñas o adolescentes, suscitan el clamor público, demandando una intervención urgente contra estos actos criminales. Teniendo en cuenta la pena que impone actualmente el Código Penal Boliviano para los actos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes, contempladas en su Artículo 308^o bis, se puede concluir que la legislación no es suficientemente rigurosa con respecto a estos casos, y al decir rigurosa no sólo se refiere al carácter punitivo de la sanción, sino también al tratamiento serio con que se debe tocar la violación sexual de niños, niñas o adolescentes, es decir al cuidado metódico y a la suficiente argumentación científica con que se debe estudiar el tema tomando en cuenta las características de la víctima.

Hoy en día con el servicio de los medios de comunicación se tiene conocimiento de hechos de abuso sexual de niños, niñas o adolescentes, aunque probablemente ello representa únicamente una pequeña parte de la incidencia real, además, el abuso sexual de niños, niñas o adolescentes constituye un área de investigación particularmente difícil y problemática, que cuenta entre sus componentes: el secreto, la vergüenza, y la culpa; que permite y pone en evidencia aspectos controversiales de la sociedad contemporánea, tales como; la sexualidad, el poder, los valores y actitudes de desprecio hacia los niños, niñas o adolescentes.

Por lo dicho en los párrafos anteriores, la verdadera importancia de la monografía, en primer lugar apunta, a informar acerca de temas jurídicos que, por su importancia social deben ser sujetos a una amplia discusión y conocimiento. En segundo lugar, y como cúspide de la investigación, se busca establecer la necesidad de sanciones que consideren el daño psicológico y físico sufrido por los niños, niñas o adolescentes en casos de violación sexual.

5. DEFINICION DE OBJETIVOS

5.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar la necesidad de incrementar la pena impuesta en el Artículo 308° bis del Código Penal Boliviano referido a la violación sexual de niños, niñas o adolescentes.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Observar los parámetros jurídicos en los que se basa la pena, para los delitos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes en cuanto a la pena de reclusión y los años de condena.
- Estudiar el índice delictual en relación a la violación sexual de niños, niñas o adolescentes en Bolivia para determinar la teoría y la doctrina con relación a la pena.
- Examinar la pena impuesta en casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes en Bolivia
- Dar a conocer el derecho comparado es decir la legislación internacional cy comparada, sobre normas de violación sexual de niños, niñas o adolescentes.

6. ESTRATEGIA MÉTODOLOGIA Y TECNICAS DE INVESTIGACION

6.1 METODOS DE INVESTIGACION

El método de investigación la cual se desarrolla la presente monografía es descriptiva propositiva.

La investigación descriptiva esta diseñada para detallar algo, para ser de valor, el estudio descriptivo tiene que reunir datos para un propósito definido y tiene que incluir la interpretación por parte del investigador, tratando de obtener la descripción completa y

exacta de una situación; bajo esta concepción la investigación corresponde a este tipo, dado que se describe y determina incrementar las sanciones impuestas en los casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes.

La investigación propositiva es necesaria en situaciones donde se reconocio y definio el problema, puede ser útil en la identificación de cursos de acción, en la monografía se utilizara la ivestigacion de tipo propositiva porque es necesario plantear el incremento de la pena, dentro del código penal para los casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes.

6.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACION MONOGRAFICA

Observare los datos de la policía nacional y del Ministerio Publico. Se estudiara los casos, modo de comportamiento del delincuente, modo de comportamiento de las víctimas a partir de la información teórica reflejada en noticias reportes, expedientes, etc

Las técnicas a utilizar en la investigación son las siguientes:

- **Entrevistas.-** Se refiere a la concurrencia de dos o más personas en un lugar determinado, manteniendo una conversación, acerca de varios extremos. Las entrevistas que se realizarán en la investigación irán dirigidas a profesionales que tengan relación con este tipo de delitos.
- **Legislación comparada.-** Se refiere a la consideración que se realiza de una normativa internacional pública en relación a la normativa del lugar donde se reside. En la investigación se utilizará la legislación comparada con el fin de identificar el accionar en el ámbito internacional con relación a la violación sexual de niños, niñas o adolescentes.
- **Encuestas.-** La encuesta es el instrumento cuantitativo de investigación social para consultar a un grupo de personas elegidas de forma aleatoria, se realiza con ayuda de un cuestionario diseñado para la población de la ciudad de La Paz.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LAS PENAS

7. EVOLUCIÓN DE LA PENA

Para muchos autores la pena comenzó siendo una venganza privada, que incluía también a la familia del ofensor, y aun antes fue la ciega reacción del ofendido contra la primera persona o cosa que se hallase a su alcance. Pero, otras opiniones consideran tales venganzas como meros hechos guerreros, sin la menor señal de pena. Surgiendo la pena al tomar la venganza un carácter público, es decir, cuando resultó impuesta por la autoridad, jefe de la tribu, del clan o de la familia. Venganza que más adelante aparece regulada y limitada por el poder, mediante el talión y la composición.

Se podría sintetizar las características de la pena en esa primera etapa histórica diciendo; que, la venganza constituía su fundamentación, era expiatoria en un sentido religioso, cuando se sacrificaba al delincuente a la divinidad ofendida y las cruelísimas penalidades la tornaban francamente intimidatoria.

En una posterior fase humanitaria, la pena, inspirada en un sentido correccional, se dulcifica al mismo tiempo que se modernizan las cárceles, pero, la criminalidad se incrementa. Más modernamente, en un estadio que se podría denominar científico, la concepción de la pena varía fundamentalmente. Ello ocurre coetáneamente con el progreso de las ciencias penales y la irrupción en el campo jurídico de la antropología criminal, la sociología y la psiquiatría. Para entonces, Von Liszt¹¹ y Garraud¹², sostienen que la principal función de la pena es la defensa social contra las acciones antisociales, y que, como excelentemente sintetizará el último de los nombrados, *“La pena debe alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual”*.

La evolución del concepto de la pena, coincidió con una evolución en el tipo y crueldad de las sanciones. Las primeras épocas tuvieron penas bárbaras, como las marcas realizadas con hierros candentes en el cuerpo de los delincuentes, que llevaba también la finalidad de señalarlos públicamente (remoto antecedente del contemporáneo sistema dactiloscópico); la mutilación de miembros, la introducción en canastas

¹¹ Listz Franz, von, -Tratado de Derecho Penall, Tomo III, 1929, Madrid. Pág. 231

¹² Garraud, R., -Traite théorique et pratique du Droit Penal Français, Tomo I, 1913, París. Pág. 118

cerradas en compañía de animales diversos, la horca, la sepultura bajo tierra del delincuente vivo, etc. Asimismo, las había de notoria característica degradante, con el propósito de ser a la vez intimidatorio, que iban desde la inusitada publicidad de la sentencia condenatoria hasta el paseo del penado desnudo y montado sobre un jumento, o la pública y obligada confesión en alta voz en la plaza pública en medio de la multitud curiosa.

El criterio que campea para la aplicación de las penas modernas fue lográndose poco a poco; hubo una época en que se buscó el coordinar la aplicación de las penas con el aprovechamiento de la fuerza física del sujeto, surgiendo así las galeras y los trabajos forzados, y cabe consignar que aún en este siglo países de indiscutida cultura mantenían algunas penas durísimas, como ocurre en Inglaterra con la del látigo y en Estados Unidos con la esterilización.

Actualmente, y a pesar de que las normas en el mundo han cambiado en este aspecto, no han desaparecido modernamente en algunos países, pudiendo citarse, solo a título ejemplificativo, que en varios estados norteamericanos se sigue practicando la esterilización de criminales, tan criticada en la doctrina, aunque la verdad es más con un fin eugenista que como medida penal.

7.1. FUNDAMENTO Y FIN DE LA PENA

Sebastián Soler¹³, comienza destacando que: “quien se pregunta sobre ello se plantea no un problema interno del Derecho Penal, sino un problema de filosofía jurídica, desde que indaga una razón última que está por encima de la construcción interna de cualquier

Derecho dado. ¿Por qué y para qué el Derecho adopta esta forma específica, de sanciones?”.

Sobresalen las teorías que tratan de justificar la pena, en absolutas y relativas, según que ella constituya un fin en sí misma o un medio tendiente al logro de otros fines. Y se agregan las teorías mixtas, o sea las que distinguen en la pena ambos aspectos.

¹³ Soler, Sebastián, -Derecho Penal ArgentinoII, tomo II, 1945, Buenos Aires. Pág. 87

Soler, se preocupa por señalar que es necesario no atribuir a estas clasificaciones un valor absoluto, pues no tienen otro alcance que el de agrupar pensadores que no siempre han constituido escuela, ya que, dentro de una misma escuela, también ha de hallarse autores que discrepan en cuanto a la teoría de la pena.

Para las teorías absolutas, la pena constituye una consecuencia necesaria e ineludible del delito, al que sigue como la sombra al cuerpo. La razón de ser de la aplicación de una pena entonces, estará dada por la sola comisión del delito. Dentro de las teorías absolutas, Beling¹⁴ ha distinguido la teoría de la reparación incluida en las teorías de la retribución.

Para la teoría de la reparación, el delito es susceptible de satisfacción y la pena es el único medio de lograrlo. Viendo en el delito más la voluntad determinada por hechos inmorales que el hecho exterior; la pena expía y purifica la voluntad inmoral que generó el crimen.

Las teorías de la retribución parten en cambio de la idea de que el delito es un mal en sí mismo irreparable, se las distingue según acuerden la retribución como un fundamento religioso-político, moral o jurídico. Para la teoría de la retribución divina, el Estado es la exteriorización terrena de un orden querido por Dios, surgiendo la pena como el medio en virtud del cual el Estado vence a la voluntad, que al delinquir, se sobrepuso a la ley suprema, mostrando así el predominio del Derecho¹⁵. La teoría de la retribución moral ha sido expuesta por Kant, para quien, en la idea de la razón práctica, la transgresión de la ley moral es algo digno de pena, siendo esencial que en toda pena haya justicia. Por eso expresa que *-la ley penal es un imperativo categórico, y desdichado el que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, en busca de algo que, por la ventaja que promete, desligue al culpable, en todo o en parte, de la pena, conforme al farisaico principio electivo: es mejor que muera un hombre que todo el pueblo. Cuando perece la justicia, no tiene sentido que vivan hombres sobre la tierra*¹⁶. El principio de la razón práctica lleva a la equiparación de males, lo que concluye en la fórmula clásica del talión, según la cual quien mata, debe morir.

¹⁴ Beling, Ernest von, -Esquema de Derecho Penal, Ed. Casaca, 1944, Buenos Aires. Pág. 79

¹⁵ Chipana Freddy, -Teoría de la Sanción (Penología), Ed. Lia, 2008, La Paz. Pág. 36

¹⁶ Kant, Immanuel, -Metafísica de las costumbres, Ed. Aguilar, 1993, Madrid. Pág. 67

La teoría de la retribución jurídica encuentra su máximo exponente en Hegel¹⁷, para quien el delito no constituye la destrucción del Derecho, sino una mera apariencia de destrucción. La pena constituye el restablecimiento del imperio inatacable del Derecho. Las teorías relativas o de prevención, a diferencia de las absolutas o de retribución, no consideran que la pena es un fin en sí misma, sino que tiene un fin. Es un medio necesario para la seguridad social o la defensa social, que es lo que da sentido a la represión. Pero las diversas doctrinas enmarcadas dentro de las teorías relativas, difieren considerablemente acerca de la interpretación del modo en que la pena actúa para obtener aquella finalidad.

A continuación se realiza una síntesis de dichas teorías relativas:

1. La Teoría de la prevención general, denominada así porque está dirigida a la colectividad teniendo como propósito el generar un efecto atemorizante a la sociedad para que se abstenga de cometer un ilícito penal¹⁸.

- La teoría contractualista proviene de Rousseau¹⁹ y se manifiesta en el campo penal a través de la obra de Beccaria²⁰. El orden social está fundado sobre convenciones y el pacto social tiene por fin la conservación de los contratantes, como dice el Contrato Social. Por eso, el hombre al pactar, teniendo en cuenta que puede ser víctima de un asesinato, concede el morir si él es el asesino. La idea de la pena es la de una reacción defensiva para la conservación del pacto social.

- La teoría de la prevención mediante la ejecución ve en la antigua costumbre de aplicar las penas graves en público, el fin fundamental y específico de inspirar temor en el pueblo y escarmentarlo. Según la opinión de Soler, *“es un tipo de reacción ciega y temerosa, que se observa esporádicamente renacer en el seno de poderes tiránicos”*²¹, entendiéndose que el terror es un instrumento de gobierno.

- La teoría de la prevención mediante la coacción psíquica entiende que para tratar de evitar la comisión de delitos, no es eficaz la coacción física, sino la psíquica que es efectivamente anterior al delito. Por eso ha escrito Feuerbach, que es necesario que *–todos sepan que a su hecho le seguirá inevitablemente un mal mayor*

¹⁷ Hegel, G. Wilhelm Friedrich, –Enciclopedia de las Ciencias del EspírituII, Ed. Alianza, 1997, Madrid. Pág. 82

¹⁸ Chipana Freddy, –Teoría de la Sanción (Penología)II, Ed. Lia, 2008, La Paz. Pág. 40

¹⁹ Rousseau, Jean-Jacques. –El contrato socialII. Ed. Alba, 1996, Madrid. Pág. 103

²⁰ Beccaria, Marqués de, –Tratado de los delitos y de las penasII, Ed. Argentina, 1945, Buenos Aires. Pág. 50

²¹ Soler, Sebastián, –Derecho penal argentinoII, tomo II, 1945, Buenos Aires. Pág. 104

que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho²². La coacción psíquica se opera amenazando con una pena la posible transgresión de la ley y aplicándola realmente cuando ella es transgredida.

La teoría de la defensa indirecta fue formulada por Romagnosi quien expuso, *–si después del primer delito se tuviese una certeza moral de que no ha de suceder ningún otro, la sociedad no tendría ningún derecho a castigarlo²³*, mas dicha certeza es imposible. El Derecho penal tiene por objeto evitar futuros delitos, pero la ocasión para aplicar la pena la suministra un delito cometido. La pena tiene que actuar sobre el futuro delincuente, influyendo en su ánimo mediante el temor. Ante las fuerzas que impelen al delito —spinta criminosa—, la pena representa una fuerza repelente, la contropinta.

2. La teoría de la prevención especial, no se refiere a evitar indeterminadamente los delitos en general, como ocurre con las teorías relativas hasta aquí expuestas, denominándose por eso teorías de la prevención general. Las teorías de la prevención especial destacan el sentido preventivo de la pena con relación a un sujeto determinado. Consideran que la pena como amenaza es impotente e ineficaz para evitar el delito.

- La teoría correccionalista es la más importante de las teorías de la prevención especial, teniendo en Roder a su principal expositor, enunciando que: *“la pena deja de ser un mal porque su objeto es el de mejorar al delincuente, realizando un bien tanto en el individuo como en la sociedad”²⁴*. El correccionalismo trata de obtener la reforma del delincuente, mediante una especie de re-educación. Dorado Montero²⁵ realizó la unión de postulados correccionalistas con los del positivismo penal, presentando un sistema en el cual el derecho de castigar se transforma en derecho protector de los criminales, que es el título que toma su obra más conocida.

- La teoría positivista constituye el máximo desarrollo del pensamiento relativista

²² Montes, Jerónimo, –Precursores de la ciencia penal en Españall, Ed. Americas, 1911, Madrid. Pág. 45

²³ Ibídem. Pág. 78

²⁴ Roder, Carlos David Augusto, –Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en SUS interiores contradiccionesll, Ed. Ajuris, 1876, Madrid. Pág. 56

²⁵ Manzini, Vincenzo, –Tratado de Derecho penalll, tomos I y IV, 1949, Buenos Aires. Pág. 125

y utilitario. La pena es sólo un medio de defensa social, y constituye una suerte de tratamiento, cuyo objeto es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos. Su causa no es por tanto el delito, sino la peligrosidad del individuo, y por ello descarta toda diferencia entre penas y medidas de seguridad.

- Las teorías mixtas hacen incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o varios relativos, puesto que reconocen que: *“al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad”*²⁶, constituyendo las teorías de mayor difusión contemporánea. Al referir a las surgidas del pensamiento de Carrara, Merkel y Binding.
- La teoría de Carrara constituye un sistema, que al decir de Soler, adquiere la dignidad de una disciplina coherente, difícil de sintetizar. Parte del dogma de la creación divina, regida por la ley suprema del orden, que tiene cuatro manifestaciones: la ley lógica, la física, la moral y la jurídica. No basta para el gobierno del hombre la sola ley moral, puesto que crea relaciones externas sometidas también a la ley física. Siendo el Derecho una relación entre hombres, es necesaria la ley jurídica que les garantice el ejercicio exterior de la libertad. Esa ley jurídica no puede concebirse sino acompañada de los medios de tutelar el Derecho, o sea la coacción externa. La tutela jurídica como fundamento del Derecho penal, significa que la pena no ha de tender a aterrorizar sino a tranquilizar, restableciendo la confianza en el imperio de la ley.
- La teoría de Merkel es de características más técnicas y jurídicas, pues busca dentro del campo general de las sanciones, las circunstancias propias de la pena. Observa que: *“ésta es necesaria cuando las demás sanciones reparatorias no parezcan suficientes para asegurar el fundamento psicológico de la soberanía del Derecho”*²⁷. Su motivo es la importancia valorativa que se acuerda al acto con que se vincula y su fin es el de fortalecer la obligación violada y debilitar a las fuerzas enemigas que el acto criminal pone en juego. Por otra parte, no hay antítesis verdadera entre retribución y prevención, porque en toda retribución existe una tendencia preventiva, como es también falsa la oposición entre las doctrinas absolutas y relativas.

²⁶ Carrara, Francesco, -Programa del curso di Diritto criminalell, tomos I y II, 1912, Florencia. Pág. 74

²⁷ Beccaría, Marqués de, -Tratado de los delitos y de las penasll, Ed. Argentina, 1945, Buenos Aires. Pág. 72

- La teoría de Binding basada en que la norma es un principio que acuerda al Estado el derecho a exigir su observancia de parte de los súbditos, caracteriza la ilicitud, en el desprecio de esa obligación de obediencia. El fin de la pena no puede ser el de transformar un rebelde en un buen ciudadano, pues aunque ello fuera posible lo sería para el futuro y la violación sexual pretérita quedaría impune. El delito es un fragmento de historia y como tal no puede juzgarse por no haber ocurrido; por ello su autor debe sufrir lo que el Derecho le impone y que él no quiere. Aun cuando la pena constituya un mal desde el enfoque unilateral del delincuente, no constituye una venganza. El Estado la adopta para afirmar al Derecho, y porque su finalidad no es la de crear un mal, renuncia a la pena cuando la juzga superflua. Al imponerla el Estado no sólo ejerce un derecho, sino que cumple un deber, que también constituye un mal para él, desde que le demanda sacrificios e incluso gastos.

Se concluye este punto transcribiendo, como síntesis final, textualmente a Soler: *-Una teoría que sólo atienda a la necesidad formal de justificar o explicar la pena, podrá lograr la demostración lógica de su necesidad o de su justicia; pero olvidando que la aplicación de la pena es una forma de crear realidad, de hacer historia. Una teoría que, por el contrario, atienda solamente al aspecto utilitario y finque toda la cuestión en la eficacia, no puede suministrar una fundamentación, porque la eficacia de la pena es siempre eventual. Colocar el fundamento de la pena en un fin ulterior a ella misma, es perderse en la empiria sin ley; es naufragar en una caótica amalgama de casos*²⁸.

Bajo este precepto Chipana²⁹ nombra la existencia de la Teoría ecléctica o de la unión, donde existe una transversalidad de las teorías generales y específicas, mencionando que cuando existe una amenaza penal, entonces se habla de prevención general, al cometerse el delito es necesaria la aplicación de la pena, tratando la retribución y en tanto se ejecute la pena impuesta, se tiene la idea de prevención especial.

