

MINISTERIO DE JUSTICIA – REPÚBLICA DE BOLIVIA
VICEMINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

¿QUÉ CÓDIGO PENAL PARA UN ESTADO PLURINACIONAL COMUNITARIO?
-Lineamientos generales para la codificación penal en Bolivia-



Idón Moisés Chivi Vargas

gtz

2009

“[...] todas las teorías de la pena que se han enunciado son falsas, y todo lo que nos dice la ciencia social acerca de la pena nos muestra su multifuncionalidad, las funciones tácitas que no tienen nada que ver con las funciones manifiestas que se le quisieron asignar. De modo que la pena está ahí, ni modo, como un hecho político, como un hecho de poder, como un hecho que está presente y que no se puede borrar”

Eugenio Raúl Zaffaroni

“Un Código Penal es un programa político y como tal su discusión no puede eludir la concepción sobre la persona, el Estado, el poder y el castigo”

Daniel Erbetta 2007

PRESENTACIÓN

“*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*” reza la primera caracterización del Estado que el artículo primero de la Nueva Constitución Política del Estado establece.

Lograr esta caracterización es parte de una historia poco conocida, aunque haya sido el lugar donde la perversidad de la matemática política y con ella la oposición, concentraron todas sus fuerzas para oponérsele, concentraron todos sus argumentos en contra y marcaban a ese ritmo su idea de hacer fracasar la Asamblea Constituyente.

No lo lograron, fracasaron...

Sin duda, no era la fórmula política la que preocupaba, y hoy lo sabemos, era en realidad el mensaje programático de fondo, sus consecuencias en la redistribución de la riqueza y la transformación de las relaciones sociales típicamente coloniales en pleno siglo XXI.

La fórmula constitucional “Plurinacional Comunitario” encarna un programa político que pone en cuestionamiento los mecanismos de dominio profundamente señoriales, donde patrimonialismo, patriarcalismo, burocratismo, hacen un conjunto perverso de relaciones también perversas ante las exigencias de una democracia de iguales, de verdaderamente hermanos.

Bolivia se debate en este momento -pasada la Asamblea Constituyente y promulgada la Nueva Constitución-, ante un proceso de transición de riesgos y oportunidades.

Una transición que pone a prueba la consistencia de la Constitución Política, su fuerza *epistemológica* ante la historia.

Una Constitución que -entre muchas otras virtudes-, enfrenta su programa político no solamente desde la vertiente del *Estado Social de Derecho*, sino además desde lo “Plurinacional Comunitario”

En este contexto conviene hacerse algunas preguntas eje:

Si la Nueva Constitución Política del Estado en su artículo primero señala que:

“Bolivia se constituye en un Estado Unitario *Social de Derecho Plurinacional Comunitario*, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

¿Qué significa políticamente, lo Plurinacional Comunitario y cuál el modelo de desarrollo normativo que implica?

¿Qué Código Penal requiere un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario?

¿Cuáles serían -en consecuencia-, los efectos de las nociones “Plurinacional Comunitario” en el proceso de codificación penal que Bolivia ha iniciado estatalmente?

De las respuestas que demos depende una definición mucho más compleja aún: “la práctica de la descolonización en la codificación penal”

Dicho en términos constitucionales:

Art. 9

“Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada **en la descolonización** [...].”

Esta tarea ha recibido escasa atención por parte de la comunidad académica local como veremos mas adelante.

Si bien la descolonización es parte nodal de las políticas públicas estatales, no se ha trabajado lo suficiente -en términos académicos- para su comprensión y materialización en forma de políticas publicas.

“Nacionalización de la Justicia y la descolonización del Derecho” reza el Plan Nacional de Desarrollo en su apartado sobre justicia, ¿cómo se desarrolla el concepto en términos de codificación penal.

Dicho de forma inversa: ¿Cómo se ejerce la descolonización en: a) el proceso de codificación penal, y; b) la estructura del mismo código penal?

Esta pregunta redondea los temas que el presente documento aborda, para establecer los *“lineamientos generales de la codificación penal en Bolivia”*

La división de temas tiene la siguiente estructura:

1. Estado Social de Derecho y codificación penal.
2. Garantismo penal Latinoamericano
3. Lo “Plurinacional Comunitario” (elementos para su desarrollo normativo)
4. Lo plurinacional comunitario y los procesos emancipatorios en Bolivia.
5. Codificación penal: lineamientos generales.
6. El proceso de codificación penal y el *campo jurídico* en Bolivia.
7. Prudencia, “*arte*” y “*humanitas*” en la codificación penal.

Uru- Uru Marka

Marzo del 2009

1. Estado Social de Derecho y codificación penal.

El presente acápite tiene la intención de explorar las consecuencias de la noción Constitucional de *Estado Social de Derecho* en el ámbito del derecho penal, para tener claridad en, cómo ello fue acogido en la codificación penal.

En este contexto es importante recordar que, como lo afirma Santiago Mir Puig, la noción “Estado Social de Derecho”^[1] ha tenido efectos “generosos” en la codificación penal, tanto en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, como en el establecimiento de los límites al *jus puniendi* del Estado^[2], construyendo la idea de *ultima ratio*. El mismo autor en una extensa cita nos da un panorama más completo de la idea en juego, veamos^[3]:

“La función del Derecho penal en el *Estado social y democrático de Derecho*”

“[L]a fórmula sintética de “**Estado social y democrático de Derecho**”. Acogida en la propia Constitución alemana de la postguerra, sirve de punto de arranque a la Constitución española de 1978 (art. 1, 1).

El Derecho penal de un tal Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho penal de un Estado *social*, deberá legitimarse como sistema de *protección efectiva de los ciudadanos*, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado *democrático de Derecho*, deberá someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de Derecho penal autoritario.

[...] Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una **prevención limitada** que permita combinar la necesidad de proteger a la

¹ Para un abordaje más integral sobre esta categoría constitucional puede verse de Iñaki Rivera su artículo “Principios orientadores del constitucionalismo social”. En: *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. Págs. 157 – 213

² Cfr. Mir Puig, Santiago; *Los límites del ius puniendi*. En: *Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: ARA Editores. 2006. Pág. 65.

³ Santiago Mir Puig; *Derecho penal: Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2007. *passim*. Del mismo autor también puede verse su *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1980. En el mismo sentido de Roberto Bergalli (coord.) *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Barcelona: Editorial Tirant Lo Blanch. 2003. En contra de las funciones preventivas generales y especiales planteadas por Mir Puig, ver de Zaffaroni y otros, su *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2007

sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho propio de un Estado social y democrático de Derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de **prevención general positiva**.

La función del Derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El Derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (**normas primarias**). También en éstas habrá de reflejarse la función del Derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuricidad como infracción de la norma (primaria). Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva. También la **teoría del delito**, y no sólo la de la pena, deberá basarse, pues, en la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho"

La teoría del delito en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho

1. [...] cada modelo de Estado exige una particular concepción del Derecho penal y de su función. La imagen del Estado social y democrático de Derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del Derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del Derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: **Estado, Derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia**. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya al Derecho penal y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio.

2. El entendimiento del Derecho penal de un Estado *social* como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a las **normas** que castigan con una pena el delito (**normas secundarias**) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. Pero la función de prevención que corresponde al Derecho penal de un Estado no sólo social, sino también *democrático y de Derecho*, ha de estar sujeta, como sabemos, a ciertos límites. El principio de legalidad impone, por una parte, que el

delito se determine con la suficiente precisión: el delito ha de estar específicamente **tipificado**; y, por otra parte, exige que el delito constituya **infracción de una norma primaria**. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un **ataque a un bien jurídico-penal**, cuando dicho ataque **no esté justificado** por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico prevalente. El principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige que dicho ataque pueda **imputarse objetiva, subjetiva y personalmente** a su autor en determinadas condiciones. Finalmente, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal ha de condicionar la *punibilidad* del hecho a que manifieste una suficiente **gravedad y necesidad de pena**. Estos son los elementos que trata de articular en un sistema la teoría del delito, sistema no sólo dotado, en cuanto tal, de valor científico y práctico, sino también legítimo en la medida en que es el resultado de una evolución que ha ido recogiendo las exigencias que la concepción del Estado dominante en nuestro ámbito de cultura impone al Derecho penal."

Como hemos visto, el autor pone marcado énfasis en demostrar su tesis principal: *El Estado Social de Derecho* tiene efectos concretos en la codificación penal, particularmente en la española.

Luego de la reforma constitucional del 78 en España –heredera del constitucionalismo social alemán-, esta vino a llegar por tierras americanas y fue aquí donde, algunos constitucionalistas adoptaron la noción de “Estado Social de Derecho” como dato político beneficioso para los derechos sociales y colectivos de nuestros países (Colombia en 1991, Perú en 1993, Ecuador 1998, Venezuela 1999)⁴

Y del constitucionalismo se paso al penalismo, veamos su desarrollo latinoamericano.

La investigadora venezolana Elsie Rosales afirma que^[5]:

“[...] el derecho penal y la legislación dependiente del mismo debe someterse tanto constitucional como jurídicamente al modelo de Derecho Penal propio de un Estado Democrático o, en palabras de la novel constitución venezolana, al *Estado democrático social de derecho y de justicia* (art.2º). Lo que exige la adscripción a los principios del derecho penal contemporáneo de signo garantista. Esta teoría penal con semblanza democrática y el sistema de garantías orientado a la limitación y contención del control penal se entrecruzan, en su dimensión constitucional garantista, con la responsabilidad que tiene el Estado de brindar tutela judicial efectiva que corresponda con el resguardo de bienes jurídicos precisos penalmente protegidos contra ataques relevantes” (c/n)

A la vez que nos recomienda tomar en cuenta algunos principios orientadores para la codificación penal^[6]:

- Principio de legalidad (tipicidad estricta, reserva legal, *lex previa*, irretroactividad)
- Principio del bien jurídico protegido

⁴ La ilusión duro poco tiempo, pues, lo social de las constituciones -chocaba y de frente- con los modelos neoliberales impuestos por la misma época.

⁵ Cfr. “Sistema Penal y Reforma Penal”. En: *Capítulo Criminológico*, Vol. 32 N° 4, Maracaibo, octubre 2004. Universidad Central de Venezuela.

⁶ Ibidem.

- Principio de subsidiariedad
- Principio de derecho penal de acto
- Principio de culpabilidad
- Principio de racionalidad, necesidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva

No compartimos, en todo, la postura de la investigadora, sin embargo, nos sirve como muestra, para comprender de qué modo se ven los efectos de la noción constitucional *Social de derecho* en los procesos de codificación penal. La misma autora en otro lugar nos dirá que: “Una teoría penal consecuente con su destino, reconocería de inmediato que su misión es contener y limitar el poder penal cuando éste interviene en la conflictividad social más dura (relevancia jurídico penal, lesividad e insignificancia), con miras a ofrecer una respuesta menos violenta, pacificadora. Si eso se lograra sería más que suficiente, no haría falta nada más. Otra tarea no le es propia”[7].

Desde Costa Rica, pero en el mismo sentido, Mario Zamora Cordero nos señala:

“La amenaza de que el Derecho Penal pueda ser utilizado como antítesis de las tesis democráticas que componen su núcleo central, sirve para hacer un llamado para el ejercicio de un debate social comprometido sobre un tema crucial para el desarrollo y consolidación de la Democracia en las sociedades latinoamericanas de transición, en las que el Derecho Penal, surgido del **Estado Social y Democrático de Derecho**, debe prefijar la pauta para ver al infractor (Justicia con rostro humano) y sobre todo incidir sobre las causas que generan y promueven la comisión de infracciones en nuestras sociedades a partir de la desigualdad y la inequidad social que les sirven como caldo de cultivo; y, en cuya resolución, descansan también las respuestas que servirán como mecanismos efectivos, justos y democráticos de contención del creciente fenómeno de inseguridad ciudadana que enfrentan la mayor parte de las naciones del subcontinente latinoamericano”[8]

Gabriel Ignacio Anitua, en una síntesis valiosísima nos dirá que el Estado Social de Derecho de la Constitución española ha tenido las siguientes consecuencias principistas en la codificación penal vía política criminal[9]:

- El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos
- Principio de legalidad y sus garantías procesal penales
- Principio de la acción material
- Principio de la intervención mínima
- Principio de culpabilidad
- Principio de proporcionalidad mínima
- Principio de humanidad y respeto a la dignidad humana

⁷ Cfr. “Sistema penal y estado constitucional en Venezuela”. En: *Capítulo Criminológico*. V.33, N° 4, Maracaibo oct. 2005

⁸ Cfr. “La Construcción del Enemigo en el Derecho Penal del Enemigo a Nivel Latinoamericano: ¿Bases Para El Surgimiento de una penalidad de nuevo cuño?”. En: www.derechopenalonline.org Costa Rica, 2006

⁹ Gabriel Ignacio Anitua “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho”. En: *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. VV.AA. Barcelona: Anthropos, 2005, Págs. 289 - 303

Todos estos principios tienen la misión de afianzar: “*el derecho penal mínimo, el derecho penal de la Constitución, no es sólo el programa de un derecho penal más justo y eficaz, es también un gran programa de justicia social y de pacificación de los conflictos*”.

Para el caso Paraguayo, el Prof. José Ignacio González Machi nos señala que^[10]:

“Desde el origen mismo del derecho penal, la sanción penal se conecta con el modelo de Estado, pues evidentemente el sistema punitivo de una concepción autoritaria o totalitaria del Estado, no es lo mismo que de un Estado de Derecho.

[...] en Paraguay, constituido en un moderno Estado de Derecho Social, pluralista y democrático, se deroga la aplicación de la pena de muerte (Art. 4° de la CN); se prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes [Art. 5° de la CN]; no se admite la prohibición de libertad por deudas [Art. 13 de la CN]; el objeto de las penas se circunscribe a la prevención general y especial positiva, y se prescriben las penas de confiscación de bienes y el destierro [Art. 20 de la CN] se respetan las libertades constitucionales de religión, culto e ideología [Art. 24]; de la expresión de la personalidad [Art. 25]; de expresión de prensa [Art. 26]; del ejercicio del periodismo [Art. 29]; de reunión y manifestación [32]; de objeción de conciencia [Art. 37]; de asociación [Art. 42]; etc., limitando cualquier forma de sanción penal, que no sea jurídicamente admisible.

En el Código de 1997, las sanciones se distinguen en penas o medidas. Las penas se diferencian en principales, complementarias y adicionales [Art. 37]. Las principales son la privación de libertad y la multa. Las complementarias son: la pena patrimonial y la prohibición de conducir. Las adicionales son: la composición y la publicación y la publicación de la sentencia. Por su parte las medidas [Art. 72] pueden distinguirse por sus efectos restrictivos, entre privativas de libertad y no privativas; y por su objeto, entre medidas de vigilancia, de mejoramiento o de seguridad. Estas pueden aplicarse antes que las penas, o conjuntamente con ellas, posteriormente [Art. 75]

Hasta aquí hemos podido recorrer panorámicamente, las consecuencias jurídico penales de la noción “Social de Derecho” en diversos países, España y su constitución del 78 por ser la matriz de lo que hoy se conoce como Constitucionalismo Latinoamericano^[11].

2. Garantismo penal Latinoamericano

Sin duda, que el debate Estado Social de Derecho y codificación penal ha tenido enorme influencia en países donde la configuración estatal -vía constitución- adopta esa caracterización.

¹⁰ Cfr. “La reforma del Código Penal en Paraguay”. En: *Reforma Penal y Política Criminal*. Buenos Aires: EDIAR, 2007. Págs. 44 – 45.

¹¹ Cfr. de Ricardo Haro; “Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25° aniversario: 1978-2003)”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung E.V. 2005. Pág. 57. Según el mencionado autor, los siguientes países habrían recibido la influencia de la constitución española de 1978 ya sea vía reforma ordinaria o Asamblea Constituyente: Chile 1980; El Salvador de 1983 y reformas de 1991-92; Guatemala de 1985; Brasil de 1988; Colombia de 1991; Costa Rica de 1993; Argentina de 1994; Perú de 1993; Bolivia de 1994; Nicaragua de 1995; Uruguay de 1997; Ecuador de 1998, Venezuela de 1999 y México de 2001.

La Argentina, que no tiene esa nominación política ha logrado -sin embargo-, construir un Proyecto de Código Penal mucho mas generoso con la dignidad desde el *garantismo penal*¹²].

En ello coincidimos con el malogrado Juan Bustos Ramírez, para quien el Proyecto de Código Penal de la Nación Argentina¹³, es un “modelo para exportar”.

Una breve aproximación a este proyecto nos hace destacar varios componentes de su contenido.

En la parte general:

- a) Pone énfasis en la consideración de los principios de orden político criminal como son: *la legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad*
- b) Establece la posibilidad de que el Juez pueda apartarse de los mínimos legales o prescindir de ellas en casos de insignificancia.
- c) Marca el establecimiento de mecanismos de compensación de la prisión preventiva.
- d) Incorpora una decidida posición para establecer que el derecho procesal penal como inseparable de su fuente material, de ahí que todo lo relativo al ejercicio de acciones se encuentra en este proyecto.
- e) Orienta el establecimiento de un régimen de prisión, multa e inhabilitación como penas principales, limitadas temporalmente en veinticinco años y excepcionalmente ante crímenes contra la humanidad en treinta años. A la par de estas, se configura un sistema de alternativas a las penas (trabajo a favor de la comunidad).
- f) Incorpora el principio de vulnerabilidad del imputado en la determinación de la pena, previa consideración especial del Juez.
- g) Adopta sanciones concretas en relación de las personas jurídicas, exigiendo que haya tenido derecho a la defensa en juicio.
- h) La amnistía procede en todos los casos, salvo en los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada de personas.

En la parte especial:

- a) La estructura parte por los delitos contra la humanidad y se sigue por los delitos contra la persona.
- b) Se establece la no punibilidad por aborto practicado dentro de los tres meses contados desde la concepción (este fue el motivo por cual el proyecto presentado el 2006 fracaso en su intento de ser convertido en ley de la republica, por ello Zaffaroni recomienda dejar de lado los temas de sensibilidad en la opinión publica y concentrarse en aquellos cuya urgencia no es la de los políticos demagogos)
- c) Se sanciona también la violación a los derechos laborales.

