

FERNANDO VILLAMOR LUCIA

Doctor en Derecho. Diplomado en Estudios Superiores de Criminología. Miembro Fundador de la Sociedad Boliviana de Derecho Penal y Criminología. Secretario Ejecutivo de la Confederación de Abogados de los Países Andinos.

LA CODIFICACION PENAL EN BOLIVIA

Prólogo de José María Rodríguez Devesa

Editorial POPULAR
La Paz - Bolivia
1977

FERNANDO VILLAMOR LUCIA

Doctor en Derecho. Diplomado en Estudios Superiores de Criminología. Miembro Fundador de la Sociedad Boliviana de Derecho Penal y Criminología. Secretario Ejecutivo(a) de la Confederación de Abogados de los Países Andinos.

LA CODIFICACION PENAL EN BOLIVIA

Prólogo de José María Rodríguez Devesa

Editorial POPULAR

La Paz — Bolivia

1 9 7 7

Es propiedad del autor.
Hecho el depósito que marca
la Ley N° 00234.

Impreso en Bolivia
Printed in Bolivia

PROLOGO

Pese al intenso programa de trabajo que he de soportar en el momento de escribir estas líneas, es una ocupación grata para mí escribir algo a guisa de prólogo para la obra que ahora ve la luz. La estrecha convivencia con el autor a lo largo de los muchos meses en los que se ha gestado ha hecho crecer mi estimación por él. No se trata ya tan solo de su extenso y sobresaliente curriculum universitario en Bolivia y en España, que avala una aplicación poco común por desgracia en nuestros tiempos, en que los estudiantes, no estudiosos, aspiran, no a aumentar sus conocimientos, sino a obtener un título académico para explotarlo. Los necesarios contactos que comporta la dirección de una tesis doctoral me han llevado a ser testigo y apreciar en lo mucho que se merece la seriedad con la que el autor ha conducido a buen término su tarea, su honestidad científi-

ca en el pulcro manejo de las fuentes utilizadas, la moderación de sus juicios, impropia, me atrevería a decir, de su juventud, y, por encima de todo, el gran deseo de poder servir a su patria con esta contribución a la reforma de su legislación punitiva.

El tema de la historia de la codificación penal en Bolivia fue elegido pensando que con él se enriquecían a un tiempo la literatura penal boliviana y la española, al incrementar el conocimiento recíproco de nuestros dos países cuyas raíces culturales, y por supuesto las jurídicas, se hallan tan estrechamente entrelazadas. No es un simple azar el que los dos momentos fundamentales del proceso codificador boliviano, a saber, el Código de 1834 —un trasplante del Código penal español de 1822— y el Proyecto del Profesor LOPEZ-REY de 1943, que provocando una viva polémica reavivó el movimiento reformista, estén ligados al nombre de España. También este libro, que espera del lector una atenta meditación, ha nacido en Madrid, donde, sin duda, el Dr. VILLAMOR LUCIA encontró la posibilidad de acceso a materiales y experiencias que han enriquecido su estudio con la perspectiva que proporciona el alejamiento de los problemas cotidianos.

La referencia al derecho indígena, que no dejó testimonios escritos, era indispensable, porque subsistió y fue reconocido por las Leyes llamadas de Indias, y por las disposiciones emanadas de las autoridades locales, que formaban en realidad el derecho vigente por ser ya un tópico la inobservancia de aquellas. Al proclamarse la Independencia el 6 de agosto de 1825 por el Libertador, SIMON BOLIVAR, en Chuquisaca, sigue vigente, con las naturales confusiones, la legislación de la época colonial, con su trato preferente al indígena que ha de subsistir hasta el vigente Código de 1972 que declara inimputable al "indio selvático que no ha-

ya tenido ningún contacto con la civilización". La preocupación codificadora se manifiesta inmediatamente.

Importa destacar que, como subraya el autor, el Código español de 1822, de tan discutida como improbable vigencia en la Península, se aplicó de hecho por algunos tribunales de la naciente República. Fuera de toda duda está que, a causa del rigor de sus penas, no satisfacía, por lo que fue suavizado y liberalizado en 1826, con una proyectada discusión en la siguiente legislatura que no tuvo efecto por las convulsiones políticas. Es curioso notar que el Código penal publicado por SANTA CRUZ mediante Decreto de 22 de marzo de 1831 del Ejecutivo, se manda observar por Decreto de 18 de julio de 1831 de la Asamblea Constituyente, "mientras el poder legislativo" se ocupa de su "discusión y sanción".

Aunque sea de todo punto evidente que el Código penal de 1834 fue en sustancia el Código español de 1822, no fue una copia servil. Cierto es que se conservaron aquellas instituciones que hicieron del Código de 1822 un adelanto de muchas ideas que constituyen hoy un lugar común en el derecho penal, como la indemnización a las víctimas inocentes de errores judiciales o el abono de prisión preventiva. Pero no ha sido bastante destacado, a mi juicio, el humanismo de los legisladores de 1834. Si se considera, como hoy ocurre, que ha de ponerse el acento de las preocupaciones legislativas no tanto en los delitos como en las penas, en donde radica en definitiva el talante de una ley punitiva, es indudable que ha de reputarse apresurada e inexacta la opinión de JIMENEZ DE ASUA de que las reformas que introdujo en el Código de 1822 "empeoraban la estructura del modelo", como afirma en el estudio de Legislación comparada que precede a su edición de los "Códigos penales ibero-americanos". Basta con cotejar la pena de presidio en uno y otro Código: en el de 1822 se decía que no podía pasar

de veinte años (art. 56) salvo algunos casos en que podía llegar a veinticinco; en el de 1834, "fuera de los casos de reincidencia o de reagravación de las penas y de cometerse nuevos delitos o culpas o en otros casos especiales, la mayor duración" de las penas privativas de libertad de "presidio, obras públicas, reclusión, extrañamiento temporal de la República, prisión, confinamiento" y destierro era de diez años. Ni siquiera los Códigos más modernos, y por cierto tampoco en el que actualmente rige en Bolivia, han mostrado una moderación parigal. Otro índice es, por ejemplo, la prescripción de la reincidencia, de cuya conveniencia, a pesar de estar extendida en todas las legislaciones europeas, parece imposible convencer al legislador español. Se definía la reincidencia en el Código de 1822 por la comisión de un nuevo delito dentro de un plazo, que variaba, siendo lo normal de dos años, pero podía ser de tres, seis u ocho según los casos, contados a partir del día en que hubieren los reos cumplido la condena o bien obtenido un indulto particular de "aquella culpa o delito", siempre que el nuevo "delito o culpa" estuviere comprendido en el mismo título del código; en el de 1834 los plazos se unifican en los dos años, y la reincidencia se restringe a los "delitos o culpas" comprendidos, no ya en el mismo título, sino en el mismo capítulo, es decir, se hace más específica. Si se piensa en cuán dudoso es que la agravación de la pena por la reincidencia contribuya a la prevención tanto general como especial, como se desprende de los trabajos de LANDIN CARRASCO y otros llenos de escepticismo en cuanto al supuesto efecto beneficioso de esta causa de agravación, ha de admitirse que la humanidad y prudencia del legislador de 1834, superior a su época, nos dio un ejemplo digno de meditación.

No me toca a mí hacer la crítica del Código penal promulgado en 1972. Seguramente tiene defectos, como toda obra humana. El autor ha señalado varios, de los que me

parece sobresaliente el de la solución habilitada para el indio llamado "selvático" y para el "indígena no adaptado a la cultura boliviana". el Dr. VILLAMOR indica, a mi juicio con razón, que hubiera sido preferible una fórmula no "racista", apoyándose en la teoría del error o ignorancia de derecho que el propio Código consagra. Pero, en cambio, el Código de 1972,, basado en el Proyecto de 1964 en que tuvo, como es sabido, una intervención digna de nota el Profesor DURAN, ofrece un aire de modernidad. Sobrio, poco casuístico, merece en muchos puntos un elogio sin reservas.

Los afanes legislativos nunca conocen el sosiego. Cuando no cambia la realidad que sirve de sustrato a los códigos, cambian las ideas, como ocurre con el sistema dualista, puesto ahora en duda por muchos después de haber invadido amplias áreas del derecho comparado, particularmente en lo que concierne a las medidas de internamiento asegurativo, penas vergonzantes que perforan el dispositivo de legalidad. Este libro, que incita, descansando en el indispensable conocimiento de la historia, a crear establecimientos penitenciarios mejores, a dar una mayor formación a quienes tienen que intervenir en la administración de la justicia penal, a asegurar una estabilidad que independice del favor político a la carrera judicial, debe encontrar eco en los estamentos ilustrados del país y contribuir al logro de la meta que se propone: una justicia penal moderada y humana, libre de corruptelas, al servicio de una pacífica convivencia.

Madrid, a tres de agosto de 1977.

José María Rodríguez Devesa

INTRODUCCION

La aprobación de un nuevo Código penal en Bolivia el 23 de agosto de 1972, y su posterior vigencia el 6 de agosto del 1973, dio lugar a una serie de comentarios y pronunciamientos por parte de los Colegios de Abogados de algunos Departamentos del País e instituciones profesionales. Dichos pronunciamientos, solicitaban al Supremo Gobierno la prórroga de la entrada en vigencia del Código. Empero, el Código siguió el cauce legal dictado por los decretos y, actualmente, es el que regula la actividad jurídico-penal del pueblo boliviano. Todo ese movimiento de críticas y solicitudes que, suscitó la reforma penal integral, hizo palpable un problema latente: la carencia de estudios y Tratados no solamente acerca del Código que se abrogaba, sino en el campo de las ciencias penales en general. (1)

(1) En un estudio sumamente valioso de la bibliografía boliviana en materia de Derecho, el Dr. Manuel Durán Padilla, consigna en su libro: *Bibliografía Jurídica Boliviana (1825-1954)*, Universidad de Oruro, 1957, un total de 23 títulos entre Conferencias y Estudios en el campo penal, dentro de la bibliografía boliviana producida desde 1825 a 1954. De esa fecha al presente, no se ha incrementado mayormente esta cifra; lo cual revela una falta de interés en la investigación jurídico-penal.

Conscientes de que abarcábamos un tema con escasa bibliografía, nos propusimos estudiar e investigar los antecedentes legislativos que dieron lugar a la aprobación y vigencia del nuevo Código. Trabajo que, bajo el asesoramiento de un gran maestro del Derecho penal en Europa, Don José María Rodríguez Devesa, lo presentamos como tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, el mismo que fue aprobado y, en consecuencia, tuvimos la satisfacción de obtener de la Universidad española, el título de Doctor en Derecho.

No podíamos abocarnos directamente al estudio del primer cuerpo punitivo que ha sido aprobado en Bolivia. Teníamos que buscar los antecedentes legislativos nacionales. Para ello, en el primer capítulo de nuestro estudio titulado Legislación penal vigente en el Imperio de los Incas y en la Colonia, hemos tratado —si cabe el término— de sistematizar la legislación penal vigente en estos dos periodos de la historia boliviana. Trabajo por demás fatigoso, dada la incertidumbre de las fuentes que para esa parcela contábamos. Sin embargo de ello, hemos intentado dar nuestras conclusiones acerca de la concepción del delito y de la pena en la época del Imperio Incaico, sus principales conductas consideradas como delitos y el carácter religioso que revestían las normas y mandatos. Aunque carecíamos de documentación escrita —ya que los Incas no tenían el sistema de escritura— sin embargo, merced a las narraciones de los primeros cronistas y de estudios posteriores, podemos aventurarnos a afirmar que el régimen teocrático de los incas, consiguió que la Ley tuviese un carácter sagrado y que su violación fuese considerada como un sacrilegio. Todas sus normas penales estaban marcadas con el sello de la religiosidad basadas fundamentalmente en la trilogía: Ama sua Ama Kella y Ama Llu-la (No seas ladrón, no seas mentiroso, no seas perezoso), con un sistema de penas que variaban desde la pena capital (eje-

cutada en diversas formas hasta los azotes. Sin embargo, de todos los datos recogidos, podemos inferir que no hubo demasiada criminalidad en este vasto imperio cuya duración abarca, aproximadamente, desde el año 565 de nuestra era hasta la llegada de los primeros conquistadores, es decir hasta 1533 año en que es ejecutado el último de los incas: Atahualpa. La Colonia, denominada así por comprender el período de la colonización de las nuevas tierras descubiertas, troncha toda esa época basada en normas consuetudinarias y, merced a la preocupación de la Corona española, se impone una legislación que, en el fondo, resulta privilegiada en la aplicación a los nativos. El transplante de instituciones del Viejo Mundo se va arraigando paulatinamente en las tierras americanas descubiertas por Cristóbal Colón y perviven aún después de sellarse la independencia de las colonias. Este período se extiende desde la llegada de los primeros conquistadores hasta el año 1825, fecha en la que se firma el Acta de Independencia de Bolivia. Si bien las costumbres de los indígenas han pervivido a través de muchas instituciones, este período está caracterizado por su formalismo legal y por un demarcado espíritu religioso. La Corona española se preocupó, desde el primer momento, de la situación jurídica de las Colonias. Esta inquietud se vio traducida por Ordenanzas Reales, Leyes, Ordenes de las Audiencias, Disposiciones Reales, Recopilaciones, Disposiciones Virreynales. Sin embargo de ello, debemos reconocer, también, que existió una notable diferencia entre la Ordenanza Real dictada en la Metrópoli y su aplicación en tierras americanas, aplicación defectuosa, impulsada por pasiones e intereses personales que dieron lugar a la célebre sentencia dicha por Diego Colón de que "Se acata, pero no se cumple". Naturalmente, no se puede hablar en esta época de una sistematización del Derecho penal, empero la concepción del delito es la misma tanto en la metrópoli como en las tierras del Nuevo Mundo,

concepción integrada por tres elementos: el religioso o moral, el social y el de ofensa personal. El fin que persigue la pena es el de represión, de escarmiento.

No obstante las diversas fuentes, para conocer más profundamente lo que fue el Derecho penal colonial, es necesario —como dice Jiménez de Asúa— “estudiar la aplicación de penas y la concepción que se tenía del delito” (2) sin descuidar, por otra parte, que la Legislación de la Colonia, se desarrolló de acuerdo a las necesidades que demandaba cada momento y cada región; teniendo mucha importancia, en este aspecto, la labor de los corregidores cuya función, a veces arbitraria, sirvió en algunos casos como excusa para los levantamientos indígenas. Finalmente, coincidimos con el criterio del Dr. Raúl Calvimontes Nuñez del Prado (3) en destacar, en esta época, el valor del espíritu tutelar y la preocupación de la corona española en la intención de dar un trato favorable y benigno en la aplicación de la Ley a los indios. Este aspecto está evidenciado por diversas Ordenanzas Reales que citamos en el capítulo respectivo; las que de una manera taxativa mandaban dar una preferente aplicación a los indígenas en las diferentes controversias que estos tuviesen.

Bajo el rótulo de: El Código penal de 1834, hemos analizado someramente, la cronología, aprobación y vigencia del Código penal español de 1822 para comprender y conocer los antecedentes inmediatos y directos del primer código penal hispanoamericano: el Código penal boliviano de 1834. La época republicana en Bolivia, se caracteriza por un que-

(2) Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Lozada, Tercera edición, Buenos Aires, 1964, Tomo I, pág. 965-966.

(3) Vid. Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, *Antecedentes Históricos y Legislativos del Código Penal Boliviano*, La Paz, 1964, pág. 8 y ss.

brantamiento formal con el Régimen anterior. El desarrollo del liberalismo, consecuencia de la divulgación de la Enciclopedia en América, influyó para que la joven República Independiente de Bolivia, adopte para su gobierno un régimen liberal democrático y representativo. En cuanto a su legislación penal, se aprobó en el año 1831, el Código penal dictado por las Cortes españolas en 1822 y su vigencia formal recién se produjo en 1834. El Código penal boliviano ha sido adoptado del Código penal español de 1822 gracias a la infatigable labor del Ministro del interior, don Facundo Infante, cuya personalidad no ha sido, hasta el presente, debidamente estudiada. El Código penal de 1834, ha sido duramente criticado y no solamente por ser su inspirador un español (Infante), sino por la dureza de sus penas, por el casuismo exagerado y por no estar conforme a la realidad nacional, sin embargo de ello el honorable y vetusto código penal tenía instituciones encomiables, cuyas bondades las resaltamos en la parte pertinente.

No podíamos analizar la reforma penal, sin antes citar las leyes que, posteriormente, han modificado el Código penal de 1834, tampoco descuidamos anotar las reformas introducidas mediante precepto constitucional. Las leyes que han reformado el Código penal de 1834 no son numerosas. Se dictaron algunas leyes especiales que aclararon algunos artículos, otras limitaron las penas en el tiempo de su duración, derogaron algunas figuras delictivas o, en última instancia, tipificaron nuevos hechos delictivos. En cuanto a las reformas establecidas por la Constitución Política del Estado, consideramos destacar, especialmente, la Constitución de 1839, que suprimió el tormento y redujo los casos de aplicación de la pena de muerte para los delitos de rebelión, traición a la patria, asesinato y parricidio, también suprimió la confiscación de bienes y la pena de infamia; la de

1871 que abolió la pena de muerte civil; la de 1880, que proclamó la libertad de cultos; la de 1961 que abolió la pena de muerte; la de 1967 que derogó tácitamente el artículo 1º del Código penal de 1834 y estableció la presunción de inocencia del encausado mientras no se pruebe lo contrario, la abolición de la pena de muerte y la aplicación de la pena de treinta años de presidio en los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria.

El proceso de la Reforma Penal en Bolivia, no ha sido muy intenso. Desde la promulgación y vigencia del Código penal de 1834, hubieron varias comisiones encargadas de la revisión y reforma del Código, empero, por diversas circunstancias, estas comisiones no dieron resultado alguno. Recién en fecha 25 de octubre de 1935, el Dr. Julio Salmón presentó su proyecto de Código penal, el mismo que fue elaborado en base al Código penal argentino de 1921. Sus defectos y virtudes las exponemos en forma somera ya que, este proyecto, no tuvo la publicidad ni la resonancia tanto nacional como extranjera que recibió el proyecto presentado en el año 1943, al Poder Ejecutivo por el profesor español —boliviano por adopción— Manuel López Rey y Arrojo. Este proyecto que fue duramente criticado tanto por juristas nacionales como extranjeros, constituyó el primer paso serio y decidido para llevar adelante la reforma penal en Bolivia. En él se tomaron en cuenta varios factores que el Código de 1834 no los había consignado, el principal, el tratamiento jurídico-penal del indio. Introdujo innovaciones importantes, entre ellas las medidas de seguridad tanto pre como post-delictuales, la creación del Juez de Vigilancia, la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional, etc. El meritorio esfuerzo del profesor López Rey, quedó archivado en los anaqueles del Ministerio del Interior sin lugar a revisión posterior. El Congreso Nacional, preocupado en otros asuntos, no discutió este proyecto que le fue enviado por, el

entonces, Presidente de la República, Enrique Peñaranda. Sin embargo debemos reconocer no solamente la labor en la faena codificadora del profesor López Rey, sino el aporte valioso a través de la cátedra que desempeñó en la Universidad Mayor de San Andrés y su infatigable labor en pro de la ciencia penal que despertó el interés a muchos estudiosos del Derecho penal para la investigación. Fundó, para ello, Seminarios de investigación penal y criminológica que, lamentablemente, quedaron sin actividad al dejar el país el citado profesor. También resaltamos una curiosa coincidencia histórica, en lo que a la reforma penal boliviana se refiere, y es que el primer cuerpo punitivo boliviano, se debe a un español que, ocupando funciones públicas, influye en el ánimo de los legisladores para que éstos aprueben el Código penal español de 1822; y, ciento diecisiete años más tarde, es otro español que impulsa el movimiento de la reforma penal en Bolivia, incluyendo en su Proyecto de Código Penal, muchas instituciones establecidas en la Ley de Bases española aprobada el 8 de septiembre de 1832 (entre ellas, la consideración de la menor edad penal de dieciseis años, la amplitud del arbitrio judicial y la reafirmación del principio de personalidad de las penas). Es, en consecuencia, Bolivia, en esta parcela del campo jurídico, la receptora de dos corrientes reformistas de la Península Ibérica debidas a dos españoles que, casi en las mismas circunstancias, llegan a Bolivia y desempeñan roles importantes en la vida pública del país..