7.2. DEFINICIÓN

Innumerables son las definiciones intentadas respecto de la pena; se podría decir que no ha habido tratadista de alguna envergadura, dentro del campo del

²⁸ Soler, Sebastián, -Derecho penal argentinoII, tomo II, 1945, Buenos Aires. Pág. 62

²⁹ Chipana Freddy, -Teoría de la Sanción (Penología)II, Ed. Lia, 2008, La Paz. Pág. 45

Derecho Penal, que no haya contribuido con la suya, enfocada, en cada caso, desde el ángulo particular de su pensamiento o de la escuela a que pertenece. En la imposibilidad de brindarlas todas, se ha escogido un pequeño grupo de ellas, tomando a las que, precisamente, den una sensación aproximada de esa heterogeneidad.

Ulpiano, define la pena como, *“la venganza de un delito”*. César Bonesana, marqués de Beccaria, como, *–el obstáculo político contra el delito”*, entendiéndose como, el mal, que en conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son, con las formas debidas, reconocidos culpables de un delito. Pessina, como, *“el sufrimiento que recae sobre aquel que ha sido declarado autor de un delito”*³⁰, como único medio de reafirmar el Derecho; agregando que no es un mal, sino un justo dolor, al injusto goce de un delito.

Cuche, define la pena como, la reacción de la sociedad contra el autor de un crimen. Vidal³¹, como el mal infligido a quien es culpable y socialmente responsable de un delito. Liszt³², como un mal impuesto por el juez para expresar la reprobación social que afecta al acto y al autor. Eugenio Florián³³, como el tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, quienquiera que haya cometido un delito y aparezca como socialmente peligroso. Sebastián Soler³⁴, como un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos.

7.3. CONCEPTO

El concepto de pena es menos amplio que el de sanción. Desde que se tiene noción del delito surge como su consecuencia, e históricamente aparejada a él, la idea de castigar el delito, y allí nace la pena. El concepto de sanción es en cambio moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas; se podría decir que mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa.

³⁰ Manzini, Vincenzo, –Tratado de Derecho penal, tomos I y IV, 1949, Buenos Aires. Pág. 305

³¹ Vidal, G. y Magnol, J., –Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire, Ed. Geter, 1921, París. Pág. 95

³² Listz Franz, von, –Tratado de Derecho penal, tomo III, 1929, Madrid. Pág. 56

³³ Florián, E., –Confluenza delle pene e della misura di sicurezza, Ed. La Scuola Positiva, 1930, Milán. Pág. 137

³⁴ Soler, Sebastián, –Derecho penal argentino, tomo II, 1945, Buenos Aires. Pág. 104

Chipana dice que, la pena es impuesta por el Estado y consiste en *-la restricción o disminución de bienes jurídicamente protegidos*³⁵. Bajo esta concepción, la pena presenta un doble aspecto, el de prevención y el de represión, o lo que es igual, significa una amenaza y constituye una ejecución. Ambos deben plantearse conjuntamente, pues, si bien la represión es la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose sólo a uno de los momentos.

La represión se hace efectiva mediante los órganos del Estado, con un procedimiento prefijado contra el autor de un delito. La primera tarea del legislador será, la de valorar prudente y adecuadamente las magnitudes penales, y la de valorar de igual manera el bien jurídico al que la pena se vincula. Por ello, constituye un craso error creer que la base del Derecho penal es la de suprimir el delito, como también lo es el aumento inmoderado de las penas, ya que las sanciones psicológicamente eficaces son las penas justas.

La pena difiere con la indemnización de daños y perjuicios, porque aquélla constituye siempre un perjuicio (como lo es por ejemplo la multa); en tanto que esta es una justa devolución o compensación; y porque mientras la pena es personalísima, la indemnización afecta sólo al patrimonio. La pena hierde al delincuente porque éste ofendió algo más que un derecho privado e indemnizable.

La pena no es solamente un mal, sino que también adquiere un neto carácter represivo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la prisión preventiva y el arresto de testigos, que también son males pero no adquieren aspecto represivo.

La represión como restauración del orden violado solo se la puede entender, sustituyendo la concepción temporal de la realidad con lo eterno. El tiempo, como el espacio, es solo apariencia. Por eso, lo que ha ocurrido —el delito— no puede convertirse en no ocurrido, aunque los ojos no consigan ver la represión, con la ayuda de la razón, se puede tratar de superarlo.

Por eso, como bien expone Carnelutti³⁶ en *"El problema de la pena"*, se debe tener el atrevimiento de pensar que la pena elimina el delito ya cometido. Si el daño, como

³⁵ Chipana Freddy, *-Teoría de la Sanción (Penología)*II, Ed. Lia, 2008, La Paz. Pág. 35

³⁶ Carnelutti, Francesco, "¿Una fática inútil?", *Revista de Derecho procesal*, 1953, Padua. Pág. 91

hecho material, no se presta a ser cancelado, otra cosa ocurre con el delito como hecho espiritual, pues para el espíritu, que es eterno, no hay pasado. Y por eso también, para el cristiano, el arrepentimiento apareja el perdón, y éste destruye al pecado.

La prevención puede ser general o especial. La prevención general es un obstáculo psíquico puesto por el Derecho, es una amenaza. Si se acepta la tesis positivista de la anormalidad patológica del delincuente, toda amenaza sería inútil, pues estos anormales delinquirían lo mismo, a pesar de la prevención.

La prevención especial significa que la sanción debe tener eficacia preventiva para evitar nuevas y futuras transgresiones a la ley penal, por aquél que se hiciera pasible de la aplicación de la pena. Se trata de un capítulo del Derecho Penal, enriquecido en los últimos años por los progresos de la psicología y de la psiquiatría, por la renovación de los sistemas carcelarios y por una mejor comprensión y estudio de las causas generadoras de la delincuencia. Ello ha traído como consecuencia un tratamiento específico a los defectuosos; un particular régimen para los niños, niñas o adolescentes delincuentes; la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración por otros institutos penales, la aparición en las legislaciones de la sentencia indeterminada, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional, el perdón judicial, la rehabilitación, etc.; y evidentes progresos en la técnica penitenciaria.

Pasando a otros aspectos de este vasto tema que es la pena, se debe señalar que la sociedad reacciona contra el delincuente mediante la pena impuesta por el poder social. Para algunos constituye un mal, porque es un sufrimiento impuesto al delincuente, que en alguna época pretérita recayera también sobre su familia para obtener fines diversos, tales como la expiación, la intimidación, la corrección, etcétera. Antiguamente se prodigaba sin medida, en tanto que hoy, cada vez más, se reduce a los límites estrictamente necesarios. Pero como también se ve, hay quienes niegan que sea un mal. Así Florián³⁷ y Roeder³⁸ señalan que, *“la pena constituye un mal sólo para quienes la consideren de un modo puramente exterior”*, siendo que el mal no es un fin, sino un medio para obtener fines socialmente útiles.

³⁷ Florián, Eugenio, -Parte générale del Diritto pénaell, Ed. La Scuola Positiva, 1934, Milán. Pág. 80

³⁸ Roder, Carlos David Augusto, -Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradiccionesll, Ed. Ajuris, 1876, Madrid. Pág. 96

Según Finger³⁹, *“los criterios que han de primar en las penas, serán el de la humanidad del medio penal, el de la moralidad en el mejoramiento del individuo, el de la personalidad pues sólo debe recaer sobre el culpable, el de la igualdad, el de la legalidad, el de la divisibilidad, el de la economía y el de la revocabilidad en caso de error”*.

Por su parte, Carrara⁴⁰ distingue tres significaciones distintas de la pena: en un *“sentido general”* se caracteriza por cualquier dolor, en un *“sentido especial”* es un mal sufrido por causa propia, de ahí el concepto de penas naturales; y en un *“sentido especialísimo”*, es el mal que la autoridad civil inflige a un culpable por causa de su delito.

Sostiene el ilustre maestro de Pisa⁴¹, que el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, pues el delito no sólo ofendió materialmente a uno o a varios individuos, sino que también ofendió a la sociedad disminuyendo en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo; y agrega que el fin último de la pena, está dado por el bien social que aspira a restaurar. De la misma manera que construyera un sistema de fuerzas inherentes al delito, Carrara formula el de las fuerzas inherentes a la pena, según él, *“la pena lleva implícita una fuerza física y una fuerza moral, y cada una de ellas comprende un aspecto subjetivo y otro objetivo”*⁴². La fuerza física subjetiva está dada por los actos materiales con los cuales se irroga al reo el mal que constituye la punición. La fuerza física objetiva es el bien quitado al delincuente, su efectivo padecimiento, calculado en razón compuesta de su duración y de su intensidad. A la identidad de fuerza física subjetiva, puede responder notable diferencia en la fuerza física objetiva; así, por ejemplo, mil bolivianos de multa inciden diversamente en un delincuente rico o en uno pobre, como inciden distintamente veinte años de prisión en un penado anciano o en otro joven.

La fuerza moral subjetiva, procede de la voluntad racional del juez competente que aplica la pena. Y la fuerza moral objetiva, es el diverso resultado que la pena causa en

³⁹ Manzini, Vincenzo, -Tratado de Derecho penal, tomos I y IV, 1949, Buenos Aires. Pág. 152

⁴⁰ Soler, Sebastián, -Derecho penal argentino, tomo II, 1945, Buenos Aires. Pág. 95

⁴¹ Listz Franz, von, -Tratado de Derecho penal, tomo III, 1929, Madrid. Pág. 72

⁴² Soler, Sebastián, -Derecho penal argentino, tomo II, 1945, Buenos Aires. Pág. 98

los ciudadanos, tranquilizando a los buenos y refrenando a los malos. La gran eficacia política de la pena surge de su fuerza moral, ya que, mientras de la fuerza moral del delito nace la ofensa social, de la fuerza moral de la pena nace la reparación social.

La pena se presenta como la reacción ante un hecho que va contra una organización social determinada; por eso no se concibe sino en un Estado en el que exista autoridad con facultad de castigar.

Algunos autores, Soler entre ellos, señalan que la pena trae aparejada la disminución de un bien jurídico; ello así, porque para castigar, el Derecho priva de algo que estima valioso (vida, libertad, patrimonio, derechos), lo que no se enerva porque, en algún caso particular como el del vagabundo encarcelado en la estación invernal, el delincuente determinado no recibe la pena como un mal. Lo importante es destacar cómo ha evolucionado la materia, desde el primitivo concepto que equiparaba la pena a un sufrimiento hasta el intenso movimiento humanitario nacido durante el transcurso del siglo XVIII.

También resulta interesante notar, que según la característica de los pueblos, han variado las concepciones del delito y de la pena. En Estados teocráticos las penas más severas se infligían a los delitos de blasfemia y sacrilegio; en Estados agrícolas, al robo y a la destrucción de cosechas; en Estados comerciales, a la violación de la buena fe de las operaciones de esa índole; en Estados militares, a la insubordinación; en Estados absolutistas, a los atentados contra el gobernante.

Se concluye este punto, recordando que Rodolfo von Ihering, en La evolución del Derecho, afirma que la sociedad sólo acude a la pena cuando no puede restablecer el equilibrio roto por el delito, por otros medios. Se trata, por lo tanto, de una cuestión de pura política social. La pena es legítima cuando la sociedad no puede prescindir de ella, pero la amenaza de la pena es vana si no es seguida por la efectiva represión del delito cometido. Pero la justicia de la pena estará dada asimismo por la tarifa de las penalidades, que es la medida del valor de los bienes sociales protegidos, y este valor varía según los pueblos, aún en una misma época.

7.4. LA PENA SEGÚN LA ESCUELA CLÁSICA

Para esta escuela, que hizo un culto del libre albedrío, la pena constituye una expiación, es un mal retributivo. Estudió principalmente al delito, aunque no puede por ello afirmarse, como se ha hecho un tanto desaprensivamente, que subestimó el estudio de la pena, aunque tenga mucho de cierto, en cambio, no se ocupó de la individualidad del delincuente.

Para su más ilustre exponente, Francisco Carrara⁴³, cuya definición de pena y cuyo sistema de fuerzas inherentes a ella se ha destacado párrafos arriba, la pena tiene por objeto reparar la lesión causada al Derecho. El Derecho criminal es el complemento de la ley moral jurídica, de manera tal que si con la prohibición que establece la confirma, con la pena le da sanción eficaz, que de otro modo no la tendría en este mundo.

Para los clásicos, la pena está concebida como un mal y como un medio de tutela jurídica y su medida deberá guardar proporcionalidad cualitativa y cuantitativa con la gravedad del delito; le interesa primordialmente el daño producido a causa del delito, la manera cómo el Código Penal Boliviano reprime las lesiones leves, graves y gravísimas (Art. 270, 271), constituye un claro ejemplo del criterio clásico en materia de pena; porque la mayor severidad con que se castigan unas respecto de las otras no se basa en la mayor peligrosidad demostrada por el sujeto activo en el evento, sino por el mal, efectivamente causado en el sujeto pasivo.

Consideran a la pena como una sanción individual, aflictiva, determinada, cierta, ejemplar y proporcionada a la entidad del daño producido. Y en lo que atañe a su ejecución, como una sanción correctiva, inmutable e improrrogable. Dando un rápido vistazo a la opinión de algunos de sus más egregios representantes, destaquemos que Beccaria⁴⁴, consideraba las penas como obstáculos políticos contra el delito, señalando así más su finalidad que su definición; Carmignani traspasó los límites de una definición cuando quiso incluir en ella la razón de ser y el destino de las penas; Romagnosi basa su sistema en que las penas son legítimas por el servicio que presta su amenaza para rechazar los impulsos malvados; Feuerbach fundamenta su legitimidad en la amenaza realizada por el legislador en abstracto; y

⁴³ Carrara, Francesco, -Programina del curso di Diritto criminalell, tomos I y II, 1912, Florencia. Pág. 72

⁴⁴ Beccaria, Marqués de, -Tratado de los delitos y de las penasll, Ed. Argentina, 1945, Buenos Aires. Pág. 56

Carrara⁴⁵ confiere a la valoración del acto humano delictuoso, como medida de graduación de la pena, un sentido profundamente cristiano.

De la definición de Carrara la pena era dirigida a la conciencia abstracta, que tanto el juez como el delincuente conocían y sabían la pena particular que correspondería en cada caso; constituía un ejemplo para los demás ciudadanos; debía obrar como corrección moral sobre el ánimo del delincuente para que no recayera en el delito; no podía acortarse por buen comportamiento carcelario ni ser prolongada por resultar insuficiente; y para que no se transformara en venganza debía existir un culpable, magistrados, ley y formas debidas. Para los hombres de esta escuela, el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad, la ofensa que el delito causará a un individuo no se repara con la pena. El daño que la pena debe reparar, es la ofensa causada a la sociedad al haberse violado sus leyes, disminuyendo la opinión de la propia seguridad en los ciudadanos y creando el peligro del mal ejemplo, a la par que turba la tranquilidad de todos. Y ese concepto de reparación lleva implícitas las tres resultantes: la corrección del culpable, el estímulo de los buenos y la advertencia a los mal inclinados. Cuando la enmienda del reo llegue a estar en conflicto con el deber que tiene la sociedad de tutelar el derecho en todo individuo, este deber debe ser preferencialmente observado.

Entonces, la pena, que en nada remedia el mal material del delito, es remedio eficaz y único del mal moral, por lo cual, el fin último de la pena es el bien social.

7.5. LA PENA SEGÚN LA ESCUELA POSITIVA

Para esta escuela, la pena es una de las sanciones posibles a aplicar a quien ha delinquido, la responsabilidad del delincuente derivada de su convivir en sociedad, puede acarrearle una pena en virtud de la salvaguarda de la defensa social. Atribuye fundamental importancia a la personalidad del autor del delito y busca la preservación social, tratando de evitar el delito más que de reprimirlo. De ello, se desprende que su concepción sobre la pena tenía que ser diametralmente opuesta a la de los clásicos. La pena debe adaptarse, según los positivistas, a la peligrosidad del delincuente y tiene fines de corrección, adaptación o eliminación,

⁴⁵ Carrara, Francesco, -Programma del curso di Diritto criminalell, tomos I y II, 1912, Florencia. Pág. 81

basándose en los principios de la clasificación de los delincuentes y de la individualización de la pena.

Rafael Garofalo⁴⁶, construyó la teoría de la eliminación del delincuente, como función de la pena, provocando agudas críticas. Considera que debe eliminarse de la vida social al individuo que comete un hecho muy grave, mediante la pena de muerte, de destierro a una isla o de deportación a una colonia; basado en el principio biológico de la selección natural que difundieron Darwin y Lamarck.

Las concepciones penales positivistas modernas, se inclinan abiertamente hacia el principio de la defensa social como fundamento de la pena; así como la vida física es imposible sin la estabilidad de las leyes naturales, dicen, la vida social es imposible sin la estabilidad de las leyes sociales, aunque se apresuran a señalar que las medidas a adoptarse no pueden estar constituidas exclusivamente por las penas.

7.6. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Lo destacado en el párrafo inmediatamente anterior, obliga a referirse a la relación que puede mediar entre las penas y las medidas de seguridad, sanciones ambas según el concepto de la escuela positiva. Las medidas de seguridad, son medidas de defensa social que comienzan a aparecer al lado de las penas en Códigos y proyectos modernos. Tienden a readaptar al delincuente, mediante su curación o corrección, y si ello no puede alcanzarse, a la eliminación de los inadaptados.

Se ha planteado el dilema si entre ambas existe unidad o dualidad, pues mientras algunos autores entienden que las separan diferencias profundas, otros consideran que tales desigualdades son puramente ilusorias, aunque en verdad en la doctrina y en las legislaciones impera el criterio dualista. Según Stoote, cuya opinión comparten, en líneas generales, Alimena, Garraud, Thyren y otros, las diferencias que median entre dichas sanciones son: mientras la pena se impone a consecuencia del delito, la medida de seguridad se funda en el carácter dañoso o peligroso del agente; mientras la pena ocasiona un sufrimiento, la medida de seguridad aunque pueda

⁴⁶ Garofalo, R., -La criminología, Ed. Umer, 1912, Madrid. Pág. 73

también ocasionarlo, no lleva nunca tal fin; mientras la pena se impone en función de la importancia del bien lesionado, la medida de seguridad tiene establecida su duración sólo en términos generales; mientras la pena es una reacción contra la lesión producida, la medida de seguridad debe proteger a la sociedad antes que buscar el resarcimiento del daño ocasionado.

Birkvieyer, comentando el anteproyecto de Código penal alemán, llega a decir que las diferencias son tan grandes que debiera existir un Código penal retributivo para las penas y un Código penal preventivo para las medidas de seguridad. Franz von Liszt⁴⁷, también entiende que existe entre ellas diferencia, aunque no de una magnitud tan grande. Considera que si la medida de seguridad no aparece como consecuencia de un delito, como en las aplicadas a niños, niñas o adolescentes abandonados que nunca han delinquido, va más allá de la pena. Pero, si está unida a un delito puede asumir la naturaleza de la pena, sin perjuicio de señalar que, si se admiten para ésta los fines de seguridad y corrección; entra en el terreno propio de las medidas de seguridad, gráficamente expresa que son, entre sí, como círculos secantes.

Mientras la Unión Internacional de Derecho Penal representa, tal vez más cabalmente que nadie, la tendencia diversificadora; la Escuela Positiva aparece como el símbolo de la tendencia unitaria, desde que no sólo considera que no median diferencias entre penas y medidas de seguridad, sino que entiende que hay entre ellas identidad completa.

Uno de los autores positivistas de mayor predicamento, Felipe Grispigni, cuya opinión comparten Ferri y van Hamel, explica en el nuevo derecho criminal en los anteproyectos suizo, alemán y austríaco, que, la identidad se demuestra al poco de considerar que ambas: presuponen un hecho criminoso; toman a ese hecho como índice revelador de la personalidad delictual; proponen la defensa social; reafirman la autoridad estatal; se aplican por los mismos órganos y por idénticos procedimientos; tienen una duración relativamente indeterminada; y pueden aplicarse una en sustitución de la otra.

⁴⁷ Listz Franz, von, -Tratado de Derecho penalll, tomo III, 1929, Madrid. Pág. 54

Era lógico que el profesor de la Universidad de Roma, tratará exhaustivamente la cuestión en un trabajo dedicado a los anteproyectos de los tres países europeos citados, puesto que fue en ellos donde las medidas de seguridad encontraron precisa concreción legislativa. Dichos anteproyectos fueron el exponente de la obra de la Unión Internacional de Derecho Penal, desaparecidos luego de la primera guerra mundial, pero cuya labor continuó la Asociación Internacional de Derecho Penal, fundada en París.