¹² Cfr. de Luigi Ferrajoli su *Razón y Derecho: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.

¹³ Puede verse el anexo 2 “Código Penal de la Nación Argentina”

Si bien el proyecto no pudo ver la luz de su materialidad, no deja de ser uno de los mejores ejemplos a seguir en los procesos de codificación que se tiene por América Latina.

Y ello no solo en la parte general, sino también en la “especial”.

Puede decirse que el proyecto abortado –ya que no pudo convertirse en ley- se lo debe precisamente al asunto de aborto, paradójicas en el derecho penal¹⁴.

Daniel Erbetta en relación a este anteproyecto nos señala que^[15]:

“Toda reforma supone problemas vinculados a su diseño y también a su implementación. En cualquier caso, cualquiera de ellos demanda un doble nivel de análisis; uno referido a la legitimidad (y con ello a los principios de límite que condicionan la producción legislativa); el otro, referido a su eficacia y con ello al impacto u operatividad sobre el grupo o ámbito de problemas sobre los que se proyecta.

Como presupuesto necesario, y en orden al nivel de legitimidad se ha reparado esencialmente en la búsqueda del mas alto grado de compatibilidad constitucional, en el convencimiento que la legitimidad de las normas que describen una acción penalmente prohibida y habilitan la aplicación de una pena queda condicionada, de inicio, por el respeto a los principios y normas constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos.

En orden a la eficacia, cabe señalar que también hay un problema de legitimidad aún cuando hipotéticamente pudiera sostenerse que la tortura es eficaz, su regulación resultaría ilegítima. En cualquier caso, la tortura solo ha sido eficaz para profundizar las injusticias y la afectación de derechos. En la inquisición no existían las absoluciones, tampoco las condenas sin confesión. Todos los acusados eran condenados y todos los condenados, para que la sociedad quedara tranquila, habían confesado.

En el nivel de la eficacia, se ha reparado en los datos de la realidad, procurando no confundir política penal, con política de seguridad, ni mucho menos con estrategias específicas de prevención del delito. El incremento punitivo, las penas desproporcionadas, las agravantes irracionales, no solo son constitucionalmente objetables, sino que carecen de impacto en la reducción del delito y, peor aún terminan –a mediano o largo plazo- convirtiéndose en garantía de impunidad, ya por la tendencia natural de los jueces a no aplicar penas absurdas (buscando en una decisión de merito no incriminante o en el beneficio de la duda el atajo para eludir se aplicación) o bien mediante la declaración de su inconstitucionalidad.

Aumentar las penas es algo sencillo y de escaso costo. Sin embargo, una política criminal (y en el caso, una política penal) debe considerar la capacidad de respuesta del sistema penal y, en especial, del servicio de justicia penal para intervenir en el conjunto de situaciones problemáticas o conflictivas. Y aún

¹⁴ En conversación con el Prof. Zaffaroni, pude advertir que la mejor política penal, planteada en lenguaje de código puede fracasar por el lenguaje de los medios de comunicación, la iglesia y los demagogos del punitivismo extremo.

¹⁵ Cfr. “Fundamentos de la necesidad de la reforma. Filosofía y lineamientos generales del Anteproyecto de reforma integral argentino”. En: *Reforma Penal y Política Criminal*. AA.VV. Buenos Aires, Ediar, 2007. Pags. 126-127

cuando la intervención penal es políticamente necesaria para un determinado grupo de problemas, esta comprobado que –por ejemplo- la incidencia de la justicia penal en la reducción del delito es muy pobre”

El anteproyecto de código penal argentino, ha resuelto todos estos ámbitos de modo satisfactorio, otra cosa es que no se haya convertido en ley.

El título de este acápite resalta el *garantismo penal*, y su mejor ejemplo viene a ser precisamente el anteproyecto argentino, en el caso del Ecuador este se encuentra aún en discusión, pues solo llegaron a dar término de debate a la Parte General¹⁶, pero de todos modos se reconoce la huella de su similar argentino.

A contra ruta y como modelo de ejemplo a no seguir, tenemos el anteproyecto de Código Penal para Chile donde se mantiene el positivismo y se afinca en el derecho penal del enemigo, incurre en un simbolismo extremo, en una especie de inflación normativa y derecho penal de persecución a los pueblos indígenas Mapuche, una especie de criminalización de la protesta social, muy similar a la preparada por la doctrina de seguridad nacional de los setenta, en suma, constituye una amenaza Codificada a la dignidad y antítesis de las tesis democráticas que componen su núcleo central [17], va en contra de una democracia de alta intensidad, como no los sugiere el prof. Boaventura de Sousa Santos.

Bolivia, como se sabe, ha iniciado una reforma penal de naturaleza “integral”^[18], su primer documento –en borrador- de la parte general, responde al garantismo penal [19]. Se denomina “integral”, porque los mandatos constitucionales emergentes de la Nueva Constitución Política del Estado, exigen un nuevo marco político decisional sobre la función del código penal, y de la pena...

Esta por verse cómo el proceso de codificación se apropia de su fuente constitucional, y cómo ésta se erige en bloque de refuerzo al Estado Social de Derecho en clave constitucional de “Plurinacional Comunitario”. De hecho, el desarrollo normativo que se tiene en proyecto, no puede eludir a la nueva Constitución, sino atrincherarse en ella. ¿Es posible pensar un codificación penal que no caiga en un burdo retribucionismo o penalismo de emergencia?, definitivamente sí, eso es lo que se pretende hacer desde lo Plurinacional Comunitario.

Para un panorama general del garantismo penal y su sistema de límites podemos ver de Zaffaroni, para quien los principios son^[20]:

¹⁶ Anteproyecto de Código Penal del Ecuador. Por: Dres. Ernesto Albán Gómez, Efraín Torres Chávez, Arturo Donoso C., Milton Román Abarca Alfonso Zambrano Pasquel (presentación del proyecto de código penal parte general redactado por la pequeña comisión designada por la Excm. Corte Suprema de Justicia del Ecuador).

¹⁷ “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”. *Política Criminal*. N° 1, D2, p. 1-223. Versión refundida de los materiales de discusión de las unidades 1 a 5, con las observaciones recibidas y las conclusiones arribadas en las sesiones de la Secretaría Técnica y del Foro Penal Elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto. Secretaría Técnica. 2005. Para la Parte especial véase “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. *Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

¹⁸ A diferencia de la reforma “parcial” de 1997.

¹⁹ Primer documento. Borrador de la parte general conforme a las resoluciones adoptadas en la reunión de Santa Cruz de la Sierra (14 al 16 de febrero de 2008).

²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia. Alejandro Slokar; *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2007. Pág. 97

<p>A. Principios que derivan de la exigencia de legalidad</p> <p>[a) legalidad formal [b) irretroactividad [c) máxima taxatividad legal e interpretativa [d) respeto histórico al ámbito de lo prohibido</p>
<p>B. Principios contra groseras disfuncionalidades con los Derechos Humanos</p> <p>[a) Lesividad [b) Humanidad [c) Trascendencia mínima [d) prohibición de doble punición [e) buena fe y <i>pro homine</i></p>
<p>C. Límites derivados del principio republicano de gobierno:</p> <p>[a) principios de acotamiento material: α) proscripción de grosera inidoneidad de la criminalización β) proscripción de la grosera inideoneidad del poder punitivo χ) Limitación máxima de la respuesta contingente [b) principio de superioridad ética del Estado [c) principio de saneamiento genealógico [d) principio de culpabilidad α) exclusión de la imputación por mera causación β) principio de exigibilidad</p>

Desde una perspectiva próxima a la anterior, Alberto Binder nos plantea el siguiente esquema^[21]:

<p>A. Principios que limitan la construcción de la ilicitud penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Principio de exterioridad: entre el derecho penal de acto y el derecho penal de autor. ○ Principio de legalidad ○ Principio de lesividad y la relevancia social de la acción y de la omisión ○ Principio de ilicitud personal: la concurrencia de personas en un mismo hecho <p>B. Principios que excluyen la ilicitud penal</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Principio de la proporcionalidad y la relevancia de la ilicitud ○ Principio de autotutela ○ Principio de coherencia del sistema normativo <p>C. Principios que excluyen o limitan la responsabilidad penal</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Principio de culpabilidad ○ Principio de atribución personal ○ Principio de advertencia suficiente ○ Principio de corresponsabilidad social <p>D. Principios que limitan o excluyen la aplicación de la pena</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Principio de legalidad de las penas ○ Principio de proporcionalidad y las penas prohibidas ○ Principio de utilidad del castigo
--

²¹ Cfr. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: AD HOC, 2004.

Como se ha podido advertir, el garantismo penal, tiene carta de ciudadanía en nuestros países, Ecuador luego de la aprobación de una nueva constitución esta en camino de elaborar un nuevo código penal. No se puede tener una constitución y esperar en el tiempo al código penal.

De hecho, es posible que Bolivia encare, desde la UNASUR, el primer proceso de integración normativa para *códigos penales emancipatorios*. Venezuela ha dado pasos cuya experiencia no podemos dejar de lado. Argentina tiene la oportunidad de retomar el debate y Ecuador es la mejor aliada que Bolivia puede tener, pues su Constitución Política, al igual que la nuestra, declara la *plurinacionalidad* como eje de su artículo primero.

6. Lo “Plurinacional Comunitario” (elementos para su desarrollo normativo)

Si pensamos que la Constitución es solo esa vieja y conocida definición universitaria, no habremos avanzado en el propósito de inaugurar una nueva *episteme* de lo que es el derecho constitucional y por supuesto el constitucionalismo y su desarrollo normativo.

Aún si nos quedáramos con la vieja definición *Lasalleana: La Constitución es la suma de los factores de poder* (Ferdinand Lasalle 1860), no haríamos más que esclavizarnos ante un constitucionalismo en desprestigio, en crisis epistemológica.

Ni los soportes liberales clásicos, ni el constitucionalismo keynesiano o el neoliberalismo en su versión transnacionalizada de la constitución para la Unión Europea, pudieron dar respuesta a este agotamiento discursivo y político, sin duda, es un nuevo tiempo.

A estas alturas –pasada la asamblea constituyente-, se tiene certeza de que bajo el manto del constitucionalismo contemporáneo se ha escondido legalmente la reproducción del capital y del capitalismo^[22]; de la colonialidad en todas sus formas ^[23]; la consolidación del patriarcalismo^[24]; una tecnología de subjetivación del/a ciudadano/a^[25], y; la

²² Cfr. Althusser, Louis; *Para leer el Capital*. México: Siglo XXI, 1986.

²³ Cfr. Clavero, Bartolomé; *El Orden de los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Trotta, 2006. El mismo autor haciendo referencia al constitucionalismo indigenista nos dice lo siguiente: “*Por América Latina existe ya una larga historia de políticas indigenistas que han resultado tan fallidas desde el punto de vista de los Estados como contraproducentes e incluso lesivas para los indígenas [...]*” Cfr. *Geografía Jurídica de América Latina: Derecho Indígena en Constituciones no Indígenas*. Pág. 261. Así también de Anne Sophie Berche, Alejandra María García y Alejandro Mantilla: *Los Derechos en Nuestra Propia Voz Pueblos Indígenas y DESC: Una lectura intercultural*. Bogotá: Textos de Aquí y Ahora. 2006. para una caracterización del colonialismo interno y su funcionamiento jurídico puede verse de González Casanova, Pablo; *Sociología de la Explotación*. México: Siglo XXI. 1969

²⁴ Cfr. Brown, Wendi & Patricia Williams; *La Crítica de los Derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes – Instituto Pensar – Siglo del Hombre. 2003. Para una reflexión sobre el lenguaje masculinizado del Derecho véase: *Módulo Instruccional de Género*. Sucre - La Paz: Ministerio de Desarrollo Sostenible – Viceministerio de la Mujer – Instituto de la Judicatura, 2004. Para una visión del feminismo radical véase de Paredes, Julieta; *Asamblea Feminista*. s/n/t, abril 2005

²⁵ Beatriz González Stephan, “Economías fundacionales. Diseño del cuerpo ciudadano”, en: B. González Stephan (comp.), *Cultura y Tercer Mundo. Nuevas identidades y ciudadanías*. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1996. Desde una crítica a la colonialidad. Santiago Castro-Gómez nos señala que “*La función jurídico-política de las constituciones es, precisamente, inventar la ciudadanía, es decir, crear un campo de identidades homogéneas que hicieran viable el proyecto moderno de la gubernamentalidad*. Cf. *Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la “invención del otro”*. En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales Perspectivas latinoamericanas*. Edgardo Lander (Compilador). CLACSO, 2000, pág. 149

sociedad disciplinaria en escala planetaria [26], tomando en cuenta –además–, su enorme poder sobre los imaginarios colectivos contemporáneos?[27] y por si fuera poco, vive y se desarrolla entrampado en una “miseria formalista” pernicioso a la creatividad política en nuestras tierras[28].

Poco se ha escrito sobre la relación entre la “continuidad colonial” y la constitución política. Primero por la escasa información que los “constitucionalistas” bolivianos nos brindan sobre los orígenes de la constitución de 1826, y segundo por el largo silencio histórico de los mismos al explicar las reformas constitucionales y sus soportes políticos. La “constitución” y los “constitucionalistas”, sus teorías lejanas de la realidad, las glosas de una vieja constitución, han sido cómplices por mentir y por callar, por mentirle a la historia verdadera, por callar lo evidente.

La colonialidad del pensamiento constitucional en tierras americanas, es simple de recorrer: la simplicidad estriba en que el constitucionalismo no piensa con cabeza propia, acude a las “vacas sagradas” de las ciencias sociales, en todas sus versiones, neoliberales multiculturalistas, libertarios neoliberales, *ejecutivos del pensamiento*, etcétera. Por su parte los científicos sociales, critican ácidamente a los abogados, pero no cuestionan a la Constitución Política del “Estado”, tanto así que la convierten en el escenario preferido de sus batallas académicas

La descolonización es –precisamente– la construcción contraria de lo que ocurre en la colonialidad, no derrumbando paredes ni pateando puertas, sino comprendiendo su funcionamiento, aprendiendo de sus soportes y sometiéndolo a una profunda crítica social.

Como en el principio, el final cuenta con los mismos actores, unos defendiendo lo individual oligárquico, y los otros tratando de salvar al país de la catástrofe social, unos defendiendo la sociedad de privilegios y otros construyendo a mano una sociedad de iguales, de verdaderamente hermanos.

Sin duda, Bolivia ha iniciado un momento político que no puede comprenderse desde los lentes monoculturales y uninacionales del constitucionalismo tradicional, conocido como “moderno”.

Y es que el constitucionalismo tradicional es insuficiente, ha sido históricamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas, no ha tenido la suficiente claridad a la hora de explicar la ruptura con las metrópolis europeas y la continuidad de relaciones típicamente coloniales en sus respectivas sociedades a lo largo y ancho de lo siglos XIX, XX y parte del XXI

Es en este contexto donde conviene detenerse para explicar la Nueva Constitución Política de Bolivia.

²⁶ Cfr. de Foucault, Michel; *Vigilar y Castigar*. México, Siglo XXI, 1986 (19ª edición). Así también del mismo autor: *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: GEDISA, 2005. (10ª reimpresión), o su *Defender la Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003

²⁷ Cfr. Nino, Santiago nos señala casi ingenuamente “[...] el constitucionalismo en su sentido mas pleno es un fruto exótico que florece solo en escasos lugares y en condiciones verdaderamente excepcionales.” Véase: *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1993, Pág. 1. Véase también de Habermas, Jürgen: *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998.

²⁸ Esta frase la recogemos de Colomer Viadel, Antonio; *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica. 1990, pág. 76.

Artículo 1.- Nueva Constitución Política de Bolivia

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

El artículo primero de la Nueva Constitución Política del Estado sintetiza el programa de Estado en este siglo XXI, comprime el nuevo mapa institucional, define la nueva organización territorial, estructura las formas de economía que gozan de protección estatal y –principalmente-, define un sistema de estabilidad política que privilegia al ser humano –en su dimensión individual y colectiva; genero y generacional; cultural y política. Por ello es sumamente importante desglosar este artículo para tener claridad en la carta de navegación que nos dejaron quienes hicieron carne y responsabilidad del mandato popular.

¿Qué es un Estado Plurinacional Comunitario?. Es la pregunta que nos hacemos cuando comenzamos a leer la Nueva Constitución Política del Estado y nos tropezamos con el Artículo 1º

Sin duda, responder a esta pregunta parece una tarea demasiado compleja. Pero no es así.

Quién puede negar que Bolivia esta conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales en los registros oficiales y particulares de ONGs y agencias de cooperación internacional (BID, BM, FMI). Nadie...

Quien puede negar que debido a la inexistencia del Estado en las áreas rurales, sus habitantes (indígenas, originarios o campesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios y efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del periodo precolonial se mezclaron con practicas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas por la propia visión de los pueblos indígenas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida en común, en colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a un Estado hostil, un Estado eurocéntrico o norteamericanizado...

Alguien conoce que los indígenas, originarios y campesinos estén planteando conformar 36 "mini Estaditos". Nadie

De que se trata:

La constitucionalización de la realidad, se da en cuatro escenarios políticos:

- a) *Lo plurinacional*, como la constitucionalización de las formas gubernativas propias de los pueblos indígenas originarios campesinos, constitucionalización de sus economías, sistemas jurídicos, medicina, educación y reproducción cultural.

- b) *Lo comunitario*, como la constitucionalización de la redistribución de la riqueza social producida en el país, redistribución que tiene como misión construir una sociedad igualitaria y con justicia social: Vivir Bien^[29].
- c) *La Descolonización*, como fin esencial del Estado en Economía, Política y Sociedad.
- d) La *democracia igualitaria*, vista como un paso cualitativamente superior de la democracia participativa, encuentra en la Nueva Constitución Política su correlato legal de primer orden.

Así, constitucionalización de la realidad, redistribución de la riqueza social entre los comunes, la descolonización del Estado y la Sociedad y principalmente la construcción de una Democracia Igualitaria, constituyen los ejes de referencia de la Nueva Constitución Política.

Pero esta democracia igualitaria, solo es posible mediante mecanismos de descolonización institucionales desde adentro del mismo Estado y –obviamente- por fuera del mismo.

Así, el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el electoral, tienen en sus manos su propia descolonización para construir una sociedad de iguales.