El entusiasmo por la reforma penal se apagó fomentado por la inestabilidad política de la República. Sin mayores alternativas —salvo tres leyes especiales: Delitos contra la Economía Nacional; Ley de Usura y Ley de Estupefacientes—, el Código penal siguió vigente sin ser objeto de tratado o estudio, pero sí, injustamente criticado y, en determinadas oportunidades, sin fundamento alguno hasta 1962, año en que se decide proceder a la reforma integral del Có-

digo. Para esta empresa se nombró una Comisión Codificadora de Código Penal, integrada por los juristas: Manuel Durán P., Hugo César Cadima, Raúl Calvimontes Nuñez del Prado y Manuel José Justimiano, los que, tras dos años de ardua labor, presentaron el Anteproyecto de Código Penal para Bolivia, anteproyecto que no fue sometido a consideración del Congreso Nacional porque en noviembre de dicho año es derrocado el Gobierno Constitucional.

Finalmente, el 23 de agosto de 1972, el Gobierno presidido por el señor General Hugo Banzer Suárez, aprueba el Código penal que, en síntesis, es el mismo anteproyecto de 1964 con leves reformas y una modificación doctrinal, tradicional y constitucionalmente desacertada: la inclusión de la pena de muerte. El mismo Gobierno, dispone la vigencia del Código desde el 6 de agosto de 1973 y es el que actualmente rige los destinos de la vida jurídico-penal del país. Dos leyes posteriores han sido dictadas. Leyes que de una manera u otra modifican el Código penal, la Ley de Control de Sustancias Peligrosas a la que hemos dado un breve análisis y la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, que también tiene un ligero comentario de nuestra parte.

No dudamos de que existen vacíos en el presente trabajo. Asimismo estamos convencidos de la crítica que tendremos sobre nuestra aspiración para mejorar de alguna manera la administración de justicia. Un estudio más meditado sobre el actual código penal, es el objetivo de una futura labor ya que nuestra investigación se ha circunscrito exclusivamente al proceso de la codificación penal en Bolivia.

Finalmente, no podemos terminar estas breves líneas con la mención a los maestros que han incentivado esta investigación cuando asistíamos a los cursos del doctorado en derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Profesores como don Luis Recasens Siches, Alfonso García Gallo,

José Antón Oneca, Alfonso Serrano Gómez, Bonifacio Piga Sánchez Morate y, fundamentalmente, el maestro José María Rodríguez Devesa merecen nuestro reconocimiento en este pequeño aporte a la bibliografía jurídica del país.

La Paz, septiembre 4 de 1977.

— :-: —

CAPITULO PRIMERO

- A) LEGISLACION PENAL VIGENTE EN EL IMPERIO DE LOS INCAS.** 1) Consideraciones Generales; 2) Principales figuras delictivas; 3) Penas.
- B) LEGISLACION PENAL EN LA COLONIA.** 1) Orígenes del Derecho Indiano; 2) Las Partidas; 3) Las Leyes de Indias; 4) Derecho local; 5) Santo oficio; 6) Procesos Tupac Amaru y Tupac Katari; 7) Crisis del Derecho Indiano.

LEGISLACION PENAL VIGENTE EN EL IMPERIO INCAICO

1) **Consideraciones Generales:** Aunque no poseemos mayores datos de una época anterior a este Imperio, sin embargo, para tener presente los antecedentes que originaron la organización del imperio de los Incas, es menester establecer que, antes de su organización, han existido otras tribus; las mismas que fueron sometidas merced a largas contiendas. Una de estas, que ocupó parte del territorio que hoy es Bolivia, es la de los Aima-

ras (1), basada en una organización tribal o de linaje denominada **Ayllu** (2) que tuvo como norma la obligación de responder solidariamente ante un ataque contrario ya sea de grupo o individual.

La cultura de los Aymaras, fue uno de los pilares en los que se cimentó, el que llegaría a ser, el imperio del Tahuantinsuyu ya que "conforme a los nuevos descubrimientos de la arqueología y filología, no cabe la menor duda que hubo una civilización extensa, superior y anterior a la incaica y de la que no quedan sino aquellos soberbios vestigios de Tiahuanacu, cuyos últimos descubrimientos, afirman indiscutiblemente su grandeza respecto de toda otra equiparándose únicamente a la azteca. Nada tampoco se opone a que los aymaras fueran los

-
- (1) "La gran familia de los Aymaras, se cree que haya sido la más antigua de las razas que poblaron la América: ocupaba las regiones contiguas del Titikaka que era su lago sagrado, en la parte que los Incas denominaron Collasuyu (La región occidental de Bolivia actual). Los Aymaras pasaron del estado primitivo de barbarie y de una vida errante y pastoril al de un gobierno patriarcal, hallándose sometidos a la autoridad de los mallcus y curacas, correspondiendo esta supremacía al anciano más respetable, o al guerrero más valiente. Fue entonces que esa nación llegó a cierto grado de desarrollo, presentando una civilización peculiar y muy anterior a la de los Incas. Ruinas gigantescas dan testimonio de la grandeza de esos tiempos; se admiran todavía los restos colosales de construcciones y monumentos que revelan muchos siglos de antigüedad que está probado que no fueron obra de la civilización incásica. Los sabios atribuyen a la raza aymara. Es posible también que sean vestigios de otro pueblo desconocido... cuyos fastos se perdieron en la oscuridad de los tiempos. Datan de ellos hasta caracteres como los sidónicos y hebreos..." (José Macedonio Urquidí, *Compendio de la Historia de Bolivia*, 4ta. edición, Editorial E.G.L.H., Buenos Aires, 1944, pág. 14-15).

- (2) Un estudio completo del Ayllu y su evolución, puede leerse en: Luis Valcarcel, *Del Ayllu al Imperio*, Editorial Garcilaso, Lima, 1922.

representantes de este grado de florecimiento social". (3)

Tribus con instituciones características de esta época tales como la Ley del Talión y la Composición. El sistema de la compensación ha debido ser mucho más caracterizado en este tiempo como sistema de carácter privado: necesitándose solamente la intervención de la autoridad del clan en los casos de profundo desacuerdo.

Conseguidas ser dominadas todas estas tribus, se levantó el Imperio de los Incas. Sarmiento de Gamboa, con su fobia característica a lo incaico, hace la siguiente cronología del Imperio: "Comenzó la envejecida y terrible tiranía de los incas capas del Perú, que tuvieron su sede en la ciudad del Cuzco, el año 565 de nuestra separación cristiana imperando Justino Segundo, siendo rey de España Loyba, hijo de Atanagildo, godo, teniendo el sumo pontificado Juan Tercero y acabó el año 1533, siendo meritísimo emperador rey de España y sus anexos, Carlos Quinto..." (4). Es decir 968 años. Cerca de diez siglos desde el primero de los incas: Manco Capac, hasta el último: Atahualpa.

Los incas, para mejor gobierno de su Imperio, dividieron este extenso territorio en cuatro provincias: al norte el **Chinchasuyu**, al sur el **Collasuyu**, al este, el **Antisuyu** y el oeste el **Cuntisuyu**. Constituyendo las cuatro provincias el Imperio denominado **Tahuantinsuyu** que en quechua quiere decir:

(3) Bautista Saavedra, *El Ayllu, Estudio Sociológico*, Editorial Juventud, La Paz, 1971, pág. 51 y ss.

(4) Pedro Sarmiento de Gamboa, *Historia de los Incas*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1943, pág. 173.

el ombligo de la tierra. "Llamáronla con buena semejanza ombligo porque todo el Perú es largo y angosto como un cuerpo humano, y aquella ciudad está casi en medio". (5)

Los primeros reyes, Manco Capac y Mama Ocllo, dieron los lineamientos para una expansión territorial, que alcanzó toda la región de los Andes del Ecuador, Perú y Bolivia, el norte de Chile y la Argentina actuales; llegando a comprender en tiempos de la conquista, desde el río Maule (32° S), hasta el río Ancasmayo (4° N.), y una organización político-administrativa que, sin variantes, ha durado todo el tiempo de sus sucesores. Al monarca le sucedía, en el mando el hijo habido con una hermana. Caso único en el que se permitió el incesto en consideración al origen divino de los incas.

Ante la ausencia de testimonio escrito (6), constituye fuente ineludible recurrir a la relación de los cronistas, quienes han tratado de interpretar las costumbres incaicas a través de relaciones directas

-
- (5) Garcilaso de la Vega, *Utopía, Primera Parte de los Comentarios Reales*, edición, prólogo y notas de Julio Ortega, Salvat editores, Alianza Editorial S.A., Navarra, 1972, pág. 40.
- (6) Solo tenemos referencias de los llamados "Quipus", sistema de contabilidad que consistía en unos cordeles en los que se ataban nudos de diferentes colores los que tenían diversos significados. El Profesor José Medrano Ossio, en su obra: *Derecho Penal (Parte Teórica)*, Potosí, s/f. pág. 69 dice que se dictaron leyes y sentencias por este sistema; sin embargo hasta el presente no conocemos una sentencia traducida de un Quipu. Nos inclinamos a la tesis de que era un sistema de contabilidad. Al respecto puede leerse una relación completa del desarrollo de las tres tesis acerca de los Quipus (sistema de contabilidad, método nemotécnico y sistema de escritura), en: Jesús Lara, *La Cultura de los Incas*, 2da. edición, Editorial Los Amigos del Libro, La Paz, 1976, especialmente pág. 324 y ss.

de los nativos (7) [Sarmiento de Gamboa, Garcilaso de la Vega, Pedro Cieza de León, Jerónimo Román y Zamora, etc]; a las investigaciones posteriores (William Prescott, Louis Baudin); a los estudios efectuados de su organización judicial (Horacio Urteaga) y de su sistema penal (Herman Trimborn), pero con la cautela necesaria y con beneficio de inventario, en cada caso, por las objetivas contradicciones de todos ellos.

Casi todas las leyes que rigieron el Imperio Incaico, eran de carácter penal, ya que pocas leyes de otra clase necesitaba una nación que tenía poco comercio, ningún dinero y casi nada que pudiera llamarse propiedad fija. (8) Disposiciones penales que reprimían severamente cualquier infracción delictiva. A este respecto, William Prescott dice: "Si nos sorprende el aspecto original y peculiar de lo que puede llamarse la aristocracia peruana, mucho más sorprendidos quedaremos al descender a las ínfimas clases sociales, y al contemplar lo artificial del carácter de sus instituciones, tan artificiales como los de la antigua Esparta y, aunque por diferentes motivos, tan repugnantes como ellos a los prin-

(7) "...y hace entender que todas estas materias que escribo en lo tocante a los sucesos y cosas de los indios, lo cuento y trato por relación que de todo me dieron ellos mismos..." (Pedro Cieza de León, *La Crónica del Perú*, ediciones de la Revista Quezada, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1971, párr. 57). Con referencia a la relación de la mayoría de los cronistas, estamos de acuerdo con la opinión de José Carlos Mariátegui, quien en su obra: *7 Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*. Lima, 1943, dice que éstos hicieron su relato acerca de las costumbres nativas, mirando el panorama indígena con ojos medioevales.

(8) Con mayor exageración opina Louis Boudin en: *El Imperio Socialista de los Incas*. 7ta. edición, Editorial Zig Zag, Santiago de Chile, ediciones Rodas, Madrid, 1973.

cipios esenciales de la naturaleza humana. Las leyes de Licurgo, sin embargo, estaban destinadas a un Estado pequeño, mientras que las del Perú, aunque tenían la misma aplicación al principio, parecían poseer, como la tienda mágica del cuento árabe una facultad indefinida de expansión y se acomodaban igualmente a la situación del floreciente Imperio, y a los primeros pasos de su carrera..." (9).

Incluyeron, en su normativa jurídico-penal, casi todas las figuras delictivas y legislaron algunas conductas que pocas veces han sido tomadas en cuenta por las legislaciones antiguas tales como la sodomía y la ociosidad. Todas sus prescripciones penales estaban basadas fundamentalmente en la trilogía de: **Ama Sua, Ama Kella, Ama Llulla**, (No seas ladrón, no seas mentiroso y no seas flojo). Louis Baudin agrega dos más: ¡No seas asesino, no seas libertino! (10). Los crímenes o delitos Parece que eran muy raros en el imperio. Indudablemente que una virtud tan sorprendente era obtenida más por temor al castigo que por amor al bien. Por otra parte, todas las normas penales estaban marcadas con el sello de la religiosidad. "El castigo era riguroso que por la mayor parte era de muerte, por liviano que fuese el delito, porque decían que no les castigaban por los delitos que habían hecho, no por la ofensa ajena, sino por haber quebrantado y rompido (sic) la palabra del Inca que la respetaban como a Dios..." (11).

(9) William Precott, *Historia de la Conquista del Perú*, traducción de: Nemesio Fernández Cuesta, prólogo de Luis Arnar, Editorial Schapire, Buenos Aires 1967, pág. 57.

(10) Vid. Louis Boudin, en *Ob. Cit.*, pág. 361.

(11) Garcilaso de la Vega, *Ob. Cit.*, pág. 48.

En la persecución de los delitos, se procedía de oficio. La venganza personal quedaba eliminada en todos aquellos casos que significaban una infracción de las leyes incaicas o que, de alguna manera, estuviesen sometidos a la jurisdicción central.

El consentimiento, o perdón del ofendido o de sus familias, tuvo poca significación. Así lo testimonia Garcilaso de la Vega: "Aunque el ofendido se apartase de la querrela o no la hubiese dado sino que procediese la justicia de oficio, o por vía ordinaria de los fiscales..." (12).

Tuvieron presente la situación del autor de un delito. Distinguiendo el hurto arbitrario, del cometido por estado de necesidad.

Reconocieron circunstancias agravantes. La principal de ellas era, indudablemente, la reincidencia. "El castigar más gravemente la reincidencia no se puede imaginar lógicamente en el Derecho anterior, no aparece sino con el desenvolvimiento de la culpa psicológica, aplicándose en las altas culturas americanas, con preferencia al hurto y algunos delitos más, considerados como graves, esto se explica por el hecho de que una reincidencia sólo cabe en aquellas infracciones que no eran castigadas con la pena corporal..." (13).

Casos de reincidencia encontramos en los delitos de hurto, embriaguez y las mentiras repetidas.

(12) Garcilaso de la Vega Ob. Cit., pág. 48.

(13) Herman Trimborn, El delito en las Altas Culturas de América, traducción española de José León Herrera y Ernesto More, Departamento de Publicaciones de la Universidad de San Marcos, Lima, Perú, 1968, pág. 47.

Circunstancias atenuantes aplicaron para el caso de homicidio por adulterio. Se castigaba más levemente a los que mataban a su mujer hallándola en adulterio, condenándolos a un destierro por determinado tiempo. Tomaron en cuenta, en consecuencia, las circunstancias extraordinarias emocionales que concurrían en el acto de la comisión delictual. La minoridad del autor de un delito, servía, también, como circunstancia atenuante.

Casos de encubrimiento era también penados. "El que dejaba de acusar el delito del súbdito, aunque fuese holgar un día solo sin bastante causa hacia suyo el delito ajeno... [14].

Encontramos, también, casos de responsabilidad solidaria para determinados delitos como la violación de una "Esposa del Sol" [15], el culpable era descuartizado y, arrasada la población de donde era originario. [16] Igual pena se establecía para aquellos que se levantaba contra el poder real, siendo solidaria la responsabilidad, hasta la cuarta generación del subvertor.

En cuanto a la aplicación de la ley penal, no era igual el trato que se le daba a un hombre común

(14) Garcilaso de la Vega, *Ob. Cit.*, pág. 42; nótese la importancia de la frase "Aunque fuese holgar un un sólo día". Representa la importancia de la máxima "No sea perezoso".

(15) Las "Esposas del Sol" denominadas en quechua "Acellas" (escogidas), eran vírgenes escogidas para el servicio del templo de Dios Inti (Sol). Nadie podía acercarse a ellas.

(16) Jesús Lara en su *Ob. Cit.*, pág. 83, en cuanto a la pena anteriormente descrita, dice que la doncella que delinquía con varón recibía la pena de muerte y su cómplice era colgado de los pies. No determina la responsabilidad solidaria, siendo evidente este extremo por la mayoría de los cronistas.

{Hatunruna) que a un Orejón (17), o un Amauta (18); aunque "para los que mataban a alguno, morirían por ello, sin esperar favor del Rey, porque en este caso el grande y el chico eran iguales..." (19). Sin embargo la nobleza disfrutaba del privilegio de que, la pena de muerte impuesta a uno de sus miembros, se ejecutaba por decapitación, más honrosa que otras formas de ejecución.

El arbitrio judicial estaba prohibido. El juez tenía que aplicar la ley, bajo pena de muerte si no la aplicaba por entero. A este respecto dice Garcilaso, "decían que dando licencia al juez para poder arbitrar, disminuían la majestad de la ley hecho, por el rey con acuerdo y parecer de hombres tan grandes y experimentados como los había en el consejo; la cual experiencia faltaba en los jueces particulares y que era hacer venales a los jueces y abrir las puertas para que, o por cohechos o por ruegos, pudiesen comprarles la justicia, de donde nació grandísima confusión en la república, porque cada juez haría lo que quisiese y que no era razón que nadie se hiciese legislador sino ejecutor de lo que mandaba la ley por rigurosa que fuere..." (20).

(17) Recibieron esa denominación los miembros de la nobleza por tener las orejas largas, bautizo hecho por los primeros conquistadores que llegaron a estas tierras.

(18) Al parecer, el Consejo de Amautas, fue un organismo encargado de asesorar al Inca en cuestiones político-administrativas. Su significado, traducido al castellano, es: sabio.

(19) Jerónimo Román y Zamora, *Repúblicas de Indias, Idolatrías y Gobierno en Méjico y Perú antes de la Conquista*, Victoriano Suárez, Madrid, 1897, pág. 45.

(20) Garcilaso de la Vera en *Ob. Cit.*, pág. 43. "Las leyes tenían tal estabilidad que a ningún juez era concedido mitigarlas, interpretarlas, agravarlas o mudarlas..." Cfr. Vicente Pazos Kanki: *Memorias Histórico Políticas*, Biblioteca Boliviana No. 4, La Paz, 1942, pág. 90.

2) **PRINCIPALES FIGURAS DELICTIVAS:** De todos los datos que hemos recogido podemos hacer el siguiente cuadro de figuras delictivas en el imperio de los Incas:

a) **Delitos contra el Estado:**— Lugar preponderante, sin duda alguna, ocupaba la conservación del poder real. En consecuencia, el delito más grave lo constituía el levantamiento contra el poder real del Inca. En este caso, el pueblo insurrecto era arrasado, los principales cabecillas eran lapidados, por la espalda, despellejados y descuartizados "sus restos abandonados en el campo para pasto de las fieras y de sus huesos se hacían quenás, de sus cráneos vasos para beber chicha y de su piel tambores..." [21]. Con la misma pena se castigaba al que profería ofensas a la persona del rey inca, su mujer principal y el heredero primogénito.

La violación de una "aclla", o el descuido de la persona encargada de cuidarla, tenía el castigo de la pena capital, arrastraba, además, la muerte del pueblo de donde era originario el que había hecho tal profanación.

La desertión en tiempo de guerra era severamente castigada. "Si alguno se volvía de la guerra sin licencia, lo acusaba su capitán o su alférez, o su cabo de escuadra y en su pueblo su decurión, y era castigado con pena de muerte por la traición y alevosía de haber desamparado en la guerra a sus compañeros y parientes, o a su capitán y, últimamente, al inca o al general que representaba su persona..." [22].

(21) Raúl Calvimontes Núñez del Prado Op. Cit.,
(22) Garcilaso de la Vega, Ob. Cit., pág. 47.

b) **Delitos contra la Administración.**— Existía, en el Imperio Incaico, la obligación de que los funcionarios de administrar justicia, emitieran periódicamente informe de labores. A estos funcionarios, los supervigilaban veedores y pesquisidores, denominados **tucuy-ricoc** (23). La omisión de la presentación de los informes pertinentes, traía como consecuencia la destitución de sus cargos y, según Garcilaso, mayor era el castigo cuanto mayor era la autoridad que investía el funcionario omiso. "Porque decían que no se podía admitir que el que había sido escogido para hacer justicia, hiciese maldad, y que hiciese delitos el que está puesto para castigarlos; que era ofender al sol y al Inca que le había elegido para que fuese mejor que sus súbditos. De esta manera se consiguió que el inca estuviese al tanto de lo que acontecía en el imperio. . ." (24).

La desobediencia a los **Curacas** (25), se castigaba de acuerdo a la gravedad del caso. Si era muy grave, con la muerte; y, en los casos leves, se castigaba con azotes en la espalda.

c) **Delitos contra los bienes del Estado.**— Entre los delitos que atentaban contra los bienes del Estado, uno de los principales era el de omitir trabajar la tierra tributaria. Al infractor lo castigaban afrentosamente; dábanle en público tres o cuatro golpes en la espalda con una piedra, o le azotaban los brazos y piernas con varas de mimbre por holgazán y flojo. Pena que, "entre ellos fue muy vituperada a los cuales llamaban **mizquitullu** que quie-

(23) En quechua quiere decir: el que todo lo vé.