Partidarios de la dualidad, hay quienes han sostenido que las medidas de seguridad no deben incorporarse a los Códigos Penales, pues sólo tienen carácter administrativo, criterio de absoluta oposición entre prevención y represión, que no ha hallado mayor eco. Y aunque algún autor, como Luis Jiménez de Asúa⁴⁸, considere que: *“todo el problema gira solamente a través de una controversia de palabras”*, se cree que lo lógico es concluir que son distintas; aunque eventualmente concurrentes. Pero ha de advertirse también, que por empeñosa que sea la tentativa de unificarlas, mientras los Códigos reconozcan la necesidad de prefijar escalas penales proporcionadas a la gravedad de los delitos, la unificación será sólo verbal. Únicamente con la aceptación de la sentencia indeterminada se borraría toda diferencia entre penas y medidas de seguridad, a pesar de la autorizada opinión de Carnelutti⁴⁹, según quien a la pena no le falta la función represiva que no se advierte en la medida de seguridad, y para quien, algunas penas consideradas tales en la actualidad, como las de carácter pecuniario, debieran ser mencionadas como medidas de seguridad.

7.7. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Actualmente en Bolivia las penas privativas de libertad aparecen como las más importantes del ordenamiento penal. Ello ocurre en gran parte de las legislaciones penales del mundo actual y del modo como son reglamentadas depende en gran parte de su eficacia represiva. La privación de libertad no es empleada exclusivamente como pena, debiendo señalarse, en este sentido, que si se quiere

⁴⁸ Jiménez de Asúa, Luis, "Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en París en el año 1937", Revista de Derecho Penal, 1948, Buenos Aires. Pág. 281

⁴⁹ Carnelutti, Francesco, "¿Una fática inútil?", Revista de Derecho Procesal, 1953, Padua. Pág. 91

más bien un concepción moderna, se utiliza a título de medidas de seguridad la distinción que responde en trazos generales, a la diferenciación entre delincuentes responsables e irresponsables. Sin olvidarse que se ha propugnado la creación de asilos-prisión para los fronterizos, con lo que se concluiría, al decir de Renato Garraud, con el grave error contemporáneo que ve en la responsabilidad limitada, una causa de atenuación de la pena, siendo que ella es la manifestación del estado peligroso del delincuente.

7.8. DESARROLLO HISTÓRICO

Como penas propiamente dichas, fueron poco conocidas en el antiguo Derecho Romano, que conoció la prisión por deudas, privaba de la libertad a los procesados, para mantenerlos seguros durante la substanciación del juicio, o para dar albergue y custodia a los destinados al suplicio. Existió el *ergastulum*, o reclusión de esclavos en habitaciones existentes en la propia casa de sus dueños.

El Derecho de la Iglesia católica ya les concede gran importancia, organizándolas como penas; pero durante la Edad Media, a semejanza de lo ocurrido en el Derecho Romano, la privación de libertad era una mera custodia hasta la imposición de la pena de muerte, de azotes, etc., sin preocupación alguna por la higiene física ni moral de los reclusos. Las más famosas cárceles levantadas en ese período no fueron edificios contruidos con ese fin, pudiendo citarse, a título de ejemplo, que la Torre de Londres era primitivamente un palacio fortificado, la Bastilla de París la puerta fortificada de la ciudad, la Bicétre una residencia episcopal y La Salpêtrière una fábrica de pólvora.

A fines del siglo XVI, comienzan a erigirse establecimientos semejantes a las actuales penitenciarías, como el de Amsterdam, en 1595, que aparece como el primero de ese carácter. En 1704, el Papa Clemente XI, funda en Roma el Hospicio San Miguel, cuya importancia radicó en que aplicó el aislamiento nocturno y el trabajo común diurno, y por la influencia que significó para institutos similares.

En España no se conocen las penas privativas de libertad, como penas propiamente dichas, en la antigua legislación, cumpliendo en las Siete Partidas una función simplemente preventiva.

Con su actual característica comienzan a existir en el siglo XVI, utilizando las cárceles los tribunales de la Inquisición tanto como lugares de custodia como sitios para cumplir las penas aplicadas a los condenados, aunque no constituyen un verdadero sistema, puesto que, preferentemente, eran un depósito de procesados o condenados que esperaban su ejecución. Alrededor de 1530 cobran importancia las galeras, verdaderas cárceles flotantes, y recién a fines del siglo XVIII las penas privativas de libertad aparecen plenamente establecidas y se constituyen en base del sistema penal, hasta ser ampliamente acogidas en el Código Penal de 1822.

En Bolivia la Constitución Política del Estado desde su creación (1826), no se ha mantenido al margen de los avatares de la historia adecuándose continuamente a los requerimientos sociales y a la doctrina jurídica contemporánea. Es así, que en el campo del Derecho penal y las penas, existe la tendencia, en cuanto a su severidad, de irse reduciendo paulatinamente. Dentro de este párrafo se busca establecer las tendencias constitucionales en cuanto a las penas más severas y los crímenes que las sustentaban.

- Constitución de 1826⁵⁰.- En esta constitución se establece como pena máxima la muerte civil que implicaba la pérdida de todos los derechos civiles y políticos de los delincuentes. Esta norma constituía una de las más severas a razón de que constituía una pérdida irreparable a nivel patrimonial y la incapacidad de operar como persona jurídica dentro del país (realizar negocios, ocupar cargos públicos, etc.)
- Constitución de 1839⁵¹ (reforma).- Se debe sobreentender, que a la pena de muerte civil, coexistía de manera común la pena de muerte en todas las constituciones anteriores, puesto que en Art. 113 de la Constitución de 1839 es la que recién, de manera explícita, limita la pena de muerte que solo podrá ser utilizada en los casos de traición a la patria, rebelión, parricidio y asesinato, dado este artículo la cadena perpetua no era una posibilidad sobre la pena capital.

⁵⁰ República de Bolivia, –Constitución de la República Boliviana, 22 de Noviembre de 1826, Chuquisaca.

⁵¹ República de Bolivia, –Constitución Política de la República de Bolivia, 26 de octubre de 1839, Chuquisaca.

- Constitución de 1871⁵²(reforma).- Esta constitución tiene la particularidad de ser la primera en abrogar la muerte civil (Art. 12), sin embargo, al igual que sus antecesoras, aun tendrá como pena mayor, a la pena de muerte por asesinato, parricidio y traición a la patria.
- Constitución 1961⁵³ (reforma).- Casi un siglo después, en su Art. 27, esta constitución abole la pena de muerte; estableciendo como pena más dura, en los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria, 30 años de presidio sin derecho a indulto.
- Constitución 1995 (reforma).- En su Art. 17 esta constitución mantiene como pena más severa los 30 años de presidio sin derecho a indulto, para casos graves.
- Nueva Constitución 2008⁵⁴.- La nueva Constitución mantiene, en su Art. 118 párrafo II, como pena máxima los 30 años de presidio sin derecho a indulto; es decir, que no existen antecedentes constitucionales sobre la prisión perpetua dentro de la historia legal en el país.

7.9. PRISIÓN

La prisión es una pena privativa de la libertad, la de mayor difusión en la época actual. Las penas privativas de la libertad, entre las que se encuentran, la reclusión, el arresto, la penitenciaría, el presidio, etc., como su nombre lo indica, privan al penado de su libertad ambulatoria, recluyéndole en un establecimiento carcelario, en el que se le somete a un tratamiento penitenciario.

Es preciso, no confundir las penas privativas de la libertad con las restrictivas de la libertad. Ambas afectan al mismo bien jurídico, pero mientras en las primeras la libertad del condenado se restringe al máximo sometiéndolo a un régimen de disciplina y de trabajo determinado, en las segundas el sancionado conserva su libertad personal, que sólo sufre diversas restricciones como ser la prohibición de frecuentar algunos sitios, la obligación de residir en cierto lugar o de someterse a la vigilancia de la autoridad.

⁵² República de Bolivia, –Constitución Política de Bolivia, 9 de octubre de 1871, La Paz.

⁵³ República de Bolivia, –Constitución Política del Estado, 28 de julio de 1961, La Paz.

⁵⁴ República de Bolivia, –Nueva Constitución Política de Bolivia, octubre de 2008, La Paz.

Es cierto, que aún en las penas privativas de la libertad, el penado conserva un mínimo de libertad, en tanto que se considere a ésta como el poder fenoménico de optar entre dos o más posibilidades. En efecto, un condenado a prisión puede elegir entre cumplir o violar (en muchos casos) las reglas de disciplina del establecimiento en que se encuentra internado. El sistema de premios y sanciones que existe en todos los institutos penales modernos no tiene por objeto más que inducir a la voluntad vacilante del penado a la primera de las posibilidades. Además, aun el régimen carcelario más estricto siempre deja al hombre un estrecho margen de libertad en ciertos aspectos de la vida en el penal. Ello no podría dejar de ser así, porque la libertad (como ha dicho con acierto Jean Paul Sartre) *“es la esencia del ser humano”*. La privación absoluta de la libertad sólo puede lograrse mediante la supresión de la existencia del ser humano. En tal sentido la única pena privativa de la libertad sería la de muerte. Por eso, al calificar a la prisión como una pena privativa de la libertad, se debe dejar sentado que el término *–privativall* tiene un sentido relativo y no absoluto.

La denominación consagrada por la doctrina y las legislaciones para esta clase de penas (aunque no es del todo exacta a la luz de los principios filosóficos) se justifica, porque la porción de libertad que las llamadas penas privativas de la libertad dejan al hombre es mínima y sus posibilidades de opción se hallan encuadradas en límites tan estrechos que resultaría un tanto equívoco afirmar que un condenado a prisión goza de cierta libertad, en el sentido corriente que se le asigna al término. Por otra parte, esta denominación goza de la ventaja de su adopción casi universal, lo cual no deja de ser una razón importante para justificar su aceptación.

A estas penas se las ha llamado también *–penas detentivasII*. Esta denominación reviste mayor exactitud que la expresión *–penas privativas de la libertadII* y alude concretamente al rasgo típico de estas penas, que sirve para diferenciarlas de las restrictivas de la libertad, es decir, a la internación del condenado en un establecimiento penal. Es necesario no confundir tampoco las penas privativas de la libertad con las penas corporales. Algunos autores incluyen dentro de las penas corporales, a las privativas de la libertad. Ello conlleva a un error de concepto; ambas

penas recaen directamente sobre la persona del condenado, pero afectan bienes jurídicos distintos.

Las penas privativas de la libertad afectan, como se mencionó, la libertad del ser humano, mientras que las corporales afectan su integridad física. La pena corporal implica un castigo que se infiere en el cuerpo al penado, en cambio, la pena privativa de la libertad (especialmente en su moderna concepción y la que se maneja en la monografía) no tiene por objeto producir un sufrimiento corporal al condenado, sino intimidarlo y corregirlo mediante la privación de ese precioso bien jurídico que es la libertad.

La importancia de la pena de prisión y de las demás penas privativas de la libertad en el Derecho represivo contemporáneo es extraordinaria; en todas las legislaciones modernas estas penas constituyen la base del sistema punitivo.

Las penas detentivas son, pues, el medio más frecuente al que recurren actualmente las sociedades para luchar contra la criminalidad.

El papel preponderante que ocupan dichas penas en las legislaciones contemporáneas tiene su razón de ser, puesto que ellas cumplen con singular eficacia los diversos fines que se le asignan a la pena. Como instrumentos de defensa social, permiten la eliminación de la comunidad de aquellos individuos frente a los cuales resulta ineficaz todo instrumento correctivo, privándolos de su libertad por tiempo indeterminado. Esta sanción suple con ventajas a la pena de muerte, porque tiene idéntico poder inocuidador y mayor eficacia intimidatoria.

Lo que produce mayor efecto en el ánimo de los hombres no es la intensidad de la pena sino su extensión, porque la sensibilidad se mueve más fácil y establemente por mínimas y repetidas impresiones que por vigorosos y pasajeros movimientos. El freno más eficaz contra el delito no es el terrible y fugitivo espectáculo de la muerte de un criminal, sino el prolongado y penoso ejemplo de un hombre privado de su libertad, el cual recompensa con sus fatigas a la sociedad injuriada. La intensidad del castigo, por muy justo que éste sea, no debe ser sino lo suficiente para

apartar a los hombres del delito. No hay nadie que pueda elegir la pérdida de su libertad, por muchas ventajas que le reporte el acto criminoso; de modo que la pena de privación de libertad, en sustitución de la de muerte, es suficientemente intensa para determinar la voluntad de cualquier individuo⁵⁵.

El poder intimidatorio de las penas privativas de la libertad es indiscutible. La coacción psicológica que ejercen las penas sobre el delincuente y los demás componentes del conglomerado social se encuentra en relación directa con la jerarquía axiológica de los bienes jurídicos que las mismas afectan; y en las sociedades modernas la libertad individual es el más valioso de los bienes jurídicos de que puede gozar el ser humano.

Además de ser un medio de inocuizar a los delincuentes, las penas privativas de la libertad constituyen un instrumento de mayor eficacia para lograr la readaptación social de los condenados, pues durante su ejecución es posible remover muchos de los factores criminógenos individuales, que residen en el sujeto, e inculcarle hábitos de disciplina y trabajo que le han de permitir llevar una vida honesta al ser reintegrado al seno de la sociedad. Por eso, dice Mezger que la privación de la libertad y el trabajo forzoso no sólo deben ser pena en el sentido estricto de la palabra, sino también un medio para lograr que el recluso llegue a ser de nuevo un miembro útil de la sociedad humana⁵⁶.

Asimismo, la pena debe ser adecuada e idónea. La violación sexual de un precepto penal importa una desobediencia a la voluntad jurídica superior; toda desobediencia es un abuso de la libertad; luego, la pena adecuada e idónea es aquella que amenaza y ataca la libertad individual del autor del abuso⁵⁷.

En virtud de los diversos regímenes a que puede condicionarse su ejecución y por su extrema divisibilidad la pena de prisión se adapta, mejor que ninguna otra, a la gravedad del delito y a la personalidad de su autor.

⁵⁵ Beccaria, César, -De los delitos y de las penasll, Ed. Española, 1879, Madrid. Pág. 73

⁵⁶ Mezger, Edmundo, -Tratado de Derecho Penalll, Ed. Española, 1949, Madrid. Pág. 393

⁵⁷ Manzini, Vincenzo, -Trattato di Diritto Pénale Italianoll, Ed. Torino, 1933/39, Milán. Pág. 2

7.10 CÓDIGO PENAL VIGENTE

Código Penal Boliviano Ley N° 1768 de 10 de Marzo De 1997:

TITULO XI

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

CAPITULO I

VIOLACION, ESTUPRO Y ABUSO DESHONESTO

Art. 308 bis.- (violacion de niño, niña o adolescente) Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de catorce (14) 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 (12) años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.

Artículo 121. (Modificaciones al artículo 308 Bis del código penal), modifícase el artículo 308 Bis, del Código Penal, en la forma siguiente:

“Artículo 308 Bis. (VIOLACION DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE) Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de catorce (14) años. Penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince (15) a veinte **(30)** 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 (12) años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación

Comentario: Ya se señaló que, tanto la reclusión como la prisión pueden ser perpetuas o temporales. Las penas perpetuas han sido criticadas, por cuanto tornan inútil la finalidad de la enmienda del reo; como lo han sido también las de corta duración, pues impiden, por su brevedad, realizar una adecuada labor re-educativa en el condenado. La norma boliviana reconoce dos tipos de privación de libertad, en este sentido se plantea el aumento del tiempo en la pena de prisión, por tratarse de un

delito GRAVE como lo es el de la violación sexual de niños, niñas o adolescentes, es imprescindible conocer las determinaciones de este tipo de sanción.

Codigo Penal Boliviano Ley N° 1768 DE 10 DE MARZO DE 1997:

**TITULO III
LAS PENAS
CAPITULO I
CLASES**

Normas Generales; **Art. 27 (PRIVATIVAS DE LIBERTAD) del Código Penal Boliviano⁵⁸**, se establece la existencia de dos penas privativas de libertad, las de reclusión y prisión:

- 1) Presidio.- El presidio se aplicará a los delitos que revistan mayor gravedad y tendrá duración de uno a treinta años. En los de concurso el máximo no podrá, en ningún caso, exceder de treinta años.
- 2) Reclusión.- La reclusión se aplicará a los delitos de menor gravedad y su duración será de un mes a ocho años.

Interpretación diferencial: Pero se diferencian marcadamente de las penas privativas de libertad de la antigüedad, en que mientras éstas buscaban hacer sufrir al penado, modernamente se tiene en mira su resocialización.

Comentario: Nuestro código de procedimiento penal señala como penas principales privativas de libertad, el presidio que es la pena más grave y con sanción 1 a 30 años de privación de libertad y, la reclusión, se sanciona con la pena más leve de 1 a 8 años de reclusión y la prestación de trabajos y días multas.

La pena de presidio debe cumplirse en una penitenciaría organizada de acuerdo

al sistema progresivo, con trabajo obligatorio remunerado y asistencia educativa, siendo estas las bases para lograr la readaptación total del delincuente.

Como sabemos en la escuela positiva plantea la teoría de la peligrosidad, sosteniendo que el delincuente es un sujeto proclive al delito por el cual el Estado reacciona en nombre de la sociedad, imponiendo la correspondiente sanción con el fin de buscar su readaptación y reeducación del delincuente.

⁵⁸ Código penal

Las medidas de Seguridad se diferencian de las medidas principales porque no tienen el carácter de castigo, ya no corresponde la sanción de un delito, es proporcional a la peligrosidad del reo. Las medidas de seguridad son aplicables a los inimputables, como en el caso de los enfermos mentales y otros.

La **Nueva Constitución Política Del Estado de febrero del 2009** enuncia explícitamente el objetivo de las penas y las garantías jurisdiccionales en su:

TITULO IV

GARANTIAS JURISDICCIONALES Y ACCIONES DE DEFENZA

CAPITULO PRIMERO

GARANTIAS JURISDICCIONALES

Art. 110. I. Las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas.

II. La vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales.

III. los atentados contra la seguridad personal hacen responsables a sus autores inmediatos, sin que pueda servirles de excusa el haberlos cometido por orden superior.

Comentario: se encuentra en el apartado dedicado a las garantías jurisdiccionales. Hace referencia a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas, así como a la responsabilidad intelectual, material y directa de la vulneración de derechos y de los atentados contra la seguridad personal. respectivamente, este último señala que todos los que vulneren los derechos y garantías serán sujetos a la jurisdicción ordinaria.

Art. 118 I. Esta prohibida la infamia, la muerte civil y el confinamiento.

II. la máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto.

III. El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respecto a sus derechos.

Comentario: establece que las penas y las medidas de seguridad están orientadas a la rehabilitación, educación e inserción social de los condenados.

Esta es una garantía que posee tres elementos.

El primer elemento, que sólo se puede privar de libertad a una persona condenada, es decir un ser humano hallado culpable mediante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, conforme lo dispone el Artículo 117. No se puede aplicar sanciones privativas de libertad a seres humanos que no hubieran sido condenados, en tanto la prisión es una sanción y conforme a lo dispuesto en el Artículo 116 se garantiza la presunción de inocencia.

El segundo elemento, que estas sanciones, así como las medidas de seguridad, tienen una finalidad, la cual no es la venganza, sino, y ante todo, la educación, la habilitación y la inserción social de la persona condenada, en concordancia con lo establecido en el Artículo 74.

Y finalmente el tercer elemento, que la sanción por un delito sólo supone la suspensión del derecho a la libertad, es decir que el condenado posee todos los demás derechos, y en consecuencia no existen motivos para privar a los condenados de otros derechos que no sea el derecho a la libertad física, siendo que todos los derechos son directamente aplicables, como señala el Artículo 109 y que la Constitución garantiza la tutela judicial efectiva de estos derechos conforme a lo dispuesto en el Artículo 115.

Código Penal:

CAPITULO III

CUMPLIMIENTO Y EJECUCION DE LAS PENAS

Art. 48 (PENA DE PRESIDIO): la pena de presidio se cumplirá en una penitenciaria organizada de acuerdo a los principios del sistema progresivo, en el cual el trabajo obligatorio remunerado y la asistencia educativa constituyan medios de readaptación social.

Comentario: señala que se dará prioridad a la educación y al trabajo con el fin de readaptar socialmente al delincuente.