La sociedad de iguales no puede hacerse con declaraciones de derechos cada vez mas extensos, sino como obligaciones estatales de primer orden.

Estas obligaciones estatales, no puede realizarse en el vacío, sino en base a una economía nacionalizada, con fuerte presencia del Estado.

La democracia igualitaria, tiene como condición previa: lo plurinacional comunitario.

En este camino el blindaje constitucional de nuevo cuño, no tiene recetas. Lo nuevo es parte de un proceso que viene construyéndose, y se lo hace desde perspectivas que aún siendo diferentes, tienen la enorme capacidad de mirar democracia como referencia política y no como arma de destrucción.

Así, en todo este escenario, la diversidad cultural y su correlato constitucional han logrado una posición envidiada por el constitucionalismo eurocéntrico, han logrado consolidar una noción olvidada por el liberalismo escapista: sociedad de iguales en todo el sentido de la palabra.

¿Cuáles son sus consecuencias en el desarrollo normativo?

Sin duda, que aquí tenemos que tomar nuestras previsiones. La constitución sancionada el 25 de Enero de este año inaugura un nuevo marco jurídico, poco trabajado aún, de hecho el debate sobre desarrollo normativo, a pesar de las urgencias que ello implica en un Estado en transición, es escaso o en su caso poco perceptible^[30].

²⁹ La tesis principal de lo “comunitario” podría sintetizarse como: “*aquel conjunto de valores, criterios y normas de gestión pública que Sociedad y Gobierno movilizan, institucionalizan y adoptan para crear riqueza y asegurar empleo productivo a toda la fuerza de trabajo disponible generando ingresos de vida digna para eliminar, por este camino, manifestaciones de exclusión, pobreza e indigencia*”. Cfr. Manuel Figueroa: *La tesis de las tres economías*. Sucre: mimeógrafo.

³⁰ De hecho lo que esta ocurriendo en este tiempo de transición es que los espíritus del pasado pugnan por no ser echados del escenario político, mientras que desde el lado popular, lo plurinacional pugna por consolidarse en una cancha poco conocida aún.

Por ello conviene que nos detengamos en el concepto plurinacional comunitario, desde la visión de sus impulsores en la comisión Visión de País de la Asamblea Constituyente, veamos:

“[...] el Estado Plurinacional es “un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para vivir bien, con una visión solidaria, de esta manera ser los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos”.

[...] Nuestra decisión de construir el Estado Plurinacional basado en las autonomías indígenas, originarias y campesinas, debe ser entendida como un camino hacia nuestra autodeterminación como naciones y pueblos, para definir nuestras políticas comunitarias, sistemas sociales, económicos, políticos y jurídicos, y en este marco reafirmar nuestras estructuras de gobierno, elección de autoridades y administración de justicia, con respeto a formas de vida diferenciadas en el uso del espacio y el territorio^[31]”.

Por su parte algunos académicos, ya desde antes de la misma asamblea constituyente, fueron trabajando el concepto de plurinacionalidad con posicionamientos no necesariamente coincidentes aunque con una referencia en común: el círculo de estudios epistemológicos “La Comuna”^[32].

Oscar Vega sintetizará las ideas de este círculo estableciendo que el Estado Plurinacional se constituye en un “*eje articulador democrático, garantía constitucional para los procesos de descentralización, desconcentración y descolonización*”^[33].

La percepción de que Bolivia es una sociedad multicivilizatoria^[34], multisocietal^[35] y, yuxtapuesta^[36], apunta a un modelo Estatal que recoge la realidad y la constitucionaliza.

Desde otra vertiente, lo “plurinacional comunitario” pone en pie de igualdad los derechos individuales con los colectivos, los de género con los generacionales, los de indígenas y no indígenas, los culturales y los políticos, la naturaleza con el ser humano...

Para la consecución de la democracia igualitaria, establece que los recursos son de propiedad social, de propiedad del pueblo boliviano. Y que por lo tanto solo su redistribución igualitaria puede generar condiciones de justicia social.

³¹ MAS, Informe de la Mayoría: “*Por un Estado Unitario Plurinacional Comunitario y la autodeterminación de naciones originarias, pueblos indígenas y campesinas*”. Comisión Visión de País. Asamblea Constituyente. Julio, 2007.

³² Álvaro García Linera, Luis Tapia Mealla y Raúl Prada constituyen un núcleo intelectual que ha realizado una ya sustanciosa y nutrida cantidad de publicaciones desde escenarios diferenciados: la academia, la función pública, la asamblea constituyente, y los escenarios de la función pública post constituyente.

³³ Cfr. Reflexiones sobre la transformación pluralista. En: En: *La transformación pluralista del Estado*. Álvaro García Linera – Luis Tapia Mealla – Raúl Prada Alcoreza. La Paz: Muela del Diablo, 2007 Págs. 21-88, Pág. 13.

³⁴ Cfr. “Estado Plurinacional: Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las naciones indígenas”. En: *La transformación pluralista del Estado*. Álvaro García Linera – Luis Tapia Mealla – Raúl Prada Alcoreza. La Paz: Muela del Diablo, 2007 Págs. 21-88

³⁵ Cfr. “Una reflexión sobre la idea de Estado Plurinacional”. En: *Observatorio Social de América Latina*. Año III, N° 22, Septiembre de 2007. Págs. 47-61

³⁶ Cfr. “Articulaciones de la complejidad”. En: *La transformación pluralista del Estado*. Álvaro García Linera – Luis Tapia Mealla – Raúl Prada Alcoreza. La Paz: Muela del Diablo, 2007. Págs. 202-270

Para todo ello se ha propuesto dos vías de transformación: desde el Estado, desde la sociedad, Fernando García Yapur nos dice que [37]:

“La idea de Estado plurinacional se remonta a reivindicaciones de los movimientos indígenas de las tierras bajas que a finales de los ochenta emergieron con gran fuerza, para luego constituirse en una propuesta generalizada del movimiento campesino e indígena de todo el país. La idea en su origen estuvo vinculada a las demandas de territorio y autonomía para los pueblos y naciones indígenas de las tierras bajas, en el sentido de defender y proponer un nuevo marco institucional donde se reconozcan las formas de autogobierno, territorio, cultura e identidad propias. A la fecha esta propuesta expresa la “visión de país” de los movimientos sociales e indígenas y del MAS en la Asamblea Constituyente. La propuesta en el fondo presupone una revisión histórica de nuestra sociedad y una transformación radical de la organización horizontal y vertical del Estado.

Y agrega mas adelante:

“Respecto a lo primero, se abre la posibilidad de que la democracia, como sistema de incorporación de la sociedad en los procesos de decisión colectiva, sea el principio básico de la conformación y legitimidad de los poderes públicos. Con ello, en realidad se quiebra la idea estática de que sólo pueden existir tres poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) y la inmanencia fáctica de las disposiciones legales; pues se sostiene que el Estado y su red institucional se organizan sobre la base del reconocimiento radical de la pluralidad de fuentes y formas de poder y gobierno que la sociedad construye sobre si misma [...]

Así, en suma el Estado plurinacional en lo que concierne a la estructura horizontal del poder es la expresión de un Estado radicalmente democrático, ya que no existe un fundamento último que de cuenta a la organización institucional del Estado que no sea la voluntad plural de la sociedad para afirmar sus propias reglas y procedimientos de gobierno...

Respecto a lo segundo, la organización vertical del Estado plurinacional, es quizás el ámbito más radical de la propuesta, pues implica el tema del territorio y/o el espacio, *locus*, donde se ejerce el poder y la autoridad. Supone en otras palabras el reconocimiento de las formas de afirmación de las identidades colectivas, la diferencia, así como la superación de la exclusión y discriminación étnica-cultural, de clase y de género.

[e]l proyecto de Estado plurinacional no se enmarca en el campo de el capitalismo como modelo de sociedad a seguir e imitar, implica la construcción de uno nuevo, basado en el respeto y la defensa de la vida como principio rector. De esta forma, el Estado plurinacional está orientado a redistribuir la riqueza producida para la consecución continua de igualdad y justicia, esto es, el *vivir bien*. En otras palabras, un Estado que defiende y garantiza la igualdad de los miembros de su comunidad en el marco de la pluralidad y las diferencias culturales.

³⁷ Cfr. “Estado Plurinacional”. *Documento interno de la REPAC, 2007*. Véase también de Martínez Dalmau, Rubén su: *El proceso constituyente Boliviano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La Paz: Enlace – Oxfam Gran Bretaña, 2008

Pensar desarrollo normativo e institucional desde estos datos, ya es un problema mayúsculo, *todo un desafío...*

La idea de Estado Plurinacional puede leerse en clave de desarrollo normativo constitucional de la siguiente forma:

Artículo 1.- Nueva Constitución Política de Bolivia

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Por tanto:

Bolivia constituye su Estado en:

- Unitario
- Social de Derecho Plurinacional Comunitario [núcleo duro]
- Libre
- Independiente
- Soberano
- Democrático
- Intercultural
- Descentralizado
- Con autonomías

Bolivia se funda en:

- La pluralidad
- El pluralismo
 - Político
 - Económico
 - Jurídico
 - Cultural
 - Lingüístico

Esta estructura constituye el punto de partida para el desarrollo normativo, pero a esto tiene que añadirse, tal como arriba lo planteamos, la constitucionalidad de la descolonización como función estatal hacia adentro y hacia fuera del mismo Estado.

Para ello la siguiente batería de artículos sirven como ejes de referencia inexcusables para el desarrollo normativo:

Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género

en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.
2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.
3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional.
4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.
6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

Como podrá advertirse, en estos artículos se pone especial énfasis en principios que tienen que ser *promovidos desde el Estado*:

- *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón),
- *suma qamaña* (vivir bien),
- *ñandereko* (vida armoniosa),
- *teko kavi* (vida buena),
- *ivi maraei* (tierra sin mal) y
- *qhapaj ñan* (camino o vida noble).

Pero al mismo tiempo se incorpora valores como la^[38]:

- unidad,
- igualdad,
- inclusión,
- dignidad,
- libertad,
- solidaridad,
- reciprocidad,
- respeto,
- complementariedad,
- armonía,
- transparencia,
- equilibrio,

³⁸ Un desarrollo de estos conceptos puede verse en el reciente Decreto Supremo de Organización del Poder Ejecutivo. Gaceta Oficial de la República de Bolivia. Febrero 2009.

- igualdad de oportunidades,
- equidad social y de género en la participación,
- bienestar común,
- responsabilidad,
- justicia social,
- distribución y redistribución de los productos y bienes sociales,

... para Vivir Bien.

Como cierre de esta parte se establece constitucionalmente que son fines “esenciales” del Estado:

1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.
2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.
3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional.
4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.
6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

Estos artículos constituyen el *marco epistemológico general*[³⁹] para el desarrollo normativo, de lo institucional estatal, de la construcción de ciudadanía, de la legislación ordinaria, de la legislación sustantiva y adjetiva, de las políticas económicas, de las políticas públicas, de todo lo que implica construir país.

Las ruinas heredadas del modelo estatal neoliberal, son todavía grandes esclusas ideológicas que impiden ver –con claridad- los mensajes de la NCPE. El derecho como saber y como tecnología discursiva de verdad y verdad poder, se encuentra recluida en un constitucionalismo tradicional que niega su realidad y evade su posibilidad de transformación.

7. Lo plurinacional comunitario y los procesos emancipatorios en Bolivia.

Sin pretender agotar el debate, conviene de inicio, ir estableciendo algunas pautas generales de la Nueva Constitución y su programación hacia el saber penal y en consecuencia a la codificación penal.

³⁹ En el sentido en que Tomas Khun le da sistemática a las revoluciones científicas. Para profundizar el tema véase de Noguera, Albert su: *Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia*. La Paz: Enlace – Oxfam Gran Bretaña. 2008

Si lo “Plurinacional” es la constitucionalización de la realidad excluida, vale decir la indígena originaria campesina y lo “Comunitario” es la redistribución de la riqueza social que produce el país, ¿qué consecuencias tendrá en la codificación penal?

En líneas generales el potencial epistemológico de la Nueva Constitución no se agota en lo literalmente expuesto, sino en la programación política del mismo.

Esto puede aclararse, ya no desde la formación tradicional del derecho, sino y precisamente de su crítica política y epistemológica.

El nuevo derecho que programa la Constitución Política encuentra sus raíces en la resistencia indígena y esa resistencia no se ha hecho con ayuda del conocimiento jurídico tradicional, al contrario el nuevo derecho emerge desde vertientes clandestinas pero fuertemente reales. El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo Plurinacional Comunitario es el punto de ruptura con la regulación social y el punto de partida de la emancipación social, con la construcción de la igualdad material o democracia igualitaria.

Para lograr esa democracia se requiere una visión general de las ciencias sociales, y es que éstas fueron atrapadas, en la sola y exclusiva idea de “regulación social”, que deviene directamente en la perpetuación del capitalismo y no en su quiebre y/o superación política.

Efectivamente como lo plantea Boaventura de Sousa Santos^[40]:

“Dentro del proyecto de la modernidad podemos diferenciar dos formas de conocimiento. De una parte, el conocimiento como regulación social, cuyo punto de ignorancia es denominado caos y cuyo punto de conocimiento es llamado orden. De la otra. El conocimiento como emancipación, cuyo punto de ignorancia es llamado colonialismo y cuyo punto de conocimiento es denominado solidaridad”

En otro lugar, el mismo autor nos aclara que^[41]:

“La tensión entre regulación social y emancipación social forma parte de dos de las principales tradiciones teóricas de la modernidad occidental, el liberalismo político y el marxismo. Las diferencias entre ellas son significativas, mientras que el liberalismo político confina las posibilidades de emancipación al horizonte capitalista, el marxismo concibe la emancipación en un horizonte post capitalista”

Este conocimiento -dice Boaventura de Sousa Santos-, como emancipación solo es posible, si se enfrenta a tres desafíos:

- a. Del monoculturalismo al multiculturalismo...
- b. La profesionalización del conocimiento es necesaria, pero únicamente en cuanto la aplicación del conocimiento compartido y desprofesionalizado sea también viable en aras de la solidaridad
- c. De la acción conformista a la acción rebelde como marco de acción social.

⁴⁰ Cfr. “En búsqueda de un nuevo paradigma crítico”. En: *Conocer desde el Sur: Para una cultura política emancipatoria*. La Paz: Plural, CLACSO - CIDES – UMSA, 2008. Pág. 28.

⁴¹ Véase: De lo post moderno a lo poscolonial y más allá de ambos. En: *Conocer desde el Sur: Para una cultura política emancipatoria*. La Paz: Plural, CLACSO - CIDES – UMSA, 2008. Pág.

El primer desafío, ha encontrado respuestas en clave de Plurinacional, al menos en las constituciones de Bolivia y Ecuador.

El segundo desafío, ha logrado incorporarse en diversos lugares de la constitución (Educación, Consejo de la Magistratura, Saberes Indígenas en igualdad jerárquica que los saberes académicos, etc.)

El tercer desafío plantea la construcción de una subjetividad altamente politizada y no adormecida, y la constitución entrega esa misión no solo a la educación primaria sino y también a la universitaria.

En este contexto la descolonización es la misión fundamental de los programas normativos y ello es así porque:

“Desde el siglo XV el capitalismo no es pensable sin el colonialismo, ni el colonialismo es pensable sin el capitalismo.

Aunque mutuamente constituidos, capitalismo y colonialismo no deben ser confundidos. El capitalismo puede desarrollarse sin el colonialismo como una relación política, tal como la historia lo demuestra, mas no puede desarrollarse como sin el colonialismo como relación social, esto es: la colonialidad del poder y del saber”

Ahora es posible señalar con toda certeza que el desarrollo normativo programado en la Constitución parte de una lucha frontal contra la colonialidad del poder y el saber, contra el capitalismo organizado desde el centro en detrimento de las periferias, contra las relaciones sociales típicamente coloniales en nuestras sociedades.

Lo emancipatorio del desarrollo normativo, debe entenderse entonces, como un “proceso en marcha”, no hay recetas ni libros señeros, no se tiene moldes ni escaparates que oferten los resultados.

De hecho, no se tiene un modelo acabado, estamos en manos de la creatividad, las urgencias de la realidad y la poderosa influencia de la demagogia punitiva desparramada sin escrúpulos por los políticos esos que necesitan cinco minutos para propaganda.

Por tendencias de la historia, en materia de codificación penal, al menos tenemos el garantismo como un punto de partida, ya veremos que ocurre adelante.

8. Codificación penal: lineamientos generales.

Según la propuesta realizada por el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, los lineamientos generales de la codificación penal en Bolivia deberían tratar los siguientes temas^[42]:

1. Principios generales:
2. Adecuación al derecho internacional.
3. Justicia Comunitaria y Pluralismo Cultural.
4. Penas privativas de libertad.
5. Negligencias
6. Concursos
7. Parte Especial
8. Medidas de seguridad

⁴² Cfr. *Consideraciones previas para la elaboración de un nuevo código penal para la republica de Bolivia*. Diciembre del 2007. (s/n/t), mimeo.

Estos lineamientos han sido materializados en el *Primer documento. Borrador de la parte general conforme a las resoluciones adoptadas en la reunión de Santa Cruz de la Sierra - 14 al 16 de febrero de 2008* (ver anexo 1).

Lo que falta ahora, es ver cómo se desarrolla la construcción de los tipos penales que se encuentran en pleno estudio^[43].

ZAFFARONI con su acostumbrada forma de sintetizar las ideas nos recuerda frente a este panorama que: “*Humanitas* o la dignidad del ser humano, la centralidad de éste como persona, el respeto a su esencia es una perpetua búsqueda en el Derecho [...] Nuestra ciencia esta siempre del lado de *Humanitas* y no perdona a sus traidores”^[44], para añadir en otro lugar que: “Hoy directamente el *in dubio pro libertate* y el *marco constitucional* e internacional son las únicas reglas que pueden salvarnos de la explosión catastrófica...”^[45].

Con ello el autor nos pone en alerta para no pensar que la sola modificación constitucional pueda ayudarnos a resolver todos los problemas, pues los penalistas podemos ayudar a suspender algunos conflictos, pero no resolverlos.

SLOKAR nos señala con certeza “[...] *el fortalecimiento del Estado de Derecho deberá llevar en la mano respuestas jurídicas e institucionales que permitan reducir el sistema penal a dimensiones controlables de modo de racionalizar su intervención*”^[46].

