

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Revisión histórica-dogmática de la legislación boliviana

NICOLÁS CUSICANQUI MORALES



La Paz, Bolivia
2010

C ESTUDIO JURÍDICO
CUSICANQUI & Asoc.


cursosenbolivia.com

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Revisión histórica-dogmática de la legislación boliviana



NICOLÁS CUSICANQUI MORALES

nicolascusicanqui@hotmail.com

RESUMEN:

Extracto de la Obra “Evolución Histórica del Delito de Violación en la legislación boliviana 1834 -1999”. Contiene los siguientes puntos:

(I) Justificación; (II) Antecedentes de la Ley Nº 2033 de 29 de octubre de 1999; (III) Características de la ley de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual; (IV) El delito de violación, y el ejercicio de la acción penal; (V) El delito de violación en la Ley Nº 2033; (VI) Interpretación dogmática del delito de violación; (VII) La violación de niño, niña o adolescente; (VIII) violación en estado de inconsciencia; (IX) El estupro; (X) Agravación en los delitos contra la libertad sexual; (XI) Abuso deshonesto

PALABRAS CLAVES:

Derecho Penal Boliviano, Reforma Penal, Delitos, Libertad Sexual, Violación, Niño, Niña o Adolescente, Estupro.

COMO CITAR:

CUSICANQUI MORALES, Nicolás. “Delitos contra la Libertad Sexual – Revisión histórica-dogmática de la legislación boliviana”
La Paz-Bolivia, 28 de octubre de 2010

**LA PAZ, BOLIVIA
OCTUBRE DE 2010**

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Revisión histórica-dogmática de la legislación boliviana

Nicolás Cusicanqui Morales¹

(I) Justificación; (II) Antecedentes de la Ley N° 2033 de 29 de octubre de 1999; (III) Características de la ley de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual; (IV) El delito de violación, y el ejercicio de la acción penal; (V) El delito de violación en la Ley N° 2033; (VI) Interpretación dogmática del delito de violación; (VII) La violación de niño, niña o adolescente; (VIII) violación en estado de inconsciencia; (IX) El estupro; (X) Agravación en los delitos contra la libertad sexual; (XI) Abuso deshonesto

(I)

JUSTIFICACION

Al comenzar estas líneas, es necesario justificar el porqué de la presente publicación, ya que en realidad la misma se trata de una redición de algunos extractos de la obra “Evolución Histórica del delito de Violación en la legislación boliviana”², que en su momento tuve la oportunidad de escribir y que ahora considero pertinente volverlos a exponer.

Para nadie puede ser indiferente que la legislación boliviana está en proceso de cambio, y en esencial reflejado en el Derecho Penal. En esta avalancha legislativa, con una amplia cobertura mediática y poca participación académica, o dicho de

¹ El autor, es Abogado titulado de la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz, Bolivia), con estudios de Postgrado en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Docente Universitario, miembro Titular de la Sociedad Boliviana de Ciencias Penales, y Miembro Honorario e Integrante del Consejo Consultivo del Instituto de Investigación y desarrollo de Ciencias Jurídicas y Políticas “Carlos María Romeo Casabona (Grupo Cromeo - Perú).

Las opiniones vertidas en el presente trabajo, son de responsabilidad única del autor, y no comprometen a las instituciones que forma parte.

² Cfr. Cusicanqui Morales, Nicolás. “Evolución histórica del delito de violación en la legislación boliviana 1834-1999” (2ª edición) La Paz – Bolivia 2007.

otra manera, sin que lo académico pueda influenciar lo suficiente sobre las razones políticas, es necesario hacer un retrospectiva sobre los motivos que llevaron al legislador histórico para promulgar la Ley N° 2033 de 29 de octubre de 1999 “Ley de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual”.

En este intento, se debe recurrir a un análisis histórico-dogmático para entender cómo se produjo la ampliación de los conceptos de violación y su agravación de penas. Por otro lado, entender porque el legislador de entonces prefirió disgregar el tipo central de violación y dividirlo en figuras autónomas, tal el caso del delito de Violación de niño, niña o adolescente y en su segunda parte, fincando las reglas de la exención de pena en casos de relaciones sexuales entre adolescentes, tema que en estos días ha generado un amplio debate, olvidándose que esa problemática, ya fue motivo de discusión del legislador de 1999, y que sus razones se expresan en el *Redactor del Poder Legislativo* de aquella época, y que también -de alguna manera- se trataron en la obra que hoy extractamos.

Por otra parte, -y en relación a los actuales cambios legislativos- se hace patente que hemos olvidado la riqueza de nuestra historia jurídica y los hitos que ha formado, y tampoco hemos sometido a juicio serio su pertinencia o supervivencia en aquello que es posible, y terminamos redactando nuevas leyes con el solo aditamento de la agravación de la pena de los delitos existente. Con tal actitud, parecería que el legislador histórico solo tuvo yerros al momento de determinar legislativamente el *quantum* de la pena.

Ahora bien, el abandonar el debate dogmático sobre la ley penal –y sustituirlo por la simple descomposición del tipo penal- solo ha ocasionado que la sociedad y la clase dirigente vean a la normativa penal como débil y fácil de ser cambiada por el puro rédito político del proyectista de turno.

Es en ese sentido, que al no haber arrojado a nuestros tipos penales con elementos doctrinales irrefutables o de una interpretación dogmática seria de sus elementos objetivos, subjetivos y normativos, ha hecho posible que su estructura sea fácilmente conmovida con argumentos simplistas y demagógicos de quienes nos representan en el Poder. En este triste camino, se ha hecho más fácil para el legislador actual, prescindir de la doctrina, de la historia, o de la opinión del Poder Judicial, el vendernos el discurso penal como argumento para mejorar nuestras vidas. Sin embargo, la resolución de los conflictos de la sociedad, no se solucionan con la oferta de medidas punitivas, ya que estos problemas deben ser

solucionados en otros niveles como el de la política social, de la economía, o con otras formas –no punitivas- de evitar el delito.

Es ese el motivo, por el cual extractamos algunos pasajes de la obra mencionada, no con el afán de darle publicidad al texto citado, sino más bien con la expectativa de despertar a una visión crítica del desarrollo de la Reforma Penal en Bolivia y retomar el cauce de un tratamiento científico de la problemática penal.

(II)
ANTECEDENTES DE LA LEY Nº 2033
DE 29 DE OCTUBRE DE 1999

³El año 1999, ocurrió un trágico delito de violación con muerte de una menor.⁴ Este indignante delito, hizo que la sociedad y sus fuerzas vivas reclamaran al

³ Cfr. Ob. Cit. Pág. 77.

⁴ De los muchos casos de violación y muerte de menores, Bolivia recuerda con pena e indignación algunos hechos por demás trágicos: El primero suscitado en 1972 en las que Melquíades Suxo y su hijo, violaron y dieron muerte a la niña de cuatro años María Mamani L., delito que mereció la pena de 10 años al hijo del principal autor y la de Pena de Muerte para Melquíades Suxo. Este hecho que sucedió en el Gobierno de Bánzer y en la vigencia del D.S. Nº 09980 de 5 de noviembre de 1971 que reeditaba la Pena de Muerte, fue el fundamento legal para que el Presidente de la Republica haga conocer al Juez de la causa, que se dé cumplimiento a la Sentencia, ordenándole que diez policías fusilaran a Suxo en la madrugada del jueves 30 de agosto de 1973 en el paredón de la Cárcel de San Pedro; luego de esa ejecución se suprimió la Pena de Muerte en nuestra legislación.

El segundo caso fue la violación y muerte en 1986 del menor Álvaro Tavera Nava, del cual su victimador después de ser Sentenciado terminó ahorcándose en la Cárcel de San Pedro.

El tercero y del cual el Gobierno se vio obligado a modificar los delitos sexuales, a través de la Ley Nº2033. El hecho se suscito el 27 de agosto de 1999, en el que la niña de diez años Patricia Flores, desapareció misteriosamente de la Escuela Fiscal “Vicente Juaristi Eguino” y fue encontrada muerta, golpeada y violada el día martes 31 de agosto en el depósito de material deportivo de su Escuela. Conocieron e investigaron este delito, el Mayor Antonio Catacora, como Jefe de la División Homicidios de la PTJ, Fiscal Adscrito, Dr. Rodolfo Gutiérrez y como Forenses los Drs. Alberto Sagarnaga y Antonio Tórrez Balanza, siendo Jueza de la causa la Dra. Nancy Romero. Se enterró a la menor en fecha 2 de septiembre de 1999, ante un gran cortejo fúnebre compuesto por padres de familia, alumnos y un amplio sector de la sociedad que exigían justicia y seguridad para sus hijos.