(24) Garcilaso de la Vega, Ob. Cit., pág. 48.

(25) Los "Curacas" eran los caciques que tenían bajo su mando una región.

re decir huesos dulces, compuesto de mizqui que es dulce y de tullu que es hueso. . . ” (26) .

Teniendo particular importancia las vías de comunicación, el inca no consentía que se opusiera obstáculo alguno a aquellas facilidades de comunicación tan esenciales al mantenimiento del orden público. La destrucción de un puente era sancionada con la pena capital .

Existían funcionarios que se encargaban de elaborar informes tributarios y de establecer el censo de la población para determinar y calcular los tributos. “Si alguno de sus mayordomos y contadores era hallado en fraude y engaño, era muerto por ello. . . ” (27) .

La caza de vicuñas y la matanza de animales hembras domésticos, tenía también, su sanción. La primera vez con el “mizqui-tullu” y, en caso de reincidencia, con la pena capital .

El uso de la coca era monopolio del inca. El tomarla arbitrariamente, era penada. La exportación de metales preciosos (oro y plata) del Cuzco, era también, penada. Prohibiciones que se pueden concebir como emanaciones del socialismo estatal incaico orientado por clases sociales y principios fiscales (28) .

d) **Delitos contra la Fe Pública.** — Los suplantadores de títulos o funciones, éran condenados a la pena denominada: “**Hihuaya-rumi**” que consistía en dejarle caer sobre sus espaldas una piedra de dos varas de alto .

(26) Garcilaso de la Vega, Ob. Cit., pág. 48.

(27) Román y Zamora, Ob. Cit., pág. 46.

(28) Cfr. Herman Trimbom, Ob. Cit., pág. 69.

El perjurio era castigado con chicotes especiales hasta arrancarles las entrañas; consecuencia lógica de una de sus prescripciones fundamentales: Ama kella (no seas mentiroso). Román y Zamora señala una forma especial de castigo para las mujeres que mentían: "por pequeña mentira que dijesen, eran trasquiladas en pena de su delito..." y comenta sarcásticamente: "Si hoy, hay que guardar esta ley, faltarían barberos y no cabezas de mujeres trasquiladas..." (29).

La brujería y hechicería eran reprimidas en los casos en los cuales se les atribuían calamidades "eran castigados (los hechiceros) cruelmente principalmente los que causaban en las mujeres esterilidad y en los hombres impotencia para engendrar, y los que mataban con hechizos. A estos todos no los castigaban a donde cometían el delito mas traíanlos a la ciudad del Cuzco donde el rey estaba y su corte, para que allí se sentenciase la pena que merecían y se supiese más presto por todos sus reinos..." (30).

e) **Delitos contra las Personas.**— Entre los principales delitos contra las personas podemos señalar los siguientes:

Homicidio.— Diferenciaban el **Homicidio simple** "los que mataban algunos morían por ello sin esperar favor del rey, porque en este caso el grande y el chico eran iguales..." (31), **del Parricidio** "Quien mata a su padre o madre, que muera

(29) Román y Zamora, Ob. Cit., pág. 69.

(30) *Ibidem*.

(31) "

y sea hecho cuartos, lo mismo si matare a sus abuelos o sus hijos. . . " (32) .

El **Regicidio** tenía una severa sanción "quien matare al rey o reina, príncipe heredero, muera arrastrado y asañado y sea hecho cuarto, y su casa derrumbada y hecha muladar; sus hijos sean perpetuamente bajos de vil condición y no puedan tener cargo alguno honroso en el pueblo ni en la guerra y todo esto hasta la cuarta generación. . ." (33) .

En el **uxoricidio**, distinguieron el que se cometía por odio a la mujer o al marido "quien matase a su mujer por odio sin culpa della (sic) o sin saber que tenía culpa de adulterio, que muera ahorcado y hecho cuartos, lo mismo la mujer si matase al marido. . ." (34), del cometido por arrebató en el caso de adulterio "quien matase a su mujer hallándola en adulterio que sea desterrado por un cierto tiempo, lo mismo si matase al adúltero, con quien adulteró su mujer, pero el tiempo no pase de un año. . ." (35) .

Penaron, también, otras formas de homicidio "quien matase algún niño o niña que muera despeñado o apedreado (sic); quien matare a su señor, que muera cuarteado; quien mata a otro particular del pueblo que muera ahorcado. . ." (36) .

Los que eran acusados de haber causado la muerte, mediante la brujería, eran condenados a la pena de muerte y su condena se ejecutaba con gran

(32) Blas Valera P., *Relación de las Costumbres de los Nativos del Perú*. Editorial Guaranía, Asunción del Paraguay, 1950, pág. 183.

(33) *Ibidem*, pág. 181

(34) " " 183

(35) " " 183

(36) " " 185

publicidad, haciendo convocar los pueblos comarcanos para que presencien el suplicio; asimismo, mataban a toda la gente de su casa y familia, porque se presumía que todos ellos sabían de aquel oficio. Destruían sus cosas y quemaban su casa en la creencia de que podían volver de la otra vida.

Con referencia a las **lesiones causadas en riña y pelea**, al que en pendencia marcaba a otro de manera que no pudiese trabajar en las cosas ordinarias, era obligado a sustentarle de su hacienda, además del castigo que recibía —golpes en la espalda con varas de mimbre— por el delito cometido. Para el caso de no contar con hacienda propia, además de sustentarle con la suya, se le daba mayor castigo al delincuente.

Regularon, también, el delito de **aborto** cuando éste se producía a los tres meses de embarazo. “Quien fuese causa de que alguna mujer preñada de tres meses para arriba muera o mal-para, dándole hierbas o golpes, o de cualquier manera, que muera ahorcado o apedreado...” (37).

f) **Delitos contra las buenas costumbres.**— Entre las principales conductas contra las buenas costumbres podemos señalar.:

Delitos contra la familia y el honor sexual.— En el Imperio de los Incas, la monogamia era obligatoria para el común de las gentes, la poligamia fue severamente sancionada, aunque los **Orejones** tenían licencia para tener muchas mujeres. El avance de la endogamia aumentó la importancia del impedimento de las uniones consanguíneas.

(37) Blas Valera P. Ob. Cit., pág. 184.

Penaron distintas clases de incesto. Reconociendo, además, las circunstancias en las que mediaba violencia y el conocimiento de los lazos de consanguinidad. "Quien tuviere cuenta con su propia hija que mueran entreambos despeñados, y mucho más si ella fue doncella y consintió. Pero si fue forzada y violada que muera el padre, y ella sea puesta para que sirva siempre a las "acillas" y si alguno la pidiese por mujer, que se case. Si alguna mujer fornicare con su propio hijo que mueran ambos despeñados. Quien conociere a su hermana de padre y madre, que mueran entreambos ahorcados o apedreados y más si ella fue doncella y consintió. Pero si fue forzada y violada que sea el hermano ahorcado y ella puesta a servir a las "acillas". Quien se juntare con su hermana, hija de padre carnal, si fuera doncella o casada y consintió, que mueran entreambos: si ella fue forzada con violencia conocida, que muera el hermano y ella puesta a servir a los templos..." (38). La prohibición también se extendía a los tíos y primos hasta el segundo grado.

A través de la anterior relación, vemos el reconocimiento de varios elementos. Entre ellos, el ya citado, del conocimiento de los lazos de consanguinidad. Por otra parte, la distinción si la violada o seducida era virgen, teniendo presente que la virginidad era significado de la más prístina pureza y su pérdida traía consigo la deshonra y la imposibilidad de contraer matrimonio salvo cuando la pida alguien que quisiese casarse y sacarla del servicio del templo.

(38) Blas Valera P., Ob. Cit., pág. 185.

El incesto cometido por los miembros de la Corte del Inca, era castigado con pena de muerte, pero en la forma más honrosa y privilegiada concierne a su rango: "si los grandes señores cometieren alguno de estos delitos, por donde merecieren morir, que los gobernadores y consejos hagan la averiguación e información y la sentencia quédese para el rey; y cuando los tales merecieren por su delito, sean degollados en la plaza o donde el Rey pareciere; y si fuesen señores ilustres o sus hijos y merecieren morir, sean degollados dentro de la cárcel..." (39).

Las relaciones sexuales eran permitidas siempre que no supusieran una acción delictiva: violación, estupro, incesto, adulterio y desfloración.

Consideración especial merece la penalidad de la sodomía. Su punición consistía en muerte por horca con arrastramiento y quema subsiguiente del cadáver y de los bienes. Tendiendo, pues, a la extinción de la personalidad del culpable y a la defensa contra efectos dañinos, también, para la vida post-mortem. Con la misma pena se castigaban los casos de bestialismo.

El adulterio fue reprimido severamente, signo de defensa de la monogamia. "El adúltero y la adúltera, sean castigados con pena de muerte, y el marido, si hallare a su mujer en tal delito, denuncie luego para que se le cumpla de justa venganza; y lo mismo la mujer que supiese o viere a su marido con adúltera, denuncie dellas (sic), para que mueran..." (40). El castigo, si mediaba consenti-

(39) Blas Valera P., Ob. Cit., pág. 185.

(40) Ibidem, pág. 184.

miento de ambos, consistía en la lapidación de los dos. Si el hombre forzaba a la mujer, éste era ejecutado y la mujer enviaba a la casa de las "acillas" para su servicio. Si era culpable la mujer, ésta era ejecutada y el hombre desterrado.

Dentro del marco de los delitos contra las buenas costumbres, nos parece interesante la disposición consignada por Blas Valera, en la que, además, se puede determinar el reconocimiento de la reincidencia y el trato privilegiado en cuanto a la aplicación de la ley: "que en el comer sean moderados y templados, y mucho más en el beber; y si alguno se embriagase de manera que pueda perder el juicio, que sea por la primera vez castigado conforme al juez pareciere, y por la segunda, desterrados, y por la tercera, privados de sus oficios, si son magistrados, y echados a las minas. Esta pena se guardó a los principios con rigor, más después se relajó la ejecución de tal manera, que, los ministros de la justicia eran los primeros que más bebían y aunque se emborrachaban no había castigo; porque los "amautas" que eran como letrados y sabían dellas [sic] poniendo distinción entre "cenca" que es en-calabriarse y calentarse y "Hatunmachay" que es embriaguez hasta perder el juicio; y aquella era la ordinaria que en todos acontecía, pues no hacían desatino de locos, y que aquestos pocas veces acometía. . . ." (41).

Finalmente, recordemos la prohibición que tenían de tener las puertas de sus casas cerradas. El veedor podía en cualquier momento entrar a cualquier vivienda para indagar la forma en que se encon-

(41) Blas Valera, Ob Cit., pág. 183.

traban y las condiciones de higiene en las que vivían". A los perezosos y sucios, a los que conservaban su cuerpo, casa, ropa y vestidos limpios, luego de obligarles a bañarse y lavar su ropa, les obligaban en plaza pública a beber dos "queros" (vasos) del agua que habían utilizado para esa limpieza. . . " (42)

g) **Delitos contra la Propiedad.**— La organización política del Imperio, la función absorbente del Estado y, fundamentalmente, la rigurosidad de sus normas penales, consiguió que fuese escaso el número de infracciones contra la propiedad.

La regla admitida en caso de hurto era particularmente notable. Si el ladrón había obrado con malicia o pereza, era castigado cualquiera que fuese la clase a que perteneciere.

El hurto por necesidad, no era castigado, pero sí apercibido, el autor, para que trabajase. En caso de reincidencia se le aplicaba el castigo de dejarle caer una piedra en la espalda. La apropiación de cosas pertenecientes a la realeza era penada con muerte sin reconocimiento de ninguna circunstancia.

Los "Chasquis" (43) cuando incurrían en apropiación indebida o malversación de valores confiados a su persona, eran ejecutados con la pena de muerte.

(42) Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, Op. Cit., pág. 7. La tesis difundida por algunos cronistas españoles en sentido de que los nativos tenían falta absoluta de higiene no se halla de acuerdo con ésta prescripción. Nosotros —habida cuenta de nuestra investigación— nos inclinamos por deshechar la tesis formulada. Al respecto, Vid. Jesús Lara, Ob. Cit., especialmente pág. 77 y ss.

(43) Encargados de llevar el correo y mensajes del Inca.

3) **PENAS.**— Las penas que se aplicaron en todo el tiempo del reinado de los Incas, fueron excesivamente severas. Garcilaso de la Vega, justifica este rigor fundamentando en que éstas perseguían el provecho y la pacificación de la República: "Se podrá decir que eran leyes de gente prudente que deseaba estirpar los males de la república, porque de ejecutarse la pena con tanta severidad, y de amar los hombres materialmente la vida y aborrece la muerte venían a aborrecer el delito que la causaba; y de aquí nacía que apenas se ofrecía en todo el año delito que castigar en todo el imperio del Inca..." (44).

El siguiente es el catálogo de penas aplicadas en el Imperio Incaico.

De muerte.— La pena de muerte se aplicaba en la mayoría de los delitos mediante las siguientes formas:

1) **Ahorcamiento.**— En los casos de homicidio, aborto, incesto, adulterio y proxenitismo en el caso de incesto (Si éste se realizaba), sodomía, bestialismo, hurto grave (En el patrimonio real) y en los casos de reincidencia del hurto famélico.

2) **Decapitación.**— Forma más honrosa de ejecución de la pena de muerte, generalmente reservada para las ejecuciones a los miembros de la nobleza. Esta ejecución se la realizaba, mayormente, en los lugares donde se encontraban detenidos los infractores y sin mayor publicidad de la ejecución.

3) **Despeñamiento.**— En los casos de violación, asesinato de niño o niña. Incesto con la hija

(44) Garcilaso de la Vega, Ob. Cit., pág. 43.

o hijo. Considerada como agravada, al lado del ahorcamiento.

4) **Entierro.**— Esta forma de ejecución de la pena capital se la aplicaba en los casos de quebrantamiento del voto de castidad por parte de una "aclla".

5) **Arrastramiento.**— El arrastramiento tenía el carácter propio del deshonor; aparentemente equivalía al flechamiento. Se aplicaba en los casos de asesinato de un miembro de la familia Real, de un funcionario, de un sacerdote y una "aclla". En éstos dos últimos casos, el cadáver era descuartizado.

Consideración especial merece el **Juicio de Dios**, ejecutado en los casos de alzamiento contra el Poder Real. A los cabecillas se los encerraba en un lugar denominado "ZANCAY" el mismo que estaba lleno de fieras. Si conseguían salir con vida, eran honrados por el Inca. y llenados de privilegios. (45)

Encontramos, también, otra clase de muerte deshonrosa. la exterminación del infractor del Derecho, incluso en la otra vida, en previsión de un daño que desde allí pudiese amenazar. En este sentido, debe comprenderse, por ejemplo, la incineración. Como acción de repugnancia que tiende a un aniquilamiento total, fue aplicada en el Imperio Incaico para los casos de sodomía y bestialismo después de ejecutados el ahorcamiento y arrastre de cadáveres.

(45) Jesús Lara en su Ob. Cit., pág. 74, apoyado en la relación del Jesuita Anónimo, es contrario a nuestra aseerción cuando dice: "Aun cuando la ley prescribía la pena máxima para los traidores y enemigos del Imperio, no había costumbre de ejecutar, por ejemplo, a los prisioneros de guerra ni en holocausto a los Dioses.

Penas Corporales.— Aplicaron el tormento para varios delitos. Entre ellos: el hurto, el cambio de residencia sin previo aviso. Entre las penas corporales más conocidas, podemos citar:

1) **Lapidación** — Para los casos de estupro. Delito menor, en cuanto a la penalidad, con referencias al incesto y adulterio que, como se ha visto, eran condenados con ahorcamiento.

2) **Apaleamiento.**— Es el caso del "Mizquitullu" de que habla Garcilaso de la Vega. Se aplicó en los casos de hurto de comestibles, desobediencia a un curaca, desplazamiento de mojonos; pena aplicada, también, en los casos de matrimonio con omisión de normas establecidas.

3) **Reclusión**— Existían penas de reclusión con trabajos forzados a perpetuidad para los miembros de la nobleza, en los casos de complicidad en el adulterio y desfloración fuera del matrimonio.

Penas infamantes.— Fenómeno típico de este Imperio. Se consideraba pena de carácter infamante el corte de cabello y se aplicaba en los casos de falso testimonio cometido por las mujeres, así como a la desfloración fuera del matrimonio. Indudablemente, ha debido tener, esta pena, una nota sumamente denigrante para los nativos. Así lo testimonia la Ley No. XVIII de Felipe II (1581-1587) que textualmente decía: "y en otras provincias de nuestras indias, tienen los indios por antiguo y venerable ornato, el traer el cabello largo y por afrenta y castigo que se lo manden a cortar, aunque sea para bautizarlas. Y por los inconvenientes que se ejecutaré así podrían seguir en deservicio de Dios Nuestro Señor y peligro de sus almas: encargamos que a las chinos e indios que se bautizaren no se les

corte el cabello y dexen a su voluntad traerlo o dejarlo traer y las consuelen y las animen..." (46). Precisamente se determinaba la prohibición de no cortar el cabello a las indias por ser una nota infamante. En época de la Colonia, todavía siguió vigente el carácter denigrante de andar con los cabellos cortados.

Entre las penas de carácter infamante en el imperio de los incas, no podemos olvidar, también, **la picota de la vergüenza** unida al rapado de cabello. El quitar de todo derecho a ocupar funciones públicas hasta la cuarta generación de los autores de un asesinato a un miembro de la nobleza, a los que se levantaban contra el orden constituido, era considerado pena infamante.

Penas pecuniarias.— Aunque existían casos de confiscación de bienes, sin embargo, no debe considerarse como penalidad sinó como consecuencia de un determinado delito. Por ejemplo, en la sodomía, en la que se confiscaban los bienes para que no queden vestigios materiales del autor de tal delito.

Conforme a su organización socio-económica, nos inclinamos a la relación dada por Garcilaso de la Vega, quien afirma que no existían penas de carácter pecuniario: "Nunca tuvieron pena pecuniaria, ni confiscación de bienes, porque decían que castigar en la hacienda y dejar vivos los delincuentes no era desear quitar los males de la República, sino la hacienda a los malhechores y dejarlos

(46) Juan Manzano Manzano, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1956, T. II. pág. 317.

con más libertad para que hiciesen mayores males..." (47).

Todos los datos anteriormente anotados, nos permiten colegir que el carácter absorbente del Estado y el régimen teocrático de éste consiguieron que la ley fuese considerada de carácter divino y su violación, un sacrilegio; situación que se mantuvo a través de los años, "por eso es que el indio hasta nuestros días, tiene un respeto mayor que el blanco o el mestizo frente al ordenamiento legal". (48).

Finaliza —en nuestro trabajo— el imperio de los incas, el año 1533 con la muerte del último de los monarcas condenado por Francisco Pizarro (49). Y con la muerte del inca Atahualpa, se abre otro período en la historia de la legislación, período que se ha denominado: La Colonia.

(47) Garcilaso de la Vega, Ob. Cit., pág. 43. Apoyado en él, Vicente Pazos Kanki dice: "No se conocían penas ni confiscaciones de bienes. Creían que castigar en la hacienda y dejar con vida a los delincuentes era darles más libertad para acciones más execrables". Vid. Vicente Pazos Kanki, Ob. Cit., pág. 90.

(48) Cfr. Calvimontes Nuñez del Prado, Op. Cit. pág. 93.

(49) "Preso el Inca, ofreció por su libertad la cantidad de oro que llenara la habitación (de 17 pies de largo por 22 de ancho y 9 de alto), donde sufría cautiverio, hasta la altura a que alcanza su mano parándose él de puntillas. La proposición fue aceptada con la expresa condición de que llenase, hasta igual altura, otra cantidad de plata en dos cuartos inmediatos. Atahualpa cumplió lealmente su promesa, pero al poco tiempo fue víctima de la perfidia de los conquistadores, entre ellos de Pizarro, que se valieron de pretextos fútiles para cortar la cabeza del Imperio. Por simples acusaciones de "idólatra, polígamo y rebelde al Rey de España", el desdichado monarca indio, sufrió la pena infamante del garrote (Agosto de 1533); a los 10 meses de su injusta prisión, conmutándose por ésta la de ser quemado vivo..." (Vid. José Macedonio Urquidí, en Ob. Cit., pág. 43). Véase también, Vicente Pazos Kanki en Ob. Cit., pág. 103 y ss.