Las relaciones entre política y derecho penal, son entonces relaciones que nos introducen a la relación entre, *violencia, poder y conflicto* ^[47], como lo señala el mismo Slokar “*El cruce del Derecho penal, con la política no es pequeño, sino enorme: un sistema que programa decisiones del poder es un programa político y por ende, cada discurso penal tiene una inevitable lectura y consecuencia política*”^[48], aquí entonces el *político es teórico y el teórico es político*.

Lo que conviene recordar entonces es que el Estado (como lugar donde se concentra el poder, se configura los tipos de violencia que ejercerá sobre los cuerpos y la forma de ejercicio de ese poder) tiene la obligación mayor de ser “*un instrumento al servicio de la paz, la justicia, la convivencia y la felicidad, de quienes lo inventaron y no un aparato de opresión y violencia al servicio de unos pocos que les gustaría verlo, sin límites a su exclusivo servicio*”^[49]

La codificación penal en este contexto tiene que ser vista como un campo problemático que no se resuelve con la sola elaboración de proyectos tentativos, pues de todos modos el campo de decisiones políticas será siempre un lugar problemático y conflictivo, y ahí

⁴³ Aquí conviene ver los trabajos del Dr. Ángel Villarroel y las Dras. Cecilia Rocabado y Ximena Prudencio.

⁴⁴ Cfr. “*Humanitas* en el Derecho Penal”. En: *Reforma Penal y Política Criminal*. Buenos Aires: EDIAR, 2007, Págs. 249/257

⁴⁵ Cfr. “El arte de la legislación penal”. En: *III Seminario Internacional de actualización de Derecho Penal*. La Paz: ABCJP. 2007

⁴⁶ Cfr. “La reciente política legislativa penal en Argentina”. En: *Reforma Penal y Política Criminal*. Buenos Aires: EDIAR, 2007, Pág. 167

⁴⁷ Cfr. Alberto Binder; *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: AD HOC, 2004. pag. Se sugiere una lectura del capítulo 1 de este libro.

⁴⁸ Cfr. “La reciente política legislativa penal en Argentina”. En: *Reforma Penal y Política Criminal*. Buenos Aires: EDIAR, Pág. 149.

⁴⁹ Binder, Alberto; op. cit. Pág. 32

los legisladores no siempre tienen *Humanitas* o *arte*, pues la propaganda televisiva tiene más poder que una voz sensata.

Binder señala con razón que “*Una renovación de la dogmática penal no se realiza inventando o abandonando categorías o moviendo los niveles de la teoría del delito como en un juego lógico, sino introduciendo nuevas perspectivas fundamentales, que nazcan del diálogo con la realidad del poder, el conflicto y la violencia*”^[50].

6. El proceso de codificación penal y el *campo jurídico* en Bolivia.

Bolivia, no nos cansamos de repetirlo, está enfrentando el desafío de generar desarrollo normativo desde un Estado que se constituye como “Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”.

Y es que, como nos lo enseña la historia, la transición constitucional, de un modelo político a otro, es un problema práctico que merece abundante atención teórica.

El desarrollo normativo, no es un tema que puede tomarse a la ligera, todo lo contrario, de la base epistemológica en su construcción, dependerán los resultados normativos.

De hecho, en este momento, dos modelos de desarrollo normativo pugnan por imponerse: a) regulación social, y; b) emancipación social.

¿Qué implica esto en un proceso de codificación penal en un campo jurídico de transición?^[51]

Decididamente, las urgencias del poder no son las mismas que las de la academia, la teoría no es una preocupación política central en los tiempos que corren.

Bolivia, al estar inmerso en un programa bastante dinámico en sus urgencias políticas, encuentra preguntas fuertes y respuestas raquíticas.

Pero ello no puede significar que acudamos a una visión escapista y de evasión a la realidad. Y es que la realidad requiere que pongamos en el lugar adecuado, el pensamiento penal y su respectiva codificación.

Ello es realizable solo en la medida en que el poder puede contenerse, debe contenerse de su aspiración de arbitrariedad y discrecionalidad.

Es un sueño que seguramente, tiene mucho de idealismo, pero acaso no fue Marx quién hablo de convertir los sueños en fuerza material...?

El combate contra el colonialismo interno y externo en el caso de sociedades como la Boliviana, constituye la batalla en el corazón mismo del capitalismo periférico.

Así pues, lo plurinacional comunitario, no es categoría de adorno en el artículo primero de la Nueva Constitución, como afortunadamente lo han advertido Eugenio Raúl Zaffaroni, Bartolomé Clavero, Jean Ziegler, Raquel Irigoyen, Rosember Ariza, Marco Aparició, entre muchos otros intelectuales progresistas y latinoamericanistas.

⁵⁰ Cfr. Alberto Binder; *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: AD HOC, 2004. Pág. 30.

⁵¹ Coincidimos con Bordieu cuando señala que la codificación en un primer escenario: “[...] *liga continuamente el presente al pasado [...] garantiza también que [...] el futuro será la imagen del pasado, que las transformaciones y las adaptaciones inevitables serán pensadas y habladas en el lenguaje de la conformidad con el pasado*” Cfr. “*Elementos para una sociología del campo jurídico*”. En: *La fuerza del Derecho*. Pierre Bordieu – Gunther Teubner. Bogota: Siglo del Hombre Editores. 2000. Págs. 208-209.

Como señala Bordieu en “[...] *el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho*”⁵²

Desde nuestra perspectiva, diversos agentes sociales, pugnan por imponer un modelo de derecho penal y codificación adecuados a sus propios intereses:

Tenemos en un primer bloque:

- La cooperación internacional: GTZ, USAID⁵³
- La Corte Suprema de Justicia que ya ha iniciado sus debates sobre el nuevo Código Penal con la cooperación de la GTZ.
- El Colegio Nacional de Abogados (no esta en el debate)
- La asociación de magistrados de Bolivia (no esta en el debate)
- Las facultades de Derecho (que no están en el debate)
- La policía nacional

En segundo bloque:

- Movimientos sociales en el debate político
- La estructuración de un amplio proceso de deliberación social entre quienes sufren el ejercicio de poder punitivo del Estado (privados de libertad)
- Las preocupaciones de las relaciones de Género Poder Punitivo y Estado.
- Las preocupaciones de las relaciones entre poder punitivo estatal y niños en situación de conflicto con la ley
- Las preocupaciones sobre defensa de los derechos humanos (Defensor del Pueblo y la Asamblea Permanente de Derechos Humanos).
- Las preocupaciones de las agencias internacionales de Derechos Humanos (Alto Comisionado de las Naciones Unidas)

Un tercer bloque estaría compuesto por:

- Parlamentarios del MAS
- Parlamentarios de oposición
- Poder Ejecutivo (Ministerios relacionados con la gestión de la conflictividad)

Este campo jurídico, en Bolivia, se libra entre quienes plantean propuestas afincadas en la demagogia punitiva (más penas, más duras, más cárceles, más ejemplificación, pena de muerte, penas por encima de la tasa constitucional máxima, etc., etc., etcétera).

Están también quienes, pretenden posicionar un efecto limitado de la Nueva Constitución, una especie de “*gatopardismo penal*” que pretende cambiar para que nada cambie (al menos las voces de los judiciales van en ese sentido).

En realidad, el campo jurídico o puede ser construido estatalmente o dejarse llevar por la fuerza de la gravitación social, en todo caso, lo que no podemos olvidar es que la pugna por imponer un modelo, pasa por determinar si profundizamos el Estado de Derecho en

⁵² Cfr. “*Elementos para una sociología del campo jurídico*”. En: *La fuerza del Derecho*. Pierre Bordieu – Gunther Teubner. Bogota: Siglo del Hombre Editores. 2000. Págs.

⁵³ Aquí tenemos que ver, con cautela, los objetivos de la cooperación internacional, no solo en el sentido de desarrollo de proyectos y cumplimiento de objetivos, sino como opera la descolonización en los horizontes de proyección entre institucionalidad estatal e institucionalidad de las agencias de cooperación.

su versión *Social de Derecho Plurinacional Comunitario*, o cedemos paso al *Estado de Policía*⁵⁴.

Lo segundo no es una opción, sería un acto de traición a la revolución democrática y cultural...

7. Prudencia, “arte” y “humanitas” en la codificación penal.

Aproximarnos al *Estado de Derecho ideal*, como lo sugiere Zaffaroni, adquiere en Bolivia, una opción histórica imperdible: lo *Plurinacional Comunitario*.

Aquí más que detenernos en consideraciones éticas, debemos establecer un modelo de reflexión política que no le ceda ni un milímetro a las tentaciones del *estado de policía*.

Por ello *prudencia* como moderación y cordura; *arte* como técnica de contención al estado de policía, y; *humanitas* como compromiso con la dignidad del ser humano, constituyen -en conjunto- las condiciones de la codificación penal previa a la actividad constitucionalmente encargada a la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En ese contexto de previsiones, nos enfrentamos a un momento de transición política donde *lo viejo se resiste a morir y lo nuevo no acaba de nacer* [55], por ello debemos pensar profundamente en el proceso de cambio, no como panacea de logros inmediatos, sino ante todo como caminos por andar, muchos de los cuales no tienen receta alguna.

Como señala Alejandro Alagia:

“En la sociedad de clases los derechos son límites al poder, por eso imposible crear con los derechos una teoría de la justicia del derecho penal. Pero aún en una situación revolucionaria que intenta resignificar la función de los aparatos de estado con la sociedad *no podrían prescindirse de límites al poder punitivo* porque la especial situación de transición a una nueva organización de la autoridad no podría reducir los conflictos hasta el punto de echar mano a otras soluciones alternativas al castigo centralizado.

Es decir, más derechos equivalen a más límites al poder punitivo y esto es lo relevante a considerar en un contexto de transición [...] y que de él únicamente se sabe que es un límite no sólo a la explotación sino también a la formas más inusitadas de violencia institucional: al uso del castigo bajo la creencia mítica de con ello se evita la disolución de la sociedad” [56].

Los derechos y las garantías de la NCPE reducen el arbitrio del poder punitivo y sus agencias, pero a la vez establecen un máximo de protección estatal de los derechos en todas sus dimensiones, incluidos los de la Pachamama o madre tierra [57].

⁵⁴ Cfr. Zaffaroni, Aliaga, Slokar. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2007.

⁵⁵ Toda “transición” implica riesgos y oportunidades, pero la clave aquí se encuentra en no cederle espacios a las perversiones del Estado de policía (autoritario).

⁵⁶ Comunicación personal vía email (3 de marzo de 2009)

⁵⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni señala en un texto señero: “Y lo más importante es que, al reconocerle a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos, adquiere ésta la condición de *tercero agredido* cuando se la ataque ilegítimamente y, por ende, habilita el ejercicio de la legítima defensa en su favor (legítima defensa de terceros). Sentadas, colocación de obstáculos al avance de maquinarias de desmonte, etc., serán conductas lícitas en la medida en que sean defensivas de agresiones ilegítimas a la naturaleza. [...] Una nueva jurisprudencia deberá iniciarse, cuyas consecuencias prácticas son de momento difíciles de prever, pero lo cierto es que no responderá a los criterios que hasta el presente se vienen manejando. La

Este hecho implica andar con “prudencia” los procesos de la codificación penal, y es que en Bolivia tenemos que enfrentar un campo jurídico, altamente contaminado por la ideología neoliberal, pariente cercana del derecho penal del enemigo. No solo en filas de la oposición política, sino y fundamentalmente entre los juristas y la policía (de estos últimos no se podía esperar otra cosa por su naturaleza institucional y entrenamiento profesional)

Cuales, son entonces las medidas a tomar en cuenta?

a) Nutrirse del “garantismo penal” como línea de partida de la codificación penal, como al menos ya se tiene en el proyecto de Parte General preparado por el Viceministerio de Justicia y Derechos Fundamentales⁵⁸, como señala Zaffaroni “[...] el código debe ser claro y preciso en cuanto a los límites del poder punitivo que habilita”^[59].

Desde este punto de vista los principios generales son:

Principios que derivan de la exigencia de legalidad:

1°.- (Legalidad estricta) No constituye delito ni contravención ninguna conducta que no esté expresa y estrictamente prevista como tal en una ley anterior, ni se sancionará con otra pena que la establecida legalmente para ella. Por ley se entiende la que ha sido dada mediante el procedimiento consignado al efecto en la Constitución Política de la República.

2°.- (Legalidad de consecuencias penales) Nadie será sometido a medida de seguridad u otra análoga que no se hallare señalada en la ley con anterioridad al hecho o que lo estuviese para supuestos distintos de los estrictamente señalados para aquél por el cual se aplique.

3°.- (Normas supremas) Ningún tribunal aplicará una ley penal que contradiga las normas constitucionales ni los tratados internacionales ratificados por la República ni interpretará ninguna ley penal en forma contraria a estas normas. Todo tribunal revocará de oficio o a petición de parte cualquier decisión fundada en una ley de esa naturaleza.

4°.- (Culpabilidad y co-culpabilidad) No hay pena sin culpabilidad y en la medida de ésta. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Para determinar el reproche de culpabilidad se tendrán en cuenta también las posibilidades reales que la sociedad haya ofrecido al infractor para comportarse de otra manera.

5°.- (Derecho penal de acto) Para establecer el delito y la pena no se tomarán en cuenta criterios de peligrosidad, reproche de personalidad ni otros análogamente incompatibles con la dignidad y autonomía de la persona.

6°.- (Legalidad de las omisiones) Las infracciones penales pueden cometerse por omisión sólo en los casos especialmente señalados por la ley.

incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derecho abre un nuevo capítulo en la historia del derecho”. Cfr. “**La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia**”. Inédito, 2009

⁵⁸ Ver anexo 1

⁵⁹ *Consideraciones previas para la elaboración de un nuevo código penal para la República de Bolivia*. Diciembre del 2007. (s/n/t), mimeo.

7°.- (Ofensividad e insignificancia) No hay delito sin una lesión significativa para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo.

8°.- (Exclusión de responsabilidad objetiva) No hay infracción penal sin dolo o culpa respecto del resultado delictivo como de cualquier elemento de agravación. En materia penal no hay responsabilidad objetiva.

9°.- (Imprescriptibilidad) No prescriben las acciones y las penas en los casos en que así lo dispone el derecho internacional convencional o consuetudinario.

10°.- (Humanidad, personalidad y proporcionalidad) Cuando una pena en el caso concreto resultase cruel, inhumana o degradante, trascendiese muy gravemente a terceros inocentes o fuese notoriamente desproporcionada, los jueces la evitarán o morigerarán, aún cuando estuviese prevista en la ley y no revistiese ese carácter en abstracto.

11°.- (Pluriculturalidad) Toda duda acerca de los límites de la competencia de la justicia comunitaria será decidida a favor de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo cultural y conserve o restablezca la paz social.

12°.- (Irretroactividad de la ley penal) Todo delito o contravención se sancionará con arreglo a las leyes vigentes en el momento de su comisión o en el que ésta haya comenzado.

Se aplicará retroactivamente y de oficio toda ley posterior más favorable hasta el momento en que se agote cualquier efecto jurídico del delito o de la condena. Si entre el momento del delito y este agotamiento se sucediesen más de dos leyes, siempre se aplicará la más benigna. En caso de duda no se resolverá sin antes escuchar al interesado.

No se excluyen de este régimen las leyes temporales ni las excepcionales.

13°.- (Valores culturales) La responsabilidad penal en todos los casos se establece tomando en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los protagonistas del conflicto.

14°.- (Ultima ratio) En cualquier caso el tribunal privilegiará la reparación y seguridad de las víctimas y aplicará la pena de prisión en la medida estrictamente necesaria.

Si vemos con atención este paquete de principios generales y lo comparamos con la propuesta del Profesor Zaffaroni en el “*Manual...*”, no queda lugar a dudas, se cumplen a cabalidad, incorporándose en términos mucho más explícitos la fuerza epistemológica de lo Plurinacional Comunitario en clave constitucional de “Jurisdicción indígena originaria campesina”.

b) Descolonización mental: Al respecto el autor citado señala: “Un tema respecto del cual *no es posible utilizar la experiencia europea* es el de la justicia comunitaria y el reconocimiento del pluralismo cultural”^[60] (cursivas nuestras)

Todo ello vendría a ser la base de la discusión de la parte general con sus indudables consecuencias en la construcción de los tipos penales que se incorporarían en la parte

⁶⁰ Consideraciones previas para la elaboración de un nuevo código penal para la República de Bolivia. Diciembre del 2007. (s/n/t), mimeo.

especial del Código y del cual ya se tienen tres documentos de referencia, como lo señalamos líneas arriba.

Primer bloque de urgencias desde la NCPE. Protección penal de:

- [a] los derechos fundamentales.
 - [a.1] la integridad, la seguridad física, psicológica y sexual
 - [a.2] al agua y la alimentación
 - [a.3] a la educación
 - [a.4] a la salud
 - [a.5] al hábitat y vivienda adecuados
 - [a.6] a los servicios básicos
- [b] los derechos civiles y políticos
- [c] los derechos de las naciones indígena originario campesinos
 - [c.1] conocimiento tradicional^[61]
 - [c.2] actividad transnacional en pueblos indígenas^[62]
- [d] los derechos sociales y económicos
 - [d.1] el derecho al medio ambiente^[63]
 - [d.2] derecho a la salud
 - [d.3] derecho al trabajo
 - [d.2] derechos a la propiedad
 - [d.4] derechos de la niñez, adolescencia y juventud
 - [d.5] derechos de las familias
 - [d.6] derechos de las personas adultas mayores
 - [d.7] derechos de las personas con discapacidad
 - [d.8] derechos de las personas privadas de libertad
 - [d.9] derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores.
- [e] derecho a la educación

Este primer bloque se complementa con un segundo que contiene las siguientes preocupaciones:

- [a] corrupción funcionaria^[64]
- [b] discriminación, racismo y violencia ^[65]

⁶¹ Un interesante balance se realiza en el estudio de Andressa Caldas: *Regulación Jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes*. Bogotá: ILSA, 2004

⁶² Cfr. de Alejandro Teitelbaum su: *Al margen de la ley: Sociedades transnacionales y derechos humanos*. Bogotá, ILSA- Observatorio Social de empresas transnacionales, megaproyectos y Derechos Humanos. 2007. Así también de Esther Anaya, Salvador Herencia y Giovanni Martota Thorne; *Empresas y Derechos Humanos: Aplicando la responsabilidad social empresarial con un enfoque de Derechos*. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2007. Erika González, Kristina Sáez y Jorge Lago; *Atlas de la energía en América Latina y El Caribe: las inversiones de las multinacionales españolas y sus impactos económicos sociales y culturales*. Barcelona: OMAL - Paz y Dignidad, 2008.