Por otro lado La Constitución Política del Estado en su:

SECCION IX

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Art. 74. Es responsabilidad del estado la reinserción social de las personas privadas de libertad, velar por el respeto de sus derechos, y su retención y custodia en un ambiente adecuado, de acuerdo a la clasificación, naturaleza y gravedad del delito,

asi como la edad y el sexo de las personas retenidas.

II. las personas privadas de libertad tendrán la oportunidad de trabajar y estudiar en los centros penitenciarios.

Comentario: señala la responsabilidad del Estado en la reinserción social de las personas privadas de libertad, considerando como medios al estudio y al trabajo. Su objeto será, por lo tanto, el de alejar al individuo de la sociedad, para procurar la realización de los propósitos que inspiran al moderno Derecho penal, intimidación, eliminación y enmienda. José Ingenieros, que propugnaba la pena de prisión para delincuentes ocasionales a cumplir en una colonia penal, la de penitenciaría para delincuentes no profesionales cumplida con cierta disciplina, y la de presidio para delincuentes profesionales con encierro por toda la vida (la Nueva CPE en Bolivia no reconoce la prisión perpetua) .

7.11. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Las normas internacionales y principalmente las normas sobre Derechos Humanos, constituyen hoy en día un parámetro evaluador de la legitimidad de un Estado, con respecto a su propia sociedad y con respecto a las otras naciones. Por lo tanto, se hace primordial tocar el tema de los Derechos Humanos cuando se trata de plantear la necesidad de ampliar las penas.

Socialmente son comunes, ante un caso de violación sexual, las manifestaciones que claman por sanciones corporales o de prisión perpetua; sin embargo, desde el mundo del derecho se ha hecho varias críticas en cuanto a la efectividad de dichas penas, puesto que las penas con este contenido vulneran más que proteger a la sociedad, siendo verdaderas torturas inhumanas para los delincuentes; los cuales, finalmente, gozan de los Derechos Humanos establecidos en la Declaratoria Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.

CAPÍTULO III

DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

8. EL DELITO

El estudio del delito es un tema de los más complejos y amplios dentro del Derecho; y en un sentido positivo delimita la conducta humana. Es así que dentro de la monografía es imperante hacer un análisis del delito como institución jurídica y de su consecuencia jurídica inmediata que es la pena.

Esta visión doctrinal delimita el estudio, dándole una perspectiva netamente jurídica; a razón de que no se constituye como un problema jurídico la violación sexual como hecho, sino desde que dicha conducta, asume la forma de delito enmarcándose en un tipo penal definido. De esta manera no se considera pertinente realizar un estudio de la violación sexual como hecho social, antropológico, psicológico, etc.; desde que la violación sexual se constituye como delito le atinge un nuevo contenido relacionado con la dogmática jurídica.

El delito puede ser comprendido en su historia como aquel que acarreaba, en un primer momento, una venganza privada, luego venganza divina y finalmente una venganza pública.

Se entiende el delito como un reproche social que encuentra satisfacción en los órganos jurídicos pertinentes, los cuales representan al Estado mismo. Este reproche social debe tener un componente jurídico para que sea delito; si no está establecido como tal, sale del campo penal.

El delito se incorpora en la legislación, porque en la sociedad debe regir el principio de legalidad (conductas reprochables que llevan a una pena). La tipificación garantiza el orden, evitando exponerse a recibir sanciones sin conocer el motivo. En la legislación boliviana los delitos, no sólo se enuncian, sino que se describen.

8.1. DEFINICIÓN

Para definir al delito se debe hacer una construcción jurídica, en la que intervienen sujetos (activo y pasivo) relacionados por un vínculo jurídico, que es el tipo penal. En

este sentido la conducta humana es la sancionable, no la personalidad; ya que es la conducta la que hace posible que se efectivice el vínculo. Entre algunos conceptos de delito se tiene:

*“Delito es toda conducta descrita por la ley penal cuya consecuencia es la pena o las medidas preventivas o represivas”*⁵⁹. A esta definición le faltan las conductas antijurídicas.

*“Delito es la lesión a aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales”*⁶⁰. Esta definición no tiene contenido jurídico.

“Delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.⁶¹ Al hablar de proteger la seguridad de los ciudadanos no se cobija a los menores de 18 años y moralmente imputable es indeterminado.

*“El delito es un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos dotados de una energía y previsión particular”*⁶². La víctima de un hecho delictivo es la colectividad, y energía y previsión se refiere a los márgenes de la pena.

*“Delito es la conducta típicamente antijurídica y culpable”*⁶³. Realiza una definición explícita del delito planteando su tipicidad sin realizar mayores referencias a los elementos de influencia o a los implicados.

8.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

8.2.1. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

Los elementos positivos son: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; los elementos negativos son: falta de acción, falta de tipicidad, causas de justificación y causas de inculpabilidad e imputabilidad.

a) Elementos positivos

- La conducta (acción)

Debe ser humana y se puede dar por dolo o por culpa (Art. 13, 14 y 15). El

⁵⁹ Florián, Eugenio, -Parte générale del Diritto pénaell, Ed. La Scuola Positiva, 1934, Milán. Pág. 123

⁶⁰ Roder, Carlos David Augusto, -Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradiccionesll Ed. Ajuris, 1876, Madrid. Pág. 95

⁶¹ Manzini, Vincenzo, -Tratado de Derecho penall, tomos I y IV, 1949, Buenos Aires. Pág. 214

⁶² Beccaria, César, -De los delitos y de las penasll, Ed. Española, 1879, Madrid. Pág. 73

⁶³ Mezger, Edmundo, -Tratado de Derecho Penall, Ed. Española, 1949, Madrid. Pág. 393

dolo se ejecuta queriendo, reflexionando y pensando, existen diferentes tipos de dolo: el dolo eventual que prevé el resultado y lo asume, y la culpa consciente que prevé el resultado y espera que no suceda. La culpa se define como la omisión, la negligencia o impericia, el Art. 13 define que para que haya sanción debe haber por lo menos culpa, pero para que sea castigado debe estar previsto ese delito culposo. Se descartan conductas que no sean humanas, por acto reflejo o anormal. Se excluye a los inimputables.

- Los autores

El Código Penal en su Art. 21 hacía referencia específica del autor mediato, sin embargo este fue derogado por la ley 1768 Art. 3, es así que el autor mediato fue integrado al art. 20 del Código Penal Vigente en cual dice: ARTICULO 20.- (AUTORES).- Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso. Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

- La antijuricidad

Antijurídico es una oposición a las normas jurídicas. En Derecho Penal es antijurídico todo acto contrario a la ley. La vía penal siempre es la última acción, primero están las otras (civil, laboral, etc.) Con la acción debe lesionarse o poner en peligro un bien jurídico protegido.

- La tipicidad Descrita en la ley.

Tipo penal: (reproche penal) es la descripción legal de la conducta humana

Tipicidad: es la adecuación de la conducta humana al tipo penal. Doloso si actúa con conocimiento y voluntad, y culposo si actúa con conocimiento o sin él, no lo pretende pero no guarda el cuidado necesario.

- Culpa.

Debe ser imputable y debe tener capacidad.

b) Elementos negativos

- Falta de acción.

No equivale a omisión (que es un tipo de acción). Está referida a cuando el hombre actúa sin voluntad (hipnotizado, acto reflejo, sonámbulo).

- Falta de tipicidad. Cuando la conducta o el autor no están previstos por la ley.

Cuando el hombre actúa pero ese su actuar no se adecua al tipopenal.

Causas de justificación

- Error de tipo (Art. 16).
- Error de prohibición (Art. 16).
- Legítima defensa (Art. 11).
- Ejercicio de un derecho, oficio o cargo; cumplimiento de la ley o un deber.
- Estado de necesidad (Art. 12)
- Causas de inimputabilidad
- Inimputabilidad (Art. 17). Enfermedad mental, perturbación de conciencia, insuficiente inteligencia.
- Semi-inimputabilidad (Art. 18). Si las causales anteriores no anulan la capacidad pero sí las disminuyen considerablemente.
- Actio libera in causaII (Art 19). Si se autoprovoa incapacidad se considerará delito doloso.

8.3. EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

8.3.1. EL ÁMBITO SEXUAL Y LA LIBERTAD

Norberto Bobbio⁶⁴, distingue entre *“libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa)”*.

- a. La libertad de querer o voluntad, es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros.
- b. La libertad de obrar, supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

Díez Ripollés⁶⁵, dice que, *“los delitos de la libertad sexual tienen dos aspectos el positivo y el negativo”*:

- a. Lo positivo, significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social;

⁶⁴ Norberto Bobbio, -El concepto de libertad en la teoría políticaII, Edit. Salva, 2006, México. Págs. 55-75

⁶⁵ Díez Ripollés, "Evolución del sistema de penas en España: 1975-2003II, Edit. Jurida, 2005, España. Pág. 104

- b. Lo negativo, se mira en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

Miguel Bajo Fernández⁶⁶, dice que, *“la libertad sexual debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros”*. Se debe señalar que, la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas.

8.3.2. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL

La violación sexual como acceso carnal ha sido contemplada por las legislaciones antiguas⁶⁷:

- En Roma se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras.
- En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos se sancionaba de una manera enérgica, la agraviada, la sociedad y todos los dioses eran las víctimas. La sanción que se aplicaba al violador era pena de muerte mediante ahorcamiento en público.
- El derecho Hebreo tenía penas más drásticas, se sancionaba con la pena de muerte al violador, así como a los familiares más cercanos.
- El derecho Canónico también sancionaba este delito con pena de muerte, pero tenía como requisito que la víctima sea virgen, si no reunía esta característica no se consideraba como tal, sancionándose con penas más leves.
- En las leyes españolas, el Fuero Juzgo, castigaba al hombre libre con 100 azotes y al siervo a morir quemado en fuego. El Fuero Viejo de Castilla determinaba la muerte de quien forzaba a una mujer virgen o no.
- Las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer

⁶⁶ Orts Berenguer, Enrique, "El delito de violación", Edit. Derecho Reunidas S.A., 1993, Madrid. Pág. 239

⁶⁷ Fontán, -El delito en Latino Américall, Edit. Salva, 2001, México. Pág. 41

viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa, o viviera con algunas de ellas por la fuerza.

- En Bolivia, los incas sancionaban al violador con expulsión del pueblo; el linchamiento, sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.
- En la época de la Colonia, la cifra negra de la criminalidad aumento debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas los indígenas.
- En la época de la República, había pena de muerte para el violador que agraviaba a menores de 7 años, siendo sustituida por la pena de internamiento.
- En la actualidad se aplica la pena de privación de libertad.

8.3.4. CONCEPTO

Noguera Ramos, plantea al delito como, *“el acto sexual o análogo practicado contra la voluntad de una persona, que inclusive puede ser su cónyuge o conviviente, mediante la utilización de violencia física o amenaza grave que venza su resistencia”*⁶⁸, bajo este planteamiento se puede observar la parentalidad a la que hace referencia el concepto, además la violación sexual puede calificarse como el acceso carnal obtenido o procurado mediante violencia o sin consentimiento de la víctima.

Maggiore Giuseppe, conceptualiza a la violación sexual, como, *“el acto carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado sin su consentimiento o en contra de su voluntad mediante violencia real o física, como por amenaza grave o intimidación presunta”*⁶⁹, que consiste en obligar a alguno a la unión carnal por medio de la violencia o amenaza.

Sin embargo, de estas definiciones se puede observar que el concepto de Noguera Ramos, es el más completo al reunir todos los presupuestos que debería cumplir la violación sexual.

Según el actus reus del crimen de violación sexual, bajo el derecho internacional, está constituido por la penetración sexual sin el consentimiento de la víctima, aunque sea leve, de la vagina o el ano o cualquier objeto utilizado, o la boca de la víctima por el pene del perpetrador. El Derecho Internacional incorporó en la definición de violación sexual, un término mucho más amplio que el de penetración, la *“invasión”*

⁶⁸ Florián, Eugenio, -Parte générale del Diritto pénalell, Ed. La Scuola Positiva, 1934, Milán. Pág. 213

⁶⁹ Manzini, Vincenzo, -Tratado de Derecho penall, tomos I y IV, 1949, Buenos Aires. Pág. 256

para que resultara neutro en cuanto al sexo. La definición de invasión incluye no solo la penetración de un órgano sexual, sino también cualquier tipo de abuso sexual con objetos o con partes del cuerpo.

El concepto de invasión se utiliza en sentido amplio para que sea neutro respecto al sexo de la víctima. Además, requiere que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino. Se entiende que una persona es incapaz de dar su consentimiento genuino si adolece de incapacidad natural, inducida o debida a su edad. El delito sexual es denominado por la doctrina como Violación Sexual, pero la forma como se ha ampliado su contenido y su forma de comisión, se ha extendido, denominándolo delito de acceso carnal sexual.

En Bolivia se considera la violación sexual como el acceso carnal logrado en los siguientes casos:

- 1) Con fuerza o intimidación para vencer la oposición del sujeto pasivo.
- 2) Con una (persona que se encuentra físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse).
- 3) Con quien, por ser niño, niña, adolescente de catorce años de edad o estar privado de razón, carece jurídicamente de capacidad para consentir la relación sexual.

8.3.5. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Con la incriminación de la violación sexual se protege a la libertad sexual⁷⁰. Esta consiste en el derecho a decidir la participación en los actos de carácter carnal. La honestidad, que para Cuello Calón⁷¹, es "*moralidad sexual*" y para Soler⁷² "*exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres*", no está en juego necesariamente en los actos de violencia sexual.

⁷⁰ H. A. Tommasi, -El Código penal y SMS antecedentesII, Ed. Argentina, 1923, Buenos Aires. Pág.

⁷¹ Ernesto J. Ure, -Los cielitos de violación y estuproII, Ed. Ideas, 1952. Perú, Pág. 43.

⁷² Sebastián Soler, -Derecho penal argentinoII, Ed. Argentina, 1963, Buenos Aires. Pág. 292

Ricardo C. Núñez⁷³, considera que el bien protegido es la reserva sexual. Si bien la define como *–derecho del individuo a la incolumidad del consciente y voluntario trato de tipo sexual–*, se piensa que en este caso su terminología no es adecuada, siendo que la protección de la reserva sexual puede ser entendida con mayor propiedad como prohibición de la iniciación sexual prematura, fundamento, precisamente, de la incriminación del estupro y de la violación sexual de un impúber.

8.3.6. SUJETO PASIVO

El sexo de la víctima es indiferente. Basta con que sea una persona, un ser humano. Y que esté vivo. El acceso carnal con un muerto (necrofilia) no constituye delito en el Código penal. Acorde con el concepto ya expresado sobre el bien jurídico protegido (la libertad sexual), que hace irrelevante la honestidad del sujeto pasivo, comete violación sexual el que fornicia con una prostituta contra su voluntad.

Para Ure, *“el obrar del hombre no es incriminable si no constituye corrupción, contagio venéreo o lesiones”*⁷⁴, se ha debatido largamente si la mujer casada es sujeto pasivo del delito de violación sexual cuando el marido tiene acceso carnal con ella contra su voluntad. La opinión generalizada es que éste siempre tiene derecho al ayuntamiento con su esposa. Sin embargo, muchos se inclinan a considerar delictivo el ayuntamiento contra natura o simplemente anormal.

8.3.7. SUJETO ACTIVO

Se discute hasta hoy si la mujer puede cometer violación sexual o por el contrario si se trata de un delito cuya autoría está reservada exclusivamente a los hombres. Esta última es la opinión de Soler⁷⁵ y de Ure⁷⁶, quienes entienden que, *“sólo tiene acceso carnal el que penetra y no el que padece la penetración”*. Pero, se puede considerar que la mujer también podría ser el sujeto activo de la violación sexual siempre que el delito se perpetre sin violencia física, es decir, en los casos en que la víctima es un niño, niña, adolescente o un individuo privado de razón. Aunque en la misma

⁷³Ricardo C. Núñez, "El Código Penal", Edit. Bosch, 1957, Barcelona. Pág. 535.

⁷⁴Gómez, –Tratado de Derecho penal, Edit. Argentina, 1940, Buenos Aires. Pág. 119

⁷⁵Sebastián Soler, –Derecho penal argentino, Ed. Argentina, 1963, Buenos Aires. Pág. 292

⁷⁶Ernesto J. Ure, –Los cielitos de violación y estupro, Ed. Ideas, 1952, Perú. Pág. 43

corriente, Gómez⁷⁷ señala una limitación: el sujeto pasivo no puede ser otra mujer. El argumento más importante a favor de la violación sexual inversa lo plantea Francisco P. Laplaza, este explica, que, *“tener acceso carnal sólo significa tener entrada, y no entrar”*⁷⁸. De allí, que el acceso carnal sería la unión sexual, producto de la compenetración de la pareja y no de la penetración del hombre.

8.3.8 ACCESO CARNAL

En el lenguaje del Derecho penal esta expresión equivale a *“una penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal”*⁷⁹. Es sinónimo, pues, de ayuntamiento carnal, concúbito, cópula carnal, yacimiento, coito, porque tanto uno como otros de estos conceptos lo involucran. Como puede apreciarse, se hace referencia al acto sexual y se alude así al elemento material, común a varios delitos tipificados en el ordenamiento penal.

Desde un punto de vista objetivo y para aclarar la determinación de ese elemento, se ha dicho que comprende la introducción del órgano sexual masculino o femenino, de forma normal o anormal, practicado sobre persona de cualquier sexo, con miras al coito o un acto sucedáneo.

Según el delito de que se trate, el hecho del acceso carnal ha dado motivo a profundas diferencias de criterios entre los autores clásicos y modernos del Derecho penal. Así por ejemplo, con referencia al adulterio se prefiere de una parte de la doctrina la expresión acoplamiento sexual, porque ella supone la relación carnal de personas de distintos sexos, eliminándose así las supuestas posibilidades, admitidas por algunos autores, de que puedan constituir adulterio los tratos sexuales con personas del mismo sexo.

Asimismo, con respecto al elemento material del delito de adulterio, se discute sobre el momento y modo en que la unión sexual se verifica. Carrara, decía que debía exigirse la cópula practicada de una manera natural, no contra natura. Además, consideraba indispensable la *-seminatio intra vas*^{II}, para determinar el momento de la

⁷⁷ Gómez, -Tratado de Derecho penal^{III}, Edit. Argentina, 1940, Buenos Aires. Pág. 119

⁷⁸ Francisco P. Laplaza, -Derecho Penal y Criminología^I Univ. de Buenos Aires, 1964, Buenos Aires. Pág. 126

⁷⁹ Soler, Sebastián, -Derecho Penal Argentino^{II}, tomo III, 1945, Buenos Aires. Pág. 102

consumación del delito. En el mismo sentido opinaba Garraud, que, “*se debe tener en cuenta que esta doctrina tradicional consideraba al adulterio como un peligro para la descendencia, lo cual constituía uno de los esenciales intereses protegidos*”⁸⁰. Por eso, la doctrina moderna y la que corresponde a la ley, partiendo de la idea compleja de que el delito de adulterio compromete una pluralidad de bienes jurídicos (la familia, la moral pública, las buenas costumbres, la honestidad, etc.), no es tan exigente en los requisitos del elemento material y sólo considera los actos capaces de lesionar los bienes jurídicos aludidos.

En el delito de violación sexual el acceso carnal constituye, “*el elemento material del delito y se produce con la introducción del órgano genital de una persona en otra aún cuando sea indebido, de manera que da lugar a un equivalente anormal del coito*”⁸¹. De modo que en este delito realizado con violencia real o presunta, debe producirse por esos medios un acto de unión sexual, de conjunción carnal, que importe a su vez una penetración carnal normal o anormal, en persona de uno u otro sexo. Con ello es suficiente una penetración parcial, pero siempre necesaria, para que se realice el elemento material del delito. Mucho menos se requiere en este caso, el perfeccionamiento del acto fisiológico del coito. La eyaculación y sus corolarios, la *-seminatio* o la *-inmissio seminas*, no son necesarios y así también lo ha entendido la doctrina de los tribunales en consonancia con la de los autores modernos. De esa manera el acceso carnal en el delito de violación sexual, no importa la realización de actos libidinosos ajenos al concubito e idóneos para llegar a él (la masturbación, los desahogos libidinosos, etc.). Tampoco es necesaria la desfloración, aunque como bien se hace notar, no es suficiente el *-coitus ínter fémora*⁸². En el estupro la materialidad del delito se produce con el acceso carnal. Cabe agregar a lo expuesto sobre el punto que se discute si, además del coito normal o vaginal y el contra natura o anal, constituye un acceso carnal al coito bucal o *-fellatio in ore*.