El cuarto, y paralelamente a los pocos días de la violación y muerte de la niña Patricia, sucedió en Cochabamba, en la que la menor de doce años Kelly Herbas, fue secuestrada el 1ro. de septiembre de 1999 y encontrada el domingo 12 de septiembre muerta, violada y aparentemente cercenada de una pierna.

El ultimo tiene que ver con la violación y muerte de la niña Estefani Mallcu Aguilar, quien con engaños fue secuestrada de su Colegio por Juan José Poma Pocacoma en fecha 4 de julio de 2005, y conducida al domicilio de Villa Copacabana del agresor, lugar en el que violó y victimó con dieciocho puñaladas a la menor. Posteriormente al hecho el autor, abandonó el cadáver dentro de una bolsa, depositando la misma en un basural de la Ciudad de El Alto. En fecha 27 de agosto de 2005, el autor de tan horrendo crimen fue sometido a proceso abreviado,

Gobierno de turno, la imposición de medidas urgentes contra la delincuencia sexual, entre ellas, reeditando la Pena de Muerte, la imposición de cadena perpetua o la agravación de penas para el delito de violación de menores.

Desde el descubrimiento de la violación y muerte de la menor Patricia Flores, en fecha 31 de septiembre de 1999 y durante el tiempo que media hasta el 29 de octubre de 1999, (fecha de vigencia de la Ley N°2033), el Gobierno del Presidente Hugo Bánzer Suárez tuvo que generar sobre tablas una “solución” frente a los pedidos de la sociedad y de la presión de los medios de comunicación. Dicha búsqueda de soluciones, dividía opiniones de los tres poderes del Estado.

⁵Por ejemplo, para el entonces Ministro de Gobierno, Walter Guiteras debía reeditarse la Pena de Muerte, en tanto que el Vicepresidente de la Republica, Jorge Quiroga y el entonces Ministro de Justicia Juan Chahín, se mostraban contrarios a la restitución de la Pena Capital.

Algunas bancadas parlamentarias como el MIR, a través de su Diputado uninominal, José Luís Paredes, plantearon la reposición de la Pena de Muerte, solicitud que fue respaldada por Fernando Untoja del Movimiento Katarista Nacional y de la Jefa de CONDEPA, Remedios Loza. En cambio los diputados del MNR, Manuel Suárez y del PDC. Benjamín Miguel y del propio Presidente de la Cámara de Diputados Víctor Hugo Carvajal, expusieron su total rechazo ante la referida restitución de la Pena de Muerte.

Asimismo, la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia, la Iglesia Católica, y los entonces ministros de Trabajo y de Justicia (ambos abogados) se pronunciaron en contra de la aplicación de la pena capital y sí a favor de penas más severas para los violadores. A la postre, la agravación de penas fue la propuesta que más terreno ganó en el Poder Legislativo, contando para ello, con el respaldo de la Presidenta de la Comisión de Política Social, la Adenista (ADN) Eliza Zúñiga, y de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial con su Presidente Guido Añez Moscoso.

sentenciándose a Poma Pocacoma a la pena de 30 años sin derecho a indulto.

⁵ La información en relación al caso de la menor Patricia Flores y el ambiente previo a la aprobación de la Ley N° 2033, tiene por fuente las informaciones de la prensa nacional (El Diario, La Razón, La Prensa) generadas entre finales de agosto y finales de octubre del año 1999.

Esta última Comisión, presentó ante la Cámara de Diputados un Informe sobre el *“Proyecto de Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual”* para su correspondiente tratamiento legislativo. Dicho proyecto mereció incluso el interés del propio Presidente de la República para que junto al proyecto del *“Código Niño, Niña, Adolescente”* sea tratado y aprobado de manera urgente.

Es así, que el Poder Legislativo en un periodo corto de tiempo (desde la violación de la niña Patricia Flores), trabajó intensamente para considerar el Proyecto de Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Sexuales.

El mencionado informe de la Comisión de Constitución, hacía referencia en sus antecedentes que ya *“...en fecha 9 de marzo de 1999, la H. Cámara de Diputados aprobó en grande el Proyecto de Ley Nº 197/98-99, de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual, el que fuera remitido en fecha 12 de marzo a vuestra Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, para su tratamiento y análisis en detalle...”*⁶

⁶ H. CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de Comisión. “Asunto: Proyecto de ley de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual”, Impresión de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial” de la Cámara de Diputados. La Paz – Bolivia 11 de octubre de 1999.

Asimismo dicho Informe de Comisión decía: “...En cumplimiento de este mandato vuestra Comisión de Constitución, realizó una labor de consulta con diversas instituciones y entes gubernamentales interesados y vinculados con el tema. De esta manera y dentro de la tarea de consulta se realizaron reuniones con representantes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de la Defensoría del Pueblo, Fiscalía del Distrito de La Paz, Brigada de Protección a la Familia, representantes de la Universidad Católica y de la Universidad Mayor de San Andrés, miembros del Colegio Médico y Colegio de Abogados de La Paz como el Colegio Nacional de Abogados, representantes de Defensa de los Niños Internacional (DNI), a la vez se recibieron, del Ministerio de Salud las sugerencias de manera escrita.

El trabajo de vuestra Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, estuvo encaminada a elaborar una norma que sin alejarse de la realidad que vive nuestra sociedad, refleje los lineamientos generales contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, el respeto a la Constitución Política del Estado, así como a los tratados firmados y a los cuales se ha adherido nuestro país...”.

Finalmente, dicho Informe, fundamenta la agravación de penas, la modificación del delito de violación, estupro y abuso deshonesto, así como la inclusión de un tipo penal específico para sancionar la violación de menores a través del Título “Modificaciones al Código Penal”, luego trata del ámbito de la práctica forense en el Título “Normas procesales de protección a la Víctima”, para terminar con la justificación de por qué el Estado debe proteger a esa calidad de víctimas en el Título “Actuación estatal asistencial”. Debemos recordar que este informe y el proyecto adjunto fue el que se discutió en detalle en la Cámara de Diputados en la Sesión Ordinaria del 14 de octubre de 1999.

Como se dijo antes el mencionado proyecto tenía por base, la agravación de penas, la modificación e inclusión de nuevos tipos penales y sobre aspectos de protección estatal a la víctima de delitos contra la libertad sexual. Es así que en la Sesión Ordinaria del 14 de octubre de 1999, se discutió en detalle el proyecto, del cual ya existía consenso para su aprobación luego de haberse conocido el Informe con las modificaciones realizadas al proyecto original por parte de la Comisión de Constitución.

Si bien el fondo de la discusión versaba sobre el delito de violación en referencia a los menores, sucedió que en dicha Sesión y a propuesta de la Diputada Mabel Cruz, se solicitó que se considere que en la redacción del Proyecto en cuestión, se respete la redacción del tipo penal propuesto originalmente por su persona y agrupaciones de mujeres, que habían concebido que el artículo 308 (violación) sea redactado de la siguiente manera: *“El que empleando violencia física o intimidación tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo, penetración anal u oral o introdujere objetos por cualquier vía, **fuera o dentro del matrimonio**, incurrirá en privación de libertad de 5 a 15 años”*, solicitando expresamente que se reponga y apruebe el texto del delito de violación, incluidas las palabras *“fuera o dentro del matrimonio”*.

Dicha solicitud generó amplia polémica en la Cámara de Diputados, polarizando a los legisladores en torno a quienes pedían dicha inclusión en defensa de las muchas mujeres maltratadas y violadas dentro de su propio hogar por parte de sus esposos y que con impunidad no eran sancionados por un malentendido débito sexual, y por otra parte, quienes fundamentaban su rechazo por las consecuencias familiares, sociales y de índole probatorio para fundamentar una querrela por violación al otro cónyuge; finalmente dicha polémica requirió por parte de la Diputada Miriam Maese, la solicitud de suficiente discusión y proposición de votación nominal *“...para que quede en los registros quien apoya esto y quien no, y quede como un testimonio al movimiento de mujeres...”*⁷.

⁷ Extraído de las grabaciones de la Sesión Ordinaria del Tratamiento de la Ley de Protección a víctimas de Delitos Sexuales de fecha 11 de octubre de 1999. Debe hacerse conocer que no existe publicación del “Redactor” de Actas Públicas del año 1999 y menos aun sobre esta discusión, quedando solamente en archivos (de difícil acceso) las grabaciones de la mencionada fecha, que fueron transcritas por el autor de este trabajo.

Dicha solicitud, fue tratada tal cual se propuso y finalmente la votación quedó de la siguiente manera: Por el sí, 39 votos, por el no 40 y un voto en blanco, consecuentemente la solicitud de incluir el término “*dentro y fuera del matrimonio*” fue rechazada para su inclusión dentro del delito de violación.