B) LEGISLACION PENAL VIGENTE EN EL PERIODO DE LA COLONIA

1) **ORIGENES DEL DERECHO INDIANO.**— El descubrimiento de América (50) se injerta en un período sumamente particular en la historia de España y Occidente. En efecto, coincide **grosso modo** con una serie de acontecimientos claves, suficiente sólo uno de ellos para tronchar una época y nacer otra. Basta pensar en la caída final del Imperio Bizantino, en la llamada reforma protestante, en el Renacimiento, en la extinción del Imperio Romano-Germánico y en la aparición del Estado moderno —organización soberana y nacional— para concluir que América aparece para Europa en uno de los momentos más convulsionados de la historia de ésta. (51)

El período de la denominada "Epoca Colonial", se extiende desde la llegada de los primeros conquistadores hasta la declaración de la Independencia.

(50) "El descubrimiento de América que llenó de asombro al viejo mundo, dilató el espíritu por horizontes desconocidos, agitó la imaginación de los pueblos, impulsó las artes y las ciencias y abrió nuevos rumbos a la marcha de la humanidad. Tras de aquel acontecimiento, que indudablemente es en lo humano el más grandioso que registran los fastos de la historia, vino otro que bien merece el nombre de admirable, singular y de consecuencias decisivas para los destinos futuros de los americanos. Pufidos de aventureros se derramaron por regiones desconocidas, trastornaron instituciones seculares, derribaron imperios poderosos, midieron el nuevo mundo con sus pies y se adueñaron de él..." (Luis Paz, *Historia General del Alto Perú, hoy Bolivia*, Imprenta Bolívar, Sucre, Tomo I. pág. 17.

(51) Vid. Pedro Néstor Sañes, *Derecho Político Indiano en Temas de Derecho Indiano*. Instituto Argentino de Cultura Hispánica de Rosario, Sta Fe, 1970, pág. 43 y ss.

dencia. Particularmente, en el caso que nos ocupa —el período de colonia en Bolivia—, arranca desde la llegada de Francisco Pizarro en 1533 hasta el año 1825, año en el que se firma el acta de Independencia de la República. Indudablemente esta división no es radical ya que las costumbres y tradiciones de los Incas han perdurado a través de todo el tiempo de la conquista y, posteriormente, el derecho castellano aplicado, se ha mantenido en vigencia hasta la aprobación del Código penal y aún, a través de éste, en muchas instituciones.

Merced a la Bula Pontificia **Inter Cetera**, concedida por Alejandro VI en fecha 4 de mayo de 1593, el reino de Castilla obtuvo del Papa, la concesión de la autoridad temporal de todas las zonas a descubrir a partir de una línea divisoria que de norte a sur y, pasando a 100 leguas al oeste de las islas Azores y del Cabo Verde, se encontrase al oeste de dicha demarcación. Posteriormente, al año siguiente, por el Tratado de Tordesillas celebrado entre las dos potencias concesionarias —España y Portugal—, se desplazó esta línea hasta quedar a 360 leguas a occidente de las islas del Cabo Verde.

En uso de esta concesión, la Corona española, se preocupó desde el primer momento de la situación jurídica de las nuevas tierras. Esta inquietud se vio traducida por Ordenanzas Reales, Leyes, Ordenes de las Audiencias, etc., que han dado lugar al nacimiento del que, posteriormente, se denominaría: Derecho Indiano. Copiosa Legislación que en el espacio de tres siglos alcanzó a sumar aproximadamente un millón de disposiciones de toda índole.

Caracterizado por su formalismo legal y demarcado espíritu religioso. El Derecho indiano es un Derecho que podríamos denominarlo de cristianidad, de cruzada, de misión. La existencia de las indias y su salvación —en el marco estrictamente religioso— es la ley o el justificativo imperante. “Esta ley regula todas las leyes y todo el gobierno del Imperio español de América; contiene la misión de la Iglesia y el deber del Estado”. (52)

“El primer hecho que hay que destacar —dice García Gallo— es que el derecho indiano nace antes de que se conozca —incluso de que se sepa si existe— el país en que ha de regir. En efecto, tres meses y medio antes de que Colón zarpando de Palos inicie su viaje de descubrimiento y casi seis meses antes de que tocando en la isla de Guanahaní éste sea una realidad, los Reyes Católicos en las Capitulaciones concedidas a Colón en Santa Fe el 17 de abril de 1492 y en los documentos despachados en los días siguientes establecen los bienes jurídicos del Nuevo Mundo”. (53)

En la relación del Derecho indiano, particularmente en el Penal, es necesario tener presente que las primeras disposiciones y episodios de la Conquista, son hechos que no pueden integrarse en una consideración sistemática del ordenamiento jurídico establecido con posterioridad a la conquista. A este respecto compartimos la opinión del Dr. Roberto Terán Lomas, quien dice: “La sangre vertida en la conquista del Perú, sea la de Atahualpa —víctima-

(52) André Vincent, *Derecho de las Indias y Desarrollo en Hispanoamérica*, Edic. Cultura Hispánica, Madrid, 1976, pág. 32.

(53) Alfonso García Gallo, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972, pág. 32.

rio de partidarios de Huáscar—, la de Almagro o del mismo Pizarro, no puede compaginarse en el mundo del Derecho sino que pertenece exclusivamente a un mundo del ser, a un mundo de hechos que no correspondió exclusivamente al paisaje americano. El mismo Pedro de Mendoza y buena parte de su hueste habían participado del saqueo de Roma, sobre el cual tan elocuente testimonio rindió Benvenuto Cellini". (54)

Se debe considerar, también, que existió una notable diferencia entre la Ordenanza Real dictada en la metrópoli y la aplicación de la misma en tierras americanas. Ante disposiciones cargadas de enorme bondad y previsión, se respondía, en su aplicación, con el famoso: "se obedece pero no se cumple". De esta manera quedó neutralizada la obra de la corona española y como bien dice Manzano Manzano, ésta tenía puestos los ojos en las provincias de ultramar buscando la conversión de los nativos y que para promover este empeño "no escatimaba esfuerzos, reuniendo con extraordinaria frecuencia juntas de teólogos y juristas, de las que, tras largos estudios y deliberaciones, salían las admirables disposiciones que aún constituyen el mejor timbre de gloria de la acción hispánica en aquellas tierras, pues bien, todo este esfuerzo gigantesco y bien intencionado se encontraba en trance de ruina por la actuación descabellada de unos cuantos desaprensivos" (55).

(54) Roberto Terán Lomas, *Derecho Penal Indiano*, Temas de Derecho Indiano, Instituto Argentino de Cultura Hispánica de Rosario, Santa Fe, 1970, pág. 74.

(55) Juan Manzano Manzano, *Hist. de las Recop...* cit., pág. 14.

Aplicación defectuosa, de leyes, impulsada por pasiones e intereses personales, con suplicios y tormentos que harían reaccionar al dominico Bartolomé de las Casas, hasta conseguir, mediante sus "Treinta Propositiones" —dirigidas al Consejo de Indias (56) en 1547—, un mejor trato a los indios y la promulgación de ordenanzas reales que consignaran expresamente los grados de aplicación preferente de las leyes a los indios. "El sentido protector de las leyes de indias se revela, además, en que ciertas figuras delictivas fueron reprimidas con mayor benignidad cuando el que las cometía era un indígena". (57)

Naturalmente no se puede hablar, en esta época, de una sistematización del Derecho penal, sin embargo la concepción del delito es la misma tanto en la Metrópoli como en las tierras del Nuevo Mundo. Francisco Tomás y Valiente (58) señala que en la España de los siglos XVI, XVII y XVIII los elementos integrantes del delito eran: el religioso o moral, el social y el de ofensa personal. Por otra parte el

(56) El Consejo de Indias nació de la necesidad de atender específicamente los problemas de América, instituido oficialmente en 1524. Su primer presidente fue Fray García de Loaiza. Coparticipaba de las funciones legislativas. Si bien la Ley emanaba del Rey, era el consejo quien preparaba las principales normas a regir en Indias. Su extinción se produce en el año 1823 con el proceso de la emancipación.

(57) Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2da. edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1956, pág. 896.

(58) "Estos eran pues, los elementos integrantes de la noción de delito. El religioso o moral (pecado), el social (daño común), el de ofensa personal. Todos ellos en equilibrio inestable a lo largo de estos tres siglos. La importancia concedida a los primeros sufrió un cambio notable desde el siglo XVI hasta la Ilustración. Y la tensión entre el "ius puniendi" privado y estatal se mantuvo también siempre viva sobre todo a mediados del siglo XVIII. No hubo por tanto una noción abstracta y estática de lo que era

concepto de la pena era el absolutamente represivo, escarmentador. No sólo en la España de los siglos XVI, XVII y XVIII la concepción del delito y la pena tenían esos caracteres, sino en la Europa que salía del medioevo (59). **Mutatis mutandis**, el mismo criterio, el mismo concepto, es el imperante en el Nuevo Mundo. Durante todo este período, los casos que se han ventilado ante las Audiencias tuvieron penalidades muy severas y las condenas, se cumplieron, en la generalidad de los casos, en forma inexorable.

¿Cuál fue la legislación penal aplicada en el transcurso de los tres siglos que ha durado la Colonia?

El Derecho penal indiano, estuvo constituido por la yuxtaposición de diversos elementos jurídicos: las normas del Derecho metropolitano, específicamente el castellano, por la concesión pontificia;

delito, sino más bien una creencia viva, compleja y dinámica no formulada en términos precisos y sistemáticos..." Y acerca de la pena: "...el fin políticamente perseguido por la ley penal era el represivo. Englobo dentro de esta expresión dos intenciones del legislador sólo separables conceptualmente: la de castigar (escarmiento se llama a veces) al culpable, y la de dar ejemplo a los demás; dar ejemplo atemorizado, se entiende. Fin vindicativo y fin intimidativo. De ahí, por supuesto, la publicidad de las ejecuciones, los pregones y la colocación de los cuartos de los reos en sitios de mucho tránsito (plazas públicas), cruceros de caminos, entradas a puertas de ciudades). Muchas crueldades aparentemente innecesarias tienen su razón de ser en esta intención de provocar miedo colectivo..." (Francisco Tomás y Valiente, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, Siglos XVI, XVII y XVIII*, Editorial Tecnos, Madrid, 1960, pág. 243 y ss.)

(59) Vid. Cesare Beccaria, *De los Delitos y de las Penas*, Traducción de Francisco Tomás y Valiente, Editorial Aguilar, 2da. edición, Madrid, 1976. Especialmente para el delito pág. 140 y ss. Y a la concepción de la pena, pág. 71 y ss.

el Derecho promulgado para las Indias desde España, aunque entre las leyes de Indias son muy pocas las Leyes propiamente dichas o dictadas en las Cortes, pues no existiendo esta institución en el Nuevo Mundo sólo pueden ser acordadas por las de Castilla, pero en su casi totalidad son mandamientos de gobernación que adoptan la forma de provisiones reales, reales cédulas, instrucciones y cartas reales (60); las disposiciones dictadas por gobernadores, cabildos o virreyes, no solamente de carácter policial, sino sancionatorias de delitos, con penas graves, que podían llegar hasta la de muerte. No debe olvidarse que pese a lo que fuera la llamada instauración legislativa española en América, no perdió su vigencia total el Derecho o costumbre de los indígenas, aunque muy limitada en la jurisdicción criminal. Así la reconocía Felipe II en la Provisión Real de 1558 cuya parte pertinente en el texto literal decía: "Y esto de la jurisdicción no se entiende quanto a la jurisdicción criminal, porque esta no la han de tener los dichos caciques donde oviere (sic) pena de muerte o de mutilación de miembro, quedando siempre para Nos y nuestras Audiencias y gobernadores, la jurisdicción suprema, así en lo civil como en lo criminal y para hacer justicia donde ellos no la hizieren...". (61)

Resumiendo, podemos señalar el siguiente cuadro de fuentes del Derecho Indiano:

1o.) Derecho Territorial Indiano (particular o municipal) contenido en la Recopilación de 1680 y

(60) Alfonso García Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español*, 5ta. edición Madrid, 1973, tomo I, pág. 415.

(61) Cfr. Alfonso García Gallo, *Estudios de Derecho Indiano* cit. pág. 797.

en cédulas y provisiones, ordenanzas y demás disposiciones reales posteriores a la fecha de la promulgación del cuerpo de leyes de Carlos II.

2o.) Derecho territorial castellano (común o general) formado en su mayor parte de ordenamientos y pragmáticas reales, recogidas en la Nueva Recopilación de Felipe II.

3o.) El Código de las Siete Partidas.

4o.) Derecho Local. (62)

2) **Las Partidas.**— Dada la importancia que representó el Código de las Siete Partidas, como elemento integrativo del Derecho penal indiano, intentaremos dar una vista panorámica a este cuerpo jurídico, que constituyó la base de una especie de Derecho consuetudinario. Resultando en la práctica una de las fuentes de mayor prestigio. Comentando su aplicación en España, Benito Gutiérrez Fernández dice: "De esa manera descuella sobre todos los movimientos legales de su época la obra clásica del Rey Sabio, el Código de los Siete Partidas, reflejo a la vez de la sabiduría de la Iglesia, de la cultura del Imperio y de la sociedad foral, sabido es que está formada con disposiciones entresacadas del Código de Justiniano, de los decretos y decretales, relativas a las penas sobre herejes, moros y judíos, y de los fueros de España, por lo que toca a los rieptos, lides, desafíos treguas y seguranzas. No pudiendo sus autores improvisar una legislación falta de precedentes y llena de dificultades, hicieron lo único entonces posible, que era mejorar la existente, publicando esta obra que por confesión de sus mis-

(62) Vid. Juan Manzano Manzano, Ob. Cit., pág. 327 y ss.

mos críticos, es superior a todas por la elevación de su estilo, abundancia y orden de las leyes, clasificación de los delitos y naturaleza de las penas, regularidad de los procedimientos, curso de la actuación y lo demás que concierne al juicio criminal. Ningún hombre científico pone ya en duda el mérito del Código de las Partidas, el primero entre todos los que proyectó el segundo Justiniano, D. Alfonso X de Castilla, merecedor de su fama por la ciencia y la noble aspiración". (63)

La Partida VII, contenía las disposiciones pertinentes al Derecho penal. Constaba de treinta y tres títulos. Su introducción daba una definición del delito: "Malos fechos, que se fase a plazer de la una parte e a daño e a deshonra de la otra". (64)

El carácter público del Derecho penal se subrayó a través de la misma función de escarmiento de la pena. Los delitos que "se fazen son soberbia, deuen ser escarmentados crudamente porque los fazedores reciban la pena que merecen, e tomen escarmiento, porque se guarden de fazer tal cosa, porque non resciban otro tal" (Introducción).

El Título I, contenía veintinueve leyes y trataba de la acusación y de quienes pueden ser acusados. En la ley novena de este título, encontramos la regulación de la inimputabilidad del loco, el furio-

(63) Benito Gutiérrez Fernández. *El Examen Histórico del Derecho Penal*. Madrid 1866, pág. 163. Un estudio sumamente interesante de las Partidas en lo concierne al Derecho penal, puede verse en: Román Ríaza. *El Derecho Penal de las Partidas. Trabajos del Seminario de Derecho Penal*. Dirigidas por Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus. Madrid. 1922, págs. 22 y ss.

(64) *Las Siete Partidas del Rey Alfonso El Sabio*. Real Academia de la Historia. Tomo III. Setena Partida en Salamanca por Andrea de Portonaris, Madrid 1907.

so, del desmemoriado, el menor de 14 años en los delitos de lujuria, el menor de diez años en los demás delitos; "Mozo menor de catorce años non puede ser acusado de ningún yerro quel posiesen que hobiese fecha en razón de luxuria, pero de ningunt yerro que ficiese... esto mismo decimos del loco, et del furioso et del desmemoriado".

El principio del **non bis in ibidem**, lo hallamos en la Ley número trece de este mismo título: "Como aquel que es quito una vez por juicio acabado del yerro que fizo, nol pueden acusar después otra vez por aquel mismo yerro...".

El título II trataba de las traiciones. Constaba de seis leyes. La Ley I daba el concepto del delito de **lesa majestad** "Lasse maistatis crimen, en latin quiere decir en romance como yerro de traición que face home contra la persona del Rey".

El Título III, trataba de los rieptos y constaba de nueve Leyes. El Título IV, con seis Leyes, regulaba "Las lides que se facen por razón de los rieptos".

El Título V, constaba de tres Leyes y trataba de "las cosas que facen los homes por que valen menos. El Título VI, con ocho leyes, hablaba de los "Enfamados".

El Título VII regulaba los delitos de falsificación y decía que "falsedad es una de las grandes maldades que home puede haber". Este concepto, la complementaba la Ley No. 1 "...es mudamiento de verdad", y, enumeraba quienes podían cometer el delito de falsificación. Las penas señaladas para los casos de falsificación eran de destierro o muerte, según los casos. La Ley VI mandaba que, al escribano que extendía carta falsa, le debían cortar la mano con que escribió.

El Título VIII, trataba de los homicidas. La Ley I, daba una definición general de homicidio: "Homicidium en latin tanto quiere decir en romance como matamiento de home". Distinguía los homicidios denominados culposos de los dolosos. Entre los primeros pueden citarse el cometido por el podador que deja caer la rama sin avisar, el jinete que se sale fuera del camino, el sonámbulo que no advierte a los demás de su enfermedad; el cometido por el ebrio; el realizado por el médico inexperto o por el padre o madre que se excedan en la corrección. Para estos homicidios exigían tres condiciones: "...pero el que matare a otro en alguna de estas normas sobredichas, debe jurar que la muerte acaesció et desventura, et non avino por su grado, et aun demas desta probar con homes buenos que non habie enemistad". Establecía las causales de justificación en los homicidios cometidos "Con derecho" tales son los casos de legítima defensa; la muerte del forzador de la mujer, hija o hermana; la del ladrón "nocturno" —pero si es de día no puede..."; La del ladrón diurno, si este emplease la fuerza; y del ladrón conocido. Se ocupaba también, del asesinato, conocido en las Partidas con el nombre de **homicidium Tortizero**". En sus restantes dieciseis Leyes regulaba otras formas de homicidio.

El Título IX, con veintidos Leyes, trataba de los delitos contra el honor y hablaba de las deshonoras contra los vivos y difuntos y de los libelos. El Título X, con dieciocho leyes, regulaba los delitos contra la libertad de las personas, denominándose en Las Partidas, de las Fuerzas.

Comprendiendo tres leyes, el Título XI, se ocupaba de las enemistades y desafíos. La Ley I, establecía el concepto de desafío con estos términos: "es cosa que aparta á home de la fe que las fijosdalgos pusiesen entre sí antiguamente que fuese guardad entre ellos como en norma de amistad.

El Título XII en sus cuatro leyes regulaba las treguas las seguranzas y las paces.

El Título XIII regulaba el delito de robo. El Título XIV, comprendiendo treinta leyes, se ocupaba del delito de hurto. La Ley I definía el hurto de esta manera: "Furto es malfética que facen los homes que toman alguna cosa mueble agena ascondadamente sin placer de su señor, con intención de ganar el señorío, o la posesión o el uso della". Distinguía dos clases de hurto: el manifiesto y el encubierto. Podían acusar al ladrón, el dueño de la casa robada, o en su defecto, los herederos, pero ni unos ni otros podían acusarle, siendo hijo, nieto mujer o esclava del robado.

Con un número de veintiocho leyes, el Título XV, se ocupaba de los daños que "los homes o las bestias facen en las cosas de otro de cualquier natura quier que sean" La Ley I definía el daño como: "el empeoramiento o menoscabo o detrimento que home recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa dotri".

El Título XVI, con doce leyes, trataba de los engaños. La Ley I definía el dolo, de la siguiente manera: "Dolus en latin tanto quiere decir en romance como engaño: el engaño es enarmiento que los homes facen unos á otros por palabras mentirosas, ó encubiertas o colocadas que se dicen con intención de los engañar o de los decebir: et a este enga-

ño dicen en latín *dolus malus*, que quiere decir tanto como mal engaño" Las penas contra los engañadores no estaba determinadas, se encomendaba a los jueces la fijación de éstas, advirtiéndoles que tuviesen en cuenta las personas y circunstancias de los diversos casos.

El Título XVII trataba del adulterio. En su definición encontramos el reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del delito. "es yerro que home face á sabiendas con mueger que es casada o desposada con otro". Este título constaba de 16 leyes. La última Ley, castigaba la bigamia con destierro a una isla por cinco años y pérdida de los bienes en favor de los hijos. La acusación del adulterio podía hacerla el marido, el padre y a falta de éste, podían acusar sus hermanos, tíos por línea paterna y materna y, en última instancia, cualquier vecino del pueblo. La mujer podía ser acusada aún después de disuelto el vínculo matrimonial, durante la acción, para ello, sesenta días hábiles para el marido y el padre, y cuatro meses para los vecinos.