⁶³ Aquí hacen énfasis varios autores dado que la nueva constitución establece los derechos de la naturaleza como *ser igual a los seres humanos*.

⁶⁴ José Sáez Capel tiene sugerentes trabajos al respecto Cfr. *Seguridad, proceso penal y derechos humanos en América Latina y el Caribe*. Chubut: Universidad Nacional de la Patagonia de San Juan Bosco. ILANUD, 2004, Sáez Capel, José (coord.). Así también puede verse del mismo autor su "Algunas reflexiones críticas en torno a la corrupción pública y privada". En: *III Seminario Internacional de actualización de Derecho Penal*. La Paz: Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, 2007.

- [c) violencia intrafamiliar y maltrato infantil^[66]
- [d) incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar
- [e) incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el código penal^[67]
- [f) delitos contra la libertad sexual^[68]
- [g) delitos socioeconómicos contra los consumidores
- [h) crimen organizado
- [i) torturas, degradación de la humanidad y penas crueles
- [j) protección penal de los mensajes por correo electrónico
- [k) tráfico ilícito de drogas y soberanía nacional
- [l) delito de extorsión y secuestro *express*
- [m) delitos contra el derecho de sufragio.
- [n) delitos contra el honor cometidos a través de la prensa⁶⁹
- [o) delitos tributarios
- [p) criminalización de la protesta social en el régimen neoliberal

Esta nominación no significa en ningún caso, una estructura jerárquica de los conflictos jurídicos y penales, sino mas bien una aproximación rápida a los problemas que se presentan y que son materia de preocupación por parte de los operadores de justicia y los juristas.

Desde una perspectiva mas teórica, pero con indudables consecuencias practicas, conviene realizar una indagación sobre:

- [a) el carácter ideológico de las normas jurídicas y la función del saber penal en sociedades de raíz colonial (el caso Bolivia)
- [b) estudio sobre el aparato represivo: policía y sistema penitenciario
- [c) propiedad social y protección penal en un Estado de transición
- [d) la constitución de las empresas comunitarias y el cuidado del medio ambiente
- [e) la participación ciudadana en la construcción de la normatividad penal: problemas y perspectivas desde la idea de “control social”

Como podrá advertirse, existe una enorme exigencia de ideas que complementen y refuercen el desarrollo estrictamente normativo, pues como todos sabemos, *cortar, copiar pegar, comparar y promediar tasas penales*, no son precisamente la mejor forma de crear derecho, sino el lado perverso de la codificación.

La prudencia, el *arte* y la *humanitas* del proceso que esta en marcha, constituyen la base de un nuevo tiempo en la codificación penal.

Nuestro tiempo...

⁶⁵ Existe una abundante bibliografía, por todos de Rodolfo Stavenhagen su: *LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS: Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. México: UNESCO, 2008

⁶⁶ Este problema constituye por muchas razones un lugar que no puede ser descuidado bajo ningún motivo

⁶⁷ Cfr. de Esther Anaya, Salvador Herencia Carrasco y Giovanni Martota Thorne: *Propuestas internacionales en un nueva Constitución Política de Bolivia*. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2008. En el caso nuestro el trabajo de Cecilia Rocabado.

⁶⁸ Cfr. El documento de Ximena Prudencio.

⁶⁹ Cfr. de Javier Augusto De Luca: *Libertad de prensa y delitos contra el honor: Delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*. Buenos Aires: AD HOC, 2006.

Bibliografía General

- ALBÁN GÓMEZ, ERNESTO; TORRES CHÁVEZ, EFRAÍN; DONOSO, ARTURO; ROMÁN ABARCA, MILTON, Y; ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL
2005 *Anteproyecto de Código Penal del Ecuador*. Por: Dres. Ernesto Albán Gómez, Efraín Torres Chávez, Arturo Donoso C., Milton Román Abarca Alfonso Zambrano Pasquel (presentación del proyecto de código penal parte general redactado por la pequeña comisión designada por la Excm. Corte Suprema de Justicia del Ecuador).
- ALTHUSSER, LOUIS;
1986 *Para leer el Capital*. México: Siglo XXI
- ANAYA, ESTHER; HERENCIA CARRASCO, SALVADOR Y GIOVANNI MARTOTA THORNE:
2008 *Propuestas internacionales en un nueva Constitución Política de Bolivia*. Lima: Comisión Andina de Juristas
- BERGALLI, ROBERTO (coord.)
2003 *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Barcelona: Editorial Tirant Lo Blanch.
- BINDER, ALBERTO
2004 *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: AD HOC
- BORDIEU, PIERRE
2000 "Elementos para una sociología del campo jurídico". En: *La fuerza del Derecho*. Pierre Bordieu – Gunther Teubner. Bogota: Siglo del Hombre Editores. 2000
- BROWN, WENDI & PATRICIA WILLIAMS
2003 *La Crítica de los Derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes – Instituto Pensar – Siglo del Hombre
- CALDAS, ANDRESSA
2004 *Regulación Jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes*. Bogotá: ILSA
- CASTRO-GÓMEZ, SANTIAGO
2000 "Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la "invención del otro". En: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Edgardo Lander (Compilador). CLACSO
- CLAVERO, BARTOLOMÉ
2006 *El Orden de los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid. Trotta
2005 *Geografía Jurídica de América Latina: Derecho Indígena en Constituciones no Indígenas*".
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS
2007 *Empresas y Derechos Humanos: Aplicando la responsabilidad social empresarial con un enfoque de Derechos*. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2007.

- COLOMER VIADEL, ANTONIO
1990 *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica. 1990, pág. 76.
- DE LUCA, JAVIER AUGUSTO
2006 *Libertad de prensa y delitos contra el honor: Delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*. Buenos Aires: AD HOC
- ERBETTA, DANIEL
2007 “Fundamentos de la necesidad de la reforma. Filosofía y lineamientos generales del Anteproyecto de reforma integral argentino”. En: *Reforma Penal y Política Criminal*. AA.VV. Buenos Aires: EDIAR
- FERRAJOLI, LUIGI
1995 *Razón y Derecho: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta
- FIGUEROA, MANUEL
2007 *La tesis de las tres economías*. Sucre. Mimeógrafo.
- FOUCAULT, MICHEL
2005 *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: GEDISA, 2005. (10ª reimpresión)
2003 *Defender la Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica
1986 *Vigilar y Castigar*. México, Siglo XXI, 1986 (19ª edición).
- GARCÍA LINERA, ÁLVARO
2007 “Estado Plurinacional: Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las naciones indígenas”. En: *La transformación pluralista del Estado*. Álvaro García Linera – Luis Tapia Mealla – Raúl Prada Alcoreza. La Paz: Muela del Diablo, 2007
- GARCÍA YAPUR, FERNANDO
2007 “Estado Plurinacional”. *Documento interno de la REPAC*, 2007.
- GONZÁLEZ, ERIKA; SÁEZ, KRISTINA Y JORGE LAGO;
2008 *Atlas de la energía en América Latina y El Caribe: las inversiones de las multinacionales españolas y sus impactos económicos sociales y culturales*. Barcelona: OMAL - Paz y Dignidad
- GONZÁLEZ CASANOVA, PABLO
1969 *Sociología de la Explotación*. México: Siglo XXI
- GONZÁLEZ MACHI, JOSÉ IGNACIO
2007 “La reforma del Código Penal en Paraguay”. En: *Reforma Penal y Política Criminal*. Buenos Aires: EDIAR
- GONZÁLEZ STEPHAN, BEATRIZ
1996 “Economías fundacionales. Diseño del cuerpo ciudadano”, en: B. González Stephan (comp.), *Cultura y Tercer Mundo. Nuevas identidades y ciudadanías*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad
- HABERMAS, JÜRGEN
1998 *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998.

HARO, RICARDO

2005 “Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25 ° aniversario: 1978-2003)”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung E.V.

IGNACIO ANITUA, GABRIEL

2005 “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho”. En: *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. VV.AA. Barcelona: Anthropos

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN

2008 *El proceso constituyente Boliviano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La Paz: Enlace – Oxfam Gran Bretaña.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE Y HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

2005 “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”. *Política Criminal*. N° 1, D2, p. 1-223.

2005 “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. *Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

MIR PUIG, SANTIAGO

2007 *Derecho penal: Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2007.

2006 “Los límites del ius puniendi”. En: *Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: ARA Editores

1980 *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho

MINISTERIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE – VICEMINISTERIO DE LA MUJER

2005 *Módulo Instruccional de Género*. Sucre - La Paz: Ministerio de Desarrollo Sostenible – Viceministerio de la Mujer – Instituto de la Judicatura

MOVIMIENTO AL SOCIALISMO

2007 Informe de la Mayoría: “Por un Estado Unitario Plurinacional Comunitario y la autodeterminación de naciones originarias, pueblos indígenas y campesinas”. Comisión Visión de País. Asamblea Constituyente. Julio, 2007.

NINO, SANTIAGO

1993 *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1993

NOGUERA, ALBERT

2008 *Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia*. La Paz: Enlace – Oxfam Gran Bretaña.

PAREDES, JULIETA

2005 *Asamblea Feminista*. s/n/t, abril

PRADA ALCOREZA, RAÚL

2007 “Articulaciones de la complejidad”. En: *La transformación pluralista del Estado*. Álvaro García Linera – Luis Tapia Mealla – Raúl Prada Alcoreza. La Paz: Muela del Diablo, 2007

- RIVERA, IÑAKI
2005 "Principios orientadores del constitucionalismo social". En: *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos
- ROSALES, ELSIE
2005 "Sistema penal y estado constitucional en Venezuela". En: *Capítulo Criminológico*. V.33, N° 4, Maracaibo oct. 2005
2004 "Sistema Penal y Reforma Penal". En: *Capítulo Criminológico*, Vol. 32, N° 4, Maracaibo, octubre 2004. Universidad Central de Venezuela
- ROXIN, CLAUS
2004 *Problemas actuales de Dogmática Penal*. Lima: Ara editores
- SÁEZ CAPEL, JOSÉ
2007 "Algunas reflexiones críticas en torno a la corrupción pública y privada". En: *III Seminario Internacional de actualización de Derecho Penal*. La Paz: Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales
2004 *Seguridad, proceso penal y derechos humanos en América Latina y el Caribe*. Chubut: Universidad Nacional de la Patagonia de San Juan Bosco. ILANUD, 2004, Sáez Capel, José (coord.),
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSSA
2008 "En búsqueda de un nuevo paradigma crítico". En: *Conocer desde el Sur: Para una cultura política emancipatoria*. La Paz: Plural, CLACSO - CIDES – UMSA, 2008. Pág. 28.
2008 "De lo post moderno a lo poscolonial y más allá de ambos". En: *Conocer desde el Sur: Para una cultura política emancipatoria*. La Paz: Plural, CLACSO - CIDES – UMSA, 2008. Pág.
2008 "La reinención del Estado y el Estado Plurinacional". En: *Observatorio Social de América Latina*. Año III, N° 22, Septiembre de 2007.
- SLOKAR, ALEJANDRO
2007 "La reciente política legislativa penal en Argentina". En: *Reforma Penal y Política Criminal*. Buenos Aires: EDIAR, 2007, Pág. 167
- SOPHIE BERCHE, ANNE; MARÍA GARCÍA, ALEJANDRA Y ALEJANDRO MANTILLA:
2006 *Los Derechos en Nuestra Propia Voz, Pueblos Indígenas y DESC: Una lectura intercultural*. Bogotá: Textos de Aquí y Ahora
- STAVENHAGEN, RODOLFO
2008 *LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS: Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. México: UNESCO
- TAPIA MEALLA, LUIS
2007 "Una reflexión sobre la idea de Estado Plurinacional". En: *Observatorio Social de América Latina*. Año III, N° 22, Septiembre de 2007.
- TEITELBAUM, ALEJANDRO
2007 *Al margen de la ley: Sociedades transnacionales y derechos humanos*. Bogotá, ILSA- Observatorio Social de empresas transnacionales, megaproyectos y Derechos Humanos

VICEMINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (HOY: "FUNDAMENTALES")

2008 Primer Documento: Borrador de la Parte General conforme a las Resoluciones adoptadas en la reunión de Santa Cruz de la Sierra (14 Al 16 De Febrero De 2008).

VEGA, OSCAR

2007 "Reflexiones sobre la transformación pluralista". En: En: *La transformación pluralista del Estado*. Álvaro García Linera – Luis Tapia Mealla – Raúl Prada Alcoveza. La Paz: Muela del Diablo, 2007

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL

2009 La naturaleza como persona: *Pachamama y Gaia*. (inédito)

2007a *Consideraciones previas para la elaboración de un nuevo código penal para la republica de Bolivia*. Diciembre del 2007. (s/n/t), mimeo.

2007b "Humanitas en el Derecho Penal". En: *Reforma Penal y Política Criminal*. Buenos Aires: EDIAR, 2007

2007c "El arte de la legislación penal". En: *III Seminario Internacional de actualización de Derecho Penal*. La Paz: ABCJP. 2007

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y ALEJANDRO SLOKAR.

2007 *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR

Anexo 1

PRIMER DOCUMENTO

BORRADOR DE LA PARTE GENERAL CONFORME A LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN LA REUNIÓN DE SANTA CRUZ DE LA SIERRA (14 AL 16 DE FEBRERO DE 2008).

LIBRO PRIMERO: PARTE GENERAL

TÍTULO PRELIMINAR: Principios

Artículo 1.- El presente Código se aplicará con estricta observancia de los siguientes principios:

1º.- (*Legalidad estricta*) No constituye delito ni contravención ninguna conducta que no esté expresa y estrictamente prevista como tal en una ley anterior, ni se sancionará con otra pena que la establecida legalmente para ella. Por ley se entiende la que ha sido dada mediante el procedimiento consignado al efecto en la Constitución Política de la República.

2º.- (*Legalidad de consecuencias penales*) Nadie será sometido a medida de seguridad u otra análoga que no se hallare señalada en la ley con anterioridad al hecho o que lo estuviese para supuestos distintos de los estrictamente señalados para aquél por el cual se aplique.

3º.- (*Normas supremas*) Ningún tribunal aplicará una ley penal que contradiga las normas constitucionales ni los tratados internacionales ratificados por la República ni interpretará ninguna ley penal en forma contraria a estas normas. Todo tribunal revocará de oficio o a petición de parte cualquier decisión fundada en una ley de esa naturaleza.

4º.- (*Culpabilidad y co-culpabilidad*) No hay pena sin culpabilidad y en la medida de ésta. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Para determinar el reproche de culpabilidad se tendrán en cuenta también las posibilidades reales que la sociedad haya ofrecido al infractor para comportarse de otra manera.

5º.- (*Derecho penal de acto*) Para establecer el delito y la pena no se tomarán en cuenta criterios de peligrosidad, reproche de personalidad ni otros análogamente incompatibles con la dignidad y autonomía de la persona.

6º.- (*Legalidad de las omisiones*) Las infracciones penales pueden cometerse por omisión sólo en los casos especialmente señalados por la ley.

7º.- (*Ofensividad e insignificancia*) No hay delito sin una lesión significativa para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo.

8º.- (*Exclusión de responsabilidad objetiva*) No hay infracción penal sin dolo o culpa respecto del resultado delictivo como de cualquier elemento de agravación. En materia penal no hay responsabilidad objetiva.

9º.- (*Imprescriptibilidad*) No prescriben las acciones y las penas en los casos en que así lo dispone el derecho internacional convencional o consuetudinario.

10º.- (*Humanidad, personalidad y proporcionalidad*) Cuando una pena en el caso concreto resultase cruel, inhumana o degradante, trascendiese muy gravemente a terceros inocentes o fuese notoriamente desproporcionada, los jueces la evitarán o morigerarán, aún cuando estuviese prevista en la ley y no revistiese ese carácter en abstracto.

11º.- (*Pluriculturalidad*) Toda duda acerca de los límites de la competencia de la justicia comunitaria será decidida a favor de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo cultural y conserve o restablezca la paz social.

12º.- (*Irretroactividad de la ley penal*) Todo delito o contravención se sancionará con arreglo a las leyes vigentes en el momento de su comisión o en el que ésta haya comenzado.

Se aplicará retroactivamente y de oficio toda ley posterior más favorable hasta el momento en que se agote cualquier efecto jurídico del delito o de la condena. Si entre el momento del delito y este agotamiento se sucediesen más de dos leyes, siempre se aplicará la más benigna. En caso de duda no se resolverá sin antes escuchar al interesado.

No se excluyen de este régimen las leyes temporales ni las excepcionales.

13°.- (*Valores culturales*) La responsabilidad penal en todos los casos se establece tomando en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los protagonistas del conflicto.

14°.- (*Ultima ratio*) En cualquier caso el tribunal privilegiará la reparación y seguridad de las víctimas y aplicará la pena de prisión en la medida estrictamente necesaria.

TITULO PRIMERO: De la ley penal

Capítulo Primero: De la aplicación de la ley penal

Artículo 2.- (*Norma supletoria*) Las disposiciones generales de este Código se aplicarán a todos los delitos y contravenciones previstos en leyes especiales.

Capítulo Segundo: De la aplicación de la ley penal en el espacio

Artículo 3.- (*Territorialidad*) La ley penal boliviana se aplicará a todo delito perpetrado en el territorio de la República y en los lugares sometidos a su jurisdicción.

Entre otros, son lugares sometidos a su jurisdicción:

1° El recinto de las representaciones diplomáticas del país en el extranjero.

2° Las naves y aeronaves públicas bolivianas, y las privadas salvo que conforme al derecho internacional estén sujetas a una ley penal extranjera.