Núñez, opina que no, pues considera que la boca sólo sirve para el desfogue libidinoso. Lo cual no es preciso, ya que, como bien dice Ure, el concepto de acceso

⁸⁰ Garraud, R., *-Traite théorique et pratique du Droit Penal Français*, tomo I, 1913, París. Pág. 234

⁸¹ Fontan Balestra, Carlos, *-Delitos Sexuales*, Ed. Argentina, 1945, Buenos Aires. Pág. 152

⁸² Carrara, Francesco, *-Programa del curso de diritto criminóle*, Ed Lúea, 1889, Italia. Pág. 145

carnal no aparece limitado por circunstancia alguna en las normas legales, lo que justifica su más amplia concepción. Quienes rechazan la equiparación de la boca con el ano y la vagina, como cavidad receptora en el acceso carnal, se basan en que estos dos últimos tienen glándulas de evolución y proyección erógenas de las que carecería la primera. Sin embargo, a la luz de los modernos estudios efectuados sobre el tema, la distinción pierde validez, ya que cualquier parte del cuerpo humano sería propicia para el goce sexual.

8.3.9. CONSENTIMIENTO

En el delito de violación sexual el agente desarrolla una de estas tres conductas:

- 1) Avasalla la voluntad del sujeto pasivo, que se opone seriamente a la realización del acto sexual;
- 2) Aprovecha la imposibilidad de la víctima para manifestar su disenso;
- 3) Obra con la conformidad prestada por quien carece jurídicamente de capacidad para aceptar la fornicación.

De las tres conductas enunciadas es por cierto más grave la primera. Como observa Carrara, *“en ese caso al autor no le cabe ninguna duda del rechazo de la conjunción carnal”*⁸³. Por otra parte, es el único en el que la aceptación del amplexo excluye la adecuación del hecho en el tipo de la violación sexual.

Se debe destacar que el silencio no siempre implica consentimiento. Hay personas que quedan como inertes ante un ataque y el temor puede hacer que una mujer ceda de una manera que no podría ubicarla ni en la intimidación ni en la violencia. Esta certera reflexión pone en evidencia la injusticia de la exigencia de Chaveau y Hélie, de que la víctima dé gritos y pida auxilio. Desde luego, que ésta debe hacer conocer su rechazo, pues, de lo contrario, mal puede cometerse delito alguno. Aunque, en la mayoría de los casos, ante el uso de fuerza o el despliegue de medios intimidatorios, la persona elegida por el agente que no presta su conformidad para el acceso carnal demuestra visiblemente su oposición.

En definitiva, *“lo que importa es que la oposición sea seria, para distinguirla de aquella*

⁸³ José Severo Caballero, -El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el Derecho penal argentinoII,

que sólo forma parte del juego amoroso de la pareja⁸⁴, por ejemplo la -vis grata puellis (fuerza grata a las jóvenes), a la que aludiera el poeta Ovidio en -El arte de amar. Por ello, también es consentidor quien demora el ayuntamiento, le pone simples obstáculos, con el objeto de simular honestidad o de excitar sexualmente al que intenta el coito. La constancia en el rechazo es la mejor prueba de su seriedad. Se dice que no hay delito cuando el acto acaece merced a los esfuerzos del hombre, dirigidos a despertar el instinto y a vencer la oscilante resistencia, pues más que devastar una plaza sitiada, es apoderarse de una -plaza rendida. Pero deben apreciarse con cuidado los distintos casos, ya que una cosa es la lisa y llana aceptación y otra el sometimiento forzado a la cópula de quien ya nada puede hacer para evitarla.

Tampoco resta delictuosidad al atropello sexual el comportamiento de la víctima posterior a su consumación, producto de la natural y a veces irrefrenable fuerza del instinto. No puede alegarse que hubo consentimiento, también, cuando fue prestado a fin de realizar actos distintos del efectuado en definitiva. Por ejemplo, cuando el ayuntamiento se efectuó por vía diversa de la aceptada, o cuando se convino el coito con uno y finalmente fueron varios los que, por la fuerza, practicaron el acceso carnal.

8.3.10. FUERZA

El medio más común de vencer la resistencia del sujeto pasivo es el empleo de la fuerza, o sea de violencia física. Debe ser ejercida sobre éste, o en su contra, con la finalidad de que se brinde a la cópula. Consecuentemente, no se da dicho requisito cuando el agente se limita a destruir cosas, como la puerta que lo separa de la víctima o a agredir a terceros. En determinadas circunstancias, estos actos podrán constituir violencia moral, si están enderezados a coaccionar a la persona a la que se quiere hacer objeto del acceso carnal.

Es preciso recalcar que la violencia que analizamos es la que sirve para violar, por lo que tiene que ser desarrollada mientras se intenta el ayuntamiento y no después. Esta

⁸⁴ Marcos, Herrera, "Consentimiento en los delitos contra las personas", Ed. La Ley, 1968, Buenos Aires. Pág. 53

última, sólo puede ser una manifestación de sadismo o de brutalidad, desprovista de todo interés en lo que respecta al delito en examen. Cabe mencionar que a diferencia de otros códigos como el español, el código no hace distinción entre abuso sexual y agresión, donde en la primera no media la violencia y en la segunda, por el contrario, ésta se constituye como elemento -sine qua non^{II}. Por lo tanto, en el caso de que medien narcóticos en la comisión del delito no se considerará violación sexual.

8.3.11. INTIMIDACIÓN

Explica Ernesto J. Ure, con claridad que, *“mientras la violencia es energía física ya consumada, la intimidación es energía física anunciada”*⁸⁵. Aquélla, añade, es -vis absolutall; ésta, vis relativa. La intimidación consiste en causar o infundir miedo. El agente provoca la violencia moral con la amenaza de un mal exteriorizada en forma escrita u oral.

El daño prometido, como represalia por no aceptar derechamente el comportamiento impuesto, debe ser grave, injusto, determinado, posible, futuro, irreparable y dependiente de la voluntad del que amenaza.

La efectividad de la amenaza no puede ser juzgada a-priori. Depende de la forma en que ha sido expresada, la temibilidad del autor, la cultura de la víctima, en fin, de múltiples circunstancias que sería imposible enumerar.

En definitiva, se deberá tomar en cuenta lo realmente sucedido. Si la víctima se asustó y cedió, pese a que su estupidez pueda ser censurable, habrá existido intimidación. Puesto que el acceso carnal obtenido mediante el uso de violencia moral no deja rastros materiales, es decir, lesiones, desgarramiento de ropas, etcétera, las dificultades probatorias son mayores que en los casos en que el concúbite se logro merced a la fuerza. La tarea del juzgador se vuelve entonces más compleja, si es que quiere evitar que prospere una patraña.

Al respecto, recuerda Carrara, que los prácticos estuvieron de acuerdo en aconsejar que no se crea fácilmente a la mujer, que por vengarse de un abandono, para encubrir

⁸⁵ Gómez, -Tratado de Derecho penalll, Edit. Argentina, 1940, Buenos Aires. Pág. 124

su voluntaria lascivia, o por alguna sórdida especulación, afirma falsamente que ha sido violentada.

8.3.12. VÍCTIMA-PRIVADA DE RAZÓN

En este caso, el sujeto pasivo carece de capacidad jurídica para consentir la cópula, debido a que está privado de la facultad de comprender las relaciones y significados de los hechos. Poco importa que pueda resistir el acceso carnal ya que lo único realmente relevante es su ineptitud legal para valorar lo que hace.

Se protege con esta norma penal a individuos que tienen trastornos mentales, tal que de cometer delitos, serían considerados inimputables. Esos enfermos de la psique son los idiotas, los imbéciles, los que sufren locura epiléptica erótica, los dementes seniles. Por obra de la ley, ninguno de ellos puede ser invitado a copular ni cabe aceptar tampoco sus propuestas de trato sexual. Es claro, que no habrá dolo en la conducta de quien inadvertidamente tenga dicha relación con un alienado o en la de aquel presente la posibilidad de demencia y la rechace porque, erróneamente, la considere infundada.

Por el contrario, el que desaprensivamente afronta el concubito con una persona de dudosa cordura, indiferente ante esa situación, será culpable de violación sexual por haber obrado con dolo eventual. Resulta difícil pensar en la posibilidad de una disculpa, cuando finalmente la enfermedad mental sea notoria y manifiesta. Esto sin la víctima no es indispensable, desde que hay violencias que no dejan rastros, pero que sirven para intimidar.

8.4. EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

La violación sexual dentro del Código Penal Boliviano ha sufrido varios cambios, los cuales han ido de la mano con la doctrina, a fin de dilucidar algunas cuestiones problemáticas dentro de la dogmática jurídica.

Problemas como: si las mujeres podían ser sujetos activos de violación sexual o si se debe considerar violación sexual cuando no media la violencia, han sido parte de tediosos análisis doctrinales, los cuales poco a poco han seguido causas determinados

a fin de solucionar contradicciones y vacíos dentro del derecho positivo.

En tal sentido, algunas legislaciones han preferido el discernir dos tipos de –violación sexual^{III}: por un lado existe la agresión sexual, donde una condición del tipo es la violencia; y por otro al abuso sexual, donde ya no se considera a la violencia como sustancial al tipo. Esta solución por un lado desvirtúa el término mismo de violación sexual, término que en muchos casos era demasiado restrictivo y reduccionista; y por otro lado considera, en un sentido más amplio los delitos sexuales.

Muchos de las problemáticas acerca del clásico sentido que adquiriría la violación sexual era si las mujeres podían cometer violación sexual o si se podía cometer violación sexual en prácticas homosexuales; este tema también ha sido superado, ampliando la condición de la penetración (pene-vagina) a otras condiciones que constituyen violencia sexual concreta.

Estos cambios se hacen evidentes en el tratamiento que hace de este delito el antiguo Código

Penal⁸⁶:

- Art. 308. (violación) El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:

- 1) Si se hubiere empleado violencia física o intimidación
- 2) Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada por cualquier otra causa, para resistir.

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

Como se puede evidenciar este artículo toma como condición imprescindible el acceso carnal (tema problemático tratado en puntos anteriores) y por otro, no considera la violación en estados de inconsciencia. Otro tema que es inherente a la monografía es que no tipifica de manera particular la violación de niños, niñas o adolescentes.

⁸⁶ República de Bolivia, —Código Penal^{III}, Decreto Ley N 14426 de 23 de agosto de 1972

Este árido panorama se ha superado ampliamente con el Código Penal vigente el cual toma en cuenta muchas otras condiciones además del acceso carnal, de igual forma la ausencia de violencia; y trata de ser explícito en el tema de la violación sexual de niños, niñas o adolescentes; por lo cual se observa su amplio sentido y actualidad doctrinal.

En el Libro Segundo, título XI (Delitos contra la libertad sexual), Capítulo I (Violación, Estupro y Abuso Deshonesto), en cuanto a la violación, se prescribe:

- Art. 308. (Violación), quien empleando la violencia física o intimidación, tuviera acceso carnal con persona de uno y otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco a quince 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 a veinte años.

- Art. 308 bis. (Violación de niño, niña o adolescente) Quien tuviera acceso carnal con persona de uno y otro sexo menor de catorce años. Penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince a veinte 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 años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.

- Art. 308 ter. (violación en estado de inconsciencia) Quien tuviera acceso carnal, penetración anal o vaginal o introdujere objetos con fines libidinosos, a persona de uno u otro sexo, después de haberla puesto con este fin en estado de inconsciencia, será sancionado con pena de privación de libertad de diez a quince años.
- Art. 310 (Agravación) 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 270 y 271 de este Código;

- 2) Si se produjera un grave trauma o daño psicológico en la víctima;
- 3) Si el autor fuera ascendente, 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 esta 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 y 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 produjera la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.⁸⁷

Como se expresa en los citados artículos, estos, por su contenido, superan al antiguo Código Penal, aunque, en los aspectos formales (gramaticales) pueda tener algunas falencias, principalmente, en razón de que no se toma en cuenta que el término violación sexual es inherente a la violencia, por lo cual desde el mismo término se plantean determinaciones, las cuales excluyen aspectos como el abuso sexual (donde la víctima es inconsciente). Por lo tanto, se considera que se debe disgregar el abuso sexual de la agresión sexual. Sin embargo, estas consideraciones hacen más a la doctrina que al aspecto positivo de la norma, que no por estas falencias, carece de eficacia.

8.5. LA VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

La violación sexual de niños, niñas o adolescentes tiene varios matices que la hacen merecedora de un análisis particular. La importancia de este análisis radica en que permitirá evaluar el actual Código Penal y a enfocar posibles mejoras. En primer lugar, la violación sexual de niños, niñas o adolescentes prescribe un rango de edad de 14 años, dentro el actual Código Penal en su Artículo 308º Bis; en segundo lugar, se debe estudiar la pena, la cual en este caso puede variar entre quince a veinte años;

⁸⁷ República de Bolivia, —Código Penal, Ley 1768, modificaciones por la Ley 2033 de 29 de octubre de 1999.

finalmente es fundamental analizar las agravantes por las cuales se sumarían 5 años más al total de la pena.

a) Con respecto a la edad.- La edad es un parámetro que no puede surgir de una visión estrictamente jurídica, los criterios por los cuales se considera que una persona puede ser considerada como niño, niña o adolescente son estrictamente médicos, los cuales se basan en aspectos del desarrollo fisiológico de los sujetos. Por lo tanto, el código entenderá como niña, niño a aquellos que no han alcanzado la edad propia de la pubertad y por lo tanto no han sufrido los cambios físicos y psíquicos propios de la adolescencia. Es decir que se considera violación sexual de niño, niña, adolescente cuando la edad de la víctima se encuentra entre los 0 a los 14 años dentro el Código Penal, ingresando en una incongruencia con la Ley N° 2026 Código Niño, Niña y Adolescente, que en su Artículo 2º habla de los sujetos de protección considerando a los menores de 18 años y en casos excepcionales a menores de 21 años.

b) Sobre la pena.- En lo que respecta a la pena los parámetros jurídicos son ambiguos, tienen que ver más con el impacto social del delito que con el tiempo científicamente determinado para la readaptación de la persona. Generalmente, como en el caso, los tipos penales establecen un rango para cada delito, verbigracia: de 10 a 12 años, etc. esto con el fin de que no se considere el hecho como un acto único fuera de otros elementos que también importan al hecho y deben por tanto ser tomados en cuenta por el Derecho (agravantes, atenuantes, culpa, dolo, etc.). En el caso particular de la violación sexual de niños, niñas o adolescentes el Código, establece un rango entre 15 a 20 años. Sin embargo, y ya que las penas no se basan sino en el impacto social (y este es un aspecto variable), dichas sanciones no pueden ser consideradas como inmutables y perfectas, siendo que los criterios de evaluación están en constante cambio.

c) Las agravantes.- El código expone varios elementos que son importantes para la evaluación de un acto como la violación sexual de niños y niñas, todos estos agravan el hecho sumando a la pena total con cinco años. Los elementos agravantes son, quizá, los más problemáticos en el sentido de que muchos de ellos no siguen ningún tipo de criterio básico para su implementación.

Un aspecto relacionado con las agravantes y los delitos de violación sexual de niño, niña o adolescente, y que plantea grandes cuestiones, son los siguientes incisos:

- 2) Si se produjera un grave trauma o daño psicológico en la víctima;
- 6) Si el autor utilizó armas y 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.

Lo problemático de estos incisos es que los plantea como figuras que deben probarse a fin de sumar a la pena cinco años más; pero es inaudito que deban probarse y no se den por aspectos sobreentendidos, sumándose automáticamente a la pena, en los casos de violación sexual a niñas y niños o adolescentes, siendo que por un lado es obvio que la violación sexual de un niño, niña, adolescente producirá traumas y daños psicológicos que repercutirán durante toda su vida; por otro lado y puesto que las cualidades físicas del niño, niña, adolescente lo ponen en un riesgo de muerte ante un atentado de este tipo, no puede ser éste un hecho que se deba probar como agravante. Y finalmente la violación sexual de un niño, niña, adolescente es un acto que lleva implícito las condiciones vejatorias o degradantes que cita el Art. 310, siendo el que establece las agravantes.

Por todo esto, se cree que los criterios que se han expuesto son concretos y deben ser suficientes para sustentar la necesidad de aumentar la pena de la violación sexual de un menor, puesto que la condición físico y psíquica de éste, es gracias a una agravante que conlleva el trastorno psicológico, el peligro de muerte y la degradación de la víctima.

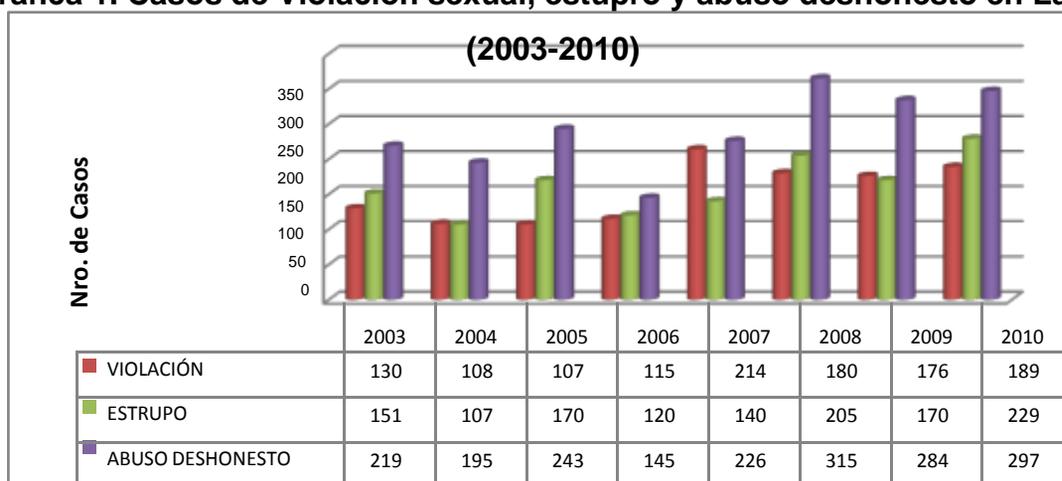
CAPÍTULO IV

LA VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES COMO HECHO SOCIAL

9. ANÁLISIS DE LA VIOLACIÓN SEXUAL EN BOLIVIA

El recurso de la violencia siempre existió, y es posible que siga existiendo en gran medida, los estudiosos del tema que intentan hablar con las víctimas suelen enfrentar numerosos obstáculos. El primero es el silencio, siendo que muchas personas, tal vez demasiadas, callan al respecto, o le restan importancia argumentando que *“no es tanto como dicen”*. Y en segundo, los virulentos sentimientos que estallan de forma invencible al tratar este asunto. En casos muy concretos la repulsión, el rechazo, el horror y el afán de venganza son emociones tan intensas como la compasión que inspira el menor. Hasta el momento las denuncias presentadas en la Policía Nacional han demostrado que los autores de abusos sexuales, por lo general, son los hombres *“completamente normales”* de todas las edades y todos los estratos sociales. También se sabe que sólo un 6% de los abusos sexuales son cometidos por alguien desconocido por la víctima⁸⁸

Gráfica 1. Casos de Violación sexual, estupro y abuso deshonesto en La Paz



Fuente: Depto. Estadísticas Policía Nacional

⁸⁸ Defensoría del Pueblo y la Coordinadora de la Mujer con apoyo de la UNICEF y la Unión Europea, —Rompiendo Silencios: Una aproximación a la violencia sexual y al maltrato infantil en Bolivia, 2008, La Paz.