Luego de la polémica y discusión generada, que ocupó más tiempo que el total del tratamiento de toda la ley, se fue aprobando el proyecto casi en su totalidad, cuidando de incluir el término “Quien” a todos los tipos que hacían referencia al término “El” (que aludía al género masculino), asimismo, se aumentó el término “fines libidinosos” a la introducción de objetos, y otras modificaciones y explicaciones de carácter más técnico, como el caso de las relaciones consentidas entre menores de edad⁸.

De esa manera en fecha 14 de octubre de 1999, se aprobó dicho proyecto para ser remitido al Senado Nacional para fines Constitucionales de Revisión. Finalmente el 24 de octubre de 1999, el Senado, con modificaciones simplemente de forma sancionó la Ley de Protección a Víctimas de Delitos Sexuales y puesta en vigencia como Ley N° 2033 en fecha 29 de octubre de 1999.

Llama la atención que el Poder Legislativo tuvo que tratar y aprobar una Ley de tremenda importancia, a causa de la presión social y debido esencialmente a las características del crimen de la menor Patricia Flores, batiendo un “tiempo record” de menos de 60 días hasta su publicación y vigencia, siendo que desde la Reforma Parcial del Código Penal el año 1997, se pidió la Reforma Integral de nuestro ley penal, incluidos los delitos sexuales.

⁸ Es ilustrativa la explicación dada por los miembros de la Comisión de Constitución sobre este punto, pero que lamentablemente no fueron conocidas de manera pública por la falta de publicación del respectivo “Redactor” del año 1999.

(III)

CARACTERÍSTICAS DE LA LEY DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

⁹La Ley Nº2033 de 29 de octubre de 1999, cuenta con 19 artículos, los cuales han modificado los delitos de Violación, Estupro, su correspondiente agravación, el Abuso Deshonesto, su Disposición Común, la Corrupción de menores, su agravación, la corrupción de mayores, el proxenetismo y la Prescripción de la Acción.

Asimismo, se ha incluido como delitos nuevos, la Violación de niño, niña o adolescente, la Violación en estado de inconsciencia y el Tráfico de personas. Se han derogado los delitos de Substitución de personas y el de Rufianería.

La Ley, según su artículo primero, tiene por objeto proteger la vida, la integridad física y psicológica, la seguridad y la libertad sexual, objeto que parece amplio, máxime que el Código Penal ya protege la vida y su integridad en su Título VIII, y en cuanto a la indemnidad, todo el sistema penal pretende tal objetivo; finalmente se vuelve a proteger la libertad sexual, fiel a la Reforma del año 1997, pero consideramos que nuevamente se olvidó proteger el *“sano desarrollo sexual de los menores”* por cuanto ese fue el fundamento del tratamiento de la Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Sexuales.

Lo novedoso y por demás útil, radica en el reconocimiento de derechos y garantías a las víctimas de este tipo de delitos, los cuales se refieren básicamente a trece principios, entre los cuales destacan: La posibilidad de que la víctima pueda denunciar el hecho ante el Ministerio Público, Poder Judicial, o Policía Boliviana, así como en asociaciones o fundaciones de protección a este tipo de víctimas; A no comparecer como testigo, al anonimato, a realizarse un examen médico por una sola vez, a la protección de sus familiares y testigos de cargo, así como un tratamiento post-traumático, entre otras medidas.

⁹ Cfr. Ob. Cit. Pág. 82.

Así, el Estado garantizó -por lo menos legislativamente- la protección a víctimas de violación y otras faltas sexuales.

(IV)

EL DELITO DE VIOLACIÓN, Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

¹⁰Sin necesidad de entrar en la discusión teórica sobre la acción penal y su importancia en el Derecho Procesal Penal,¹¹ pasemos a revisar como el Estado ha ejercido la titularidad de la acción penal, específicamente en el delito de violación. En tal sentido, es bueno recordar que los delitos de acción pública, son todos aquellos en los que por la gravedad del delito y donde generalmente toda la sociedad se siente ofendida, la titularidad de la acción y la propia persecución penal, le corresponde exclusivamente al Estado y siendo que tal ejercicio le corresponde al Ministerio Público; de otro lado, en los delitos de acción pública, y por la poca gravedad del delito en relación a la sociedad, la acción penal es ejercida solo por la víctima, prescindiendo del Ministerio Público.

Recordamos que en el Código Penal de 1834, los delitos de “abuso deshonesto” o violación eran delitos de acción pública, tal cual lo señalaba el artículo 5¹² del Código Penal Santa Cruz, este efecto se debía, al gran poder punitivo que el Estado ejercía en aquel tiempo sobre el tratamiento del delito y en el caso en concreto por esos delitos sexuales, atacaban las buenas costumbres, la moralidad pública,

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ No entramos en el debate doctrinario de la acción penal en el Derecho Procesal Penal, máxime, que desde la vigencia del llamado “Nuevo Código de Procedimiento Penal”-Ley N°1970 de 1999-, en Bolivia existe grandes cultores de aquella rama de la Ciencias Penales, así como abundante bibliografía al respecto.

¹² Art.- 5 “... Son culpas o delitos públicos: 1. Todos los que comprende el libro 2do. De este Código, excepto los de los capítulos 5to y 6to. Del Título 7mo. del mismo libro...” (Código Penal de 1834) En tal sentido, el Título 7mo. es “De los delitos contra las buenas costumbres” y los capítulos 5to. “Del desacato de los hijos contra la autoridad de los padres...” y 6to. “De las desavenencias y escándalos en los matrimonios” son de acción privada, en tanto que, el capítulo 2do. “De los que promuevan a fomentar la prostitución y corromper a los jóvenes, o contribuyan a cualquiera de esas cosas” donde están los delitos investigados, corresponden a delitos de acción pública.

por lo que consecuentemente siendo víctima toda la sociedad, el Estado estaba perfectamente habilitado para ejercer la acción penal.

Ahora bien, en el Código Penal de 1973 y específicamente en el Código de Procedimiento Penal que lo respaldaba (Decreto Ley Nº10426 de 23 de agosto de 1972) los delitos de: Violación de personas mayores de la edad de la pubertad, estupro, abuso deshonesto, ultraje al pudor, raptó impropio, corrupción de mayores eran delitos de acción privada tal cual lo señalaba el artículo 7 de la mencionada disposición¹³, quedando como delito de acción pública, la violación de menores que no han llegado a la edad de la pubertad¹⁴.

Años más tarde, la Ley Nº1674 de 15 de diciembre de 1995 “Ley contra la violencia en la Familia o domestica” disponía en su artículo 43¹⁵ que los delitos de estupro, violación de personas mayores de la edad de la pubertad, abuso deshonesto, ultraje al pudor y corrupción de mayores, fueran considerados como “delitos de

¹³ Art.- 7 (Delitos de acción privada y de acción pública). Son delitos de acción privada: la difamación, calumnia, injuria, ofensas reciprocas, violación de correspondencia no destinada a la publicidad, estupro, violación de personas mayores de la edad de la pubertad, abuso deshonesto, ultraje al pudor, raptó impropio, corrupción de mayores, apropiación o venta de prenda, violación del derecho de autor y de privilegio de invención, desvió de clientela, corrupción de dependientes, abandono de mujer embarazada fuera de matrimonio, abandono de familia, incumplimiento de deberes de asistencia, daño simple, despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y usurpación de aguas.

La inducción a fuga de un menor y el engaño a personas incapaces, son de instancia privada o de acción del Ministerio Público en los casos expresamente señalados por ley.

Los demás delitos que figuran en el Código Penal, son de acción Pública. (Código de Procedimiento Penal – D.L. Nº 10426 de 1972).

¹⁴ Además eran delitos de acción pública, los siguiente delitos: Substitución de persona, Raptó propio, Raptó con mira matrimonial, corrupción de menores, proxenetismo, rufianearía, actos obscenos y publicaciones y espectáculos obscenos.

¹⁵ Art.- 43 (Delitos de orden público a instancia de parte) Modificase el Art. 7 del Código de Procedimiento Penal (D.L. 10426) excluyendo del mismo los delitos de estupro, violación de personas mayores de la edad de la pubertad, abuso deshonesto, ultraje al pudor, y corrupción de mayores; los que serán considerados delitos de acción pública a instancia de parte.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia de la víctima, de su tutor o de sus representantes legales. Sin embargo, no se requerirá la instancia de parte cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni representantes legales, o que fuera cometido por uno de los padres, tutor ni representantes legales, o encargado de su custodia.

En todos los casos se mantendrá en estricta reserva el nombre de la víctima.