El Título XVIII, trataba del delito de incesto. Constaba de tres leyes la Ley I daba una definición de este delito en los siguientes términos: "yacer home con su cuñada ó con su pariente es pecado que pesa mucho a Dios, el que tienen los homes por muy grant mal, a que dicen en latín *incestus*, que quiere decir en romance tanto como pecado que es fecho contra castidat. Et cae en este pecado el que yace á sabiendas con su pariente fasta el quinto grado ó con su cuñada que fuese mueger de su pariente fasta en ese mismo grado". El hombre que incurría en este delito, podía ser acusado por cualquier vecino del pueblo, sin embargo no podía ser

acusado el menor de 14 años o mujer menor de 12 años.

El Título XIX, trataba de los delitos de seducción "por falago o engaño" a monjas, viudas de vida honesta y mujeres vírgenes, sin emplear la fuerza. Constaba de dos leyes.

El Título XX, regulaba los mismos hechos, pero contemplando el empleo de la fuerza. Constaba de tres leyes. Podían acusar a los forzadores, los parientes de la ofendida y, en su caso, cualquier vecino del pueblo. Esta acusación se la podía extender, también, a los cómplices. La pena para estos delincuentes era la de muerte y pérdida de sus bienes. Si la violada se casaba con el forzador, no se aplicaba la primera, pero sí la segunda, quedando los bienes en beneficio de los padres.

El Título XXI, constaba de dos leyes. La primera trataba del delito de "los que facen pecado de luxuria, contra natura" (sodomía). La Ley Segunda, establecía el delito de bestialismo y castigaba con pena muerte, al igual que la primera, a todo hombre o mujer que tuvieran relaciones con bestia, y ordenaba que se matase, también, al animal "para amortiguar la remembranca del fecho". Una aplicación de las penas contra los animales en los famosos procesos de la Edad Media. (65)

El Título XXII, con dos leyes, hablaba del proxenetismo y, en su Ley No. I, daba esta definición: "Leno en latín quiere decir en romance como alcahete que engaña muegeres sosacándolas et faciendo facer maldat de sus cuerpos...".

(65) Cfr. Roman Rianza, Loc. Cit., pág. 38.

El Título XXIII, con tres leyes, se ocupaba de los adivinos y hechiceros, el Título XXIV, de los judíos; el Título XXV de los moros; el Título XXVI, se ocupaba de los herejes.

El título XXVII, constaba de tres leyes y se ocupaba de los suicidios; el Título XXVIII, compuesto de seis leyes hablaba de las blasfemias. El Título XXIX, con quince leyes, regulaba el funcionamiento de los lugares de detención de los presos; el Título XXX, con nueve leyes, se ocupaba de los tormentos.

El Título XXXI se ocupaba de las penas. Constaba de once leyes. La Ley 2, definía la pena como "enmienda de pecho o escarmiento que es dado segunt ley á algunos por los yerros que ficieran et dan a esta pena los juzgadores á los homes por dos razones (finalidad de intimidación y prevención) la una porque reciban escarmiento de los yerros que ficieron; la otra es porque todos los que lo vieren, tomen ende exemplo el apercibimiento para guardarce que no yerren por miedo a la pena..." Dentro del catálogo de penas aplicadas, se pueden señalar las siguientes: muerte, mutilación, deportación a una isla con o sin confiscación, privación de ciertos derechos, la exhibición en la picota.

De la cárcel decía que "non es dada para escarmentar los yerros; mas para guardar los presos solamente en ella fasta que sean juzgados".

Finalmente, los títulos XXXII, con tres leyes y XXXIII, se ocupaban de los perdones e indultos y del significado de las palabras dudosas, respectivamente.

Tal el panorama, en conjunto, de la legislación penal contenida en las Partidas. Su aplicación

en las tierras del Nuevo Mundo ha sido de una manera parcelada ya que, conforme veremos posteriormente, la libre interpretación, y arbitrariedad de algunas autoridades, llegó, en determinados casos, a crear nuevas figuras delictivas. Sin embargo, dos consecuencias sacamos de toda esta legislación. La Primera, referente a la concepción del delito, imbuido con un fuerte sentido religioso; y la segunda, el fin de la pena: vindicativo y escarmentador.

3) LAS LEYES DE INDIAS.— Constituyeron las Leyes de Indias, la compilación general elaborada a lo largo de más de cien años consecutivos por los diferentes colaboradores del Consejo de Indias.

Sancionada por Carlos II el 18 de mayo de 1680, estaba dividida en nueve libros, repartidos en cuatro volúmenes. Aquellos distribuidos, a su vez, en títulos, cuyo número global es de 218; y éstos se componían en total de 6.385 leyes.

En el libro VII se encontraban las principales disposiciones penales. Este libro constaba de ocho títulos que eran las siguientes:

El Título I, con 29 leyes, trataba de los "pescadores" y "jueces de comisión" encargados de la función de ejercer la instrucción hasta la aprehensión del culpable.

El Título II tenía ocho leyes y se denominaba "De los juegos y jugadores". Incluía la prohibición de toda clase de juegos que excedieran el valor de diez pesos oro.

Con un total de nueve leyes, el Título III establecía la obligación de reducir a prisión a los casados y desposados ausentes de sus esposas para embarcarlos luego de regreso a la Metrópoli.

El Título IV constaba de cinco leyes y trataba sobre los vagabundos y gitanos castigados con la obligación de trabajar o el destierro.

El Título V, con un total de veintinueve leyes, legislaba acerca de los mulatos, negros berberiscos e hijos de indias. Con disposiciones rigurosas. Por ejemplo, el negro ausente del servicio de su amo, debía sufrir cincuenta azotes en el rollo, atado allí desde la ejecución hasta la puesta del sol.

El Título VI, con 24 leyes, legislaba sobre las cárceles y carceleros. Ordenaba la construcción de cárceles en todas las ciudades, villas y lugares. Determinaba la separación de hombres y mujeres. Disponía, asimismo, la instalación de servicio de capellanes y capillas. Los carceleros tenían la obligación de vivir en los recintos carcelarios. Ordenaba la limpieza y aseo de las cárceles. "Anticipándose al reformador de prisiones, John Howard —dice Terán Lomas— se prohíbe a los carceleros recibir dinero de los presos, como asimismo, las visitas nocturnas, todos los juegos y el vino. Los funcionarios de la cárcel debían ajustarse al arancel y correspondía al reo abonar los gastos de prisión. Pero he aquí una nueva anticipación a John Howard, se eximía de esta obligación al pobre y no debía prolongarse la detención por falta de pago. . . ." (66).

El Título VII, con diecisiete leyes, establecía las llamadas "visitas de cárcel" que eran públicas y se las realizaba tres veces al año. Pero también existían visitas privadas todos los sábados, en los

(66) Roberto Terán Lomas, Op. Cit., pág. 80.

que los presos presentaban sus quejas a los oidores. (67)

En el Título VIII, compuesto de 28 leyes, se prevén los siguientes delitos: perjurio, blasfemia, falso testimonio y adulterio. Se prohíbe el arbitrio judicial. La ley número 15, mandaba que los jueces debían imponer las penas legales de ordenanza. Las penas previstas eran: de muerte, marca, galeras, destierro y multa. Los galeotes condenados a servir en galeras, no quedaban en las Indias. Después de su condena, tenían que ser devueltos a España. Jiménez de Asúa dice que con esta disposición se quería proteger a los nuevos territorios contra sujetos peligrosos. Y en defensa de España, el connotado penalista termina "...es decir, lo contrario de lo que haría Inglaterra con sus colonias, a las que mandaba sus peores presidiarios". (68)

En otras disposiciones, se reprime la introducción y venta de vino en las reducciones indígenas y se subraya la intención tutelar de la legislación indiana. Se encomienda la corrección de los indios por medios tan suaves que los obligarían a la enmienda. No se debería sacarlos de sus pueblos para llevarlos a otro. Se recomienda a los jueces eclesiásticos no condenarlos a penas pecuniarias. La Audiencia debía reprimir severamente las injus-

(67) Esta costumbre se ha mantenido en Bolivia a través del tiempo. Actualmente La Ley de Organización Judicial, en el artículo 292 establece las visitas semanales de cárcel y, en el artículo 293, las visitas generales. Consideramos que es una situación penosa para los detenidos y condenados ya que ante una concurrencia bastante considerable se les enrostra el delito cometido. Si de informar se trata, existen los defensores de oficio y las quejas pueden plantearse por otro conducto y no como actualmente se hace.

(68) Cfr. Jiménez de Asúa, Loc. Cit. T. I. pág. 898.

ticias cometidas por los jueces inferiores contra los indios, y debían los magistrados, templar sus castigos en función paternal. (69)

4) **Derecho Local.**— Las leyes de indias, no fueron aplicadas con estricta observancia. Las verdaderas fuentes para el estudio del Derecho penal indiano, son los Autos Acordados de las Audiencias, los Bandos de los Virreyes y Gobernadores y las Ordenanzas de los Cabildos.

A través de la lectura de algunos procesos, podemos establecer que existió un gran arbitrio judicial. Los juicios, sumarios y con sentencias carentes de fundamentación jurídica; simples y escuetas declaraciones de voluntad sin explicación y justificación. Esta misma situación es la imperante en la Metrópoli. Francisco Tomás y Valiente, dice al respecto: "nunca he visto citadas, interpretadas ni aplicadas expresamente en una sentencia penal, leyes reales o de las Partidas". (70)

Las disposiciones emanadas por las autoridades locales: Gobernadores, Virreyes, Audiencias y, fundamentalmente, los corregidores, constituyen el Derecho positivo de Indias. Estas disposiciones, no sistematizadas hasta la fecha, trascendían el simple enunciado de ser regularizaciones de carácter policial y procesal ya que, en determinados casos,

(69) Vid. Roberto Terán Lomas, Op. Cit., pág. 84 y ss. Véase, también, Niceto Alcalá Zamora, *Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, Editorial Kraft, Buenos Aires, 1944 especialmente págs. 25 y ss. Asimismo un estudio interesante sobre las medidas de seguridad establecidas en las Leyes de Indias, en Carmelo Viñas, *La Política Social y la Política Criminal en Las Leyes de Indias*, monografía publicada en *Trabajos del Seminario de Derecho Penal* cit. pág. 69 y ss.

(70) Cfr. Francisco Tomás y Valiente, *Ob. Cit.*, pág. 182.

impusieron penas severísimas. Terán Lomas (71) cita, por ejemplo, la disposición del Cabildo de Caracas en 1579 en la cual se establecía un verdadero delito de sospecha: los negros no podían poseer polvo de oro ni tratar dicho artículo; la primera infracción se penaba con doscientos azotes, y la segunda aparejaba igual pena adicionada a la mutilación de las orejas.

“Para penetrar en el conocimiento exacto de lo que fue el Derecho penal Colonial —dice Jiménez de Asúa—, se precisa estudiar la aplicación de penas y los conceptos imperantes sobre el delito, tarea árdua que solo en mínima parte podemos hoy conocer” (72). En efecto, constituye, sin duda alguna, una faena colosal conocer detalladamente todas las disposiciones emanadas de los Gobernadores, virreyes y corregidores, cuyo alcance y profundidad, excede el marco del presente trabajo. Sin embargo de ello, podemos decir que en el Derecho Penal Colonial, se aplicó la pena de muerte para diversos delitos. La ejecución de la pena capital, variaba de acuerdo a la condición social y la raza, pero con la característica de la tortura previa a la ejecución. Calvimontes Nuñez del Prado, cita la sentencia de muerte y ejecución de un reo llamado Francisco Falcón por el delito de asesinato a la persona de José Arcos en la ciudad de La Paz: “La ejecución del reo Falcón se llevó a efecto en la ciudad de La Paz el 23 de septiembre de 1735, viernes, como a las diez y once se dio cumplimiento a la sentencia y confirmación de los Señores Presidentes y

(71) Vid. Roberto Terán Lomas, *Op. Cit.*, pág. 81.

(72) Luis Jiménez de Asúa, *Tratado... Cit.*, Tomo I, pág. 900.

Oidores de la Real Audiencia de la Plata, fue sacado de la Real Cárcel Francisco Falcón reo por la muerte alevosa que ejecutó en la persona de don Joseph de Arcos, arrastrado por la cola de una mula y habiendo dado vuelta por el contorno de esta plaza pública manifestando su delito a los pregoneros en altas e inteligibles voces. Se le ahorcó en tres palos donde murió naturalmente y se le cortó la mano derecha, la cual se clavó en el umbral de la tienda donde cometió el delito... ” (73)

Conforme establecimos anteriormente, las sentencias carecían de fundamentación jurídica, simplemente eran enunciados de hechos. A guisa de ejemplo reproducimos la sentencia dictada por el Corregidor y Justicia Mayor de la Ciudad de Nuestra Señora de La Paz, don Andrés Cárdenas, catalogada en el Archivo Nacional de Bolivia con el No. 22, correspondiente al año 1668.

“Vistos estos recursos que de oficio se ha seguido contra Juana Sisa india, sobre haber muerto a otra india llamada Juanita, y además haber deducido en ellos que se halló que debo mandar y mando, que de la prisión en que se halla a dicha Juana Sisa sea sacada en una bestia de alborada con soga a la garganta y con voz de pregonera que manifieste su delito, sea traída por las calles acostumbradas de esta ciudad y llegada a la plaza a donde debe ser puesta en una horca de madera de la cual sea ahorcada del pescuezo los pies altos del suelo, hasta que naturalmente muera, en que la condeno. Que dicho acto se publique y que ninguna persona

(73) Cfr. Raúl Calvimontes Núñez del Prado, Op. Cit., pág. 20.

sea osada a quitarla de la horca sin mi orden y mandado, pena de la vida. Y atento es pobre no la condeno a condenación ninguna por esta mi sentencia, juzgando así la pronuncio y mando. Fdo. D. Andrés de Cárdenas, Corregidor y Justicia Mayor; Alonso de Rodríguez y Porres. Francisco de Oviedo. Ante mí, Sebastián Fernández, escribano de su Majestad. . . " (74). En la sentencia transcrita literalmente, encontramos la condena a la pena capital, por una parte, y por otra, la pecuniaria; quedando exenta de ésta última por ser pobre la condenada, de conformidad a lo determinado por el Código de las Partidas.

5) **Santo Oficio.**— Con referencia al Tribunal del Santo Oficio, podemos señalar, que en la recopilación indiana, su funcionamiento, estaba regulado en el Libro I, Título XIX. Las penas allí previstas fueron la reconciliación pública o privada del abjurante; la infamia pública del sambenito o los azotes; la prisión perpétua o temporal; el auto de fe con la efigie o los libros del libertino; la muerte en las llamas de la hoguera. Empero, los indios estaban fuera de la jurisdicción de la Santa Inquisición. Ello se infiere, de las siguientes disposiciones: la Ordenanza Real de 23 de febrero de 1575 dada en Madrid firmada por Felipe II que mandaba: "Ordenamos que sobre conocer y proceder los Inquisidores contra indios en las causas que tocan al Santo Oficio guarden sus instrucciones, y la ley 35 Título 1, Lib. 6. . ." Esta Ley, correspondiente al libro VI de las Leyes de Indias, aprobada por el mismo rey Fe-

(74) Texto de la sentencia transcrita por Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, en Op. Cit., pág. 20.

Ilpe II, decía textualmente: "Por estar prohibido a los Inquisidores Apostólicos el proceder contra indios, compete su castigo a los Ordinarios Eclesiásticos y, deben ser obedecidos y cumplidos sus mandamientos; y contra los hechiceros que matan con hechizos, y usan de otros maleficios, procederán nuestras Justicias Reales". (75)

De las disposiciones anteriormente citadas, vemos que, además de la herejía, también estaban catalogados dentro de este tipo de delitos los actos de hechicería y brujería; conformando una simbiosis entre las dos corrientes: la nativa y la de los conquistadores. Estos, como dice Terán Lomas, "venían del mundo europeo de las brujas del país vasco, de las posesas de Loudon y de las tres hermanas siniestras que instigaron a Macbeth, es así que el Sabat se convirtió en Salamanca, recibiendo castiza denominación de raigambre cervantina e incorporando elementos de la demonología vernácula con Zupay a la cabeza" (76). De todo lo anterior, colegimos que no han sido muchos los casos en los que ha actuado el Santo Oficio, porque la **inveterata consuetuda** de los nativos, ha sido, en determinadas circunstancias, un fuerte obstáculo para la propagación del Tribunal de la Inquisición en las tierras del Nuevo Mundo.

6) Pocosos Tupac Katari y Tupac Amaru.— Si bien establecimos, en la primera parte de este capítulo, que los hechos de la conquista, son por su diversidad y las circunstancias, cuestiones que sa-

(75) Reproducción literal del texto transcrito por Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, en Op. Cit., pág. 16.

(76) Roberto Terán Lomas, Op Cit., pág. 16.

len del ámbito de aplicación de la ley, sin embargo, es menester señalar que, posteriormente, en determinados actos, se cometieron una serie de arbitrariedades. Siendo materia de este resumen el de señalar la aplicación de leyes penales, consideramos útil consignar dos sentencias dictadas por la comisión de "delitos" que podrían clasificarse como "Delitos contra el Estado". Al consignar las dos sentencias dictadas contra dos caciques de trascendental importancia para el movimiento emancipador hispanoamericano no nos mueve otra cosa que demostrar la aplicación de penas severísimas con una crueldad inusitada y que, además, demuestran claramente la concepción de la pena: el fin vindicativo y escarmentador. El lado político lo dejamos para otro comentario ateniéndonos simplemente al aspecto jurídico penal. (77)

La Primera sentencia que consignamos es la dictada por el Oidor de la Audiencia de Chile, Francisco Tadeo Diez de Medina, contra Julián Apasa, conocido con el nombre de Tupac Katari, dictada el 13 de noviembre de 1781 en el Santuario de Nuestra Señora de las Peñas y dicho fallo está concebido con los siguientes términos:

"Fallo atento al mérito que resulta de la notoriedad de la sumaria, de la confesión y de los papeles por mi habidos, que debo condenar y condeno al dicho Julian Apaza

(77) Una relación sucinta de los acontecimientos que han dado lugar a la rebelión de los dos caciques: Tupac Amaru y Tupac Katari, puede leerse en Julio César Chávez, *Tupac Amaru*, Editorial Asunción, Buenos Aires, 1973 especialmente págs. 195 y ss. Está publicado, también, un estudio bastante documentado de Boleslao Lewin, *La Rebelión de Tupac Amaru y los Orígenes de la Independencia en Hispanoamérica*, 3a. edición, Sociedad Editora Latinoamericana (S.E.L.P.), Buenos Aires, 1967.

(alias) Tupacatari, en pena ordinaria de muerte y último suplicio, y en conformidad, usando de las facultades privativas del Supremo Gobierno de Buenos Aires, que me están trasmisas (sic) por esta Comandancia General, mando que sea sacado de la prisión donde se halla, arrastrado a la cola de un caballo, con una soga de esparta al cuello, una media coraza o gorreta de cuero y que a voz pregonera se publique sus delitos a la plaza de este Santuario, en que deberá estar la tropa tendida con las armas de su Majestad y convocase los indios concurrentes de dichas provincias, de modo que antes de la ejecución se les aplique por mi lo agradable que será ésta a Dios y al Rey como propia de la justicia y del beneficio y sosiego de ellos mismos, para que así se repare cualquiera conturbación y recelo que pueda haber. Y que asido por unas cuerdas robustas sea descuartizado por cuatro caballos que gobernaran las de la provincia del Tucumán hasta que naturalmente muera, y hecho sea transferida su cabeza a la ciudad de La Paz, para que fijada sobre la horca de la Plaza Mayor y puesto de Quilquilli, donde tuvo la audacia de fijar la suya y sitiar los pedreros para batirla, bajo de la correspondiente custodia se quemé, después de tiempo y se arrojen las cenizas al aire. La mano derecha en una picota y con su rótulo correspondiente a su pueblo de Ayoayo, después al de Sicasica, donde se practique lo mismo; la siniestra al pueblo capital de Abacachi en igual conformidad, para la misma la pierna derecha a los Yungas y cabecera de Chulumani y la otra de Caquibiri de la Pacajes, para lo propio; y por lo respectivo a los bienes que se han hallado y se puedan hallar, declárase débense confiscar para la Cámara sin perjuicio de tercero Y conforme la naturaleza y calidad de sus delitos de infame alevé traidor, sedicioso, asesino y hombre feroz o monstruo de la humanidad en sus inclinaciones y costumbres abominables y horribles y por esta sentencia definitivamente, juzgado,

así lo pronuncio mando y firmo con expresa condenación de costas que se pagarán inmediatamente al actuario.— Francisco Tadeo Diez de Medina". (78)

Indudablemente, los hechos acaecidos en 1533 —condena y ejecución de Atahualpa— no pueden juzgarse con el mismo criterio de este otro que sucedió en 1781. Como rasgo interesante, además de ser una sentencia que "agradaría a Dios y al Rey", es que tipifica como delito el ser "hombre feroz o monstruo de la humanidad", figura delictiva que no estaba consignada ni en las Partidas ni en las Leyes de Indias y ha debido ser establecida, seguramente, en la mente precipitada del Oidor Diez de Medina. Más grave es, todavía, el caso del otro caudillo Dn. José Gabriel Condorcanqui —Tupac Amaru—, cuya condena se estrella contra el orden jurídico constituido por el Derecho metropolitano y el Derecho de Indias. Uno de los principios de dichos ordenamientos, consagrado por las Partidas, era el de la personalidad de las penas. Este principio fue violado manifiestamente con la extinción de la familia Tupac Amaru: su hijo, su mujer, su hermano y otros familiares de la mujer.