Se puede observar en el Gráfico Nro. 1 como los casos de violación sexual, estupro y abuso deshonesto se incrementaron en los últimos dos años (2009 - 2010). El 57% de estos casos queda en abandono, desistimiento o arreglo explícito. El 35% de los violadores son familiares y el 33% son vecinos o conocidos. De 64 casos analizados, ocho se denunciaron. De 100 casos de violación sexual que son denunciados sólo el 15% obtiene una sentencia⁸⁹. Sobre este comportamiento se puede expresar que la sociedad en la que se vive se ven reflejadas las diferentes actuaciones hombre–mujer, y se transmite en los niños, niñas o adolescentes haciendo más débil en cierta parte al sexo femenino, son pocos los casos que llegan a ser denunciados por las víctimas, esto debido a que el 35% de los agresores forma parte del entorno familiar (padrastrós, padres y otros), mientras que el 33% son vecinos o conocidos. Por esta razón muchas niñas son víctimas silenciosas de los abusos sexuales sin necesidad de forzarlas con violencia, y permanecen en silencio muchos años, culpándose a sí mismas de su estado, pues no entra dentro de sus esquemas que un adulto como su padre incluso sea capaz de hacer algo “*malo*”. La vergüenza, los remordimientos y la convicción de que sólo a ellas les ocurren esas cosas las atemoriza y no se atreven a contar a nadie los abusos sexuales que sufren por miedo a ser castigadas. Esto traumatiza a la niña durante toda su vida.

10. PERCEPCIÓN SOCIAL SOBRE LA VIOLACIÓN SEXUAL A NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

Para obtener la percepción de la población se recurre a la realización de encuestas considerando el Procedimiento de Muestreo, determinando cómo deberá escogerse a los entrevistados, de tal forma que la muestra se obtendrá de manera probabilística para que sea representativa. El muestreo probabilístico permite obtener un límite de confianza y error mediante la determinación de un tamaño de la muestra que se define a continuación⁹⁰:

- **Selección de la Muestra.-** A partir del marco muestral detallado, se eligen los barrios al azar dentro de cada zona pacheña.

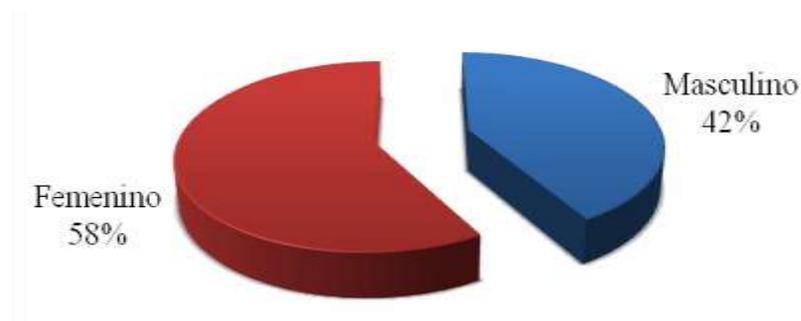
⁸⁹ Policía Nacional, –Casos atendidos de violación, estupro y abuso deshonesto, 2011, La Paz.

⁹⁰ Muñiz, Rafael, “Marketing en el siglo XXIII, Centro de Estudios Financieros, 2006, España. Pág. 56

- **Tamaño de la Muestra.-** Se requiere de una pre-prueba para determinar el tamaño de la muestra, ésta se hizo con 30 encuestas, en dichas encuestas se obtuvieron los siguientes resultados:

La encuesta realizada (Anexo I) presenta los siguientes resultados:

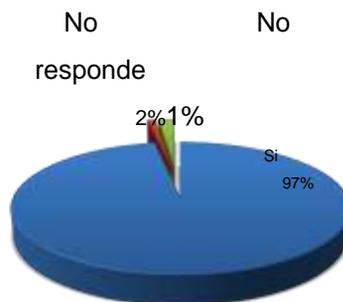
Gráfica 2. Sexo del encuestado



Fuente: Elaboración Propia

Según el gráfico se puede observar que la mayor parte de los encuestados son del sexo femenino con un 58% y con un 42% el sexo masculino.

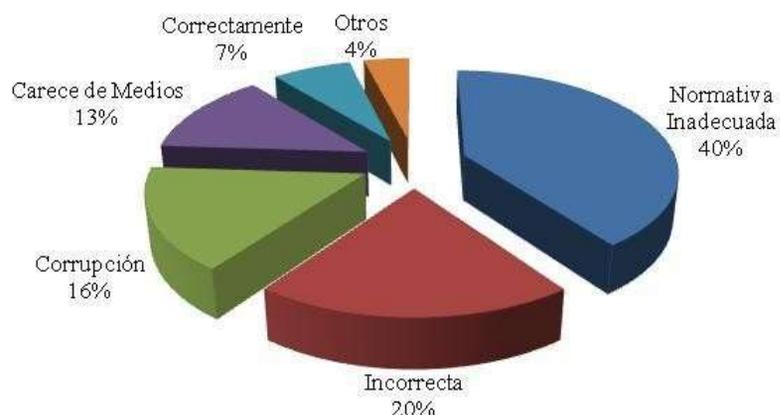
Gráfica 3. Escuchó alguna vez sobre algún caso de violación sexual a un niño, niña o adolescente



Fuente: Elaboración Propia

Se observa en el gráfico que el 97% de la población supo sobre un caso de violación sexual a un niño, niña o adolescente y un mínimo porcentaje no conocían de ningún caso o no respondieron a la pregunta.

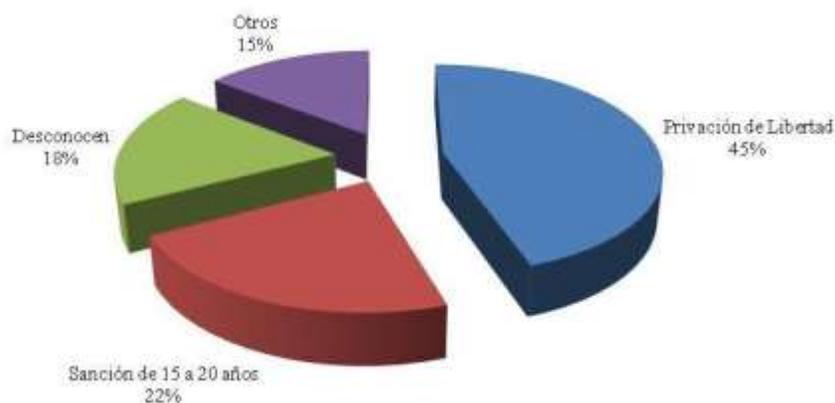
Gráfica 4. Cómo cree que funciona la justicia boliviana con relación a estos casos



Fuente: Elaboración Propia

Según la gráfica el 40% de los encuestados cree que la normativa es inadecuada para sancionar los delitos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes, el 20 % piensa que la justicia funciona de forma inadecuada, el restante tiene una opinión dispersa en cuanto al funcionamiento de la justicia boliviana con relación a los casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes.

Gráfica 5. Qué tipo de sanción dan a las personas que cometieron este tipo de delito

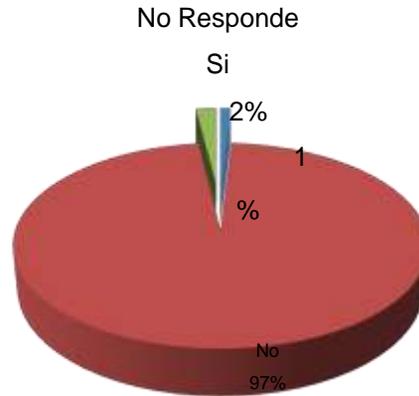


Fuente: Elaboración Propia

Los resultados de esta pregunta muestran que la mayoría de los encuestados

conocen la sanción en los casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes, siendo esta la privación de libertad.

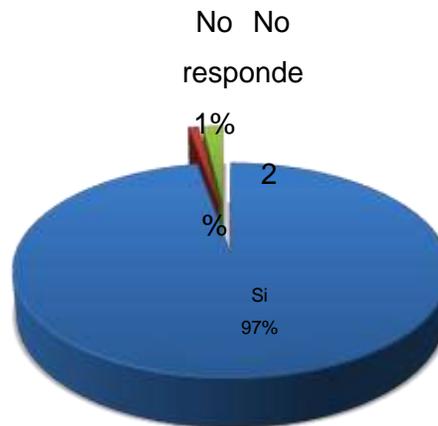
Gráfica 6. Cree que esta pena actual es suficiente para el tipo de delito cometido



Fuente: Elaboración Propia

Se observa que la mayoría de las personas no cree que la pena actual sea suficiente para el tipo de delito cometido.

Gráfica 7. Estaría de acuerdo con incrementar la pena que actualmente es impuesta a los que comenten el delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes



Fuente: Elaboración Propia

Los encuestados en su mayoría se encuentran de acuerdo en el incremento de la pena siendo el 97%, el resto no esta de acuerdo o no respondió

CAPÍTULO V

LEGISLACIÓN COMPARADA

La violación sexual constituye un delito en todas las legislaciones del mundo y esta observada en organizaciones Internacionales como la ONU. Los matices con que este hecho punible es tratado depende más de una corriente doctrinal formal que de un sistema jurídico. Es así que tanto las penas, como, en el caso de la violación sexual de niños, niñas o adolescentes, las edades y las condiciones del hecho variarán entre la legislación de cada país.

En el desarrollo del presente capítulo se tratará de evidenciar puntos convergentes tanto como divergentes en los tipos penales sobre violaciones existentes en Países del Continente, los cuales comparten con Bolivia el Sistema Continental Jurídico.

11. CÓDIGO PENAL VENEZOLANO

11.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL

Las normas sobre violación sexual y básicamente sobre violación sexual de niños, niñas o adolescentes, dentro del Código Penal Venezolano vigente son las siguientes:

- Artículo 374. Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión.

La misma pena se le aplicará, aun sin haber violencias o amenazas, al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo:

1. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.
2. O que no haya cumplido dieciséis años, siempre que para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.

3. O que hallándose detenida o detenido, condenada o condenado, haya sido confiado o confiada la custodia del culpable.

4. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido.

Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley, ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

- Artículo 375. Cuando alguno de los hechos previstos en la parte primera y en los numerales 1 y 4 del artículo precedente, se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, cuando se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, la pena será de prisión de ocho años a catorce años en el caso de la parte primera, y de diez años a dieciséis años en los casos establecidos en los numerales 1 y 4.

Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

- Artículo 379. En lo que concierne a los delitos previstos en los artículos precedentes, el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación de la parte agraviada o de quien sus derechos represente.

Pero la querella no es admisible si ha transcurrido un año desde el día en que se cometió el hecho o desde el día en que tuvo conocimiento de él la persona que pueda querellarse en representación de la agraviada.

El desistimiento no tendrá ningún efecto, si interviene después de recaída la sentencia firme.

Se procederá de oficio en los casos siguientes:

1. Si el hecho hubiere ocasionado la muerte de la persona ofendida, o si hubiere sido acompañado de otro delito enjuiciable de oficio.
2. Si el hecho se hubiere cometido en algún lugar público o expuesto a la vista del público.
3. Si el hecho se hubiere cometido con abuso del poder paternal o de la autoridad

tutelar o de funciones públicas.

11.2. ANÁLISIS

El Código Venezolano en cuanto al planteamiento del delito de violación sexual es muy similar al tratamiento que le da, a este hecho, el Código Penal Boliviano. Sin embargo el Código Boliviano presenta mayor rigor en la distinción de los casos, planteando agravantes más completas que las que se encuentran en el Art. 379 del Código Venezolano. Otra diferencia, aunque no substancial, es el rango de edad que se atribuye a la violación sexual de niños, niñas o adolescentes, rango que tiene como tope los trece años de edad.

Quizá uno de las mayores bondades de éste Código es que se niegan las medidas sustitutivas a quienes están imputados por el delito de violación sexual a niños, niñas o adolescentes. En contraste también señala las condiciones por las cuales podrá ser perseguido de oficio por el Ministerio Público, aspecto que es negativo, ya que plantea como necesaria la existencia de una parte querellante para todos los otros casos de violación. Finalmente, se puede catalogar a este código, en cuanto a las penas para este delito, como débil en muchos aspectos, ya que a diferencia del código vigente, sus penas no superan los 20 años de presidio.

12. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

12.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN

- Art. 303. - Acceso carnal abusivo con un menor de catorce años. Modificado. Ley 360 de 1997, Art. 5. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.
- Art. 304. - Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir. Modificado. Ley 360 de 1997, Art. 6. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años. Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión.
- Art. 305. - Actos sexuales con menores de catorce años. Modificado. Ley 360 de 1997, Art. 7. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a práctica sexuales, estará sujeto a la pena de dos (2) a cinco (5) años de prisión.

- Art. 306. - Circunstancias de agravación punitiva. La pena para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentará de una tercera parte a la mitad en los casos siguientes:

1. Si se cometiere con el concurso de otro u otras personas.
2. Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
3. Si la víctima quedare embarazada.
4. Si se produjere contaminación venérea, y
5. Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años.

12.2. ANÁLISIS

La definición de acceso carnal se refiere básicamente al sexo vaginal, anal u oral, pero incluye también la penetración de la vagina o el ano por otras partes del cuerpo humano o por un objeto.

Además, hace referencia a actos sexuales con menores de 14 años, distintos del acceso carnal anteriormente mencionado, así como de actos sexuales presenciados por el menor. Por último, cubre también el acto de alguien que induce a un menor a prácticas sexuales. La pena prevista por este artículo va de 3 a 5 años de prisión.

Se detalla las circunstancias en las que las penas resultan agravadas, con un tercio y hasta un medio de condena adicional, para cualquiera de los artículos anteriores:

- Si los agresores son múltiples;
- Si el agresor se encuentra en una posición de autoridad respecto de la víctima o aprovecha una condición de confianza;

13. CÓDIGO PENAL PARAGUAYO

13.1. NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL

- Artículo 135. Abuso sexual en niños.

1. El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.
2. En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será

aumentada hasta cinco años cuando el autor: al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave; haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.

3. Cuando concurren varios agravantes de los señalados en el inciso 2º, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.

4. En los casos señalados en el inciso 1º, la pena privativa de libertad será de dos a diez años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima.

5. Será castigado con pena de multa el que: realizara delante de un niño actos exhibicionistas aptos para perturbarle; o con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3º se dirigiera al niño para estimularlo sexualmente o causarle rechazo respecto al sexo.

6. Cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena.

- Artículo 138.- Actos homosexuales con menores. El que siendo mayor de edad realizara actos sexuales con una persona del mismo sexo, menor de dieciséis años, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

13.2. ANÁLISIS

El Artículo 135 del Código Penal Paraguayo, que cubre el abuso sexual de menores, define "niño", a efectos de este artículo, como cualquier persona menor de 14 años (ver la cláusula octava). Los actos sexuales en general con un niño menor de 14 años se castigan con hasta tres años en prisión o una multa (cláusula primera).

Las mismas penas se aplicarán cuando los actos sexuales son realizados por el adulto frente a un menor de 14 años o están dirigidos a éste, o cuando se induce al menor a practicarlo (con otro menor) frente a un adulto o con una tercera persona. En caso de penetración sexual "coito", la pena se agrava a entre dos y diez años en prisión (cláusula cuarta). Cuando el agresor es menor de 18 años, las acusaciones pueden retirarse (cláusula sexta).

14. CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

14.1 NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL

- Art. 506 Todo atentado contra el pudor cometido sin violencias ni amenazas en otra persona menor de catorce años, será reprimido con prisión de uno a cinco años. La pena será de tres a seis años de reclusión menor, si el ofendido fuere menor de doce años.
- Art. 509 Llamase estupro la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.
- Art. 510 El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la mujer fuere mayor de catorce años y menor de diez y ocho.
- Art. 512 Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:
 1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
 2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
 3. Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.
- Art. 512.1 Se aplicarán las mismas penas del artículo anterior, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512.

14.2. ANÁLISIS

Según se define en el Código Penal Ecuatoriano, Artículo 512, ítem 1, para el crimen de violación sexual de menores, y también según el artículo 506 para el crimen de atentado contra el pudor sin violencia o amenaza. También existe una cláusula sobre la corrupción de menores (Artículos 509 y 510 del Código Penal), para un crimen llamado "estupro", que se aplica específicamente cuando el consentimiento a las relaciones sexuales con mujeres adolescentes de entre 14 y 18 años se obtiene por medio de la seducción o el engaño. La adolescente, sin embargo, debe cumplir con la definición de "mujer honesta" para que resulte un crimen. Además, el Código de Minoridad y Adolescencia de 2003, en su Artículo 68, amplió la definición de abuso sexual de menores para incorporar cualquier contacto físico o sugerencia de naturaleza sexual obtenida mediante la seducción, chantaje, acoso, engaño, amenaza

o medidas similares.

15. CÓDIGO PENAL ARGENTINO

15.1 NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL

Las normas sobre violación sexual correspondientes al Código Penal Argentino, pueden ser catalogadas como normas más estudiadas y justificadas desde un ámbito netamente doctrinal puesto que este país goza de una larga historia jurídica-teórica, como parte de la escuela rioplatense, en él contiene:

- ARTICULO 119.- Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

- ARTICULO 124. - Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

15.2. ANÁLISIS

Existe en el Código Penal Argentino una característica bastante ambigua en cuanto a las penas, puesto que el delito de violación contra un menor de trece años presenta una pena, que para muchas otras legislaciones puede parecer ridícula; sin embargo, este rasgo puede estar relacionado a un despliegue doctrinal que va de la mano con el desarrollo de la penología, el derecho penitenciario, etc., por lo que no se recomendaría penas largas. Sin embargo, y ya que su constitución no lo prohíbe, también se hace mención a la prisión perpetua cuando la violación deriva en muerte.

Finalmente, se debe ser claro con respecto a que las penas en el Código Penal Argentino no difieren mucho de las penas que impone el Código Penal Boliviano, salvo cuando la violación sexual cause la muerte de la víctima; sin embargo, en ambas legislaciones ante tal consecuencia se aplica la ley más severa que permiten sus Constituciones. Por lo tanto, este código, que al igual que el boliviano, también especifica las agravantes, tiene las mismas falencias que la ley boliviana en cuanto al delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes se trata.

16. CÓDIGO PENAL PERUANO

16.1 NORMAS SOBRE VIOLACIÓN SEXUAL

Se ha considerado, que por la identidad y la idiosincrasia de su sociedad, el Código Peruano se convierte en un buen parámetro para el cotejo entre la normativa penal boliviana en un contexto continental.

- Artículo 170.- Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será

no menor de ocho ni mayor de quince años.

- Artículo 171.- Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir.

El que practica el acto sexual u otro análogo con una persona, después de haberla puesto con ese objeto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años.

- Artículo 172.- Violación de persona en incapacidad de resistencia

El que, conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años.

- Artículo 173.- Violación sexual de menor de catorce años de edad.

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le da particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

- Artículo 173 A.- Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua. II

16.2. ANÁLISIS

El Código Penal Peruano puede ser caracterizado como uno de los códigos más severos en cuanto a la sanción del delito de violación sexual dentro del continente. Plantea como ningún otro país de Sudamérica una distinción clara entre niños,

niñas o adolescentes que son víctimas de violación sexual, distinción que se hace en tres rangos: primero los menores entre 1 y 7 años, los menores entre 7 y 10 años; y finalmente los menores entre 10 a 14 años; esto con el fin de sancionar progresivamente el delito. Esta característica, diferente a todas las Leyes Penales que se han revisado, permite en última instancia establecer como un agravante a la edad del menor, aspecto que atiende a aquellas observaciones que se habían hecho al Código Penal Boliviano, en virtud de que había de sobreentender, cuando de violación sexual de niños, niñas o adolescentes se trata, el daño psíquico y el peligro de muerte; y no tomarlos como hechos agravantes susceptibles de probarse como de negarse.

17. ANÁLISIS COMPARATIVO

Tabla 3. Comparación de los Códigos Penales

LEGISLACIÓN COMPARADA		PAÍSES						
		Venezuela	Colombia	Paraguay	Ecuador	Argentina	Perú	Bolivia
CATEGORÍA	Protección de niños, niñas o adolescentes en casos de violación sexual	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
	Considera el daño físico de hecho	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO
	Considera el daño psicológicos de hecho	NO	NO	NO	SI	NO	SI	NO
	Considera la posibilidad de muerte de hecho	NO	NO	NO	SI	SI	SI	NO
Artículos		374	303	135	506	119	170	308
Considerados		375	304	138	509	124	171	310
		379	305		510		172	
			306		512		173	

Fuente: Elaboración Propia en base a normativa internacional

CAPÍTULO VI

NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PENA PARA LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

18. PERCEPCIÓN SOBRE EL TEMA DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

Los instrumentos investigativos utilizados en el diseño de la monografía permitieron tener cierta percepción, en un sentido general, del impacto social causado por los delitos de esta naturaleza, es decir de los delitos de violación sexual cuyas víctimas son los niños, niñas o adolescentes. Este impacto se refleja claramente en la opinión social en cuanto a endurecer las penas que deberían implementarse para quienes han cometido este tipo de delitos.