Promovida la acción por instancia de parte, el Ministerio Público proseguirá el trámite de oficio.

acción pública a instancia de parte”, vale decir que la víctima para activar el aparato jurisdiccional del Estado, necesariamente y a su decisión, debía proceder a la acusación o denuncia para que el Ministerio Público, prosiga de oficio el correspondiente proceso penal. Sin embargo el delito de violación a menores de la edad de la pubertad seguía siendo de acción pública.

Es interesante saber que en la Ley N°2033 de 29 de octubre de 1999 “Ley de protección a víctimas de delitos sexuales”, en su artículo 14 modificaba el tratamiento de la Prescripción de la acción Pública, presente en el Código Penal en su artículo 101. En la última parte del artículo 14, se señalaba como regla que “...En lo delitos de violación, abuso deshonesto y explotación sexual, de los cuales las víctimas hayan sido personas menores de catorce (14) años de edad, excepcionalmente, no prescribe la acción hasta (4) años después que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad...”¹⁶.

En el “Nuevo Código de Procedimiento Penal” Ley N°1970 de 25 de marzo de 1999, se afirma la creación de los “*Delitos de acción pública a instancia de parte*”¹⁷,

¹⁶ Esta disposición estaría derogada tácitamente, por el “Nuevo Código de Procedimiento Penal” Ley N°1970 de 25 de marzo de 1999 (anterior a la Ley N°2033 de 29 de octubre de 1999), pero teniendo en cuenta que el Código de Procedimiento penal, sus institutos fueron aplicados progresivamente en el tiempo, y en tal caso, los artículos 21 al 33 (que además modificaban el artículo 101 del Código Penal), estuvieron recién vigentes después de un año de la publicación de la Ley N°1970, es decir en vigor después de la promulgación de la Ley N°2033, por lo que opera una derogación tácita. Empero, creemos que el legislador del Procedimiento Penal, omitió subsanar este detalle, dejando este punto a las siempre discutible fórmula de la derogación tácita.

¹⁷ Art.- 17 (Acción Penal Pública a Instancia de Parte). Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, la Fiscalía la ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten el interés de la víctima. Se entenderá que la instancia se ha producido cuando se formule la denuncia del hecho.

El fiscal la ejercerá directamente cuando el delito se haya cometido contra:

- 1) Una persona menor de la pubertad;
- 2) Un menor o incapaz que no tenga representación legal; o,
- 3) Un menor o incapaz por uno o ambos padres, el representante legal o el encargado de su custodia, cualquiera sea el grado de su participación.

La instancia de parte permitirá procesar al autor y a todos los partícipes sin limitación alguna.

Art. 18.- (Acción Penal Privada). La acción penal privada será ejercida exclusivamente por la víctima, conforme al procedimiento especial regulado en este Código. En este procedimiento especial no será parte la Fiscalía.

Art. 19.- (Delitos de Acción Pública a Instancia de Parte). Son delitos de acción pública a instancia de parte: el abandono de familia, incumplimiento de deberes de asistencia, abandono de mujer embarazada, violación, abuso deshonesto, estupro, rapto impropio, rapto con mira matrimonial, corrupción de mayores y proxenetismo.

mediante la cual, los delitos de violación, abuso deshonesto, estupro, rapto impropio, rapto con mira matrimonial, corrupción de mayores y proxenetismo, pueden ser perseguibles por parte del Ministerio Público, siempre y cuando la víctima decida denunciar el hecho, vale decir, que si la víctima no realiza ese acto procesal, tiene por consecuencia que el delito –aunque haya sido cometido- su autor no podrá ser procesado, ni sancionado. Este extremo, es justificable en el entendido que la víctima, puede tener motivos muy íntimos para no realizar la correspondiente denuncia, tal el caso de la doble victimización por el sistema penal, el no querer enfrentar a su victimador por ser el mismo, familiar de la víctima, o finalmente para evitar que la sociedad juzgue su conducta en relación a las circunstancias del delito o en relación al victimador.

La acción pública a instancia de parte, tiene su excepción, cuando la víctima sea una persona menor de la pubertad, sea un menor o incapaz, que no tenga representación legal, o cuando sus padres o tutores son los victimadores. En todo caso, la acción penal en los delitos de violación de menores, sigue aun en la titularidad del Estado.

Finalmente, observamos a manera de conclusión sobre este punto, que el Estado siempre se ha reservado el ejercicio de la persecución penal de estos delitos, principalmente cuando las víctimas son menores, y en el caso de mayores de edad, la persecución se ha dado siempre con la decisión y denuncia por parte de la víctima. Con todo ello, y siendo que -no es tema de investigación de esta obra-, debería estudiarse con detenimiento, las formas procesales de aplicación lícita e ilícita, con las que en la actualidad se está extinguiendo la acción penal de este tipo de delincuencia, situación que tiene por consecuencia, que en algunos casos, no se sancione a los autores de delitos sexuales, más aún, cuando la víctima es menor de edad.

Art. 20.- (Delitos de Acción Privada). Son delitos de acción privada: el giro de cheque en descubierto, giro defectuoso de cheque, desvío de clientela, corrupción de dependientes, apropiación indebida, abuso de confianza, los delitos contra el honor, destrucción de cosas propias para defraudar, defraudación de servicios o alimentos, alzamiento de bienes o falencia civil, despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y daño simple. Los demás delitos son de acción pública.

(V) EL DELITO DE VIOLACIÓN EN LA LEY N° 2033

¹⁸Como se dijo anteriormente, la Ley N°2033 enriqueció el concepto de violación, además de agravar la pena por este delito.

Sujeto activo del delito pueden ser tanto hombres como mujeres, para el efecto, la redacción del tipo penal ya no habla de “*El que...*”, en claro alusión a que solo el hombre podría ser sujeto activo, hoy la redacción empieza por el término “*Quien...*”, que alude a que tanto hombres y mujeres pueden cometer este delito, pero según en determinados casos y circunstancias que más adelante señalaremos; asimismo, es clara la redacción en el sentido que víctima es una persona de uno u otro sexo.

Las formas clásicas de la violación -violencia física o intimidación- están presentes, pero el legislador clarificó que la violación se da con la penetración anal o vaginal, excluyendo cualquier otra orificio o cavidad del ser humano, ya que razonando en contrario, la penetración en otro orificio natural de la persona solo sería constitutivo de un delito de abuso deshonesto o en su caso de lesión.

El termino de “penetración”, en una interpretación totalmente gramatical, solo refiere a que el hombre podría realizar esa conducta por las circunstancias biológicas obvias, pero la palabra “penetración”, se ha convertido es un óbice legal del cual nuestros jueces interpretando la letra muerta de la ley, entienden que solo el hombre viola (penetra) a la mujer, olvidándose que la violación es un delito contra la “libertad sexual” y que entendiéndola así, y realizando una interpretación sistemática, podrá darse el caso en el que una mujer por intimidación grave y suficiente, pueda obligar a otro sujeto (hombre) a mantener una relación sexual

¹⁸ Cfr. Ob. Cit. Pág. 86.

no consentida, la misma que iría en contra de su autodeterminación sexual, impidiéndole escoger el objeto de su goce sexual.

Por otra parte la Ley N°2033 señala al mismo tiempo que es violación, la introducción de objetos con fines libidinosos (en las cavidades señaladas), al respecto, debemos hacer un comentario: Es cierto que existe lesión a la libertad sexual, cuando se ha violentado a una persona mediante la introducción de un objeto inanimado en las vías expresadas. Pero de la redacción del tipo penal, el legislador voluntaria o involuntariamente ha creado un elemento subjetivo del tipo penal, el cual, es un momento psíquico o anímico que pasa el autor del delito y que pone como condición el tipo penal, en tal sentido, si alguien introdujera un objeto en vía anal o vaginal a una persona y no pasara por el momento de lascivia o libidinoso a que refiere el tipo penal, simplemente no comete este delito.

Ante este panorama el actual tipo penal hace pesar el delito, sobre la intención o momento psíquico del sujeto activo para considerar o no su culpabilidad, olvidándose del sujeto pasivo quien ha recibido el daño en su cuerpo y de seguro no le importará cual ha sido la intención o finalidad del sujeto activo, ya que el daño y la lesión a su libertad sexual esta ya hecho.

Para algunos autores el hecho que la palabra “con fines libidinosos” este presente en la introducción de objetos, sería una garantía para no sancionar por ejemplo al ginecólogo o proctólogo que según su ciencia necesita ese tipo de exploraciones; la tal garantía, ya estaba presente en la Parte General del Código Penal en el artículo 11, cuando se afirma que está exento de responsabilidad el que vulnera un bien jurídico ajeno en cumplimiento del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Por lo tanto el médico si bien vulnera un bien jurídico ajeno, lo hace al amparo de un ejercicio legítimo de la ciencia que practica y por lo tanto su conducta no es antijurídica, y merece consecuentemente una exención de responsabilidad.