La sentencia que condenó a Tupac Amaru a la pena capital decía que se lo acusaba por los siguientes cargos: 1) Haber tenido alucinados y sumisos a los indios. 2) Realizar estragos, horrores, muertes, violación y profanación de templos. 3) Hacerse legislador. 4) Nombrar Justicias Mayores. 5) Aplicar pena de muerte. 6) Sustraer obediencia de su legítimo señor. 7) Legislar para cuando fuese

(78) Cfr. texto literal en Julio César Chávez, Op. Cit., pág. 195; Boleslao Lewin, Ob. Cit., pág. 476.

jefe universal. 8) Usurpar funciones de Rey. 9) Engañar a los indios con falsos impuestos. 10) Causar perjuicio a las provincias.

Por los cargos anteriormente mencionados, el visitador Areche, dictó el 14 de mayo de 1781 el siguiente fallo:

“Mirando los remedios que exige la pronta quietud de estos territorios el castigo de los culpables, la justa subordinación al Rey y sus Ministros. . . debo condenar y condeno a José Gabriel Tupac Amaru, a que sea sacado a la plaza principal y pública de esta ciudad, arrastrado hacia el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieren a su mujer, Micaela Bastidas, sus dos hijos Hipólito y Fernando Tupac Amaru, a su tío Francisco Tupac Amaru, a su cuñado Antonio Bastidas y algunos de los principales capitanes y auxiliares de su infame y perversa intención o proyecto, los cuales han de morir en el propio día; y concluidas estas sentencias se le cortará por el verdugo la lengua y después de amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de estas se pueda atar a prender con facilidad a otras que prendan de las cinchas de cuatro caballos, de forma que dividido su cuerpo en otras tantas partes llevándose éste, luego que sea hora, al cerro o altura llamada Picchu, a donde tuvo el atrevimiento de venir a intimidar, sitiarse y pedir que se le rinda esta ciudad, para que allí se quemase en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire y en cuyo lugar se pondrá una lápida de piedra que exprese sus principales delitos y muerte para sola memoria y escarmiento de su execrable acción. Su cabeza se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en un palo a la entrada más pública de él; uno de los brazos al de Tungasuca, donde fue

cacique, para lo mismo y el otro para que se ponga y ejecute lo propio en la capital de la provincia de Carabaya enviándose igualmente y para que se observe la referida demostración, una pierna al pueblo de Livitaca en la de Chumbivilcas, y la restante al de Santa Rosa en la de Lampa, con testimonio y orden de los respectivos corregidores, o justicias territoriales, para que publiquen esta sentencia con la mayor solemnidad por bando, luego que llegue a sus manos, y en otro igual día todos los años subsiguientes: de que darán guisa instruido a los superiores gobiernos, a quienes reconozcan dichos territorios. Que las casas de éste sean arrasadas, o batidas y saladas a vista de todos los vecinos del pueblo o pueblos donde las tuviere o existan. Que se confiscuen todos sus bienes, a cuyo fin se da la correspondiente comisión a los jueces provinciales. Que todos los individuos de su familia, que hasta ahora no hayan venido, ni vinieran a poder de nuestras armas y de la justicia que suspira por ellos para castigarlos con iguales rigurosas y afrentosas penas, queden infames e inhábiles para adquirir, poseer y obtener de cualquier modo herencia alguna o sucesión, si en algún tiempo quisiesen o hubiese quienes pretendan derecho a ella. Que se recojan los autos seguidos sobre su descendencia en la expresada Real Audiencia, quemándose públicamente por el verdugo en la plaza pública de Lima para que no quede memoria de tales documentos; y de los que sólo hubiese de ellos testimonio, se reconocerá y averiguará adonde paran los originales, dentro del término que se asigne, para la propia ejecución". (79)

Del texto de la sentencia transcrita, observamos que aparte del descuartizamiento —pena cuya forma de aplicación no se tiene noticias sinó con los

(79) Cfr. Luis César Chávez, Op. Cit., pág. 172; Boleslao Lewin, Ob- Cit., pág. 476.

caudillos indígenas— paralelamente se aplicaron las siguientes medidas: arrasamiento de sus casas, declaración de infamia para sus familiares, confiscación de sus bienes, quema del expediente sobre solicitud que hiciera Tupac Amaru de reconocimiento sobre su ascendencia y, finalmente, prohibición a los indios de usar trajes de gentilidad.

De este hecho, Luis Jiménez de Asúa dice: "...a Tupac Amaru el descuartizamiento no se le impone vivo, a pesar de ser el verdadero rebelde, sino después de muerto; es decir no con la finalidad de suplicio sino de prevención, de ejemplaridad, para impedir que otros le imitaran..." y prosigue más adelante "...estos tormentos eran comunes en la época. El hecho de que los ingleses descastaran a los pieles rojas, de los que sólo quedan muestras para halago de los turistas y de los cineastas y de que los españoles se cruzaran con las ramas nativas, supervivientes en abrumadora mayoría sobre los blancos en Bolivia, Perú e incluso en México, son pruebas inobjectables de la humanitaria conducta de España. Queremos como penalistas, recordar que los suplicios de Caupolicán y Tupac Amaru eran los corrientes en aquellos días. Sesenta y cinco años antes, había procedido con la misma ferocidad la culta Holanda en cuyas prensas se imprimieron buena parte de desprestigio para España, más como acto de justicia, como reacción vindicativa de la dependencia sufrida por los Países Bajos, que, por lo demás, no sentirían vergüenza cuando formaban parte del más grande imperio del siglo XVI. El 14 de abril de 1772, los holandeses dieron muerte en suplicio y expusieron, los cuerpos de Eberfeld y Cata-

dia, culpables de haber levantado una revolución para expulsar de Java a los extranjeros. . . " (80)

Nos parece que la argumentación del extinto penalista y maestro español es demasiado parcial ya que desde ningún punto de vista se puede justificar la violencia con la violencia. La justificación del profesor Jiménez de Asúa, —si de justificar se trata— podría estar más adecuada en el sentido de que en esa época, las conductas consideradas como delitos de **Lesá Majestad** eran severamente reprimidas. Micaela Bastidas fue considerada —al igual que los demás familiares— coautora de los delitos imputados a los capitanes y auxiliares, cómplices de la rebelión de Tupac Amaru. Por otra parte, el citado profesor español se refiere a que el tormento fue realizado una vez que estuvo muerto el caudillo. Nos parece que el maestro español, ha confundido la mutilación con el tormento, ya que este último ha sido aplicado en vida del caudillo y no cuando éste estuvo muerto. (81)

(80) Luis Jiménez de Asúa, Tratado. . . Cit., T. I., pág. 904 y ss.

(81) Al respecto nada más aclaratorio que la versión registrada en Boleslao Lewis, Ob. Cit., pág 389, acerca de las torturas que sufrió previa a la ejecución: "Sucedió esta el 29 de abril de 1781, por orden y en presencia el Oidor Mata Linares de acuerdo con el ritual jurídico de la época antes de aplicársele el tormento se le hizo la última advertencia y se le dijo farisaicamente que si en él moría o quedaba lisiado, la culpa sería suya "por no haber querido decir la verdad". Como en respuesta a esa advertencia Tupac Amaru dijo no tener nada que agregar a la confesión que le fue tomada por el juez pesquisador Benito de la Mata Linares, el mismo que dirigía el procedimiento brutal, le fueron amarradas las muñecas a la espalda y atados los pies. En la stadura de éstos fue colocada una barra de hierro de 100 libras y alzado el cuerpo de la víctima a dos varas del suelo. Pese al inhumano dolor que le causaba la tortura, cuyo resultado inmediato fue la dislocación de un brazo, Tupac Amaru no dijo nada de lo que tanto ansiaban saber las autoridades españolas. . ." Y el acta de la ejecución del caudillo citada por el mis-

7) Crisis del Derecho Indiano.— La Legislación indiana ha sido aplicada de acuerdo a las necesidades de cada momento y cada región. Labor importante, sin duda alguna, han desempeñado los

mo autor en la pág. 748-749 dice: "El viernes 18 de mayo de 1781, después de haber cercado la plaza con las milicias de esta ciudad del Cuzco que tenían sus rejonos y algunas bocas de fuego y cercado la horca de cuatro caras con el cuerpo de mulatos y huamanquinas arreglados todos ellos on fusiles y bayonetas caladas salieron de la Compañía nueve sujetos que fueron los siguientes:— José Verdejo, Andrés Castelo un sambo, Antonio Oblitas (que fue el verdugo que ahorcó al general Arriaga), Antonio Bastidas, Francisco Tupac Amaru, Tomasa Condemaita, cacica de Acas, Hipólito Tupac Amaru, hijo del traidor. Micaela Bastidas, su mujer, y el insurgente José Gabriel. Todos salieron a un tiempo y uno tras otro venían con sus grillos y esposas, metidos en unos zurrones, de estas en que se trae yerba del Paraguay, y arrastrados a la cola de un caballo aparejado. Acompañados de los sacerdotes que los auxiliaban, y custodiados de la correspondiente guardia, llegaron todos al pie de la horca, y se les dieron por medio de dos verdugos las siguientes muertes.

A Verdejo, Castelo y a Bastidas se les horcó llanamente; a Francisco Tupac Amaru, tío del insurgente, y a su hijo Hipólito, se les cortó la lengua antes de arrojarlos de la escalera de la horca; y a la india Condemaita se le dió garrote en un tabladillo, que estaba dispuesto con torno de fierro que a este fin se había hecho, y que jamás habíamos visto por acá, habiendo el indio y su mujer visto con sus ojos ejecutar estos suplicios hasta su hijo Hipólito que fue el último que subió a la horca. Luego subió la india Micaela al tablado, donde asimismo a presencia del marido se le cortó la lengua y se le dió garrote en que padeció infinito porque teniendo el pescuezo muy delicado no podía el torno ahogarla y fue menester que los verdugos echáandola lazos al pescuezo, tirando de una y otra parte, y dándole patadas en el estómago y pechos, le acabasen de matar. Cerró la función el rebelde José Gabriel, a quien se le sacó a media plaza; allí le cortó la lengua el verdugo y despojado de los grillos y esposas, lo pusieron en el suelo; atáronle a las manos y pies cuatro lazos y asidos estos a las cinchas de cuatro caballos, tiraban cuatro mestizos a cuatro distintas partes: espectáculo que jamás se había visto en la ciudad. No sé si porque los caballos no fuesen muy fuertes o el indio en realidad fuese de fierro no pudieron absolutamente dividirlo, después de un largo rato lo tuvieron tironeando, de modo que lo tenía en el aire, en un estado que parecía una araña. Tanto que el Visitador, movido de compasión, porque no padeciese más aquel infeliz, despachó de la Compañía

corregidores (82), quienes administraban justicia, y, en la práctica, eran los legisladores. Precisamente el levantamiento de Tupac Amaru tiene como justificativo importante la protesta contra los abusos que cometían con los indios los corregidores; quienes habían sido creados en el Perú a finales del siglo XVI para —paradójicamente— tutelar a los indígenas. Todo el empeño lleno de bondad de parte de la Corona española se vio trabado por la desmesurada e incalificable codicia de las autoridades del Nuevo Mundo, quienes no pararon mientes en cometer los abusos y excesos relatados so pretexto de guardar fidelidad a las autoridades de la Metrópoli. Sin embargo, las disposiciones reales y “la labor vigilante de los misioneros, de jueces y de fiscales, cuando va se afianzó la vida colonial con su enorme crecimiento social y económico, hicieron posible el desarrollo de una conciencia colectiva tutelar y protectora en favor de los naturales”. (83)

Para finalizar este pequeño resumen de la legislación aplicada en la Colonia, consideramos muy importante los conceptos vertidos por el profesor español don Alfonso García Gallo, de quien hemos

(desde donde dirigía la ejecución) una orden, mandando le cortase el verdugo la cabeza, como se ejecutó. Después se condujo el cuerpo debajo de la horca, donde se le sacaron los brazos y los pies. Esto mismo se ejecutó con la mujer, y a los demás se les sacaron las cabezas para dirijirlas a diversos pueblos. Los cuerpos del indio y su mujer se llevaron a Picchu, donde estaba formada una hoguera en la que fueron arrojados y reducidos a cenizas...” ¡Y después de leer esta relación se puede decir todavía que “además al caudillo no se le ha dado tormento en vida para escarmiento!

(82) Una relación, documentada fidedignamente, de lo que representó la autoridad y los abusos de los Corregidores en la época de la colonia, puede verse en Boleslao Lewin, *Ob. Cit.*, págs. 286-300.

(83) Raúl Calvimontes Nuñez del Prado. *Op. Cit.*, pág. 94.

tomado los nombres de "Nacimiento" y "Crisis del Derecho Indiano", habida cuenta de que consideramos que esta denominación es la más justa y ha salido del patrimonio del citado profesor para ser considerado en todo estudio sistemático sobre la evolución, transformación y crisis del Derecho indiano. Estos son los términos que utiliza el profesor García Gallo:

"La identidad de principios que, salvadas las naturales diferencias de regulación de ciertas instituciones, presiden el derecho indiano y el castellano es tal al alborear el siglo XIX, que los mismos problemas se van a plantear en España y América. El cautiverio de Fernando VII y la ocupación francesa en 1809, que deja a España e Indias, carentes de órganos supremos de gobierno, dan lugar a las mismas soluciones en aquella y esta: Juntas Provinciales que reasumen la soberanía. Como también es la misma reacción que ahora se produce contra el derecho tradicional español o indiano. Al igual que las Cortes de Cádiz o los movimientos progresistas posteriores echan por tierra en España las instituciones políticas, administrativas y judiciales del Antiguo Régimen, las nuevas Repúblicas americanas que ahora forman, las derogan también. Si la Recopilación de Indias de 1680 en principio se mantiene en vigor en las provincias no emancipadas —Cuba, Puerto Rico y Filipinas— la nueva legislación española de ultramar va derogando en el siglo XIX lo poco que queda de aquella. Tan solo el antiguo Derecho privado se mantiene en vigor en España y en la América Independiente, hasta que un día u otro, en cada uno de los Estados, es desplazado por un nuevo Código. La crisis y muerte del derecho indiano

y del antiguo castellano en el siglo XIX por obra de la revolución y de las nuevas tendencias jurídicas, constituyen el mismo y único fenómeno, que da lugar a otro, no presenta más diferencias que las de detalle y fecha..." (84)

Precisamente, el estudio del cambio y desplazamiento de la antigua legislación por el impulso de la codificación imperante en el siglo XIX tanto en Europa como en América, será motivo del próximo capítulo.

(84) Alfonso García Gallo, *Estudios de Derecho Indiano...* Cit., pág. 416.

CAPITULO SEGUNDO

- A) CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822.** 1) Antecedentes históricos. 2) Fuentes e inspiración Filosófica. 3) Aprobación y vigencia. 4) Estructura y comentarios.
- B) CODIGO PENAL BOLIVIANO DE 1834.** 1) Cronología. 2) Aprobación y vigencia del Código Penal de 1831. 3) Reforma y aprobación definitiva de 1834. 4) Estructura y comentarios. 5) Facundo Infante; su influencia en el Código Penal de 1831.

CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822

Para tener una cabal comprensión del Código Penal Boliviano vigente desde el 6 de noviembre de 1834 hasta el 6 de agosto de 1973, es preciso remontarse a su fuente directa e inmediata: El Código penal español del año 1822. Por ello, esbozaremos un breve resumen del impulso codificador en España desde fines del siglo XVIII y principios del XIX hasta la vigencia del Código penal aprobado y puesto en vigencia por las cortes ordinarias y extraordinarias españolas en el año 1822.

1) **Antecedentes históricos:** La codificación española se remonta hacia el año 1776. En el reinado de Carlos III, el ministro Manuel de la Roda, dirigió una Orden al Consejo de Castilla en la que solicitaba información "sobre algunos temas penales que preocupaban por aquel tiempo en todo el mundo ilustrado: proporcionar las penas a los delitos". (1)

El Consejo de Castilla, reunió los antecedentes y disposiciones dispersas las mismas que, posteriormente, fueron estudiadas por la Comisión Codificadora del Código penal de 1822. La mayoría de las leyes penales fueron extractadas por don Manuel Lardizabal que si bien no fueron conocidas públicamente, dieron base a la obra de Lardizabal: **El Discurso Sobre las Penas**, en la cual, "aprovechándose de las luces adquiridas en la lectura de varias obras procuró exponer metódicamente los principios y máximas penales adaptables a las costumbres del gobierno, tratando de injertar las ideas modernas en el tronco de la tradición nacional el respeto a la cual es lo específico de Lardizabal a diferencia del marqués milanés...". (2)

Posteriormente, el 9 de diciembre de 1810 en las Cortes de Cádiz, a pedido del diputado don Antonio Oliveros solicitóse el nombramiento de una Comisión que, teniendo presente los trabajos preparados por la Junta Central, propusiese un proyecto de Constitución Política de la Monarquía. Se solicitó, también, a pedido del Diputado José Espiga, la

(1) José Antón Oneca, **Historia del Código penal de 1822**, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1965, pág. 264.

(2) *Ibidem*, pág. 265.

formación de una Comisión para la reforma de la legislación civil y otra para la criminal y se nombró la Comisión. Esta Comisión, presentó un informe en el que manifestaba la necesidad de reformar la legislación acomodando a aquellos tiempos las leyes que se hallaban en los cuerpos legales dándoles el orden, precisión y claridad necesarios para que fijasen de una manera estable los "derechos de los ciudadanos las opiniones de los sabios y el juicio de los magistrados..." (3) Presentó una minuta de decreto en la que se establecían cinco comisiones, entre ellas una de legislación criminal, con las reglas convenientes para su formación, número de individuos, orden de sus sesiones y trabajos.

En la sesión del 9 de abril acordaron las Cortes que esta Comisión propusiese los nombres de personas de "fuera del Congreso, que habían de componer las comisiones que debían encargarse de la redacción de los códigos..." (4). La comisión presentó la siguiente lista de personas que habían de redactar el Código penal; Nicolás María de Sierra, Antonio Ranz Romanillos, Isidro de Antillón, Vicente de Fita, Javier Castillo Larroy, Antonio Saenz Vizmanos, Manuel Gutiérrez Bustillos, el Marqués de la Calzada, Francisco Redondo y Miguel Lastiri. Pero "esta lista quedó solamente en Secretaría para Ilustración de los señores Diputados..." (5)

La discusión y deliberación para sancionar la Constitución Política "estorbó sin duda que volviesen a tomar en consideración este negocio hasta que

(3) Diario de Sesiones de las Cortes, Tomo I, pág. 1, Madrid, 1822.

(4) Ibidem, pág. 2

(5) " " "

en la sesión del 14 de abril de 1813 el señor José Martínez, fundado ya, además, de la necesidad en lo que respecta a este particular previa la ley fundamental Art. 258, a saber, que el Código civil y criminal y el de comercio fuesen unos mismos para toda la monarquía sin perjuicio de las variaciones que por las particulares circunstancias pudiesen hacer las Cortes...” (6), solicitó, también, la formación de una comisión para el cumplimiento del artículo constitucional que establecía la necesidad de la formación de los códigos.

Instaladas las Cortes ordinarias de 1813, se anunció nuevamente el nombramiento de comisiones compuestas de diputados que habían de encargarse de los trabajos relativos a la formación de los códigos nominándose a los siguientes diputados:

José María Calatrava, Agustín Arguelles, Manuel José Quintana, Miguel Victorica, Eugenio Tapia, Guillermo Moragües, Nicolás Salcedo, Nicolás Garretí, Antonio Huerta, Francisco Alamalilla, Manuel Cuadros, Manuel García Santuario, Gregorio Vidal y Lorenzo Rivera.