Si bien, en un sentido ontológico el ser de la norma está constituido a partir de las relaciones sociales como base material; hay que entender que el Estado también es parte de una gran sociedad de naciones, las cuales también delimitarán y determinarán el sentido de las normas. Por lo tanto, más allá de que la sociedad clame por la pena capital o la pena de prisión perpetua, las naciones que conforman el derecho internacional público impiden la aplicación de ciertas normas.

Por otro lado, la evolución de los Derechos Humanos, las teorías criminológicas y la penología, se han preocupado de fundamentar y medir la eficacia de las penas de prisión perpetua y la pena capital de una manera científica; denotando que no pueden ser tomadas como penas sostenibles dentro de la sociedad. Es así, que la monografía no plantea una reestructuración profunda en cuanto al sistema de penas, siendo que la implementación de la pena de muerte o la pena de prisión perpetua significarían una reforma a la constitución y una involución dogmática en cuanto al Derecho moderno. Por lo tanto, lo que la monografía busca es, según un estudio técnico multidisciplinario, determinar cuál debería ser la pena para el delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes, considerando que la actual sanción no cumple, ni constituye una pena que sea eficiente y coherente ante la particularidad de una violación sexual de un niño, niña, adolescente sobre cualquier otro tipo de violación sexual.

18.1. VIABILIDAD EN CUANTO A LA NATURALEZA DE LA PROPUESTA

Dentro del desarrollo de este punto lo que se busca es, por un lado, determinar por qué las penas que se proponen son más viables que otras como la prisión perpetua o la pena capital.

Es así, que se considera, más allá del aspecto dogmático jurídico, a las limitaciones reales y materiales que el país tiene para la eficacia de la sanción penal.

Finalmente, se entiende que es anacrónico y demagógico incluir la pena capital dentro del sistema jurídico, siendo que, el país como miembro de las Naciones Unidas debe allanarse a la siguiente norma internacional pública: –Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de diciembre de 1989II; que en su Art. 1 establece:

Artículo 1°

1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.
2. Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción.

Igualmente significaría un retroceso en cuanto a la historia de las normas Constitucionales, que se conducen, actualmente, bajo el principio de que el Estado tiene como principal tarea precautelar la vida.

18.2. CONDICIONES CARCELARIAS

No es necesario realizar una investigación o levantar un acta de las actuales condiciones carcelarias en el país. Si se toma como parámetro a las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; se puede evidenciar que a pesar de la relativa antigüedad de estas reglas el sistema carcelario

no cumple, ni siquiera mínimamente, las condiciones humanitarias necesarias para el sostenimiento de sus presos.

Algunos puntos que son importantes mencionar en cuanto a estas reglas son: A) Locales destinados a los reclusos

Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultará indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual.

Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento que se trate. Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación. En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar:

- Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial;
- La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista.
- Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente.
- Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado.
- Todos los locales frecuentados regularmente por los reclusos deberán ser

mantenidos en debido estado y limpios.

B) Alimentación

Todo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas. Todo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite.

C) Tratamiento

El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, el inculcar la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.

Para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitudes físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación.

Respecto de cada recluso condenado a una pena o medida de cierta duración que ingrese en el establecimiento, se remitirá al director cuanto antes un informe completo relativo a los aspectos mencionados en el párrafo anterior. Acompañará a este informe el de un médico, a ser posible, especializado en psiquiatría, sobre el estado físico y mental del recluso.

Los informes y demás documentos pertinentes formarán un expediente individual. Estos expedientes se tendrán al día y se clasificarán de manera que el responsable pueda consultarlos siempre que sea necesario.

Es obvio que el sistema carcelario carece de las condiciones mencionadas, por lo tanto es inviable e inhumano modificar en la Constitución Política del Estado a razón de la aplicación de una pena de prisión perpetua. Sin embargo, es en este punto donde se

puede encontrar un conflicto, si bien no se puede aplicar la prisión perpetua, se considera que es necesario que la sanción penal cumpla con sus alcances más básicos, referidos a la equivalencia entre delito y pena; y la eficacia de la pena reflejada en su esencia ejemplarizadora.

18.3. LA INVERSIÓN PÚBLICA

Otra de las limitantes en cuanto a sanciones exageradas es el gasto público, que significa la creación de instituciones carcelarias que guarden las condiciones necesarias para poder recluir a delincuentes por largos periodos, es decir, periodos que sobrepasen los treinta años. Lamentablemente, en muchos países del continente de naturaleza subdesarrollada, se ha replanteado la necesidad de la prisión perpetua sin considerar lo costoso que sería el sostenimiento de presos de esta categoría, o en su defecto, sin haberse preocupado de reformar su sistema carcelario provocando un daño aun mayor al que significa la aplicación de este tipo de penas, una vida sin los medios más básicos de subsistencia lo que deriva en un daño psíquico y moral.

Se considera que la pena que plantea la monografía sea de 25 años, dadas las actuales condiciones carcelarias, no significa un detrimento significativo en el tesoro general de la nación; por otro lado se reconoce que el actual sistema carcelario no ha sufrido los cambios estructurales que a todas luces necesita, por lo tanto, se ha evitado proponer una sanción inconstitucional e inhumana.

18.3. LA SALUD PSÍQUICA

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta al momento de plantear la aplicación de ciertas penas, como la pena de prisión perpetua, es la salud psíquica de los acusados de un delito de esta naturaleza.

Dadas las limitaciones a nivel carcelario y a nivel económico con las que cuenta el sistema penal, se debe preguntar cuál es el procedimiento más común en cuanto al tratamiento de personas que cometen un acto de violación sexual de un niño, niña o adolescente por sufrir alguna enfermedad mental. Se debe declarar que muchas veces el impacto que puede producir cierto hecho de estas características deriva en que el tribunal, como representante de la sociedad, no actué de la manera más apropiada.

Los principios de inimputabilidad establecidos en el Código Penal (Art. 17) excluyen de culpa a quien por su capacidad psíquica no puede distinguir el carácter ilegal de su conducta. Por otro lado, y según, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de la ONU, especifican cual debe ser el tratamiento a quienes sufren una enfermedad mental: Los alienados no deberán ser reclusos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas (dirigidas por médicos), durante la permanencia en prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico.

Lamentablemente, por las razones ya mencionadas, el tratamiento a aquellas personas que cometen un delito, por ser incapaces de discernir los alcances de su conducta, muchas veces no sigue la normativa adecuada. Por lo tanto, una pena de muerte o una pena de prisión capital se constituyen nuevamente en penas inaplicables y contradictoria en lo referido a los principios de los derechos humanos en el mundo. En cuanto a este tema, si bien la propuesta no presenta ningún tipo de solución en cuanto a la mencionada problemática, mínimamente permite el respeto a ciertos derechos humanos y a las normas vigentes; y finalmente se da la oportunidad, en el tiempo, de que se pueda reevaluar ciertos casos cuando se haga manifiesta una transformación radical en el sistema carcelario.

18.4. INCREMENTO A LA PENA DE VIOLACIÓN SEXUAL DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

Los puntos desarrollados hasta aquí han servido, de una u otra forma, para realizar un estudio doctrinal de las penas, un examen social en cuanto al delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes; y finalmente a justificar por qué las penas de prisión perpetua y la pena capital no constituyen sanciones apropiadas y sostenibles en el sistema penitenciario boliviano y ante la normativa actual. Todos estos aspectos se han analizado en función de una real necesidad de aumentar la pena en los casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes considerando el Código Niño, Niña y Adolescente para determinar la edad de la víctima. En los acápite siguientes se

establecerá cual es la forma de la pena que se propone y a qué parámetros responde.

19. CRITERIOS CIENTÍFICOS RELACIONADOS A LA NUEVA PENA

Dentro del estudio, se ha transitado desde la esfera doctrinal para conocer ampliamente aquello que pueda estar relacionado al delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes, para luego operando por descarte problematizar y, finalmente, desplazar sanciones como la prisión perpetua o la pena capital; sin embargo y como se propuso al comienzo de la monografía, el estudio no solo tiene carácter descriptivo sino también propositivo.

El Artículo 308° bis, ampliamente citado en este trabajo, incluye una característica esencial, a saber: la naturaleza del sujeto pasivo del delito, es decir, el niño, niña o adolescente. En un análisis concienzudo del artículo se entiende que la fundamentación de este radica en que dicho sujeto pasivo no es equiparable a otro, también víctima sujeto de violación sexual; sin embargo, se cree que esta disquisición tan obvia en dicho artículo no es consecuente con otros aspectos normativos. Se considera que algunas contradicciones presentes en el actual Código Penal son producto de la falta de criterios dirigidos a comprender científicamente las diferencias que existen entre la víctima adulta y la víctima menor de 14 años, es por tanto, imprescindible recurrir a ciencias auxiliares y especializadas en el tema, como se planteó en las entrevistas a los especialistas del área psicológica y médica.

A continuación, se presentan los criterios científicos especializados para una comprensión total de los niños, niñas o adolescentes víctimas de violación sexual; esta disquisición es esencial al estudio y principalmente a la propuesta, siendo que permite poner en tela de juicio, un tema como la incoherencia que existe en que las agravantes (Art. 310) del delito de violación sexual sean asumidas como excluidas del acto de violación sexual a menor, siendo que muchas de estas agravantes se presentan necesariamente dentro de un hecho de esta naturaleza.

- **CRITERIO DESDE LA PSICOLOGÍA – Dr. Mirko Borda**

Te cuento un caso que responde a esa pregunta. Atendí a una jovencita de 16 años que llegó con su pareja, un muchacho de su misma edad. Había sido abusada desde los seis hasta los doce años primero por su padrastro, y después por el hermano y por

el hijo del padrastro. A los doce años se lo había contado a su madre, pero ella nunca la creyó, y hasta la corrió de la casa. La falta de apoyo de su madre le había afectado muchísimo. Que la madre o un familiar muy cercano apoye o no a la persona resulta determinante.

La joven me contó cómo se había dado cuenta de lo que le pasaba: estando en cuarto grado de primaria pasó por un aula de sexto grado y, en una clase de ciencias naturales, una profesora hablaba de las relaciones sexuales y explicaba que sucedía "entre personas adultas". A ella le espantó saber que era eso lo que le estaba pasando. Hasta entonces no había podido ponerle nombre, no había podido definirlo. Sucede muy a menudo: la niña es abusada, pero no sabe si eso es lo que tiene que ocurrir, si ocurre a todas, si hay que evitar que ocurra y cómo... Esta confusión es generalmente el inicio del problema en la conciencia de la persona.

El trauma que cargaba esta joven a la que me refiero era tan complejo que ya tenía cinco intentos de suicidio. Las ideas autodestructivas son muy frecuentes en las y los sobrevivientes. Me impresionó verla entrando como en un trance para contarme con toda tranquilidad y detalle cómo, en uno de sus intentos, se iba cortando los pulsos poquito a poco con una gillette. ¿Por qué esa tranquilidad? La experiencia me enseñó que aquella tranquilidad con que hablaba no era más que una forma de disociación mental, un mecanismo de defensa psíquico presente en muchas sobrevivientes. En algunos casos, disociarse es una forma de sepultar en el olvido, de decir inconscientemente que no te sucedió a ti; en otros casos es la única manera de hablar de esa experiencia que no puedes entender ni soportar. Pero nuestro trabajo desde la psicología implica que el problema se afronte. De otra manera siempre está ahí, dañando. Y se van tejiendo cadenas muy complejas.

Por ejemplo, esta joven y su pareja se habían puesto de acuerdo para suicidarse juntos... Ya habían hecho un intento y a última hora él se arrepintió. Ambos estaban en una pandilla juvenil de clase media y habían pagado una mínima cantidad a los de otra pandilla más pobre para que mataran al padrastro abusador. Pero no lo habían logrado.

Es algo sobrecogedor ver cómo va evolucionando la mente. Aquella primera ignorancia se va transformando paulatinamente en una gran agresividad que es

necesario encauzar. Porque en caso de enfrentar a la persona culpable pero utilizando vías ilícitas, seguramente redundará en más daño a la persona abusada. También hay que evitar el otro extremo: que la agresión se dirija contra sí misma o sí mismo. Y estamos entonces ante el problema del suicidio. Y, cuando a la desvalorización personal se suma drogas o delincuencia, la recuperación resulta mucho más difícil. No imposible, pero sí más difícil.

Pongamos otro caso, esta vez con niños. Es mucho más frecuente escuchar del incesto y del abuso sexual contra las niñas. Pero ese es otro mito que es necesario romper. El abuso en niños varones es más frecuente, mucho más frecuente, de lo que imaginamos. En una ocasión atendí a tres niños de 5, 6 y 7 años. El papá de los niños había puesto la denuncia. Los tres habían sido abusados por el mismo hombre, el padrino de los tres. La primera vez que narraron lo que les habían hecho fue conmigo. Fue muy doloroso escuchar a niños tan chiquitos dar relatos tan crudos, tan claros, del abuso que habían sufrido. Me inquietó escuchar al niño de siete años advertirme: "Mira, lo que te va a decir ése, el más chiquito, es puro cuento, porque a él si le gustaba que se la metieran". Y al hablar con el niño de cinco años, él lloraba porque no quería que le pasara nada a su padrino, lo quería mucho. Con el niño más chiquito aquel tipo había hecho un trabajo particular. Había logrado que el niño deseara el abuso y hasta que sintiera placer. Y esto, hay que decirlo, es muy frecuente en niños y niñas.

Esta es, posteriormente, una de las dimensiones más difíciles de superar. Al vincular afecto y abuso, se confunde en una mente en desarrollo qué es el amor y qué es el placer. Posteriormente será muy difícil comprender que la plena responsabilidad fue la del adulto. La víctima se auto-culpará a sí misma: "yo fui el responsable", "la culpa es mía". Y después: "Si desde pequeño era así...", "No valgo nada, no merezco nada"...

- **CRITERIO DESDE LA MEDICINA – Dr. Ismael Barrios Fernández**

En las violaciones no siempre se emplea la fuerza física, y las lesiones corporales no son una consecuencia inevitable. Se sabe que suelen producirse defunciones asociadas con la violación en caso de niños, aunque su prevalencia varía considerablemente de un lugar a otro. Entre las consecuencias más comunes de la

violencia sexual cabe mencionar las relacionadas con la salud reproductiva y mental y el bienestar social. Algunas consecuencias que se pueden nombrar son:

- *El embarazo y las complicaciones ginecológicas en niñas, se comprobó que para las víctimas a partir de los 10 u 11 años de edad existe una posibilidad de embarazo asociado con una violación. En muchos países, las mujeres violadas se ven obligadas a no tener el niño para no poner en riesgo sus vidas.*
- *Enfermedades de transmisión sexual, la infección por el VIH y otras enfermedades de transmisión sexual son algunas de las consecuencias reconocidas de la violación.*

Los efectos físicos inmediatos del abuso sexual pueden ser fracturas, infección vaginal o anal, dolor o ardor al orinar, incomodidad al sentarse, hemorragias o hasta la muerte. En algunos casos los efectos físicos son temporales, sin embargo, el dolor y sufrimiento que ellos causan a un niño no deben ser descartados. Mientras tanto, el impacto a largo plazo del maltrato de niños, niñas o adolescentes en la salud física es solo comenzando a ser explorado como ser:

20. PLANTEAMIENTO DE LA NUEVA PENA

Del examen realizado sobre la percepción social de la actual pena establecida al delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes, se puede evidenciar que ésta no es aceptada plenamente. El impacto social de este delito conlleva a que la fuente material de la norma (la sociedad) clame por sanciones mucho más duras que las actuales. De igual forma se ha descartado y se ha limitado, de alguna manera, la implementación de penas que sobrepasen los cánones mundiales en cuanto a normas sobre Derechos Humanos; haciendo hincapié en que no existen bases jurídicas para la aplicación de la pena capital y la pena de prisión perpetua. Finalmente, la necesidad de cambiar la actual pena sobre violación en el Art. 308º Bis incumbe a la edad de la víctima, se ha fundamentado en el estudio referido a la eficacia misma de la pena en lo referido a sus alcances y fines. Mostrando que la actual pena no cumple con el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, la monografía plantea que la pena actual sea elevada en 5 años, de esta forma se tendría una pena

de 20 a 25 años de presidio. Esto en virtud de sumar automáticamente los 5 años que se establecen en el Art. 310 referido a las agravantes en el delito de violación sexual de niño, niña o adolescente tipificado en el Art. 308 bis del Código Penal Boliviano, el mismo que actualmente impone la pena de 15 a 20 años de presidio.

20.1. PROPUESTA DE LA NUEVA PENA

LEY Nº...

LEY DE 03 DE JULIO DE

2013

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Por cuanto, el Honorable Congreso Nacional, ha sancionado la siguiente Ley: EL HONORABLE CONGRESO NACIONAL, DECRETA: ARTÍCULO ÚNICO. Modifíquese el Artículo 308 bis, en el Capítulo I, del Título XI, del Código Penal, el cual tipifica el delito de -violación de niño, niña o adolescentell quedando redactado de la siguiente manera:

-ARTÍCULO 308 Bis. (VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE). Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de catorce (14) años. Penetracion anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince (15) a veinte (30) años, sin derecho a indulto, asi 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 (12) años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.

Remítase al Poder Ejecutivo, para fines constitucionales.

Es dada en la Sala de Sesiones del Honorable Congreso Nacional, a los... días del mes de de dos mil... Fdo...

Por tanto, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley de la República.

Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz, a los...días del mes de dos mil...años.

21. PRESUPUESTOS SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE PENA

No se puede incurrir en el error lógico de esgrimir un sin número de datos científicos y doctrinales para hacer una propuesta sin rigor teórico ni fundamentación

técnica, por lo que es necesario que no se prejuzgue el trabajo como una propuesta arbitraria, ya que se fundamenta en parámetros que se expondrán en este título.

Actualmente el Código Penal, en lo referido al delito de violación sexual (308, bis, ter,) va relacionado con el tema de las agravantes, Artículo 310 del Código Penal, que establece ciertas condiciones bajo las cuales se entiende que la violación sexual es un delito grave, con lo cual se aumentaría a la pena impuesta al delito de violación cinco años más de presidio.

Sin embargo, y esta es la parte fundamental de la monografía, se considera que tomar en cuenta a las agravantes en un delito de las características de la violación sexual de niños, niñas o adolescentes no tiene razón de ser ni se justifica bajo ningún parámetro científico.

Esto se puede evidenciar en lo siguiente: entre las agravantes enumeradas en el Art. 310 se tiene al inc. 2) el cual se refiere al daño psicológico, el inc. 6) referido a los medios, en cuanto a si estos podrían conducir a la muerte de la víctima; y finalmente el inc. 7) que considera las condiciones vejatorias y degradantes en el momento de la violación sexual. Al respecto debe plantearse una pregunta esencial ¿no constituyen los incisos mencionados características inherentes al delito de violación sexual de niños, niñas o adolescentes?

En los capítulos previos y según las entrevistas realizadas a especialistas en la materia, se ha podido demostrar que cuando se da el caso de una violación sexual de un niño, niña, adolescente, el daño psicológico se presenta de manera inevitable, siendo que ningún niño, niña, adolescente puede comprender el sentido sexual de tal conducta. De un daño psicológico de esta naturaleza se debe saber que tienen sus repercusiones durante todo el desarrollo normal del individuo, ya sea en la formación de una familia como en la relación dentro de ámbitos sociales y laborales. Por lo tanto, no sólo se toma en cuenta que el daño psicológico de la violación sexual de un niño, niña, adolescente es inherente a este acto y es imposible que no ocurra, sin considerar que este daño es más permanente e involucra la vida psíquica normal de la víctima dura. De igual forma y en virtud de las opiniones médicas recabadas en la presente investigación se ha podido establecer en el inc. 6 del Art. 310, que tampoco puede ser considerado una agravante a determinar, siendo que en los casos de

violación sexual de menores es un aspecto inherente al acto mismo. Las opiniones médicas ilustran en cuanto es evidente que la capacidad física y fisiológica de un niño, niña, adolescente no es de ninguna forma apta para la agresión que representa la violación sexual, lo cual significa que en un hecho de violación sexual de niños, niñas o adolescentes el peligro de muerte es imposible que se evite. Por otro lado, la capacidad física del menor, la cual está en obvias desventajas con respecto a la del agresor, impide cualquier tipo de resistencia derivando esto en un mayor riesgo; riesgo que no es otro que el de perder la vida.