Volviendo al tema del sujeto activo del delito, afirmamos que el mismo puede ser un hombre que viola a una mujer ya sea por vía anal o vaginal, o el mismo hombre que viola a otro hombre (generalmente un menor) a través de vía anal. Según la redacción del tipo penal, el abanico de posibilidades en cuanto a la autoría y víctima del delito se amplían, ya que una mujer puede violar a otra persona (hombre o mujer), mediante la introducción de objetos en las vías señaladas, pero

a condición que esa conducta sea hecha de manera lasciva o buscando una clara satisfacción sexual.

La formula básica del actual tipo penal de violación, se complementa en el caso de la violación presunta, cuando este delito es cometido en las mismas circunstancias anteriormente explicadas, aun así no haya violencia o intimidación y que el acto sexual se lo haya practicado aprovechándose de una víctima incapaz de resistir el ataque sexual.

Llama la atención que el legislador a incluido como víctima de esta forma de violación a aquella persona que sufre una enfermedad mental, una grave perturbación de la conciencia, o con una grave insuficiencia de la inteligencia, palabras inspiradas y copiadas del artículo 17 del Código Penal, las cuales pueden ser de difícil traducción en los términos medico psiquiátricos, en la situación de presentarse una persona con “grave perturbación de la conciencia” a la que esa condición la ha dejado en indefinición para resistir el ataque sexual, máxime, que la grave perturbación de la conciencia clásicamente se puede identificar con el sueño, el sonambulismo, estados de vigilia, estados hipnóticos, dolor, fiebres altas y estados pasionales, como el odio, amor, gratitud, etc.

Otro de los cambio introducidos por la Ley Nº2033, es la de subdividir la calidad de víctimas, haciendo tipos penales independientes. En tal sentido, la ley identifica a los menores como víctimas de especial protección y que así refiere en el Artículo 308 Bis. “Violación de Niño, Niña o Adolescente” figura en la cual se protege a los menores de 14 años que sufran el ataque sexual, según lo dispuesto y en las formas citadas por el artículo 308 del Código Penal, y que en dicha circunstancia pesa para el autor un pena agravada entre 15 a 20 años.

Lo llamativo de este tipo penal, es que en su segunda parte el legislador ha creado una exención de responsabilidad cuando la relación sexual es consensuada entre adolescentes mayores de doce años y entre los cuales no haya una diferencia de edad mayor de tres años. Este es un claro elemento normativo del tipo penal impuesto por la voluntad del legislador. Pero que se basa en eminentes temas de sexualidad humana, ya que muchas veces el despertar a la sexualidad ocurre dentro de la minoridad, y ante este aspecto biológico el Derecho Penal, solo puede legislar de mejor manera la interrelación de los menores, pero reiterando, si existe diferencia de edad o ápice de violencia o intimidación la conducta debe refutarse inmediatamente de violación.

También la mencionada ley ha incluido como víctima a la persona a quien previamente se la ha puesto en estado de inconsciencia para cometer específicamente una violación, esta tercera forma tiene una pena de 10 a 15 años.

En cuanto a las formas agravadas de la violación, el legislador de 1999 a ampliado el catalogo de conductas consideradas como agravantes, de las cuales se sanciona al autor del delito con un pena de cinco años más, y en caso de la muerte de la persona se aplica la pena del asesinato.

Finalmente debemos afirmar, que el cambio en el tipo penal esta fincado en su riqueza conceptual y en la agravación de las penas en relación al Código Penal de 1973, el cual señalaba una pena de cuatro a diez años. La nueva ley modifica la pena por la de cinco a quince años, y en el caso de violación a menores de 14 años la pena a imponerse es de quince a veinte años. En casos en los que la violación revista agravantes, la pena es aumentada en cinco años más, dando como resultado que una conducta agravada puede ser sancionada hasta con veinticinco años.

(VI)

INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO DE VIOLACIÓN

Artículo 308.- (VIOLACIÓN) Quien empleando violencia física o intimidación, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo, penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco a quince años.

El que bajo las mismas circunstancias del párrafo anterior, aunque no mediare 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.

¹⁹Previo a este análisis interpretativo, no se debe dejar de entender que hoy en día, delitos sexuales, atacan en realidad a la *“libertad sexual”* de la persona, es decir, al derecho que tenemos hombre y mujeres, de tener o mantener relaciones sexuales en la calidad o cantidad deseada, pero siempre en los límites de la ley. Por lo que razonando por lo absurdo, un sujeto no está amparado por la ley si en mala aplicación de su *“libertad sexual”*, pretende mantener relaciones sexuales con menores de edad, caso en el cual estaríamos traspasando un límite de la ley (Código Penal) y por lo tanto constitutivo del delito de violación.

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, mayor imputable, ya sea hombre o mujer, aunque generalmente se trata de un tipo de delincuencia generalmente masculina; no se descarta la posibilidad de que la mujer pueda ser también sujeto activo del delito, como más adelante se explicara.

El delito se consuma mediante el acceso carnal únicamente por las vías que señala el tipo, es decir, ya sea vía anal, en la que víctima puede ser mujer, u hombre,

¹⁹ Cfr. Ob. Cit. Pág. 89.

generalmente niños, o por vía vaginal, caso en el que la víctima obviamente es mujer.

Para la consumación del delito, no es determinante que el autor haya concluido el acceso carnal con el acto fisiológico de la eyaculación. Asimismo, no interesa si la relación fue corta o prolongada, o que exista rotura de himen en caso que la víctima fuera virgen. En caso de embarazo por violación, nuestra legislación penal, da paso al llamado aborto impune, en el cual su práctica no es delictiva pero a condición previa de la denuncia y su correspondiente autorización judicial.

Ahora bien, las formas clásicas del acceso carnal son dos: violencia o intimidación. En el caso de la violencia, nos estamos refiriendo a la violencia física que se ejerce sobre el cuerpo de la víctima y mediante la cual, se vence su resistencia y de manera ilícita se consigue el acceso carnal. Por otro parte, se da la intimidación cuando se logra constreñir a una persona, en merito a una amenaza, grave, posible y cierta, de la cual la víctima no tiene la facultad de elección ya que sin poder de elección se la subyuga sexualmente. Cabe mencionar que para este último caso, es necesario, hacer el análisis de la circunstancia y de la calidad de la víctima, ya que existe personas más o menos intimidables.

En el caso de ejercer la intimidación, el sujeto puede ser hombre, pero también creemos que puede serlo la mujer cuando intimida al hombre y obliga a tener una relación sexual ilícita, si bien este podrá ser un caso excepcional, no se debe perder de vista que lo que la ley protege es la libertad sexual, y en tal caso puede que un sujeto constreñido sea obligado a mantener una relación sexual que no desea, sin embargo, hoy en día, nuestros operadores de justicia como son el Ministerio Público y el Poder Judicial, están encerrados en una interpretación puramente exegética, del término “acceso carnal”, en el que sujeto activo es solo quien puede penetrar carnalmente a otra persona.

Es bueno recordar, que clásicamente se decía que la violación podía cometerse en contra de la voluntad de la víctima, y en algunos casos sin que exista su voluntad; al respecto, y en virtud a que estamos frente a delitos contra la libertad sexual, la persona puede escoger libremente con quien mantener relaciones sexuales, y al mismo tiempo negar esa posibilidad, ante esta última circunstancia, la negativa de la persona o víctima debe ser siempre seria y constante. Estos dos elementos son fundamentales para determinar que la víctima, nunca otorgó su voluntad para ejercer el acto sexual.

La Ley Nº2033, ha implementado una nueva forma de violación, que no está presente en ninguna otra legislación, por lo que es de absoluta originalidad, esta forma en la llamada “*introducción de objetos con fines libidinosos*”, sin embargo, en la doctrina en general la penetración de objetos no constituye delito de violación y si un abuso deshonesto, pero nuestra legislación acepta el caso como constitutivo de violación.