No se efectuó el nombramiento sino hasta el 10 de marzo de 1814, fecha en la que se designó a los siguientes diputados para componer la “Comisión especial” para el arreglo del código criminal: Jerónimo Antonio Idez, Nicolás Lamiel, Benito Saenz Gonzales, Benito Plandolit y José Domingo Rus. A solicitud del Diputado Falcó, se realizó la elección de “personas de fuera del Congreso que debían ayu-

(6) Diario de Sesiones... Cit., pág. 2.

dar a hacer la comprobación de los códigos... ” (7) .
El día 27 de marzo de 1814 eligieron las siguientes personas: José María Calatrava, Agustín Arguelles, José Manuel Quintana, Manuel Cuadros, Eugenio Tapia, Guillermo Moragües y Nicolás Salcedo.

Estas personas elegidas no llegaron a constituirse en comisión “ya por no hallarse aquí todos los nombrados, ya porque inmediatamente sobrevinieron las fatales ocurrencias del mes de mayo de aquel año, que transformándolo todo, envolvieron en los horrores de la persecución a los tres primeros nombrados...” (8) .

Durante este período de persecuciones, Fernando VII se hizo eco de la necesidad de una codificación. Mediante el Real Decreto de 2 de diciembre de 1819 —en el que dice que le ha llamado la atención la formación de un código criminal para la determinación de las penas correspondientes a los reos y el escarmiento de los demás—, resuelve la formación de un nuevo código criminal, confiando la ejecución de esta obra a la notoria ilustración y celo de su Consejo Real; debiendo este Organismo dar cuenta mensualmente al Rey de su actividad. Pero este Real Decreto expedido a mediados de diciembre de 1819, no tuvo vigencia ya que el 20 de diciembre del mismo año se sublevó Riego en Cabezas de San Juan, iniciándose, en consecuencia, el período constitucional de 1820 a 1823, “durante el cual surgió, por otras vías legisladoras el código de 1822...” (9) .

(7) Diario de Sesiones... Cit, pág. 7.

(8) *Ibidem*.

(9) José Antón Oneca, en *Op. Cit.*, pág. 267.

Instaladas nuevamente las Cortes, en la sesión de 16 de junio de 1820, el diputado la Santa, pidió que con toda urgencia se nombrase una comisión especial del seno del Congreso, la cual recogiera los trabajos que pudiesen existir hechos por aquellas comisiones y averiguase qué miembros de las mismas existían, propusiese a las Cortes los que faltasen para complementarlos a fin de que inmediatamente pudiesen emprenderse y proseguirse dichos trabajos.

La Comisión de Legislación de las Cortes, nombró a los siguientes diputados para la Comisión del Código criminal: Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel Vadillo, Fernando Javier Caro, Victorica, Andrés Crespo Cantalla, Lorenzo Rivera Flores Estrada y Joaquín Rey. Esta Comisión fue nombrada el 22 de agosto de 1820 y presentó su proyecto el 22 de abril de 1821, en cuya sesión se dio principio a la lectura de la primera parte del Proyecto de Código penal y se continuó en las sesiones sucesivas; habiéndose acordado su impresión en la sesión del día 24, conforme se fuese leyendo a las Cortes, y que "se escitase, a los señores diputados a que se acercasen a la misma a ilustrarla con sus observaciones, y que por medio del gobierno se remitiesen ejemplares a los tribunales y cuerpos literarios como igualmente que se invitase a los literatos y personas instruidas a que concurriesen con sus luces a la consecución de empresa tan importante, remitiendo a la Comisión sus observaciones para el día 10 de julio siguiente..." (10).

(10) Diario de Sesiones... Cit., pág. 8.

Este término se amplió al 15 de agosto por la demora en la impresión de los ejemplares. Conforme lo dispuesto se enviaron ejemplares del proyecto a una serie de instituciones y personas para que éstas, remitiesen sus informes a la Comisión.

Convocadas las Cortes extraordinarias, en la sesión del 10. de noviembre, presentó la Comisión del Código penal, las **Variaciones** que había hecho en su proyecto en vista de las observaciones que le habían sido dirigidas por los tribunales, universidades, corporaciones y particulares. Acordóse la impresión de estas variaciones y, una vez efectuada ésta, se señaló la sesión del 23 de noviembre, para dar principio a la lectura y discusión del proyecto de Código penal.

2) Fuentes e inspiración filosófica.— El Código penal español de 1822 tiene como fuentes doctrinales principalmente las obras de autores como Bentham, citado varias veces en la discusión de los diferentes artículos. Inspiración que se nota en la parte referente a las penas y a la división de los delitos. Beccaria es otro de los autores citados en las discusiones, en lo referente a la necesidad de reformar la legislación penal en que sólo las leyes pueden fijar las penas de cada delito, que el derecho de hacer leyes no reside más que en el legislador en representación de la sociedad reunida por un contrato (tomando la doctrina de Locke, Hobbes, Rosseau), que al soberano corresponde hacer las leyes, pero no le incumbe juzgar sus infracciones, la supresión del tormento por inhumano, injusto y hasta

inútil, considerándolo como un ataque a la dignidad humana. (11)

En síntesis, podemos decir, que la corriente de la Ilustración —que atacaba el tormento, la arbitrariedad de los jueces, la despiadada ejecución de las leyes penales—, traducida por el marqués de Beccaria, Jeremías Bentham, Filanghieri y, en España, Lardizabal, constituyen las fuentes doctrinales del Código penal español de 1822. A este respecto, comenta Joaquín Francisco Pacheco: "Cuando este movimiento (Ilustración) que acabamos de describir, nació y creció y se realizó en medio de Europa: nuestra España, aunque colocada en sus límites extremos, no pudo dejar de seguirlo, no pudo ser extraña a su influencia. La levadura filosófica fermentó también en su seno. La Ilustración se derramó en sus provincias. Los ministros de nuestros Reyes Borbones, auxiliaron y favorecieron la aparición y la dilatación de la luz. El Consejo de Castilla consintió que las obras de Beccaria y de Filanghieri corriesen en castellano, y las defendió contra el Santo Oficio que las amenazaba. Campomanes y Jovellanos, proclamaron la necesidad de las reformas; y la del derecho penal iba comprendida como otras mil, en sus intentos. Lardizabal, otro magistrado, se hacía auxiliar, en aquellos inmortales escritores. El mismo Bentham pasaba los Pirineos desde principios de nuestro siglo, antes de que estallase la revolución en nuestras provincias. . . ." (12)

(11) Cesare Beccaria, *De los Delitos y de las Penas*, Ob., Cit. Vid. especialmente págs. 71, 75, 137 y 180.

(12) Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Tomo 1, Madrid, 1956, pág. 50.

Influencia sentida, también, tiene el Código de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, reconocida por Calatrava, principalmente en la definición del delito: "...esta definición es sustancialmente igual a las que da del delito nuestra ley de Partida, la cual, como saben todos los señores diputados, se llama yerro que los homes facen a sabiendas y con mala intención, expresiones que por ser tan castizas y conocidas entre nosotros han parecido preferible a las que proponen algunos de los informantes, siguiendo la opinión de Filanghieri, que define el delito, violación de la ley con voluntad de violarla... (13)

El Código penal francés de 1810, ha sido, también, una de las fuentes en la que se inspiró la Comisión encargada de la formación del Código penal español de 1822, aunque, según confiesa Calatrava, no se ha seguido en muchos aspectos por reconocer la inspiración del gobierno que lo dictó. A este respecto, Florencio García Goyena dice: "...En general, puede decirse que está calcado del francés (el Código penal español); que sobresale en él el mismo buen orden y distribución de materias y que es más suave que aquél en las penas..." (14).

Finalmente, los trabajos elaborados por el Consejo de Castilla, que han sido puestos a disposición de la Comisión y que según ésta, les dio poco mérito: "...como sucede ordinariamente con todas

(13) Diario de Sesiones... Cit., Discusión de la definición del delito en la sesión del día 25 de noviembre de 1821.

(14) Florencio García Goyena, Código Criminal Español, según las Leyes Vigentes, Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés, Tomo I, Madrid, 1843, pág. 12.

las obras misteriosas y trabajadas clandestinamente..." (15)

3) **APROBACION Y VIGENCIA** — Instalada la primera sesión inaugural en fecha 23 de noviembre de 1821, se procedió a la lectura del proyecto. José María Calatrava, en nombre de la comisión, leyó el discurso del mencionado proyecto. En esta relación se hacía una síntesis del Derecho penal que estaba vigente en España y, de la premiosa necesidad de una reforma en la legislación penal: "España, —decía—, carecía de un Código penal acomodado a la índole carácter y estado de la Nación, y de leyes protectoras de la virtud y de la economía, de la libertad civil y seguridad individual. Y ciertamente es bien difícil comprender cómo una nación culta, y que tanta representación ha tenido en Europa, después de tantos siglos de existencia y de las repetidas convulsiones y mudanzas que ha experimentado en su educación, en su idioma, usos, costumbres y relaciones políticas y comerciales, no púsose seriamente en echar los cimientos de su código criminal parte de la legislación en que más interesan los derechos del hombre y del ciudadano..." Se quejaba, asimismo, del arcaísmo de la legislación vigente en "días de tantas luces, en el siglo de la sabiduría, esas leyes de los siglos bárbaros que no respiran sino fuego y sangre..." (16)

Posteriormente, haciendo referencia a las fuentes de inspiración, la comisión, por boca de Calatrava, decía: "El primer paso de la Comisión fue recoger del extinguido Consejo de Castilla una colección de papeles, comprensiva de trabajos pre-

(15) Diario de Sesiones... Cit., pág. 16.

(16) Ibidem, pág. 16.

paratorios para la reforma de nuestras leyes...” (17), pero no le da mayor importancia porque “la comisión tuvo el disgusto de no encontrar en esta indigesta colección sino borradores, apuntamientos, piezas incompletas, trozos incoherentes y no bien acabados, disertaciones escolástico - forenses, digresiones tan prolijas como inoportunas y lo que en su clase no carece de ningún mérito” (18). Mencionan, posteriormente, la legislación extranjera: “...después de haber conferenciado sobre los códigos de mayor crédito y reputación en Europa...” (19). Hablan asimismo, “de la doctrina y sistema propuestos por los más sabios autores...” (20).

Los puntos más debatidos en toda la discusión del proyecto, fueron los referentes, principalmente, a la definición del delito; tema muy polemizado y, fervientemente, defendido por Calatrava en representación de la Comisión. En la sesión correspondiente al día 23 de noviembre de 1821, uno de los diputados, el señor Gil de Linares, tomó la palabra solicitando se suprima la definición del delito con el siguiente argumento: “Yo entiendo que es ociosa y aún puede ser perjudicial la definición general que se da aquí del delito, culpa, conjuración y demás y que no debe proponerse en el código penal ninguna definición general, ni idea que no sea correlativa a la pena; es decir toda definición que se da, ha de ser para que la pena recaiga sobre ella. El delito es una infracción general de la ley; mas la pena no se impone sobre una infracción general de

(17) *Ibidem*, pág. 16.

(18) ” ” ”

(19) ” ” ”

(20) ” ” ”

la ley, sino sobre la infracción determinada, lo cual constituye un delito específico determinado sobre el cual se impone la pena. Si se infringe la ley que previene la inviolabilidad de las personas, se comete un homicidio o una herida; si la que designa la de las propiedades, se comete un hurto, y así de las demás, ¿a qué pues dar una definición general del delito, si no ha de servir en la práctica cuando llegue el caso de aplicar la pena? lo que conviene es definir cada delito en particular. . . ." (21).

A esta objeción, respondió Calatrava a nombre de la Comisión con los siguientes argumentos: "Decir que la definición de lo que es delito no hace falta en un código de delitos, es para mí, lo mismo que quiere decir que se construya un edificio sin cimientos; o que se trate de una materia sin decir siquiera cuál es la materia de que se trata. Código de delitos, sin dar a los jueces que han de calificarlos y aplicar las penas, y al pueblo que ha de observar sus disposiciones, una idea previa y exacta de lo que es el delito, no lo concibo seguramente; y estoy bien seguro de que los señores que han manifestado esta opinión no citarán un código que merezca el concepto de regular, ni un publicista que haya escrito de esta, que al tratar de los delitos y penas no haya empezado a decir qué entiende por delito. . ." (22). Reforzaba su argumentación con un sentido bastante personalista citando la época en que fue perseguido por sus opiniones como diputado y decía que en esa época él halló en la definición que del delito hacía las Partidas "un escudo muy po-

(21) Diario de Sesiones. . . Cit., pág. 279.

(22) Ibidem, pág. 290.

deroso" de su inocencia (23), y que, en consecuencia, el inocente que se vea en un caso semejante podía sacar igual partido.

En la sesión del día 27 de noviembre, ante la insinuación de haber copiado —la Comisión—, la definición y distinción de delito y culpa del Código Penal Francés, Calatrava —siempre defensor de sus opiniones— refutó con los siguientes términos: "...¿dónde está en aquél Código (el francés) la distinción entre delito y culpa? Ni la hace ni se halla en él una palabra de la culpa, ni hay cosa que se parezca al sistema de la comisión en esta parte. No señores, y para que no nos equivoquemos, porque veo reproducida esa especie de inculpación de haberse imitado el código francés, debo repetir que no hay tal cosa y que la comisión no solo no le ha imitado, sino que detesta cuanto él dispone acerca de este punto porque está muy enterada del motivo..." (24).

Otro aspecto debatido fue que, primero, debía haberse hecho el Código civil, así, el diputado Bodega decía: "supónganse que en el establecimiento de una sociedad civil se empezase su legislación por el código penal, o en cualquier tiempo se quisiese formar éste, como ha sucedido aquí con independencia del civil: ¿cuál sería el resultado de esta empresa? Cualquiera puede pronosticar sin riesgo de equivocarse. A esta sencilla y clarísima teoría está reducido todo lo que se pueda decir sobre el primer motivo que tengo para oponerme por aho-

(23) *Ibidem*, pág. 322.

(24) " " " "

ra a la presente discusión..." (25). Después de una breve polémica sobre este punto, se determinó proseguir la discusión del proyecto independiente de la formación del Código civil.

Se polemizó, también, el tema de la imputabilidad de los ebrios, la conjuración, la tentativa y los preceptos que incluían aspectos procesales dando clara orientación, en este punto del código, de la predisposición de los proyectistas para la implantación del sistema de jurados.

Entre los delitos contra los particulares, especial interés toma la discusión en los delitos referentes contra la religión que, "demuestra el respeto por la tradición de aquellos legisladores, que nos suelen ser presentados como revolucionarios totales..." (26). Con referencia a este tipo de delitos, se aprobó en art. 277 del Proyecto que declaraba: "traidor y punible con la muerte a todo el que conspirase directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas, o a que la Nación española deje de profesar la religión católica, apostólica y romana". (27)

Finalmente, después de acaloradas discusiones se aprobó el proyecto, y fueron los Cortes ordinarias de 1822 las que el 8 de junio decretaron su aprobación. El decreto, lleva la firma de Alvaro Gómez como presidente, Josef Melchor Prat como diputado Secretario, y Angel de Saavedra como Diputado Secretario. Este decreto es aprobado en 9 de julio de 1822. Dos días antes había ocurrido el famo-

(25) Diario de Sesiones... Cit., pág. 257.

(26) José Antón Oneca, en Op. Cit., pág. 273.

(27) Ibidem.

so "levantamiento de la Guardia Real, favorecido según se dice, por el propio monarca" (28).

De esta manera, fue puesto en vigor, el Código penal español de 1822. La duración de su vigencia ha sido bastante discutida porque, por una parte, de acuerdo a una Real Ordenanza de 27 de septiembre de 1822, se dispuso que empezara a observarse en la península, desde el 1o. de enero de 1823 y, por otra, porque ha sido el Tribunal Supremo de España, quién solicitó una prórroga con el justificativo de que debía aprobarse, primero, el Código de Procedimientos y, además, la construcción de establecimientos penitenciarios acordes con los postulados del novísimo código penal. De cualquier manera su vigencia ha debido ser demasiado breve porque no se encuentran muchos comentarios acerca de este código penal, ni jurisprudencia en la aplicación de sus disposiciones. Con referencia a su vigencia, nos parece importante consignar las conclusiones del profesor español don José Antón Oneca a quien seguimos, en sus partes principales, en esta parte de nuestro trabajo. Dice el mencionado profesor que desde principios de 1823, ardía en España la guerra civil. Una vez que en el mes de abril pasaron la frontera española los "Cien mil hijos de San Luis" se restableció el gobierno absoluto de Fernando VII. Libertado éste, mediante un Decreto de 1o. de Octubre, anuló todos los actos del gobierno bajo el cual se había aprobado el Código penal español. "Dada la vigencia oficial sólo por unos me-

(28) José Antón Oneca, Op. Cit., pág. 274.

ses; el hábito de los Tribunales al arbitrio judicial y la natural resistencia a aprender y aplicar ley tan complicada y distinta, junto a los azares de la guerra, que mantuvo simultáneamente autoridades de uno u otro partido en los diferentes lugares de España, se puede pensar que la aplicación del Código, debió ser a lo más, breve, imperfecta y desigual..." (29)

De cualquier manera, las disposiciones del Código penal español de 1822, si bien no han sido aplicadas "**in-extenso**", sin embargo, sus principales Instituciones y postulados se han mantenido **vigentes** a través de otros cuerpos legales y no solamente en España sino en Hispanoamérica, concretamente en Bolivia, superviviendo hasta el momento en muchos de los países hispanoamericanos. Ha servido de base a la elaboración del Código penal español de 1848, conforme lo reconocen los principales tratadistas de Derecho Penal Español (30), y sus instituciones perviven en muchos códigos contemporáneos de Hispanoamérica.

"Pero la desgracia de su origen —dice Joaquín Francisco Pacheco— debía recaer muy luego sobre la obra. La prescripción general contra todo lo que había hecho el Liberalismo no podía eximir de sus rudas, bárbaras condiciones, al nuevo y ade-

(29) José Antón Oneca, Op. Cit., pág. 215.

(30) Vid. José María Rodríguez Devesa, **Derecho Penal Español (Parte General)**, Madrid, 1976, especialmente, pág. 90 y ss.; Luis Jiménez de Asúa, **Tratado...** Cit., pág. 759 y ss.; Eugenio Cuello Calón, **Derecho Penal (Parte General)** Tomo I, décima edición Editorial Bosch, Barcelona, 1951, pág. 146 y ss.

lantado código. En la necia y universal reacción de 1823, estaba escrito que quedase abrogada aquella obra de la inteligencia. Parecía mejor sin duda a los vencedores, el contexto de la Séptima Partida y la edificante humanidad de las pragmáticas de Felipe V que lo que había decretado en nombre de la libertad y los imprescriptibles derechos de nuestra especie. Mirado como hijo de la Constitución, compartió aquél código el terrible anatema que pesaba sobre su madre. . . " (31) .

4) **Estructura y Comentarios.**— Este Código, que fue aprobado por las Cortes de 1822, constaba de un Título Preliminar que comprendía doce capítulos, repartidos en artículos. Dos partes: la primera contemplaba los delitos denominados contra la sociedad, con nueve títulos. La parte segunda, trataba de los delitos contra las personas; tenía tres títulos. En total el articulado del Código sumaba 816 artículos y como apéndice dos tratados internacionales.

Por su importancia, transcribimos las principales críticas que ha sido objeto, sin profundizar, desde luego, las opiniones vertidas en el momento de su formación; opiniones que han valido para que el proyecto original tenga que ser reformado. Reforma que se tradujo en la publicación de las "**Variaciones**" y que, entre otras, son de Universidades, Tribunales, Colegio de Abogados, Ateneo Español y otras personas entendidas en la materia. Las opiniones acerca del Código de 1822 y que consideran a éste en una forma más imparcial son, a nuestro criterio, las siguientes:

(31) Joaquín Francisco Pacheco. Ob. Cit., pág. 54.

D. Benito Gutiérrez Fernández: "Consigna los principios más aceptables en materia penal, y saca inmensa ventaja a las antiguas leyes bajo el punto de vista de su clasificación define y determina bien los delitos, aumenta la escala de las penas y cierra la puerta a la arbitrariedad, estableciendo un buen sistema de proporción. A la par de estas ventajas se le señalan algunos defectos, los principales, ser un poco severo, menos preciso y menos claro de lo que convenía imitar, aunque mejorándole en muchos puntos al código francés, y sobre todo, el defecto de que no se salva ningún código sacrificar el mérito legislativo a pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario..." (32).

Joaquín Francisco Pacheco, comentarista del Código penal español de 1848, al referirse al Código de 1822 dice: "El Código de 1822 es un código científico. La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Pero es a veces demasiado duro: transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas, más aún en aquella edad, y casi borradas en la que corremos: es por último, difuso y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, a pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario. Hay en él algo del *Fuero Juzgo* y de las Partidas, envuelto con el carácter del código de Napoleón..." (33).

(32) Benito Gutiérrez Fernández, Op. Cit., pág. 245.

(33) Joaquín Francisco Pacheco, Código Penal... Cit., pág. 54.