En el caso del inc. 7 del Art. 310, no hace falta mayor argumentación siendo que las condiciones degradantes y vejatorias en los casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes se van a justificar en los incisos que se han desarrollado previamente. Por un lado, estas condiciones vejatorias son producto de la incapacidad psíquica del niño, niña, adolescente para poder entender, discernir y explicarse la agresión de la cual ha sido víctima, por otro lado, la incapacidad física de poder sobreponerse, tanto como poder soportar la violación sexual.

El problema sobre todos los puntos mencionados está relacionado principalmente con: las agravantes al ser un tema a determinar fuera de la violación sexual misma; es decir, que si bien dentro de un proceso puede establecerse la culpa, en un caso de violación sexual, si existiesen agravantes, estos serían aspectos diferentes e irían a determinarse dentro del mismo proceso, pero con la posibilidad de que no se pueda al final, ya sea por las limitaciones investigativas o por maniobras procesales, probar la existencia de las mismas.

ELEMENTOS DE CONCLUSION

22. CONCLUSIONES

Mediante el estudio se acepta la *necesidad de incrementar la sanción dentro el Código Penal Boliviano en los delitos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes con el fin equilibrar la pena con el daño causado a la víctima*, considerando que cuando ocurre dicho acto se producen las condiciones vejatorias como producto de la incapacidad psíquica del niño, niña, adolescente para poder entender, discernir y explicar la agresión de la cual ha sido víctima, por otro lado, la incapacidad física de poder sobreponerse, tanto como poder soportar la violación sexual existiendo la posibilidad de muerte ante la misma, acciones que justifican de plena manera considerar a las agravantes como inherentes al hecho.

Con la implementación de la nueva pena (15 a 30 años) se evita un error normativo, en cuanto a probar las agravantes en casos de violación sexual de niños, niñas o adolescentes; con la nueva pena se entiende que estas son inherentes al hecho, debiéndose incrementar automáticamente 10 años de presidio que establecen las agravantes; con esto, no sería necesario demostrar en el proceso que han existido determinados elementos que agraven el caso.

Por otro lado, con una pena incrementada en diez años, se satisface el interés social sin incurrir en aspectos problemáticos dentro del ámbito normativo y humanitario. Más aun este incremento de la pena restituye, bajo un fundamento plenamente científico, allana y delimita la naturaleza de las normas penales referidas al tema de violación sexual.

Dentro lo que significa el proceso mismo, darle el realce suficiente al tema de la violación sexual de niños, niñas o adolescentes, asumiendo automáticamente las agravantes, hace posible que el tribunal juzgue de manera apropiada el hecho, tomando en cuenta aspectos tales como el trastorno psicológico, daño físico y el atentado directo contra la vida del niño, niña o adolescente. Esto hace posible que la sociedad y los órganos jurisdiccionales sean consientes de la delicada situación de la

victima dentro del proceso a fin de precautelar, aun más, su integridad y de la verdadera significación y connotación de un acto de violación sexual a un niño, niña o adolescente de 14 años. Siendo que no es una pena extrema, también constituye un beneficio al autor del delito, que por causa de inimputabilidad debiera estar recluido en un centro médico y no en un recinto penitenciario. Una pena como la que se propone, da pie a que su caso sea debidamente revisado cuando el sistema penitenciario realice las reformas que le son imperantes.

Finalmente, y puesto que en un sentido material la pena que se plantea significa un incremento sustancial a la actual, se constituye en un instrumento que tiende a evitar futuras conductas de esta naturaleza como que también es un inhibidor de actitudes reincidentes alcanzado la función de la pena en cuanto a la prevención del delito.

23. RECOMENDACIONES

Las siguientes recomendaciones se refieren a la posibilidad de efectivizar la monografía y de las condiciones para ello necesarias; sin embargo, las recomendaciones también están dirigidas a los receptores del presente trabajo, a fin de facilitar su comprensión y posibilitar su juicio dentro de parámetros pertinentes según el tema, metodología, y enfoque de la monografía.

A fin de establecer la relación causal manejada es necesario que la norma enuncie el por qué de los diez años que se suman a la pena, es decir establecer que los mismos existen en consideración de las agravantes como hechos tácitamente implícitos en la violación sexual de niños, niñas y adolescentes. De ese modo se evita la apariencia discrecional y poco rigurosa que podría tener la norma; dicho de otro modo hay que señalar el por qué cinco años y no seis dentro de la propia norma.

Por otro lado, la relación entre los diez años adicionales y las agravantes inherentes al hecho de violación de niños, niñas y adolescentes, se establece en el presente trabajo, de ahí que se recomienda observar los criterios que sustentan la cual no puede ser reducida a la formulación de una relación a priori de las agravantes y el delito en cuestión. Dicho de otro modo, si bien existe una relación establecida dentro

de este trabajo entre las agravantes y el delito de violación de niños, niñas y adolescentes, el tiempo establecido para el delito corresponde a hechos y criterios prioritariamente médicos.

Cabalmente la monografía se plantea con un fundamento extrajurídico, es decir no es meramente normativo, por lo tanto no se limita a un estudio dogmático, ni meramente doctrinal. Mucho podría decirse sobre el delito de violación en general y sobre el delito de violación de niño, niña y adolescente en particular desde una perspectiva histórica, doctrinal, social, etc. Por, supuesto, la monografía no carece absolutamente de exámenes de tipo doctrinal, e histórico, sin embargo no se sostiene en ellos; enfoques sobre aspectos jurídicos del delito en contextos foráneos a Bolivia no aportan absolutamente nada; considerando que trabajos de este tipo y en general todo trabajo científico se enfoca en los presupuesto y hecho que puedan sostener. Y no se entienda mal cuando se dice que la monografía es extrajurídica, este fenómeno es posible en la medida en que la norma requiere o se remite a ciencias auxiliares, como la medicina, para plantear sus postulados. En nuestro caso los daños (morales y físicos) producidos por la violación sexual de niños, niñas y adolescentes, no se puede establecer por juristas, sino por aquellos quienes pueden evaluar dichos daños, como los profesionales médicos; en ese sentido, y solo en ese sentido, la monografía es extrajurídica.

Es evidente que toda norma jurídica tiene su correlato en la sociedad, y por supuesto, en una sociedad concreta; atrás quedaron las aspiraciones de poder crear normas de alcance global. En el caso particular del delito este existe, se realiza en un medio social; de ahí que sea tan importante en esta monografía considerar aspectos de hecho de nuestro contexto; por lo tanto no quedan sin razón de ser estudios globales sobre la problemática del delito de violación en nuestro país. De igual modo toda norma existe en relación con otras en un sistema normativo objetivo nacional, es decir comprende parte de un conjunto de normas interrelacionadas existentes en Bolivia; por lo tanto acaso solo es ilustrativo, dentro de este trabajo, el presentar normas extranjeras vinculadas al delito de violación de niños, niñas y adolescentes; y no se entienda que las mismas sean de carácter fundamental dentro

de la monografía ya que basar nuestros fundamentos, sabiendo que el objetivo es modificar una norma concreta, en una norma penal extranjera, no solo es metódicamente inadecuado sino poco científico.

En cuanto a los datos estadísticos presentados hasta aquí no pueden ser evaluados u observados como elementos determinantes, siendo que no se trata de una monografía cuantitativa, sino cualitativa, el objeto de presentar datos estadísticos acerca del delito de violación es mostrar las tendencias para interpretarlas. Utilizando un ejemplo si queremos saber si alguien fuma menos durante un año, no es necesario saber exactamente cuándo cigarrillos fuma cada día, sino más bien observar los datos en periodos de tiempo, es decir observar el conjunto, a fin de interpretar si el sujeto fuma menos o no; lo mismo sucede en este trabajo donde los datos estadísticos ilustran las tendencias en nuestro medio sobre el delito de violación, no como tipo penal específico, sino como conducta.

Finalmente, si bien la monografía, no está fundamentada en la esfera específicamente doctrinal jurídica, encuentra sus delimitaciones de esta. De ahí que la monografía sea absolutamente jurídica, se plantea dentro de los parámetros jurídicos de nuestro contexto normativo y este dentro del contexto normativo internacional. Por lo tanto, no se ha querido plantear específicamente penas como la pena capital o la cadena perpetua, principalmente porque las mismas no son parte de nuestro contexto normativo y no coinciden con tratados internacionales ratificados sobre el tema. De ahí que el planteamiento sea viable, posible en el marco positivo a corto plazo.

BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, César, -De los delitos y de las penas, Ed. Española, 1879, Madrid.
- Beccaría, Marqués de, -Tratado de los delitos y de las penas, Ed. Argentina, 1945, Buenos Aires.
- Garofalo, R., -La criminología, Ed. Umer, 1912, Madrid.
- Garraud, R., -Traite théorique et pratique du Droit Penal Français, tomo I, 1913, París.
- Gómez, -Tratado de Derecho penal, Edit. Argentina, 1940, Buenos Aires.
- Hegel, G. Wilhelm Friedrich, -Enciclopedia de las Ciencias del Espiritual, Ed. Alianza, 1997, Madrid.
- Hernández, -Metodología de la Investigación, Ed. Mc GrawHill, 2003, México. 1937", Revista de Derecho Penal, 1948, Buenos Aires.
- Kant, Immanuel, -Metafísica de las costumbres, Ed. Aguilar, 1993, Madrid. Listz Franz, von, -Tratado de Derecho penal, tomo III, 1929, Madrid.
- Marcos, Herrera, "Consentimiento en los delitos contra las personas", Ed. La Ley, 1968, Buenos Aires.
- Mezger, Edmundo, -Tratado de Derecho Penal, Ed. Española, 1949, Madrid.
- Montes, Jerónimo, -Precursores de la ciencia penal en España, Ed. Americas, 1911, Madrid. Muñiz, Rafael, "Marketing en el siglo XXII, Centro de Estudios Financieros, 2006, España. Norberto Bobbio, -El concepto de libertad en la teoría política, Edit. Salva, 2006, México. Orts Berenguer, Enrique, "El delito de violación", Edit. Derecho Reunidas S.A., 1993, Madrid.
- Policía Nacional, -Casos atendidos de violación, estupro y abuso deshonesto, 2000-2007, La Paz.
- República de Bolivia, -Código Penal, Decreto Ley N 14426 de 23 de agosto de 1972
- República de Bolivia, -Código Penal, Ley 1768, modificaciones por la Ley 2033 de 29 de octubre de 1999.
- www.Consultoriojuridico.com

- República de Bolivia, –Constitución de la República Boliviana, 22 de Noviembre de 1826, Chuquisaca.
- www.Comentariosjuridicos.com
- República de Bolivia, –Constitución Política de la República de Bolivia, 26 de octubre de 1839, Chuquisaca.
- República de Bolivia, –Constitución Política de Bolivia, 9 de octubre de 1871, La Paz.
República de Bolivia, –Constitución Política del Estado, 28 de julio de 1961, La Paz.
República de Bolivia, –Nueva Constitución Política de Bolivia, octubre de 2008, La Paz.

ANEXO. PROCESO LEGISLATIVO

El proceso legislativo es el método más rápido para la creación de una norma, en comparación con el proceso consuetudinario.

Según la Nueva Constitución Política del Estado el proceso legislativo desde la proposición del proyecto de ley hasta su promulgación es:

- a) Iniciativa legislativa, se refiere a quienes tienen la facultad de proponer al poder legislativo un anteproyecto de ley. Estos son: ciudadanas y ciudadanos, los asambleístas en cada una de sus cámaras, el órgano ejecutivo, el tribunal supremo, y los gobiernos autónomos.
En nuestro caso se podría recurrir con la iniciativa a la cámara de diputados en alguna de sus comisiones como la de derechos humanos, o simplemente acudir a un diputado.
- b) Presentación del anteproyecto de ley, como dijimos antes, el proyecto se presenta a la cámara de diputados y es derivado a una de las comisiones.
- c) Aprobación en la cámara de diputados, luego que la iniciativa a pasado a la comisión esta la examinara y presentara un informe, luego se tratara la iniciativa para su aprobación en la cámara de diputados en plenaria.
- d) Discusión, el proyecto de ley pasara, una vez aprobado en la cámara de origen, pasara a la cámara revisora (cámara de senadores) para que esta lo evalúe, una vez aprobado pasa para su promulgación al poder ejecutivo.
- e) Promulgación, esta se hará a través del Presidente de la República.
- f) Publicación, es la etapa final del proceso legislativo, y tiene como fin la socialización de la norma dándole la vigencia del caso.

Artículos 162 al 164 de la Nueva Constitución Política del Estado.

ARTICULO DE PRENSA

EL DEBER , Jueves 15, junio de 2006, Christian Peña y Lillo H.

Piden cadena perpetua para asesinos y violadores Constituyente. De los 12 grupos políticos que buscan participar en la Asamblea, ocho proponen que se cambie la pena máxima de 30 años. Creen que se deben sumar los años de delito. No a la pena de muerte Ocho de los 12 frentes que presentaron candidatos en Santa Cruz para la Asamblea Constituyente propusieron la modificación del artículo 17 de la Constitución Política del Estado, a fin de que la pena máxima de 30 años de prisión que establece la carta magna, se transforme en cadena perpetua.

De acuerdo con la CPE, la pena máxima de prisión que se concede a las personas que hubieran cometido asesinato, parricidio o traición a la Patria es de 30 años sin derecho a indulto. Las propuestas de ASI, APB, AYRA, CN, MAS, Tradepa, UN y Podemos consisten en que para estos delitos la condena sea la cadena perpetua.

Consideran que de esta manera el implicado en estos casos moriría detenido. Además, dejan de lado el pedido que hacen las víctimas de estos hechos de sangre, que en multitudinarias marchas han planteado que en Bolivia se implante la pena de muerte, como ocurre en algunos estados de Estados Unidos.

Para el director de la Pastoral Social Cáritas (Pasoc), Mauricio Bacardit, la incorporación de la pena de muerte en nuestra constitución es rechazada totalmente por la Iglesia. -El asunto de la cadena perpetua es relativo, ya que si un asesino de más de 40 años es condenado a prisión por 30 años sin derecho al indulto, prácticamente moriría detenido, opinó el sacerdote, quien aclaró que su posición es personal.

Otro aspecto que se considera al momento de negar la posibilidad de instaurar la pena de muerte, es que en el Pacto de San José de Costa Rica se establece en el artículo 5 la prohibición de aplicar la pena de muerte en los 22 Estados integrantes, entre ellos Bolivia. Sin embargo, hay disidencia dentro de los aspirantes a constituyentes. La agrupación ciudadana AAI y la alianza política A3-

MNR plantean cambiar la norma actual por la figura de la acumulación de los años de reclusión por delitos cometidos.

Bajo esta lógica, se puede pensar que cuando un individuo cometa un atraco a mano armada y luego viole, su condena se produzca en función a la sumatoria de los años de prisión que contempla cada delito. Vale decir, que esta persona purgaría una condena de 20 años por violar y 10 más por atracar.

Sin embargo, este modo de computar las penas actualmente no se realiza. Ya que si una persona roba y luego viola, será juzgada por el delito que tenga más años de prisión, dejando de lado el otro sin importar la gravedad del hecho.

Los otros dos frentes que buscan un espacio en la Constituyente por el departamento -MACA y MIR-NM-, sugieren que el texto constitucional actual del artículo 17 no se cambie. Consideran que al existir la especificación de que a los asesinos, parricidas y traidores a la Patria se les niega el indulto, implica que no obtendrán la libertad bajo ninguna concesión penitenciaria. Sólo es necesario hacer cumplir a cabalidad las normas jurídicas actuales.

Modificaciones del artículo 17 de la CPE

A3-MNR

Que las penas por cualquier tipo de delito cometido sean acumulativas. No apoyan la posibilidad de aplicar la cadena perpetua como sentencia máxima al asesinato, parricidio y traición a la Patria.

APB

Plantea la aplicación de la cadena perpetua en los delitos de asesinato, violación seguida de muerte y en todos aquellos hechos que son ejecutados con premeditación. Debe aclararse la interpretación de traición a la Patria.

ASI

Propone que la pena máxima sin derecho a indulto sea la cadena perpetua, en los hechos que actualmente se consignan en el artículo 17 de la Constitución Política del Estado, con la inclusión de la violación seguida de muerte.

MACA

No está de acuerdo con la aplicación de la cadena perpetua ni tampoco con la pena de muerte. Considera que se debe mantener el texto constitucional como está actualmente, donde se establece que la pena máxima de prisión es de 30 años.

MAS

Sugiere la implantación de la cadena perpetua a los asesinos y violadores; además de aquellas personas que cometan delitos graves en la sociedad. No está a favor de la pena de muerte, ya que consideran que nadie puede quitarle la vida a otra persona, sólo Dios.

Ayra

Están de acuerdo con la implantación de la cadena perpetua como castigo máximo a los violadores y asesinos. Además propone la castración química a las personas que abusen de las mujeres. Que se mantenga en 30 años la pena para los traidores a la Patria.

Tradepa

A los que violen a niños o niñas, niñas o adolescentes y provoquen la muerte en un asalto o atraco, se les debe aplicar la cadena perpetua en prisión como pena máxima por el delito cometido. No está a favor de implantar la pena de muerte.

Mir-nm

Hay un principio que es eliminar la pena de muerte en el mundo y bajo este criterio no se modificaría ningún cambio, manteniendo como pena máxima los 30 años de presidio, pero eliminando las concesiones carcelarias que tienen los reclusos.

Aai

Sugiere la acumulación de las penas por delitos como el robo agravado, la violación y el asesinato. No apoya la cadena perpetua, ya que con la sumatoria de los años en prisión por algunos hechos, el condenado puede quedarse preso de por vida.

CN

Está a favor de la aplicación de la cadena perpetua en los casos de asesinato, parricidio, violación seguida de muerte y traición a la Patria. Sugiere que en la definición de este último delito, se incluya a las autoridades de Gobierno que cometan actos de corrupción.

Podemos

Propone que la pena máxima dentro el país sea la cadena perpetua, en todos aquellos hechos graves como la violación seguida de muerte, el asesinato, el parricidio y la traición a la Patria. Consideran que debe actualizarse la interpretación de este último

delito.

Un

La cadena perpetua debe entrar en vigencia con los cambios en la Constitución Política del Estado, para aquellas personas que violen, maten a sus padres, asesinen o traicionen a la Patria. No está a favor de la pena de muerte ni de la castración a los abusadores.

No será fácil su aplicación - William Herrera / Abogado constitucionalista

La Asamblea Constituyente tendrá la potestad de hacer estos cambios, que de ocurrir provocarán una modificación inmediata del actual Código Penal. Hay que ver la cantidad de consensos que se pueden encontrar, pero en mi criterio, la delincuencia no se resuelve con aplicación de un aumento en la cantidad de años de prisión y menos con la posibilidad de implantar la pena de muerte. El Código Penal boliviano prohibió aceptar la pena de muerte, luego de conocer varias posiciones sobre el tema y respaldándose en tratados internacionales sobre los Derechos Humanos. La otra propuesta que hacen los candidatos sobre la posibilidad de acumular las penas por los delitos cometidos, la veo más racional y con más posibilidades de aplicarse. Sin embargo, es otra medida extrema, situación que influye de forma negativa considerando la importancia de los tratados internacionales, cuya corriente ideológica sobre el respeto a los Derechos Humanos es fuerte. No será fácil introducir estos cambios en el país.

Las normas vigentes

Artículo 17 de la CPE. No existe la pena de infamia ni la de muerte civil. En los casos de asesinato, parricidio y traición a la Patria, se aplicará la pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto. Se entiende por traición la complicidad con el enemigo durante el estado de guerra extranjera.

Pacto de San José de Costa Rica. Bolivia es parte del Pacto de San José de Costa Rica desde el

19 de julio de 1979, fecha en que depositó su instrumento de ratificación. En la actualidad comparte ese estatus con 22 estados de América. Este tratado, al que está sujeta nuestra normativa jurídica, indica en su artículo 4 que está prohibida la

implementación de la pena de muerte.

Violación. De acuerdo con el Código Penal en su artículo 308, la violación es penada con un máximo de 25 años de prisión, aunque sí de este hecho se produjera la muerte, el delito es considerado asesinato.