Para este peculiar caso, debe tomarse en cuenta algunas reglas: La introducción a que se hace referencia, siempre deberá ser por vía vaginal o anal, ya que si fuese por cualquier otra cavidad como la oral o simplemente en cualquier otra parte del cuerpo, estaríamos en presencia de un delito de lesiones cualquiera. Por otra parte, el tipo refiere expresamente a objetos, por lo que las partes u otras extremidades del cuerpo, no podrán ser tomadas en cuenta excepto si se trata del órgano sexual masculino, en cuyo caso estamos frente a la violación en su forma más clásica. La última regla se presenta en relación al *animus* del sujeto, ya que el legislador –tal vez involuntariamente- ha creado un elemento subjetivo del tipo penal, cuando señala que la introducción se la debe hacer *con fines libidinosos*, es decir, que tenga propósitos sexuales o de satisfacción sexual propia, pero si no concurre este fin, no habría delito, por ejemplo, el caso de un sujeto que por venganza o con el fin lesionar a otra persona, introduce cualquier objeto por las vías señaladas y en el momento del acto, no pasa por el momento libidinoso que señala el tipo, por lo que su conducta puede recaer en cualquier forma de lesión.

El legislador, ha justificado la inclusión del término libidinoso, para evitar la sanción penal a ciertas personas que por su oficio o situación, estén en necesidad de introducir objetos en dichas cavidades, tal el caso del ginecólogo, proctólogo o la madre que administra un supositorio a su niño. Pero estos y otros casos, ya estaban regulados en el Código Penal, Parte General, artículo 11 que señala que están exentos de responsabilidad los que en cumplimiento de la ley, carga, derecho u oficio, vulneren un bien jurídico ajeno. En tal sentido, era innecesaria dicha inclusión en el tipo de violación y contrariamente, puede favorecer, cierta impunidad al autor del delito quien en su defensa le bastara decir, que el acto cometido no fue realizado con fin libidinoso (escapando de la pena grave de la violación) y su actuar remitido al capítulo de lesiones, con penas más atenuadas.

El análisis no se agota, ya que no podemos estribar la tipificación del delito a la voluntad del sujeto activo, sino debemos enfocarlo desde el punto de vista de la

víctima, a quien de seguro no le importara si el hecho fue realizado o no con satisfacción de su victimador, por que la víctima solo sentirá que ha sido agredido sexualmente, en las mencionadas cavidades.

En este último caso, -y con todas las consideraciones anteriores- la mujer puede ser sujeto activo de violación, tanto a una mujer como a un hombre, ya que para llamar delito de violación, bastara probar que en la introducción de objetos se verifique que hubo fines libidinosos.

Hasta aquí, la pena por el delito de violación es de 5 a 15 años, siendo que en la calificación mínima el culpable, no podrá alcanzar beneficios de suspensión condicional del proceso, de la pena o de perdón judicial, e irremediamente su condena será privativa de libertad, tomando en cuenta que incluso en el ámbito del Derecho Penitenciario, Ley N°2298 Ley de Ejecución Penal, los autores de delito de violación a menores no podrán acogerse a la redención (Art.138) ni al Extramuro (Art.169).

La segunda parte del delito de violación, hace referencia a los casos de violencia presunta, es decir, aquellas situaciones en las que sin necesidad que el autor ejerza violencia o intimidación consigue el acceso carnal con la víctima aprovechando su imposibilidad de defensa, ya sea que se trate de una incapaz o que materialmente no puede repeler el ataque sexual. En doctrina, la sanción grave a las situaciones de violencia presunta, siempre se fundan en la despreciable conducta del autor que aprovecha la indefensión de la víctima.

En tal sentido, el tipo penal, -copiando las circunstancias el artículo 17 del Código Penal- señala como víctima de esta forma de acceso carnal, a las personas que padecen una enfermedad mental, cualquiera que sea esta, donde en más de los casos, la víctima ni siquiera puede entender la significación del acto sexual o su connotancia biológica o social. En el mismo sentido, se encuentra la víctima que padece de una grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia. Sobre estos últimos tres tópicos, y debido a la especialización de las ciencias, este tema ha salido del ámbito estrictamente penal y perteneciendo actualmente a las ciencias forenses como son la medicina legal, la psiquiatría forense, etc., de cuyo espacio se llegara a una respuesta científica, en la que su dictamen calificaran la condición de la víctima en el momento del hecho delictivo.

En el mismo caso de violencia presunta, se encuadra la violación de la víctima que esta imposibilitada por cualquier causa para resistir el ataque sexual, tal el caso de alguien, que tiene parálisis en sus extremidades, o que por algún efecto mecánico se imposibilita su movimiento, puede también originarse a consecuencia de un accidente en el que pierde la conciencia, y muchos otros casos librados a la casuística, situaciones en la que la pena es siempre grave y en nuestro Código con una sanción de 15 a 20 años.

(VII) LA VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

Artículo 308 Bis.- (VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE) Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de catorce años; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince 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 (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.

²⁰El artículo 308 Bis.- es una inclusión de la Ley N° 2033 de 1999, para su interpretación, nos remitimos a lo explicado en el artículo 308 y así, remitirnos específicamente cuando en la violación la víctima sea un niño, niña y/o adolescente.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer y en las formas y posibilidades anteriormente explicadas. En este delito, el sujeto pasivo está constituido por menores de 14 años. La Ley N° 2026 con el rimbombante nombre de “Código Niño, Niña y Adolescente”, señala en su artículo 2, que se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción²¹ hasta cumplir los doce años y se considera adolescente desde los 12 a los 14 años; para fines estrictamente académicos, los denominaremos de manera genérica como menores.

El fundamento de la Ley N°2033 es el de la protección a las víctimas de delitos

²⁰ Cfr. Ob. Cit. Pág. 93.

²¹ Cabe reflexionar que de manera exagerada esta ley, señala como niño al concebido, siendo mejor, que la calidad de niño sea establecida desde el nacimiento.

sexuales y en el caso de los menores, ellos se constituyen en un grupo muy sensible y fácil de ser víctimas de delitos sexuales. Es por eso, que de manera justificada, el Estado ha creado reglas específicas sobre la violación de menores, y que también estaban contempladas en la anterior tipificación de 1973, y amparadas por la denominada violencia presunta, sin embargo, desde el año 1999 se ha creado un tipo penal especial sobre este tipo de delincuencia.

La violación de menores, se consuma mediante el acceso carnal (penetración anal o vaginal) o la introducción de objetos por las mismas vías, ya sea que para el acceso carnal no haya uso de la fuerza o intimidación e incluso habiéndose conseguido el consentimiento de la víctima.

Este último extremo, marca la diferencia de este delito con la violación referida en el artículo 308. También tomado en cuenta que en el artículo 308 Bis.-, la víctima es menor de 14 años.

Si bien el tipo penal, finca la antijuricidad del hecho sobre la edad de la víctima, no es menos cierto, que en realidad seguimos encerrados en la doctrina de la violencia presunta, en la cual se castiga al sujeto que se aprovecha de la indefensión de la víctima, y sumando al caso concreto, cuando el victimador se aprovecha de la corta edad del menor. Este menor de los 14 años, no tiene un criterio formado o por lo menos responsable de las consecuencias biológicas y sociales del acto sexual, y en tal situación de indefensión, el victimados no puede alegar que su víctima dio su “*consentimiento*”, porque el mismo, no es válido por su situación de minoridad.

Sobre este punto, es bueno volver a reflexionar que si bien estamos protegiendo la “*libertad sexual*”, una persona solo puede ejercitar su libertad cuando es plenamente consciente y además, responsable del uso de esa su libertad; por ello y en atención a la minoridad, no podremos decir que un menor pueda ejercitar un derecho que no lo comprende todavía, por lo que es necesario complementar al bien jurídico “*libertad sexual*” que protege a los mayores con otro bien jurídico, cual es “*la protección al sano desarrollo sexual de los menores*” Solo recuérdese que la Constitución Política del Estado, en su artículo 199, proclama “*...El Estado protegerá la salud física, mental y moral de la infancia y defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación. Un Código especial (Ley N°2026) regulará la protección del menor en armonía con la legislación general...*”.

Con lo que queda demostrado que en el derecho penal, el consentimiento de la víctima no libera de pena al autor.

La sanción por este delito es de 15 a 20 años, considerando que en la imposición de la pena mínima, no existe ninguna posibilidad de beneficio e incluso en cumplimiento de condena, no pueden alcanzar determinados beneficios carcelarios -como ya se explico anteriormente en el artículo 308-. Además, por la situación de gravedad, estos hechos no merecen indulto por el Estado, vale decir, que ni el propio Estado con todo su poder podrá remitir, perdonar o hacer desaparecer el cumplimiento de la pena, máxime, que históricamente en nuestra legislación, tampoco tienen indulto los delitos de asesinato, parricidio y traición a la patria.

Ahora bien, la segunda parte del artículo 308 Bis.-, necesita un análisis más detenido, en virtud a que el legislador de 1999, ha creado una exención de pena, pero librada a determinadas condiciones.