Artículo 4.- (*Extraterritorialidad*) La ley penal boliviana se aplicará por los delitos perpetrados fuera el territorio de la República o de los lugares sometidos a su jurisdicción que:

1° afecten bienes jurídicos existentes en la República;

2° afecten a un ciudadano boliviano y no hayan sido juzgados en el país del territorio;

3° cometan funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de su cargo;

4° cometan bolivianos al servicio de la República que gozan de inmunidad en el extranjero;

5° cometan integrantes de cualquier fuerza militar boliviana destacada en el extranjero;

6° cometan personas cuya extradición no se conceda, siempre que el delito tenga fijada en la legislación nacional una pena privativa de libertad no inferior a tres años;

7° pertenezcan a la categoría de los que el derecho internacional autoriza a penar al estado en cuyo territorio o en lugares sometidos a su jurisdicción sea aprehendido el autor o partícipe;

8° por un tratado o por la costumbre internacional, la República tenga la obligación de penar o esté habilitada para hacerlo.

Artículo 5.- (*Extradición*) La extradición se ajustará a los casos y las formas determinados en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados por la República, en la ley sobre la materia y en el Código de Procedimiento Penal. No se concederá la extradición de un boliviano y su juicio se tramitará conforme a las leyes nacionales.

Artículo 6.- (*Sentencia extranjera*) En los casos previstos en el artículo anterior, cuando el agente sea juzgado en Bolivia, habiendo sido ya sentenciado en el extranjero, se computará la parte de pena cumplida en virtud de esa sentencia si fuere de la misma especie y, si fuere de diferente, el juez disminuirá en todo caso la que se le imponga.

Artículo 7.- (*Lugar de comisión*) Los delitos y contravenciones se consideran realizados en el lugar y en el momento de su respectiva manifestación de voluntad. Si ésta tuviese lugar en el extranjero, se considerarán cometidos en el territorio nacional cuando su resultado se produjese dentro de este territorio o en lugares sometidos a la jurisdicción nacional.

Capítulo Tercero: De la aplicación de la ley penal en relación a las personas

Artículo 8.- (*Inmunidades e indemnidades*) La ley penal no se aplicará a las personas que excluye o protege el derecho internacional. En los casos determinados por la Constitución no se aplicará o sólo se lo hará en las condiciones que ésta establece.

Artículo 9.- (*Niños y adolescentes*) El menor de dieciocho años no será responsable penalmente con arreglo a este Código, pero cuando cometa un hecho previsto como delito podrá serlo con arreglo a la ley que regule la responsabilidad penal de los niños y los adolescentes.

Capítulo Cuarto: Colisión de normas

Artículo 10.- (*Reglas*) (*Especialidad*) Si la misma materia estuviese prevista por una disposición general y otra especial, se aplicará sólo la especial; (*Subsidiaridad*) si estuviese contenida en otro tipo, se considerará sólo éste; (*Consunción*) si un tipo abarcase lo realizado normalmente antes o después de lo definido por otro, se aplicará sólo este último.

TITULO SEGUNDO: De la justicia comunitaria

Artículo 11.- (*Competencia*) La ley penal no se aplicará:

1º A hechos cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cultura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana.

2º A hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que ésta lo juzgue y sancione, salvo cuando, en hechos contra la vida, la integridad física o le libertad sexual, la sanción comunitaria sea notoriamente insignificante en relación a la gravedad del hecho.

Artículo 12.- (*Penas crueles, inhumanas o degradantes*) Las penas que impongan las culturas originarias no serán crueles, inhumanas o degradantes. En caso de serlo y haberse ejecutado, el tribunal se limitará a comunicarlo al Poder Ejecutivo, a efectos de que adopte las medidas de política cultural que mejor convengan para evitar reiteraciones de tales penas en la comunidad.

No se considerarán penas crueles, inhumanas o degradantes las que cumplan la función de ritual de reincorporación a la comunidad y tampoco las que importen para el infractor un sufrimiento, lesión o privación menor que el que le significaría la pena de este Código.

Artículo 13.- (*Prohibición de doble punición*) En cualquier caso, cuando se haya ejecutado una pena impuesta por una comunidad perteneciente a una cultura originaria o sea inevitable que la persona la sufra en el futuro, el tribunal no impondrá la pena prevista en la ley penal. Si la pena ejecutada o inevitable fuese notoriamente exigua, el tribunal impondrá una pena atenuada tomando en cuenta la sanción sufrida o inevitable.

Artículo 14.- (*Hechos no punibles conforme a este Código*) Las comunidades pertenecientes a culturas originarias podrán sancionar como infracciones conductas no contempladas en la ley penal, siempre que las prohibiciones no sean discriminatorias o afecten la dignidad de la persona y las sanciones no son crueles, inhumanas o degradantes.

TITULO TERCERO: Del delito, de las causas que eximen y modifican la responsabilidad penal y de las formas de aparición y personas responsables

Capítulo Primero: Del delito en general

Artículo 15.- (*Delitos y contravenciones*) Las infracciones penales se dividen, por su gravedad, en delitos y contravenciones, según las penas que respectivamente se señalan en este código.

(*Dolo y culpa*) Los delitos sólo se cometen con dolo, salvo que la ley prevea la forma culposa.

Artículo 16.- En los delitos por culpa, el máximo de la penalidad se aumentará hasta la mitad cuando temerariamente se introduzcan riesgos importantes para la vida, la integridad física o la libertad traducidos en resultados altamente lesivos.

Capítulo Segundo: De las causas que eximen de responsabilidad penal

Artículo 17.- Están exentos de responsabilidad penal:

1º (*Fuerza física irresistible*) El que obrare violentado por fuerza física irresistible.

2º (*Insignificancia*) El que causare una lesión o peligro insignificantes para el bien jurídico.

3º (*Cumplimiento de un deber*) El que obrare en cumplimiento de un deber jurídico.

4º (*Ejercicio de un derecho*) El que obrare en ejercicio legítimo de un derecho, oficio, autoridad o cargo.

5º (*Legítima defensa*) El que en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, rechazare una agresión injusta y actual, siempre que hubiese necesidad racional de la defensa y no existiese una enorme desproporción del medio empleado.

Artículo 18.- (*Estado de necesidad*) Está exento de responsabilidad el que para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, incurra en un tipo penal, cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta, principalmente, la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos y la significación para el necesitado;
- 2) Que la lesión que se evita sea inminente o actual e importante;
- 3) Que la situación de necesidad no hubiera sido provocada intencionalmente por el sujeto; y
- 4) Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro.

Artículo 19.- (*Error de tipo*) El error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias de hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la ley lo conmine con pena.

Tratándose de personas pertenecientes a culturas originarias, el tribunal tendrá especialmente en cuenta los condicionamientos culturales que impidan o dificulten el reconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal.

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la aplicación de la pena agravada.

(*Error de prohibición*) El error invencible sobre la criminalidad del hecho excluye la culpabilidad, al igual que el que recaiga sobre las circunstancias que lo habrían justificado o exculpado. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse prudentemente por el tribunal, atendiendo a la medida de la posibilidad exigible de superarlo.

(*Error de comprensión*) También se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de

comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecerá la pena conforme al grado de exigencia que podría formularsele.

Artículo 20.- (*Inimputabilidad*) Estará exento de pena el que en el momento del hecho, por enfermedad mental, por perturbación de la conciencia o por insuficiencia de su inteligencia, no pudiera comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión. Cuando las mismas causas no excluyan totalmente esa posibilidad, sino que la disminuyan, la pena se disminuirá prudentemente por el tribunal, atendiendo a la medida de esta dificultad.

(*Inimputabilidad provocada*) El que provoque su incapacidad para cometer un delito será sancionado por el delito culposo cuando hubiese tenido el deber de prever la comisión del ilícito penal.

Capítulo Tercero: De la consumación y la tentativa

Artículo 21.- (*Tentativa*) Serán punibles los delitos consumados y tentados. En las contravenciones sólo se pena la consumación.

Hay tentativa cuando el agente, con el fin de cometer un delito, realiza parte de los actos de ejecución o todos ellos y, por causas independientes de su voluntad, no puede completarlos en el primer caso o no sobreviene el resultado en el segundo.

La penalidad de la tentativa será la del delito consumado disminuida hasta la mitad.

Artículo 22.- (*Desistimiento*) Cuando el agente evite voluntariamente la producción del delito, porque desista de completar la ejecución o porque impida el resultado, quedará exento de responsabilidad penal y sólo será punible por los actos realizados si éstos constituyesen por sí mismos un delito distinto.

(*Desistimiento de los partícipes*) El desistimiento del autor beneficia a los partícipes, salvo en delitos contra la humanidad. Los partícipes pueden desistir cuando impidan la ejecución de todos los actos o la producción del resultado, y al igual que el autor, sólo serán punibles por los actos realizados si éstos constituyesen por sí mismos un delito distinto.

Capítulo Cuarto: De la participación criminal

Artículo 23.- (*Autores*) Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que prestan una cooperación sin la cual no habría podido llevarse adelante el plan del hecho antijurídico doloso. El autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

Artículo 24.- (*Determinador*) Tendrá la penalidad prevista para el autor del delito el que dolosamente determine a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso.

Artículo 25.- (*Complicidad simple*) Es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aún sin esa ayuda se hubiese cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda posterior al hecho. La penalidad del cómplice será la del delito consumado disminuida hasta la mitad.

(*Complicidad necesaria*) El que prestase la cooperación señalada en el artículo 23 pero no pudiese ser considerado autor, tendrá la penalidad que corresponda a éste.

Artículo 26.- (*Incomunicabilidad*) Cada participante será penado conforme a su culpabilidad, sin tomar en cuenta la culpabilidad de los otros.

Artículo 27.- (*Representación*) El que actuare en representación legal o voluntaria de otro, o como directivo, órgano o representante de una persona jurídica, responderá de los delitos que en tal calidad perpetra, aunque no concurriesen en él, pero sí en la persona natural o jurídica en cuyo nombre o representación obrara, las características, condiciones o relaciones que la correspondiente figura delictiva requiera para su sujeto activo.

Artículo 28.- (*Dolo de los participantes*) Si constare

que las personas a que se refieren los artículos anteriores no quisieron determinar o cooperar sino a un delito menos grave que el efectivamente perpetrado, sólo responderán por el acto en que se propusieron o aceptaron participar.

Artículo 29.- (*Medios de comunicación*) En los delitos cometidos por medios de gran difusión no responderán a ningún título las personas que sólo interviniesen materialmente en su impresión, emisión, distribución o venta o en cualquier otra forma de reproducción o divulgación.

Capítulo Quinto: De la unidad y pluralidad de delitos

Artículo 30.- (*Concurso ideal y real*) Cuando un hecho cayere bajo dos o más tipos o cuando concurrieren dos o más delitos independientes sancionados con prisión, sólo se aplicará la penalidad mayor que le hubiese correspondido.

Cuando el número de delitos independientes o el de víctimas presentase una gravedad extraordinaria, el máximo de la escala de la penalidad mayor podrá aumentarse hasta un tercio, sin exceder del límite de la penalidad máxima.

Estas reglas no se aplicarán a las multas e inhabilitaciones, aunque el juez podrá prescindir de su acumulación o limitar prudencialmente su cuantía.

Artículo 31.- (*Delito continuado*) Cuando hubiese una única resolución criminal y de la razonable interpretación de un tipo penal resultare que la reiteración de acciones no configuran hechos independientes, se penará conforme a la penalidad que correspondiese a un único hecho, considerando las reiteraciones como indicadoras del grado de lesión o peligro para el bien jurídico.

TITULO CUARTO: De las penas

Capítulo Primero: De las penas en general

Artículo 32.- (*Penas*) Las penas de este Código son las siguientes:

- 1.- Prisión.
- 2.- Multa.
- 3.- Inhabilitación.
- 4.- Interdicción de derechos.
- 5.- Detención de fin de semana.
- 6.- Prestación de trabajo de utilidad pública.
- 7.- Limitación de residencia.
- 8.- Prohibición de residencia.
- 9.- Arresto domiciliario.
- 10.- Cumplimiento de instrucciones.
- 11.- Multa reparatoria.
- 12.- Amonestación.
- 13.- Caución de no ofender.
- 14.- Satisfacción a la víctima.

Son penas de contravenciones la de privación de libertad no superior a siete días y las que la reemplacen, la de multa que no supere los diez días y la de inhabilitación que no supere los sesenta días; las demás son penas de delitos.

Las penas distintas de la prisión, cuando no se encuentren establecidas precisamente para un delito, pueden imponerse para sustituir la pena de prisión en la forma y los casos que el presente código señala.

En ningún caso la pena afectará bienes jurídicos del condenado distintos de aquel en cuya restricción consiste.

Artículo 33.- (*Detención y prisión preventiva*) La detención y la prisión preventiva que una persona hubiese sufrido por el delito por el que fuera condenada se imputarán a la penalidad a razón de un día de prisión por cada día de privación de libertad preventiva y hasta un año; de dos días de prisión por cada día de privación de libertad preventiva por el tiempo que supere el año y no exceda de dos años; de tres días de prisión por cada día de privación de libertad preventiva por el tiempo que exceda de dos años.

La misma regla se aplicará respecto de la detención y prisión preventiva:

1º.- Por hechos de los que la persona hubiese sido absuelta o sobreseída, pero que hubiesen debido ser juzgados conjuntamente con el delito por el que fue condenada o por los que se hubiese debido proceder conforme al artículo 30;

2º Que hubiese sufrido con posterioridad a la condena en razón de otro hecho por el que resultare condenada, absuelta o sobreseída.

El tiempo que se prolongue la prisión preventiva por retardos causados maliciosamente por el infractor o su defensa, lo que se habrá de declarar por auto fundado en el momento en que el acto malicioso se realice o su malicia se ponga de manifiesto, se computará siempre por igual tiempo de prisión.

Capítulo Segundo: De las diversas penas en particular y sus respectivos efectos

Sección Primera: De la pena de prisión

Artículo 34.- (*Concepto*) La pena de prisión consistirá en la restricción de la libertad ambulatoria de una persona, cuya magnitud dependerá del régimen de cumplimiento, que será cerrado, semiabierto o abierto.

Artículo 35.- (*Ejecución*) La pena de prisión se ejecutará según un plan establecido por el tribunal con la participación activa del penado y con asesoramiento técnico profesional, que incluirá el trabajo y el estudio.

Artículo 36.- (*Beneficios*) Cuando el penado diese cumplimiento al plan trazado o muestras de una clara y positiva voluntad de realización, el juez podrá resolver que cada tres meses de cumplimiento del plan se computen a todos los efectos como cuatro meses de prisión.

En ningún caso se impondrán sanciones disciplinarias que hagan imposible u obstaculicen el cumplimiento del plan trazado.

Sección segunda: De la pena de multa

Artículo 37.- (*Concepto*) La pena de multa obliga al penado a pagar una cantidad de dinero que se destinará a un fondo para solventar los gastos generados por el sistema de prueba y a la asistencia social a procesados absueltos, a víctimas, a condenados y a sus familias.

La multa se cuantificará en días de multa, cuyo mínimo será de cinco y su máximo de trescientos sesenta. El importe de cada día de multa se fijará de conformidad a las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado en el momento de la sentencia. El día de multa importará como mínimo una trigésima parte del salario mínimo vital que esté vigente al tiempo de la perpetración del delito.

Artículo 38.- (*Carencia de medios*) Cuando el penado no tuviese capacidad de pago o renta potencial, no se impondrá la pena de multa; y si estuviese prevista como pena única o alternativa con prisión, se la reemplazará por la de trabajo de utilidad pública, a razón de dos horas de trabajo por un día de multa. Si el penado fuese incapaz de prestar cualquier trabajo de utilidad pública, la multa se reemplazará por la pena de amonestación.

Artículo 39.- (*Incumplimiento*) Si el penado no pagase la multa, el juez ordenará la ejecución de sus bienes hasta cubrir el importe o, a falta de bienes suficientes, convertirá la pena o lo que quede de ella en prisión, a razón de un día de prisión por tres días de multa. En cualquier momento en que el penado pague lo que le quede por cumplir de la pena de multa, cesará la prisión sustitutiva.

La prisión sustitutiva de la multa se cumplirá en forma efectiva.

Artículo 40.- (*Circunstancias especiales*) Cuando sin culpa grave del condenado disminuyese su capacidad de pago o su renta potencial, el juez reducirá el monto del día de multa fijado en la sentencia.

Si en el momento de imponer la pena o con posterioridad se probase que la ejecución inmediata de la pena produciría consecuencias violatorias de los principios consagrados en el artículo 1º de este código, el juez autorizará el pago dentro de un término razonable, establecerá el pago en cuotas o disminuirá prudentemente el monto del día de multa.

Sección Tercera: De la pena de inhabilitación

Artículo 41.- (*Concepto e incumplimiento*) La inhabilitación priva del empleo, cargo, ejercicio profesional o derecho sobre el que recae e incapacita para obtener otros del mismo género durante la condena.

La violación de esta pena autorizará al juez a imponer conjuntamente con ella la de cumplimiento de instrucciones o la de prisión o arresto domiciliario hasta seis meses.

Tratándose de la inhabilitación impuesta conjuntamente con pena máxima o cuando el penado violase por segunda o ulterior vez la inhabilitación antes de terminar el cumplimiento de la pena, el juez impondrá conjuntamente la de prisión hasta dos años o la de cumplimiento de instrucciones que le impidan la violación hasta que agote la pena, o ambas.

Artículo 42.- (*Rehabilitación*) El condenado a inhabilitación podrá ser rehabilitado transcurrida la mitad del plazo de la pena o cinco años cuando ésta exceda de diez, siempre que no la haya violado, que haya remediado su incompetencia o que no sea de temer que incurra en nuevos hechos como consecuencia de ella y haya reparado el daño en la medida de sus posibilidades.

Cuando la inhabilitación importe la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comporta la reposición a ellos.

Sección Cuarta: De la pena de interdicción de derechos

Artículo 43.- (*Concepto e incumplimiento*) La interdicción producirá la privación del derecho a obtener el empleo o el cargo o a ejercer la profesión o el derecho sobre que recae. Su violación tendrá los mismos efectos que la de la inhabilitación. La interdicción podrá cesar en los casos previstos en el artículo anterior para la inhabilitación.

Sección Quinta: De la pena de detención de fin de semana

Artículo 44.- (*Concepto y ejecución*) La pena de detención de fin de semana consiste en una restricción de la libertad ambulatoria por períodos correspondientes a los fines de semana, con una duración mínima de treinta y seis horas y máxima de cuarenta y ocho en cada uno de éstos.

Esta pena se cumplirá en establecimientos o lugares diferentes de los destinados al cumplimiento de la de prisión, lo más próximos posible al domicilio del condenado. Durante su cumplimiento se impartirá instrucción acorde a las condiciones personales del condenado.

Sección Sexta: De la pena de prestación de trabajo

Artículo 45.- (*Concepto y condiciones*) La pena de prestación de trabajo de utilidad pública obligará al condenado a prestar entre ocho y dieciséis horas semanales de trabajo en los lugares y horarios que, oído aquél, determine el juez, para establecimientos de servicio público, con control de sus autoridades y en forma que no resulte infamante para el penado, que no lesione su propia estima ni perturbe su actividad laboral normal ni su educación y que sea adecuada a su capacidad.

Sección Séptima: De la pena de limitación de residencia

Artículo 46.- (*Concepto y objeto*) La pena de limitación de residencia consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él sin autorización judicial. El lugar de residencia lo establecerá el tribunal y puede ser un municipio o provincia.

Esta pena tendrá por objeto prevenir conflictos, posibilitar una mejor integración social del penado, permitir un control mayor de su conducta o crearle nuevos vínculos sociales. No se podrá fundar en necesidades demográficas ni señalar para su cumplimiento parajes inhóspitos o de difícil comunicación, salvo en casos en que el propio penado lo solicite y las circunstancias demuestren claramente que no se la aplica como deportación. No se ordenará esta pena cuando importe imponer al condenado condiciones de aislamiento cultural.

Sección Octava: De la pena de prohibición de residencia

Artículo 47.- (*Concepto y condiciones*) La pena de prohibición de residencia consistirá en la prohibición de residir en determinado lugar y de ir o transitar por él sin autorización judicial. El tribunal determinará el lugar, que podrá ser un barrio o zona urbana, un municipio o una provincia, teniendo en cuenta la necesidad de evitar futuros conflictos o de impedir vínculos sociales negativos para el condenado. No se ordenará esta pena cuando importe imponer al condenado condiciones de aislamiento cultural.

Sección Novena: De la pena de arresto domiciliario

Artículo 48.- (*Concepto*) El arresto domiciliario obliga al penado a permanecer en su domicilio y no salir de él, sin autorización judicial. El tribunal está autorizado a disponer inspecciones dentro del domicilio del penado, en condiciones que no afecten la privacidad de los moradores.

Sección Décima: De la pena de cumplimiento de instrucciones

Artículo 49.- (*Concepto y posibilidades*) La pena de cumplimiento de instrucciones judiciales, consiste en la sujeción a un plan de conducta en libertad que establece el tribunal con intervención activa del penado y que debe contener algunas de las siguientes instrucciones:

- 1a Frecuentar una escuela o curso de enseñanza primaria, media, superior o técnica.
- 2a Someterse a un tratamiento o control médico o psicológico, en caso de trastorno o perturbación que le dificulte sus relaciones sociales.
- 3a Aprender un oficio o arte.
- 4a Abstenerse de concurrir a determinados lugares, cuando fuese necesario para impedir conflictos.
- 5a Practicar regularmente un deporte.
- 6a Abstenerse de consumir tóxicos, cuando tengan relación con el delito o sus circunstancias.
- 7a Concurrir a cursos, conferencias o reuniones en que se proporcione información que le permita evitar futuros conflictos.
- 8a Desempeñar un trabajo adecuado a su capacidad y preferencias.

El tribunal deberá especificar por qué impone determinadas instrucciones y no podrá impartir aquellas cuyo cumplimiento sea vejatorio para el penado o susceptible de ofender su dignidad o estima. Las instrucciones no podrán afectar el ámbito de privacidad del penado ni contrariar sus creencias religiosas, su concepción del mundo o sus pautas de conducta no relacionadas directamente con el delito perpetrado o con posibles delitos análogos. Tampoco se podrán impartir instrucciones para tratamiento que impliquen una intervención en el cuerpo del penado. El sometimiento a otros tratamientos sólo podrá imponerse con su anuencia. El juez podrá modificar las instrucciones durante todo el curso de la pena.

Artículo 50.- (*Incumplimiento*) El condenado deberá cumplir las instrucciones y las demás penas que se impongan y de someterse al control judicial de su conducta, de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Ejecución de Penas.

La voluntaria violación de las instrucciones, la perpetración de un nuevo delito no penado con prisión o la sustracción del condenado al control de su conducta, permitirán al juez modificar las

instrucciones, proceder a una nueva determinación de pena para el resto de la penalidad o disponer el cumplimiento de nuevas instrucciones por lo que resta de la penalidad más un tiempo no mayor de un quinto de su total. El juez también podrá sancionar el incumplimiento de instrucciones con arresto domiciliario hasta diez días.

Cuando la violación de las instrucciones tenga lugar en el caso de penalidad máxima con declaración de particular gravedad, el tribunal, según las circunstancias, podrá determinar el cumplimiento total o parcial en prisión de lo que quede de la penalidad impuesta en la sentencia.

Sección Undécima: De la pena de multa reparatoria

Artículo 51.- (*Concepto*) La pena de multa reparatoria obliga al penado a trabajar y a pagar a la víctima o a su familia una parte de sus ingresos mensuales, no inferior a un quinto de éstos y no superior a la mitad. El tribunal establecerá dicha parte y controlará que el trabajo desempeñado o la rentabilidad de sus bienes sean los más productivos que pudiera ejecutar u obtener el condenado, conforme a su capacidad, a sus preferencias y a su mejor perspectiva laboral o patrimonial futura.

Sección Duodécima: De la pena de amonestación

Artículo 52.- (*Concepto*) La pena de amonestación consistirá en una adecuada y solemne Censura oral hecha personalmente por el tribunal al condenado en audiencia privada.

Sección Décimo tercera: De la pena de caución de no ofender

Artículo 53.- (*Concepto y condiciones*) La pena de caución de no ofender consistirá en la asunción formal, por parte del penado, del compromiso de no cometer un nuevo delito, dando en caución dinero o cosas en cantidad que el juez considere suficiente como factor disuasivo. La caución podrá consistir en el depósito de una parte no inferior a un cuarto del sueldo o ingreso mensual del condenado durante el tiempo de la pena, que no excederá de cinco años.

Cuando se diesen en caución muebles o dinero, el tribunal, con participación activa del penado, establecerá la forma de depósito o inversión con garantía estatal que resulte más idónea para cubrir el riesgo de deterioro o devaluación.

Transcurrido que sea el tiempo de duración de la pena sin que el condenado cometa un nuevo delito, se le devolverá el dinero o las cosas que haya entregado en caución, con los frutos a que según su naturaleza hubiere lugar. En caso contrario, se procederá al decomiso de lo dado en caución.

Sección Décimocuarta: De la pena de satisfacción a la víctima

Artículo 54.- (*Concepto*) La pena de satisfacción a la víctima obligará al condenado a pedir formalmente excusas a la persona cuyos derechos haya afectado con su delito. Nunca se impondrá sino a petición o con anuencia del condenado. Asumirá la forma que el tribunal considere más conveniente, atendidas las circunstancias personales del ofendido y cuidando la preservación de su seriedad y valor socialmente reparador.

Sección Décimoquinta: De los efectos derivados de la condena penal

Artículo 55.- (*Comiso*) Independientemente de las devoluciones y reparaciones debidas por los daños y perjuicios causados por el delito, el tribunal ordenará el comiso en favor del Estado, del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas con motivo de aquél por el condenado.

Esta pérdida comprenderá los valores, derechos y cosas obtenidos por cualquier título, con motivo o como resultado del delito, por el condenado o por otra persona, real o jurídica, para la cual hubiese actuado el condenado. También sufrirán la pérdida de los valores, derechos o cosas los terceros que los hubiesen adquiridos a título gratuito, cuando al adquirirlos hubiesen puesto de manifiesto un menosprecio por el origen antijurídico de la adquisición, contando con elementos de juicio para tener conocimiento de ese origen.

Cuando al tiempo de ordenarse el comiso el tribunal considerase que éste o la cantidad equivalente en dinero resultara ostensiblemente desproporcionada a la gravedad del delito que motiva la condena, podrá omitir la orden o fijar uno menor.

El tribunal dispondrá la venta de las cosas, valores o derechos, cuando fuese posible, destinando el producto en la forma establecida para la multa. Cuando la venta pudiese ser motivo de escándalo, se dispondrá la venta en forma que evite este riesgo, se ordenará la destrucción de las cosas o se le asignará el destino que sea de mayor utilidad social.

Artículo 56.- (*Objetos e instrumentos*) Sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hubiesen introducido o de las erogaciones que hubiesen efectuado los adquirentes a título gratuito, el tribunal ordenará el comiso en favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se hubiese valido el condenado para preparar, facilitar o ejecutar el delito. El comiso no procede en los delitos culposos.

El comiso es procedente cuando los objetos o instrumentos sean de propiedad del condenado o estuviesen en su poder sin mediar reclamos de terceros. Cuando el comiso resultase desproporcionado con la gravedad del delito que motiva la condena, el tribunal podrá dejarlo sin efecto, restringirlo a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable.

Con las cosas decomisadas se procederá conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior.

Artículo 57.- (*Costas procesales*) La sentencia condenatoria ordenará el pago de las costas procesales. El incumplimiento de esta obligación en ningún caso dará lugar a privación de libertad.

Artículo 58.- (*Acción civil*) La reparación civil o la porción de ella que no hubiese tenido lugar por efecto de multa reparatoria o por acuerdo de las partes, se hará efectiva conforme a las leyes civiles. La acción civil que corresponda se podrá ejercer en el proceso penal, siempre que no se lo haya hecho previamente en procedimiento de otra naturaleza.

TITULO QUINTO: De la cuantificación de la penalidad y de la determinación de las penas

Capítulo Primero: De las penalidades y sus grados

Artículo 59.- (*Grados de penalidad*) Las penalidades que se establecen en el Libro Segundo de este Código son:

1º Leve, si no consiste en pena de prisión o si consiste en pena de prisión que no excede de un año.

2º Menor, cuando la pena de prisión que excede de un año no supera los tres.

3º Media, cuando la pena de prisión que excede de tres años, no supera los seis.

4º Grave, cuando la pena de prisión que excede de seis años, no supera los diez.

5º Máxima, cuando la pena de prisión excede de diez años y hasta un máximo de veinticinco. En delitos que el derecho internacional convencional o consuetudinario considera crímenes de genocidio, de guerra o contra la humanidad, el máximo puede llegar a treinta años.

Capítulo Segundo: De los límites y criterios para la cuantificación de la penalidad

Artículo 60.- (*Tipos agravados*) Cuando en el Libro Segundo de este Código se señalan agravantes particulares, el máximo de las penalidades leve, menor, media y grave se aumentará en la mitad más. En el caso de la penalidad máxima el mínimo será de quince años. Las agravantes generales del último párrafo del artículo 62 las valorará el tribunal dentro de los límites de la penalidad correspondiente, sin exceder de su máximo.

Artículo 61.- (*Tipos privilegiados y circunstancias de atenuación*) Cuando en el Libro Segundo de este Código se señalan atenuantes particulares o cuando obrasen las circunstancias de atenuación que se señalan en el artículo 63, el tribunal valorará las características del caso y podrá cuantificar la penalidad por debajo del mínimo señalado para cada una de ellas, aunque sólo hasta la mitad de éste; en caso de penalidad leve también podrá degradar el delito a contravención. En los

supuestos previstos en los artículos 19 y 20 no regirá este límite para la atenuación cuando el tribunal considere que la adecuación de la penalidad al grado de reproche así lo exige.

Artículo 62.- (*Criterio de cuantificación*) Dentro de los límites de la penalidad correspondiente al delito de que se trate, corregida en su caso conforme a las reglas de los artículos 20, 25 o 30, el tribunal fijará una penalidad que no exceda de la medida del reproche personalizado de culpabilidad que por el delito pueda formularse al procesado.

Para ello, tendrá en cuenta:

1º La extensión de la lesión o peligro para el bien jurídico.

2º Los motivos del delito.

3º La mayor o menor comprensión de la criminalidad del acto.

4º Las circunstancias que concurrieron en el delito y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del procesado. En particular, el juez deberá considerar las carencias de cualquiera de estos órdenes que padezca y que hayan influido en su obrar.

5º El comportamiento posterior al delito, en cuanto revele la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto o mitigar sus efectos.

Por regla general se considerarán como circunstancias indicadoras de mayor gravedad:

1a. Perpetrar el delito a sabiendas de la particular indefensión del respectivo bien jurídico o de que su protección es inferior a la habitual.

2a. Ejecutarlo en banda de tres o más personas armadas.

3a. Afectar dolosa o negligentemente en su perpetración, además del propio del delito, otros bienes jurídicos.

4a. Obrar por motivos fútiles, abyectos o por odio social, político, racial, ideológico, religioso, de género o de orientación sexual.

5a. Prevalerse el agente de su superioridad, autoridad, confianza o carácter público.

6ª. Valerse o prevalerse de niños o personas incapaces.

No se considerarán circunstancias de mayor gravedad otras que las que hubiese indicado la acusación y el tribunal deberá fundar en la sentencia por qué considera que concurren. No son circunstancias de mayor gravedad los elementos que integran el tipo respectivo.

Artículo 63.- (*Circunstancias de atenuación*) Serán circunstancias atenuantes de la penalidad:

1ª. La de tener el agente más de dieciocho años y menos de veintiuno.

2ª. La de ser mayor de sesenta años.

3ª La de padecer una enfermedad, lesión o secuela que disminuya considerablemente sus expectativas de vida, debidamente acreditada por peritos.

4ª. La de obrar por motivos altruistas u otros también particularmente valiosos que no basten para eximir de responsabilidad.

5ª. La de haberse esforzado seriamente por desistir el autor o partícipe del hecho.

6ª. Las expresadas en los incisos 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 17 y en el artículo 18, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos. Cuando en el caso del inciso 5º del artículo 18 la falta de todos los requisitos proviniese de una excitación o turbación excusables en las circunstancias del hecho, estará exento de pena.

Artículo 64.- (*Personalidad*) Las circunstancias atenuantes o agravantes que se refieran a los motivos o a cualquier otro elemento personal, atenúan o agravan la responsabilidad sólo del autor o del partícipe en quien concurrieren; las demás, solamente de quienes las conocieron en el momento de perpetrarlos o de participar en ellos.

Artículo 65.- (*Exclusión particular de doble penalidad*)

Cuando en razón o a causa del delito, el infractor hubiese sido objeto de tortura, tormento o cualquier vejación o maltrato, por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención o custodia o por defectos o carencias en los lugares de detención o transporte, o por las mismas causas hubiese contraído enfermedad o sufrido lesiones, el tribunal, comprobados que sean tales extremos, y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, las tomará prudencialmente en cuenta para reducir la penalidad que de otro modo le correspondería, pudiendo imponerla por debajo de la escala penal y, de tener aquéllas excepcional gravedad, podrá prescindir de pena, según el caso.

Artículo 66.- (*Unificación de condenas*) Cuando un condenado por sentencia firme lo sea nuevamente por uno o más delitos perpetrados antes de ésta, el tribunal que condene en último término le impondrá una penalidad única por todos los delitos, aplicando las reglas del artículo 30, sin alterar las declaraciones de hechos de los tribunales que hubiesen conocido de ellos anteriormente.

Cuando por cualquier razón no se hubiese procedido en la forma prescrita en el párrafo anterior, el tribunal que hubiese impuesto la penalidad de mayor cuantía procederá a unificar todas las penalidades según lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 67.- (*Unificación de penalidades*) Cuando un condenado por sentencia firme perpetrare un delito antes de extinguirse la penalidad de la anterior condena, el tribunal que condene por el segundo delito impondrá una penalidad que unifica la de la primera o lo que restase por cumplir de ella con la que correspondería por el segundo delito, aplicando las reglas del artículo 30.

Capítulo Tercero: De las reglas generales para la determinación de las penas

Artículo 68.- (*Condiciones mínimas de validez*) La primera determinación de las penas y las ulteriores si las hubiere o sus modificaciones, la fijación del régimen de la pena de prisión y cualquier otra decisión acerca de las consecuencias jurídicas del delito o de su ejecución, serán resueltas por el tribunal cumpliendo con las siguientes condiciones mínimas de validez:

- 1a. Conocimiento previo y directo del infractor, oyéndole en forma inmediata o indelegable. Los tribunales colegiados podrán comisionar a uno de sus jueces.
- 2a. Amplia disponibilidad para que el juez tome conocimiento directo de la víctima, de sus familiares y de cualquier persona o circunstancia que considere apropiada.
- 3a. Intervención del Ministerio Público y asistencia legal del procesado o condenado.
- 4a. Fundamentación de hecho y de derecho de la resolución.

Artículo 69.- (*Control judicial de la ejecución*) Los tribunales controlarán el cumplimiento de las penas, con arreglo a lo dispuesto por la ley de ejecución penal.

La competencia para el control judicial del cumplimiento de las penas de prisión corresponde al tribunal del lugar de detención, el de las demás penas al de residencia del penado.

Artículo 70.- (*Criterio de determinación*) El tribunal usará el prudente arbitrio que este código le otorga para determinar las penas y las condiciones de su cumplimiento, teniendo en cuenta lo que en cada caso resulte más idóneo para:

- 1º Tutelar los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan.
- 2º Resolver satisfactoriamente los conflictos generados por el delito.
- 3º Resolver satisfactoriamente los conflictos en cuyo marco se hubiese producido el delito.
- 4º Suplir las carencias económicas, sociales y culturales que padeciese el condenado.
- 5º Hacer el menor empleo posible de la pena de prisión.

Los tribunales cuidarán que en ningún caso la determinación de las penas afecte a la víctima o a terceros inocentes, ni lesione elementales sentimientos de humanidad, obstaculice el restablecimiento de la paz social o impulse al condenado a realizar delitos.

Igual deber incumbe a los tribunales y funcionarios administrativos competentes para establecer las consecuencias no penales de un delito.

Artículo 71.- (*Oportunidad*) Al dictar la sentencia condenatoria el tribunal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior, procederá a una primera determinación, conforme al prudente arbitrio que se le señala para el grado de penalidad que corresponda, y decidirá asimismo las condiciones de cumplimiento, según las que se establecen para cada una de las penas.