Seguramente lo más llamativo del tipo en estudio es la exención de penas en ocasión de “relaciones consensuadas”. Infelizmente, el legislador de 1999, ha utilizado el término “consentimiento”, tal vez en su forma ordinaria de uso, sin reparar que por la edad de los menores no podemos hablar de un consentimiento valido o del índole del Derecho Civil, por lo que hubiera sido mejor utilizar términos como “*relaciones voluntarias*”, o “*relaciones espontáneas*” y así denotar que ambos menores aceptaron mutuamente mantener relaciones sexuales. Tema distinto es, si esta su voluntad fue responsable o no, o si al otorgar su aceptación, pudieron ser capaces de representar las consecuencias de sus actos, y que en puridad es un tema fuera de la esfera del Derecho Penal.

Para la exención de responsabilidad, el legislador finca las siguientes reglas: Que las “*relaciones consensuadas*” se den entre adolescentes mayores de doce años, y que entre ambos no exista diferencia de edad mayor a los tres años, asimismo, que no haya existido violencia o intimidación para mantener el acceso carnal.

Sobre la relación de edad entre los adolescentes, se debe descartar aquella situación en la que el sujeto activo está por debajo de los dieciséis años de edad es inimputable. El verdadero cálculo se hará a partir de que el sujeto activo tenga la edad de 16 años y -según la regla- el sujeto pasivo la edad de 13 años. Este cálculo tendrá como limite cuando el adolescente haya cumplido los 18 años y el

sujeto pasivo la edad de 15 años. Tampoco será válida la situación de exención de responsabilidad, alegando que el sujeto pasivo es adolescente y que el victimador está comprendido dentro de la diferencia de tres años de edad, verbigracia, en mujer víctima de 17 años y sujeto activo de 20 años. En esta última situación, si bien no existe una diferencia mayor a los tres años, el sujeto activo ya no es un adolescente.

Esta excepción de responsabilidad, se funda en la posición del legislador boliviano de 1999, que reconoce que entre esas edades y -más por motivos biológicos propios de la edad- muchos menores mantienen relaciones espontáneas con personas que tiene casi la misma edad y las mismas inquietudes naturales, por lo que el Derecho Penal, no puede penalizar las relaciones humanas propias de su naturaleza y solo puede acomodarse y reglar de mejor manera esas situaciones. Es decir, un verdadero elemento normativo del tipo penal.

Finalmente, si entre esas edades no existe “*relaciones consensuadas*” y el acto sexual ha sido consecuencia de la violencia o de intimidación, su autor –si es imputable- puede ser sancionado con el tipo penal de violación.

(VIII)

VIOLACIÓN EN ESTADO DE INCONSCIENCIA

Artículo 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.

²²Este artículo, también es fruto de la Ley N°2033, que doctrinalmente sigue afiliada a la violencia presunta, con la única diferencia que para conseguir el acceso carnal, el sujeto activo ex profesamente pone en estado de inconsciencia a la víctima, puede ser usando bebidas alcohólicas, drogas, etc., este caso se diferencia de la segunda parte del artículo 308, ya que en tal tipo penal, el sujeto no pone en esta de indefinición a la víctima, solo se aprovecha de la circunstancia en la que ya se encontraba la víctima.

Lastimosamente, la intención del legislador cae en saco roto, ya que la pena por este delito es de 10 a 15 años de privación de libertad, pena que es menor a la segunda parte del artículo 308, que prescribe una pena más grave de 15 a 20 años. Ya que razonando de manera simple, es más grave la situación de un sujeto que planifica dejar inconsciente a la víctima de manera previa para accederla carnalmente, con el caso en el que sin planificación o de manera simplemente circunstancial se aprovecha de la indefensión de la víctima.

Debe tomarse en cuenta que en la doctrina en general, no existe responsabilidad, si la persona sabiendo con anterioridad, las consecuencias perniciosas y los peligros que entraña ingerir bebidas alcohólicas y en uso de su libertad de

²² Cfr. Ob. Cit. Pág. 96.

continúa bebiendo con el que a la postre puede ser su victimador, máxime, que incluso este último, puede estar en caso de inimputabilidad.

Finalmente, debe tomarse en cuenta, las posibilidades del *actio libera in causa*, que señala el artículo 19 de nuestro Código Penal, cuando el sujeto activo provoca su propia incapacidad pero en un momento anterior ha determinado cual es el delito que quería cometer, en cuyo caso se lo debe sancionar como autor de delito doloso.

(IX) EL ESTUPRO

Artículo 309.- (Estupro). Quien, mediante seducción o engaño, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo, mayor de catorce (14) años y menor de dieciocho (18), será sancionado con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años.

²³Alejándonos, un poco de la investigación sobre el delito de violación, veamos rápidamente el estupro, delito que se consuma con el acceso carnal. Nótese que el afán del legislador de la Ley N°2033, va disminuyendo cuando al momento de modificar este artículo, prescinde de señalar que el acceso carnal es por vía anal o vaginal, lo cual no representa problema alguno con una interpretación sistemática. El dilema se presenta en relación al “*acceso carnal*” mediante la “*introducción de objetos con fines libidinosos*”, situación última al no estar presente en la redacción del tipo, obviamente no puede ser tomada en cuenta como conducta antijurídica para el tipo penal en concreto, pero sí para constituir la base del delito de lesiones o de corrupción de menores.

Por otra parte, clásicamente en la doctrina penal, este tipo de delito siempre se consideraba autor al Hombre y víctima a la mujer, tal cual estaba presente en nuestro Código Penal de 1973, poniendo como condición que la mujer fuera honesta y fuera menor de diecisiete años, Luego en la Reforma Penal de 1997, se extinguió el término *honesto* de la tipificación, con lo que todavía estábamos afiliados a la corriente dominante.

²³ Ibídem.

Pese a todo ello, él y las legisladoras de la Ley N°2033, tal vez en una exagerada posición de igualdad de género, pero inútil en el tipo penal, señalan que en este delito, el sujeto activo puede ser hombre o mujer y la víctima también de cualquier sexo. Ante la nueva tipificación, se puede presentar ciertas dificultades en casos hipotéticos en que el victimador es mujer y la víctima-menor, es mujer u hombre.

Pese a todo ello, y volviendo a la figura clásica del estupro; observamos que la misma es diferente con la violación, ya que en esta última figura el acceso carnal es consecuencia del ejercicio de la violencia a o de la intimidación, en tanto que en el estupro el acceso carnal se lo consigue mediante la seducción o engaño.

Tanto en la seducción o en el engaño, el sujeto activo del delito cautiva el espíritu de su víctima, mediante halagos, promesas, regalos, etc., y así, conseguir el “*consentimiento*” para mantener relaciones sexuales.

En este caso, le es muy fácil al victimador acceder carnalmente a la víctima ya que ella es mayor de 14 años pero menor de 18 años, edades en las que por la poca experiencia y por estar aun en desarrollo mental y físico, puede ser fácilmente engañada.

Muchas veces, se ha oído criterios en los que se aduce, que en determinadas regiones del país o por determinadas circunstancias, existe menores de 15, 16 o 17 años que ya se han desarrollado física y sexualmente o por que viven sin el cobijo de su familia y por sus experiencias sociales o laborales, ya pueden ser consideradas mayores de edad, criterios que no pueden ser tomados en cuenta en el ámbito penal, ya que el delito de estupro no está fincado sobre la base del desarrollo sexual, sino más bien, tiene que ver con la indemnidad o protección que el Estado brinda a la minoridad, en respeto a sus formulas constitucionales a favor de la familia, la maternidad y reiterando a la niñez.

También esto significa, el límite de la protección del Estado en favor de los menores, ya que después de esta figura y después de los 18 años, ya no existen tipos penales especiales que los protejan y remitiéndose las conductas que los dañan al resto del repertorio penal, por ello, también existe una pena un tanto atenuada en relación a la violación, situación última que se hace presente cuando la víctima es menor de 14 años.

Es por este motivo, que demos reiterar que no solo se debe proteger la “*libertad sexual*” sino también el “*sano desarrollo sexual de los menores*”.

Finalmente, no se debe descartar una posible situación de error de tipo, en la cual, el sujeto activo del delito, no tiene posibilidades de saber que la víctima era menor de edad.

(X)

AGRAVACION EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Artículo 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;

²⁴Para el caso de las agravaciones, nos permitimos fraccionar el tipo en sus siete formas, para explicar los mismos en cada situación en concreto.

El inciso 1) Hace referencia, a la situación en la que como consecuencia de la violación, se produjera cualquier lesión ya sea gravísima (270), grave (271) e incluso leve (271) por la no discriminación del tipo de lesiones por parte del legislador. En esta situación, puede ser que la víctima –a consecuencia del acceso carnal violento- se le haya producido una enfermedad mental o corporal, la debilitación de la salud, la pérdida un miembro o de una función, tal cual es la posibilidad de engendrar hijos, etc. O bien, haya una incapacidad para el trabajo, siendo esta permanente o parcial, según el caso.

2. Si se produjera un grave trauma o daño psicológico en la víctima;

Siendo este punto materia de dictamen pericial especializado, solo podemos pensar en aquellas situaciones, en las que la víctima de uno de estos delitos no ha podido superar de manera personal el trauma del delito y en tal situación, pasados aproximadamente seis meses, si el trauma persiste, ya se podría hablar del llamado grave daño post-traumático, el cual necesita ayuda profesional para

²⁴ Cfr. Ob. Cit. Pág. 98

superarlo. Por lo que pensamos que ese, en realidad, será el caso de la agravación.

3. Si el autor fuera ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

Lamentablemente se han presentado, muchas situaciones en las que el victimador era el padre o un familiar cercano, esta situación ha obligado al legislador a sancionar como forma agravada aquellas relaciones ilícitas, en las que generalmente la víctima es menor, ya sea por el natural temor reverencial o porque finalmente, la víctima no comprende la naturaleza del acto que se está ejecutando en su cuerpo. A estas relaciones, generalmente se las llama incestuosas, pero el incesto como figura penal o tipo penal no existe en nuestro repertorio, pero hace su aparición -como delito- de manera accidental en esta parte del Código. Sin embargo y de manera excepcional, puede suceder que existan relaciones incestuosas –verdaderamente consensuadas- entre adultos, situación que es por demás execrable y antijurídica, pero no típica.

4. Si el autor estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia o autoridad;

Este es un caso más de violencia presunta, pero por el contexto histórico de la ley y la experiencia casuística conocida, se sanciona de manera grave, cuando el sujeto activo del delito está en la posición de encargado de la educación o custodia de la víctima, en ambos casos, la víctima está en indefensión o confía demasiado en él, o finalmente, ejerce temor sobre la víctima. Cabe mencionar que en los mismos parámetros están quienes están en situación de dependencia o que el victimador ejerce autoridad, tal cual, pueden ser algunos centros de obediencia jerárquica como la policía, ejército, etc.

5. Si en la ejecución del hecho hubieran concurrido dos o más personas;

La participación de dos o más personas, siempre entraña planificación ayuda y aseguramiento en la perpetración del delito, en consecuencia la pena debe ser grave, respetando los criterios de incomunicabilidad que cita el Código Penal en su artículo 24, por el cual cada partícipe del delito debe ser penado por su propia culpabilidad y en mérito a sus propias condiciones y circunstancias personales que agravan o atenúan la pena, sin perjuicio del otro partícipe.

El verdadero problema se presenta, por falta de una legislación concreta, ya que el legislador sanciona al partícipe del hecho y no señala expresamente si el otro partícipe también ha accedido carnalmente a la víctima. En estos hipotéticos, se presentan ciertas dificultades -que no son parte de los objetivos de esta investigación- y que pueden ser las siguientes: Si el otro partícipe accede carnalmente, es un caso de co-autoría; Si el otro partícipe no accede carnalmente, puede ser un caso de complicidad, dependiendo a la teoría de la participación criminal a la cual nos afiliemos, pero sin perder de vista que en este caso en concreto, el delito de violación, está dentro de los llamados “*delitos de mano propia*”, en los que, solamente el sujeto activo y en relación a su actividad corporal o física puede ser el único que puede consumir el hecho, y en este caso el acceso carnal. Finalmente, se suma un problema que es común a todos los delitos de nuestro Código Penal y que es la falta de reglas claras de determinación judicial de la pena.

6. Si el autor utilizó armas u otros medios peligrosos susceptibles de producir la muerte de la víctima; o,

En este caso se ve claramente el dolo de la persona, que con alevosía, utiliza instrumentos o armas que le garanticen el éxito de su delito, es decir, utiliza una ventaja ilícita sobre la víctima, más aun, que el uso de armas por si solas puede ser suficiente intimidación para conseguir el acceso carnal. El tipo recalca que esas armas sean susceptibles de producir la muerte de la víctima como lo que este aspecto se deja librado a los estudios casuísticos y circunstanciales del hecho.

7. Si el autor hubiera sometido a la víctima a condiciones vejatorias o degradantes.

Ya de por sí, la violación es un hecho vejatorio o degradante, sin embargo, para efectos de materializarse la agravación de este inciso, debe tratarse de situaciones que se hayan dado antes del acceso carnal, o generalmente después del mismo, en los que se lastima el cuerpo de la persona innecesariamente, o la víctima es expuesta a situaciones que degraden aun mas su honorabilidad, también este caso debe ser estudio en el hecho concreto.

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

Sobre este punto y por un solo afán doctrinario, debemos tener claramente

determinado cual ha sido el verdadero dolo del sujeto activo, ya que si el dolo es de violación y la víctima muere, se activa esta agravación que en esencia –no es asesinato- sino tan solo la pena del asesinato. Por otra parte, si el dolo ha sido de muerte, debe considerarse los diferentes delitos contra la vida, el homicidio, lesión seguida de muerte, etc., o asesinato caso ultimo en el que la pena de todas formas será la de 30 años.

En doctrina, aquellas situaciones en las que una persona comete un delito pero produce uno más grave, se las identifica con la preterintencionalidad y en tal situaciones –por lo menos en la legislación boliviana- la pena es siempre atenuada, pero en este caso se ha roto la doctrina que seguía nuestro código y como muestra de prevención general se impone la pena máxima de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a las penas por estos delitos, es muy posible que el juzgador y en uso de las agravaciones, pueda imponer una pena de 25 años, cuando en el hecho, la víctima es un menor o incapaz.

Finalmente, se abre el debate -de otra investigación-, sobre las penas graves que hoy ostentamos, penas que lo único que hacen, es endurecer el sentido de la prevención general, en detrimento de la prevención especial, afiliándonos peligrosamente, en lo que en doctrina se denomina punitivismo, o derecho penal simbólico.

(XII)
ABUSO DESHONESTO

²⁵ **Artículo 312.- (Abuso deshonesto).** El que en las mismas circunstancias y por los medios señalados en los Artículos 308, 308 Bis y 308 Ter., realizara actos libidinosos no constitutivos de acceso carnal, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.

Si la víctima fuere menor de catorce (14) años, la pena será de cinco (5) a veinte (20) años.

La pena se agravará conforme a lo previsto en el Artículo 310.- de este Código.

²⁶ Llegamos al último de los delitos del Capítulo I, del Título XI “Delitos contra la libertad sexual”, que si bien esta fuera del análisis de la investigación sobre la evolución histórica del delito de violación, debemos señalar un par de comentarios a este delito, cual es el abuso deshonesto, el cual básicamente se presenta cuando el sujeto activo realiza *actos impúdicos*, sobre la víctima, con los cuales el autor busca satisfacer su libido, pero donde no existe acceso carnal.

Lastimosamente, el legislador de 1999, y copiando inútilmente, la técnica legislativa del código de 1973, señala que en el abuso deshonesto, se puede presentar las mismas circunstancias y *los mismos medios* que en el caso de los delitos de la violación (308), Violación de niño, niña o adolescente (308 Bis.-) , y Violación en estado de inconsciencia (309), pero esta remisión a dichos artículos, también nos lleva a la tristemente célebre figura de la “*introducción de objetos con fines libidinosos*”, y que por puro ejercicio de interpretación restrictiva debemos excluir esa figura del abuso deshonesto, con lo que denunciamos una vez más, que ha existido mucha premura en la redacción de la Ley N°2033. Por otra parte, no

²⁵ **Artículo 311.- (Substitución de persona)** Derogado por la Ley N°2033.

²⁶ Cfr. Ob. Cit. Pág. 101.

sabemos concretamente, si en la remisión de los artículos referidos, también se debe contemplar las situaciones de violencia presunta, el poner previamente en estado de inconsciencia a la víctima, cuando ella es menor o incapaz.

Estos problemas pudieron ser solucionados fácilmente, con una redacción más clara y objetiva, en la que se señale específicamente quien puede ser sujeto activo del delito, máxime, que el tipo en estudio, aun sigue empezando con el término “*El que*” y no con “*Quien*”, cual era la tendencia de 1999, pero recurriendo nuevamente a una interpretación sistemática (Libertad sexual) y además, una interpretación lógica mediante la *ratio legis* de la ley, que es la protección a las víctimas de delitos sexuales, podemos decir que sujeto activo puede ser hombre y mujer, por otra parte, también se pudo señalar que en el abuso deshonesto puede concurrir violencia o intimidación en los actos libidinosos, exceptuando el acceso carnal.