Hasta el agotamiento de la penalidad, el tribunal, conforme a las normas de este código, podrá modificar la determinación anterior como también las condiciones en que deba cumplirse el resto de la pena.

El tribunal podrá hacer uso de este prudente arbitrio cuantas veces lo considera necesario.

Capítulo Cuarto: De la determinación de las penas según el grado de penalidad

Sección primera: De la penalidad leve

Artículo 72.- (*Reemplazo de la prisión*) El tribunal deberá reemplazar las penas de prisión mayores a tres meses y que no excedan de un año, por igual tiempo de detención de fin de semana, de trabajo de utilidad pública, de sometimiento a instrucciones judiciales, de limitación o de prohibición de residencia o de multa reparatoria hasta tres meses o por multa hasta sesenta días o por satisfacción a la víctima.

Podrá combinar estas penas, imponiendo conjuntamente todas las que resulten necesarias conforme al caso y sean compatibles.

Cuando la pena de prisión no supere los tres meses, el tribunal procederá de igual modo, pero fijará prudentemente la duración de las penas que la reemplacen entre uno y tres meses, salvo la de multa, que no excederá de quince días.

Artículo 73.- (*Excepcionalidad de la prisión*) La pena de prisión que no sea superior a un año sólo se impondrá cuando el penado, mediante incumplimientos graves y voluntarios de las otras penas que se le hubiesen impuesto, demostrare que la penalidad no puede hacerse efectiva sin tal pena. El tribunal la dispondrá por el menor tiempo posible y procurará reemplazarla en la primera oportunidad en que la evolución del caso resulte favorable.

Artículo 74.- (*Proceso abreviado*) La penalidad leve se reemplazará por amonestación o por satisfacción a la víctima, cuando se haya reparado el daño, garantizado suficientemente la reparación o demostrado la imposibilidad de hacerlo y no fuese adecuada la imposición de la pena de multa reparatoria, siempre que el tribunal considere fundadamente la inconveniencia de hacer efectiva otra pena.

Cuando durante el sumario se comprobasen estas condiciones, el tribunal a solicitud del procesado, prescindirá del resto del trámite procesal y dictará de inmediato sentencia condenatoria, imponiendo la pena de amonestación o la de satisfacción a la víctima, o ésta y la de multa reparatoria.

Sección Segunda: De la penalidad menor

Artículo 75.- (*Reemplazo de la prisión*) El tribunal podrá reemplazar las penas de prisión superiores a un año y que no excedan de tres por igual tiempo de detención de fin de semana, de trabajo de utilidad pública, de sujeción a instrucciones judiciales, de limitación o de prohibición de residencia, de multa reparatoria, o por multa hasta ciento ochenta días o por satisfacción a la víctima.

Podrá combinar estas penas, imponiendo conjuntamente todas las que resulten necesarias conforme al caso y sean compatibles.

Artículo 76.- (*Reemplazo por amonestación o satisfacción*) Cumplido que sea como mínimo un tercio de la penalidad y en las condiciones del primer párrafo del artículo 74, el tribunal podrá reemplazar lo que quede de aquélla por la pena de amonestación o la de satisfacción a la víctima.

Sección tercera: Disposiciones comunes a las penalidades leve y menor

Artículo 77.- (*Condena condicional*) En todos los casos de pena de prisión que no exceda de tres años, el tribunal podrá pronunciar una condena condicional, que dejará en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará:

1º En la inconveniencia de la pena de prisión y de cualquiera que la reemplace.

2º En que el condenado no fue penado en los cinco años anteriores al delito ni cumplió pena alguna en dicho tiempo; y

3º En que tampoco fue condenado condicionalmente ni estuvo sometido a prueba por otro delito durante el mismo tiempo.

Artículo 78.- (*Extinción de la condena*) Si durante los tres años posteriores a la condena condicional el condenado no perpetrara un nuevo delito sancionado con prisión, la condena se tendrá como no pronunciada, salvo a los efectos que expresamente se señalan en el inciso 3º del artículo anterior. En caso contrario, la penalidad se unifica conforme a lo dispuesto en el artículo 30.

La condena condicional no afectará la reparación del daño, las consecuencias accesorias ni las penas de inhabilitación e interdicción.

Artículo 79.- (*Paralización a prueba del trámite de la causa*) Cuando durante el sumario sea previsible una penalidad leve o menor y, en caso de corresponder, el procesado haya reparado el daño o afianzado suficientemente la reparación, demostrara la absoluta imposibilidad de hacerlo o asumiera formalmente la obligación de cumplirlo en la medida que sus posibilidades reales y como parte de las condiciones de prueba, el tribunal, a su solicitud, podrá disponer la paralización a prueba del trámite de la causa, siempre que el procesado no hubiese estado sometido a prueba en los cinco años anteriores al delito.

Artículo 80.- (*Extinción de la acción penal*) Al resolver la paralización, el tribunal fijará prudencialmente un plazo de prueba no inferior a seis meses ni superior a tres años, durante el cual el procesado se sujetará a un régimen análogo al de la pena de sometimiento a instrucciones judiciales. Vencido el plazo de prueba sin que la paralización sea revocada, el tribunal declarará extinguida la acción penal.

Artículo 81.- (*Violación de las condiciones*) Cuando el procesado violase las instrucciones o perpetrase un nuevo delito sancionado con prisión, o cuando antes de la declaración de extinción de la acción penal se conozca una condena o suspensión anterior que, de haber sido conocida oportunamente, habría obstado a ella, se revocará la paralización y la causa continuará su curso.

En cualquier caso en que se imponga pena después de una revocación de paralización se computará como tiempo de su cumplimiento el periodo durante el cual el procesado haya estado sometido a instrucciones y las haya cumplido efectivamente.

El plazo de prueba se suspenderá mientras el procesado se encontrara privado de la libertad en otro proceso; si resultare absuelto el tiempo de prisión preventiva sufrido en otro proceso se computará como tiempo de prueba. Cuando fuese sometido a otro proceso y no se le privara de libertad, el plazo seguirá corriendo, pero se suspenderá la declaración de extinción de la acción penal hasta que quede firme la resolución que le exime de responsabilidad o hace cesar indefinidamente a su respecto el otro proceso.

La revocación de la paralización a prueba no impide la condena condicional ni ninguna de las penas que pueden reemplazar la prisión.

En cualquier caso de penalidad leve o menor, aunque no correspondiere la paralización a prueba por no cumplir las condiciones del artículo 79, el tribunal podrá disponerla:

1º Cuando el delito se hubiese perpetrado entre parientes o en el seno de un grupo de convivencia y la paralización resultase claramente conveniente para la víctima, para el restablecimiento de la armonía en el grupo, o para la prevención de otros conflictos.

2º Cuando como resultado de la ejecución de la pena de prisión quedasen en situación de desamparo los hijos niños o adolescentes del condenado. El tribunal prestará especial atención a los supuestos en que la condenada fuese la madre y se tratase de niños que en caso de ejecución efectiva deban ser institucionalizados.

Artículo 82.- (*Reemplazo por amonestación o satisfacción a la víctima*) Cuando el delito tuviese para el condenado o para sus parientes o personas vinculadas a él por relaciones análogas, o para su patrimonio, consecuencias lesivas de considerable gravedad y que, conforme a las circunstancias, se pudiese estimar que constituirán motivo suficiente para que el penado obre en lo sucesivo con arreglo a derecho, el tribunal está facultado para reemplazar la pena de prisión que no supere los tres años por la de amonestación o la de satisfacción a la víctima.

En la misma forma podrá proceder cuando sobrevenga al penado o se le agrave una enfermedad que limite sus expectativas de vida, o cuando se tratase de una persona mayor de sesenta años, siempre que en el caso concreto la ejecución de otras penas resulte lesiva al principio de humanidad.

Artículo 83.- (*Opción a extranjero*) A petición del condenado extranjero, toda pena de prisión o lo que quede de ella que no supere los tres años puede ser reemplazada por el compromiso de abandonar de inmediato el territorio nacional y no reingresar en los cinco años siguientes. Este reemplazo no se autorizará si perjudicase seriamente los intereses de la víctima o posibilite el incumplimiento de deberes familiares. La violación del compromiso provocará la revocación del reemplazo.

En iguales condiciones, y a petición del procesado, se podrá paralizar el trámite de la causa cuando la pena requerida por el Ministerio Público no excede de tres años o cuando por efecto de lo dispuesto en el artículo 33 el procesado, en caso de condena, no deba cumplir más de tres años de prisión. En tal caso la violación del compromiso provoca la revocación de la paralización.

Artículo 84.- (*Postergación de la ejecución de penas*) El tribunal podrá suspender la ejecución de todas o de alguna de las penas que determine en los casos de penalidad leve o menor, cuando surgieren fundadas razones de salud o cuando se tratase de una mujer embarazada, por un plazo que no excede de nueve meses. Igualmente, podrá suspenderla hasta seis meses, cuando la inmediata ejecución implique un daño de magnitud extraordinaria para el penado o para personas que de él dependan, siempre que de la suspensión no surgieran importantes consecuencias negativas para la víctima o para sus familiares.

El tribunal podrá aplazar el fallo que determina las penas por un término no mayor de seis meses, para comprobar la actitud positiva del procesado respecto a la reparación del daño, cuando considerase que ésta es particularmente importante en razón de las características del delito o de la víctima.

Sección cuarta: De la penalidad media, la grave y la máxima

Artículo 85.- (*Reemplazos*) Toda pena de prisión mayor de tres años se cumplirá de manera efectiva como mínimo hasta la mitad, después de lo cual el tribunal podrá disponer para el resto de ella su reemplazo conforme a lo dispuesto en el artículo 75.

No obstante, cuando estas penas excedan de seis años, el reemplazo importará como mínimo las penas de limitación de residencia y de cumplimiento de instrucciones judiciales. Si excediesen de diez años, importará como mínimo, además de las anteriores, una pena no inferior a dos años de prestación de trabajo de utilidad pública.

Desde que queden por cumplir menos de tres años de prisión, es aplicable lo dispuesto en los párrafos segundo del artículo 82 y en el primer párrafo del artículo 83. Cuando le quedase menos de un año de pena de prisión, es aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 74.

Artículo 86.- (*Penalidad máxima en caso de particular gravedad*) Cuando la penalidad sea máxima, la sentencia podrá declarar que el caso es de particular gravedad, en los siguientes supuestos:

1º Cuando el hecho se hubiere cometido con un alto grado de conocimiento técnico, capaz de producir destrucción o peligros masivos para los bienes jurídicos.

2º Cuando el agente su hubiere valido de particulares relaciones profesionales, funcionales o laborales, que por su naturaleza puedan causar muertes, lesiones o peligro para las relaciones económicas nacionales.

3º Cuando el delito se haya cometido con abuso en el ejercicio de una función de mando o de empleo público.

4º Cuando el agente tenga una función destacada en una asociación ilícita de alta organización y complejidad.

5º Cuando el medio empleado, las características de la víctima o el modo de comisión importen particulares características de crueldad o atrocidad.

6º Cuando se tratase de concurrencia de homicidios dolosos o con pluralidad de víctimas.

Artículo 87.- (*Decisiones judiciales en caso de particular gravedad*) En los casos de particular gravedad ninguna decisión judicial acerca de la determinación de las penas o de su ejecución se tomará sin oír previamente al Ministerio Público, a la víctima o en caso de ser plurales a un representante

de ellas. El tribunal también oír en forma personal y directa, en audiencia privada y secreta, a cinco ciudadanos de la comunidad, pueblo, municipio o vecindad del domicilio del condenado y del lugar donde se hubiese cometido el delito o de ambos, sorteados del padrón electoral.

Artículo 88.- (*Determinación de penas en caso de particular gravedad*) En casos de particular gravedad:

1º La pena de prisión no se reemplazará hasta que como mínimo se hayan cumplido efectivamente los dos tercios.

2º Se impondrán conjuntamente las penas de inhabilitación, interdicción de derechos y cumplimiento de instrucciones judiciales, que podrá extenderse hasta cinco años más a partir de la extinción de la penalidad.

3º El condenado no se beneficiará con la opción del artículo 83.

Sección quinta: Imposición facultativa de penas conjuntas

Artículo 89.- (*Inhabilitación e interdicción*) Podrán imponerse las penas de inhabilitación o interdicción de seis meses a diez años, aunque no estuviesen expresamente previstas para el delito de que se trata, cuando el perpetrado importe:

1º Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público.

2º Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela.

3º Incompetencia, usurpación, abuso o temeridad en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de autorización, licencia o habilitación del poder público.

Artículo 90.- (*Multa*) Cuando el delito se perpetrare con ánimo de lucro, el tribunal podrá añadir a la pena de prisión una de multa, aunque no estuviese expresamente prevista o lo estuviese sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no estuviese prevista, la pena de multa no excederá de treinta días en casos de penalidad leve, de sesenta en los de penalidad menor, de ciento veinte en los de penalidad media y de ciento ochenta en los restantes.

Capítulo Sexto: De la extinción de la penalidad

Artículo 91.- (*Causas*) La penalidad se extinguirá separadamente para cada una de las personas que hubiesen tomado parte en el delito, por cumplimiento de la pena, por muerte del penado, por prescripción de la penalidad y por indulto.

La penalidad se extinguirá conjuntamente para todos los que hubiesen tomado parte en el delito, por amnistía y por perdón de la parte ofendida en los casos de delitos de acción privada.

Las indemnizaciones debidas a particulares se extinguirán conforme a la ley civil.

El tribunal declarará extinguida la penalidad en cualquier momento del cumplimiento de las penas, cuando se acredite pericialmente que el penado padece una enfermedad incurable en período terminal.

Artículo 92.- (*Prescripción*) La penalidad se extinguirá por prescripción en un plazo igual al de la prisión impuesta. La penalidad que no implique prisión prescribirá a los tres años. No prescribe la penalidad impuesta en los casos en que así lo dispone el derecho internacional convencional o consuetudinario.

Cuando no se comenzó a cumplir la pena correspondiente a la penalidad, la prescripción comienza a correr desde el día del pronunciamiento de la sentencia condenatoria. Si hubiese comenzado, el plazo correrá a partir del día del quebrantamiento de la condena y se imputará a aquél el tiempo de la penalidad que se hubiere cumplido.

La prescripción de la penalidad se interrumpe con la comisión de un nuevo delito.

La prescripción de la penalidad se suspende mientras la ejecución de las penas se encuentre legalmente diferida o condicionada o mientras el condenado se hallase cumpliendo otra pena con privación de la libertad, en el país o en el extranjero, salvo que el delito por el cual hubiere sido impuesta no estuviese penalmente previsto en la ley boliviana.

La prescripción se suspende igualmente en el caso del primer párrafo del artículo 83.

La penalidad por contravenciones prescribe en noventa días y no se interrumpe ni suspende.

Capítulo Séptimo: De la cancelación de los antecedentes penales

Artículo 93.- (*Términos y prohibiciones*) A toda institución oficial que registre los antecedentes penales y a los tribunales se le prohíbe informar sobre datos de un proceso concluido por sobreseimiento o por sentencia absolutoria. En ningún caso informará sobre la existencia de detenciones que no provengan de formación de causa, salvo que los informes sean requeridos para resolver un "habeas corpus" o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

En todos los casos se deberá informar cuando mediare expreso pedido o consentimiento del interesado.

Los antecedentes penales caducarán a todos los efectos una vez transcurridos cinco años de la extinción de una condena condicional o de una penalidad. Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad o de extinción de la penalidad; cuando no lo hicieren éstos deberán consultar al tribunal antes de expedir una información. La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto por funcionario público en los términos de este código, a no ser que el hecho constituya un delito más severamente penado.

Capítulo Séptimo: De la internación y sujeción al control de un establecimiento psiquiátrico

Artículo 94.- (*Internación*) Cuando en función del artículo 18 se absuelva por un hecho que tenga prevista una penalidad media o máxima, el tribunal ordenará la internación de la persona en un establecimiento psiquiátrico, si padeciese una disfunción grave y no pasajera, por razón de la cual sea de temer que ejecute otros hechos graves o lesiones de consideración a sí mismo o suicidarse. La internación durará hasta que cese la disfunción o desaparezca el peligro, pero no excederá de diez años.

También se dispondrá la internación:

1º Cuando un penado cayere en disfunción análoga a la del párrafo anterior durante el cumplimiento de la pena de prisión. En este caso, la internación se imputará al cumplimiento de la pena y no podrá prolongarse por más tiempo que el de ésta.

2º Cuando un procesado cayere en una disfunción equiparable a la del párrafo anterior. La internación durará como máximo, el tiempo necesario para la prescripción de la acción penal, sin exceder de cinco años.

En todos los casos en que la persona requiera atención psiquiátrica o internación y el tribunal no pueda disponerla conforme al presente artículo o deba hacerla cesar, con la debida anticipación dará intervención al juez civil competente.

Artículo 95.- (*Reemplazo por control psiquiátrico*) Conforme a las necesidades del tratamiento, oído el Ministerio Público y peritos oficiales, el tribunal podrá reemplazar la internación por la sujeción a control de un establecimiento o servicio psiquiátrico, con la posibilidad de salidas periódicas o de tratamiento ambulatorio. El tribunal dispondrá, de conformidad con la dirección del establecimiento, la transformación de la internación en sujeción a control, aprobando el programa de salidas periódicas o el comienzo de tratamiento ambulatorio, en procedimiento contradictorio con directa intervención de la persona, debidamente asistida por abogado. El juez y los tribunales que intervengan en todas las instancias oirán a la persona en forma directa e indelegable.

Artículo 96.- (*Control judicial*) Cada cuatro meses, el tribunal oirá en audiencia privada a la persona sujeta a internación o a control y cada seis como máximo tendrá lugar una audiencia de comprobación de su estado con intervención de peritos oficiales. El interesado participará en la audiencia personalmente, con asistencia de abogado y perito de parte. La dirección del establecimiento o servicio facilitará al perito de parte la más amplia información para el mejor cumplimiento de su cometido.

Artículo 97.- (*Prohibiciones*) El tribunal, mediante informes trimestrales de peritos oficiales, controlará que no se someta al internado o controlado a ninguna intervención quirúrgica o tratamiento físico o químico susceptible de deteriorarlo, que tengan por objeto modificar su conducta o neutralizar su peligro.