Florencio García Goyena, por su parte, dice: "En general puede decirse que está calcado sobre el francés de 1810; que sobresale en él el mismo buen orden y distribución de materias, y que es aún más suave que aquel en las penas; no aseguraré yo que esto sea mérito o defecto, pero carece de la claridad y precisión que el francés por ser circunstanciado y dejar poco o nada al arbitrio del juez, introduce penas sin haber establecimientos en que puedan ser cumplidas, y presupone la existencia del jurado: a pesar de esto hay muchos adelantos con él para poder formar un buen código. . ." (34).

José Antón Oneca, la opinión más autorizada en estos tiempos, comentando este código dice: "Desde nuestro punto de vista actual, aspectos de la modernidad, superiores a sus sucesores nos ofrece el Código de 1822, por ejemplo: la excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos a los casos especialmente previstos en la ley; el amplio concepto de la eximente de estados de inconciencia (artículo 26); la agravante de **mayor instrucción o dignidad en el delincuente** (art. 106): las atenuantes de falta de talento o instrucción del delincuente, la indigencia, el ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, o por haber hecho éste importantes servicios al Estado, el arrepentimiento manifiesto con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito; el presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad, no estando convencido el reo por otras pruebas (art. 107); la indemnización a los declara-

(34) Florencio García Goyena, Ob. Cit., pág. 12.

dos absolutamente inocentes después de haber sufrido un procedimiento criminal (art. 179) y la rebaja de penas a los delincuentes que se arrepientan y enmienden en virtud del expediente que se debe abrir a cada penado... Pero su principal interés es histórico, como representativo de una época en que un anhelo de modernidad intenta realizarse con esfuerzo denodado, para sucumbir en el empeño. Con lo cual España tuvo que esperar hasta mediados del siglo para conseguir un código estable que la pusiera en el sector penal a la altura de los pueblos cultos..." (35).

El profesor José María Rodríguez Devesa dice: "El Código penal de 1822 responde todavía a la idea de que hay dos fuentes de responsabilidad criminal, considerando que la sustancia del delito es la voluntad contraria a la ley, y que la culpa no es propiamente un delito (culposo), sino un cuasi-delito, siguiendo viejas teorías de los juristas italianos... con indicación de fuentes. Por eso habla de delitos y culpas..." (36).

Para terminar, creemos necesario recordar que este código responde a un siglo en el que descollaban las ideas renovadoras del Derecho penal y el concepto de la pena estaba variando fundamentalmente. El legislador de esa época trataba de hacer lo más entendibles las disposiciones del Código penal al pueblo, para quien se dictaban esas normas; esa es, a nuestro parecer, la razón del excesivo casuismo de que peca este cuerpo punitivo. La enorme formalidad en la ejecución de la pena se ex-

(35) José Antón Oneca, Op. Cit., pág. 277.

(36) José María Rodríguez Devesa, Ob. Cit., pág. 87.

aplica por el sentido de escarmiento y amedrentamiento que ésta tenía. Sus principales instituciones han permanecido vigentes sin variante alguna desde 1834 hasta 1973 en Bolivia, mientras que en España, si bien han servido de base para la aprobación del Código penal de 1848, no han tenido ni siquiera un año de aplicación.

CODIGO PENAL BOLIVIANO DE 1834

1) **CRONOLOGIA.**— La elaboración del Código Penal Boliviano, ha sufrido una serie de pasos hasta su total aprobación y vigencia. Pasaron varios años desde su iniciación hasta su definitiva aprobación y promulgación. Para comprender ello, nos parece necesario hacer una breve cronología de este código penal, ateniéndonos únicamente al proceso de la codificación sin profundizar, mayormente, otras disposiciones de carácter penal dictadas por el Libertador Simón Bolívar y por el Mariscal Antonio José de Sucre ya que sale del marco del presente trabajo. Tampoco haremos hincapié en los datos históricos desde la fundación de la República hasta el gobierno del presidente Andrés de Santa Cruz, aunque sean de importancia, sin embargo nos llevarían a analizar aspectos que exceden la labor del estudio del proceso codificador en Bolivia.

En fecha 21 de diciembre de 1825, el Libertador Simón Bolívar dictó la Ley No. 28 por la cual, se determinaba que debían observarse en la república, la ley de 9 de octubre de 1812 y demás de-

cretos de las Cortes Españolas, sobre la administración de justicia. Este era el texto de dicha ley:

“Simón Bolívar Presidente de la República de Colombia, Libertador de la del Perú y Encargado del Supremo Mando de Ella... etc...”

Considerando:

1o.) Que por los decretos existentes se ha mandado que los tribunales de justicia, en la forma de proceder se arreglen a las leyes del gobierno español, sin haber determinado cuales.

2o.) Que por tanto, ha ocurrido dudas sobre si esta manera de proceder debe arreglarse a las antiguas leyes, o a las dictadas por las cortes españolas.

3o.) Que es más conforme al sistema de la república decretada Boliviana, el método establecido por las cortes, que el de las leyes de Indias, de Castilla, etc: oída la diputación permanente.

DECRETO

1o.) Que los tribunales de Justicia, en la forma de proceder se sujetarán a la ley de las cortes españolas de 9 de octubre de 1812 y demás decretos expedidos por las mismas, sobre la administración de justicia, mientras se arreglen los códigos civil y penal.

2o.) No habiendo en las actuales cortes de justicia más que una sala, las revistas o instancias de súplica, se entablarán ante las mismas cortes de justicia que conocieren de la vista; mas el recurso será llevado después de admitido de una en otra corte para su resolución es decir los de Chuquisaca para la corte de La Paz y los de La Paz para la corte de Chuquisaca.

3o.) Quedan derogadas en el territorio de la república, las leyes antiguas que estén en oposición de este decreto.

4o.) El secretario general interino queda encargado de la ejecución de este Decreto.

Imprímase, publíquese y circúlese. Dado en el Palacio de Gobierno de Chuquisaca, a 21 de diciembre de 1825.— Simón Bolívar.— por orden de S.E., Felipe Estenós" (37).

Posteriormente, en fecha 2 de noviembre de 1826, la Comisión de Legislación de la Asamblea Constituyente de la República de Bolivia, compuesta por los diputados Srs: Casimiro Olañeta, Mariano del Callejo, Antonio Vicente Seoane, Manuel María Urcullu y Mariano Calvimontes, presentaron un proyecto de decreto por el cual se determinaba que el Código penal aprobado por las Cortes Españolas de 1822, debía regir en la República para la administración en lo criminal en todo lo que no se oponga a la Constitución y leyes dadas por el Congreso Constituyente. Mandaba, también, en su artículo 2o., la impresión y circulación del citado código, "mientras tanto los tribunales se arreglarán a la antigua legislación española..." (38).

Este proyecto de Decreto fue motivo de discusión en el seno de la Asamblea Constituyente. La polémica se produjo en la sesión del 8 de noviembre. Los que adoptaron una posición contraria a este proyecto, sostenían que adoptar simple y llana-

(37) Cfr. Agustín Iturricha, *Leyes Numeradas y Compiladas de la República Boliviana* (Tomo I), La Paz, 1909, pág. 142.

(38) Texto literal del Art. 2do. del Proyecto de Decreto de 2 de noviembre de 1826, presentado a la Asamblea Constituyente del mismo año.

mente sin previo análisis del Congreso era una ligereza y que, previamente debía ser examinado. Los que estaban favorables al proyecto —entre ellos el Ministro del Interior don Facundo Infante—, argumentaban que el código en cuestión era fruto de la filosofía y de las luces del siglo tomadas de los mejores comentaristas, citaban a autores: Bentham y Beccaria, sobre cuyos principios se había elaborado el Código penal español. Sostuvieron que "siendo preciso adoptar un código penal, ninguno sería más a propósito que éste cuyo conocimiento data de la época en que la libertad era el eco uniforme en España y no el antiguo diseminado en cien volúmenes..." [39].

Después de discutido este punto, se aprobó el proyecto de decreto, nombrándose al mismo tiempo, una comisión compuesta de cinco abogados del Congreso para que examinaran el Código penal e hicieran las alteraciones que estén en la naturaleza de las circunstancias del país. Esta comisión estuvo integrada por los señores: Dalence, Guzmán Gutiérrez, Martín e Irigoyen. El informe de esta comisión fue sometido a discusión en el Congreso en la sesión del 12 de diciembre de 1826. Finalmente fue aprobado y se determinó que debían entrar en vigor un año después debiendo seguir en vigencia, mientras tanto, la antigua legislación española.

Esta determinación del Congreso no fue del parecer del Ministerio del Interior, cuyo titular, don Facundo Infante, celoso de poner al día la legisla-

(39) El Redactor de la Asamblea Constituyente del año 1826. Biblioteca Nacional, Cit., por Calvimontes Nuñez del Prado en Op. Cit., pág. 46.

ción penal acorde con los postulados modernos y dotar al país de un cuerpo legal punitivo, dirigió en fecha 19 de diciembre, una nota al Congreso solicitando reconsideración de la medida dispuesta. Hablaba en su nota de que el señor Presidente de la República (Mariscal Antonio José de Sucre) después de haber meditado sobre la conveniencia de la aplicación del Código Penal Español formado por las Cortes Españolas y, "reconociendo que sus luces no son bastantes a fijar su ánimo en una materia tan intrincada como urgente, se ha decidido en observar la resolución del Congreso, de 12 de diciembre de 1826. . . " (40) .

Esta nota contenía "el primer alegato en favor del nuevo código". (41) Infante solicitaba la reconsideración basado en los siguientes argumentos: "la antigua legislación penal española ha sido dictada según las circunstancias del momento y el capricho de los reyes o incidentes aislados y muy parciales han sido infinitas veces el origen de una ley, por el contrario del código de que se trata. El fue trabajado por un cuerpo legislativo en el año 1821, cuando eran conocidas y hasta vulgares las doctrinas de Beccaria, de Bentham, de Lardizabal, de Montesquieu y otros sabios que habían escrito más o menos dictámenes sobre materias criminales; Bentham que examinó este Código en proyecto dijo, en un cuaderno que corre impreso, que era la obra de la sabiduría y el monumento en su clase más completo de cuantos se habían publicado. Crítica es ver-

(40) Archivo de Bolivia, Tomo I. año 1826. Comunicaciones expedidas, Cit. por Calvimontes Nuñez del Prado en Op. Cit., pág. 47.

(41) Calvimontes Nuñez del Prado Op. Cit., pág. 47.

dad, la dureza de algunas penas, como son las impresas en el capítulo 3o. del Título 1o. que dice de los delitos contra la sociedad, pero Bentham se olvidó que el Código se escribía en España y no en Inglaterra en una época revuelta y en la que el fanatismo luchaba contra la razón asustada...". (42) Posteriormente hacía una interpretación del decreto firmado por Simón Bolívar en fecha 21 de diciembre de 1825. Con esta interpretación Infante buscaba reforzar legalmente la solicitud de reconsideración de vigencia del Código penal de Bolivia: "El Código ha debido estar vigente desde que S.E., el Padre de la Patria, expidió el decreto de 21 de diciembre pasado (43), pues en su artículo primero, hablando de la administración de justicia, dice que se sujetarán los tribunales a la ley de 9 de octubre de las Cortes Españolas y demás decretos expedidos por las mismas mientras se arreglen los códigos civil y criminal. ¿Están arreglados estos códigos? Se ha derogado por el Congreso el Decreto citado? Por otra parte no sería un contraprimipio el adoptar una parte de la legislación y rechazar otras, por seguir la de los Reyes cuyas ventajas no se ha-

(42) Seguramente se refería el Ministro Infante a las cartas de Jeremías Bentham al señor Conde de Toreno sobre el proyecto de Código penal presentado a las Cortes en las que trasluce su enfado por no haber sido llamado por las Cortes a redactar el proyecto del Código penal llegando a la afirmación de que en igualdad de condiciones debe ser preferido un extranjero a un nacional para formar el plan de un código. Este dato nos demuestra el conocimiento que tenía el Ministro Infante de las críticas que sufrió el Código de 1822, revela, por otra parte, que ha sido él quien ha puesto en manos de los legisladores bolivianos el Proyecto de Código penal de Calatrava ya que, conforme se anotará posteriormente, Infante integró las Cortes Españolas de 1821 en calidad de Diputado.

(43) Vid. supra el texto literal pág. 104.

cen conocer? . . . ” Finalmente, haciendo hincapié de que algunos tribunales de la República habían impuesto las penas del Código de 1822, “hecho que acredita que está en ejercicio no sólo de decreto sino también de hecho. . . ” (44), solicitaba la reconsideración de la fecha de vigencia de Código Penal boliviano tomado íntegramente del Código Penal aprobado por las cortes españolas de 1822.

La solicitud enviada al Congreso, por el Ministro del Interior, fue motivo de una nueva discusión. Los partidarios del Código penal de 1822 resaltaban la bondad del discutido código y decían que “existiendo una ley de responsabilidades era cosa monstruosa dejar a los jueces abandonados al acaso en medio del laberinto de las leyes antiguas”, cuya historia recorrieron para demostrar que habían sido dictadas ya por los reyes ya por el Consejo de Castilla o por otras corporaciones que en diferentes épocas se habían arrogado el derecho de legislar: al paso que el Código en cuestión había sido formado en un tiempo de libertad y “por los hombres más sabios de España que en sus trabajos habían sido guiados por la filosofía y merecido la aprobación de los mayores publicistas como Bentham y Benjamín Constant. . . ” (45). Los contrarios a la vigencia inmediata del Código penal español de 1822, decían que “aunque éste fuese enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus cos-

(44) Archivo Nacional de Bolivia, Tomo I, año 1826, Comunicaciones expedidas, Cit. por Calvimontes Nuñez del Prado en Op. Cit. pág. 47.

(45) Los partidarios de la pronta vigencia del Código Penal Español fueron los diputados Dalence y Martín, miembros de la Comisión revisora nombrados por la Asamblea Constituyente de 1826.

tumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos, que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante" (46). Decían, también, que el código era un volumen sin filosofía, atroz y anárquico a la vez, copiado del Código Francés, hecho para sostener la tiranía según la opinión del Colegio de Abogados de Madrid (47).

Finalmente, en la sesión del 27 de diciembre de 1826 se aprobó la admisión del Código penal formado por las Cortes de España, aprobándose, asimismo, la siguiente resolución: El Congreso ha resuelto que el Código penal de las Cortes Españolas se observe provisoriamente en la República; imprimiéndose, para el efecto, bajo las limitaciones y advertencias siguientes: 1o.) el máximo de la duración de las penas consistentes en trabajos públicos: doce años y presidio ocho años. 2o.) En los grados intermedios se hará la rebaja de estas penas en proporción a la duración indicada como **máximun** en el artículo antecedente. 3o.) Se suprimen los artículos que hablan de indultos particulares, delitos de religión y de abusos de imprenta. 4o.) Los jueces de derecho declararán el grado del delito y aplicarán la

(46) Los miembros de la Comisión contrarios a la vigencia del Código Penal Español de 1822 fueron los Srs: Guzmán, Gutiérrez e Irigoyen.

(47) El Colegio de Abogados de Madrid decía que al adoptar el Código penal francés se tomaba demasiado rigor en las penas cuya dureza es menos conforme a un pueblo destinado a la libertad; Vid Proyecto de Código Penal Español, Madrid, 1821.

pena por la certidumbre legal que ministre el proceso según se hace actualmente. 5o.) Se harán, igualmente, las supresiones de los artículos que sean contradictorios a la Constitución y leyes decretadas por el Congreso, y las variaciones que sean indispensables en el lenguaje por la misma razón. 6o.) El Gobierno nombrará tres abogados para que hagan estas modificaciones y que aprobadas por la Suprema Corte de Justicia se publiquen para su cumplimiento. 7o.) Este Código se someterá a la discusión de la próxima legislatura, y se observará hasta su resolución”.

En cumplimiento de esta ley, el Ministro del Interior, señor Infante, nombró a los abogados: Francisco Ignacio Medeiros, José Ignacio de Sanjinez y Manuel Callejo, para que hagan la revisión del Código Penal Español de 1822. Esta Comisión, al parecer, elevó su informe al mes de su nombramiento, sin embargo el texto y las variaciones consiguientes, no existe. La inestabilidad de la convulsionada política boliviana que, desde esa época empezó a manifestarse, hizo que todo quedara estancado. El Ejecutivo se preocupó más de sofocar golpes de Estado, levantamiento de tropas, hasta que, a fines de 1827, el Mariscal de Ayacucho Antonio José de Sucre dejó la presidencia al General José Miguel de Velasco, alejándose para siempre de la política boliviana, tomando el mismo camino su ministro del Interior don Facundo Infante y tras él, todo el afán de dotar al país de un cuerpo legal y definitivo que regulara la vida jurídico-penal del país.

2) **Aprobación y Vigencia del Código Penal de 1831.**— Durante el período comprendido entre 1827 y 1834, existió un verdadero caos en la aplicación de la ley penal ya que, por una parte, se aplicó la ley de 8 de enero de 1827 promulgada y firmada por el Mariscal de Ayacucho, Antonio José de Sucre, referente al procedimiento en la administración de justicia. Dicho procedimiento prescribía en su artículo 281 que todos los pleitos judiciales debían regirse por la antigua legislación española “en cuanto no contradiga a la Constitución y leyes dadas durante el gobierno de la Independencia”, y por otra, se observó —conforme lo acreditan los expedientes del Archivo General de la Nación—, el Código Penal Español de 1822, haciéndose, de esta manera, dificultosa la aplicación de las penas, hecho reconocido en el año 1828 por, el entonces, Presidente de la República José Miguel de Velasco, en su discurso-informe a la Asamblea Constituyente en fecha 16 de diciembre de 1828. Nueve meses después de la fecha anteriormente aludida, el Presidente Mariscal Andrés de Santa Cruz, firmó un Decreto mediante el cual aclaraba que seguían vigentes las leyes 16, Título 2o. y Ley 157 Títulos 15, Libro 2o. de las Leyes de Indias, referentes al voto consultivo de los Consejos y Audiencias, facultando, mediante este Decreto, desempeñar esta función a la Corte Suprema de Justicia. La publicación del Código penal hasta esa fecha no se había realizado, empero, la Corte Suprema de Justicia hizo la revisión del Código penal español, de acuerdo a la ordenado mediante el Decreto de 27 de diciembre de 1826 (Art. 6to., 2da. parte). En fecha 30 de octubre, envió al Ministerio del Interior el Código penal revisado con las altera-

ciones y modificaciones respectivas. La nota de remisión lleva estos conceptos: "Sr. Ministro: Encargada la Corte por S.E., el Presidente de la República, de revisar el Código penal, tiene el honor de presentarle concluído con las alteraciones y modificaciones que ha creído conveniente, al hacerlas se ha sujetado en lo posible a las prevenciones del Congreso Constituyente, Orden del Supremo Gobierno; y Decretos de la Colección Oficial. La Corte ha añadido al Título Primero de la Primera Parte un capítulo de Delitos contra la Religión del Estado, tanto por lo que allí se expresa cuanto por la dureza con que son castigados por otras leyes que deben refundirse en este código. Es indispensable el establecimiento de Casas de Corrección para hombres, pues para las mujeres las hay en casi todas las Capitales del Departamento. Dios guarde a V. G.— Fdo. Mariano Guzmán, Manuel María Urcullu, Casimiro Olañeta y Manuel J. Antequera". (48)

La orden de publicación del Código penal, recién se dio mediante el decreto del 28 de octubre de 1830. El profesor Jiménez de Asúa, sacando el término, del mensaje que el Presidente de la República, Peñaranda, dirigió al Congreso el 10 de noviembre de 1943 —con motivo del envío del Proyecto de Código penal del profesor Manuel López Rey Arrojo—, dice que los bolivianos lo reputan de "famoso" (49). En realidad no tiene la importancia que le señala el profesor Jiménez de Asúa, tampoco es el De-

(48) Archivo Nacional de Bolivia, Ministerio del Interior, Tomo 23, Año 1829, transcrito por Calvimontes Nuñez del Prado en Op. Cit. pág. 55.

(49) Vid. Luis Jiménez de Asúa, *Códigos Penales Iberoamericanos, Estudio de Legislación Comparada*, Caracas 1946, pág. 9 y ss.

creto en sí, sinó el mensaje que, en ese entonces, dirigió al país el presidente Mariscal Andrés de Santa Cruz. Es otro posterior Decreto dictado cinco meses más tarde, el que tiene la verdadera trascendencia conforme se verá páginas más adelante. El mensaje que precedía al Decreto de 28 de octubre de 1830 decía: "Bolivianos: Largo tiempo la necesidad y la opinión pública exigían una reforma a nuestros códigos, para que pudiesen conformarse al espíritu del siglo, que es el de la libertad y la filosofía. Este cambio ha podido hacerse para Bolivia. El Congreso General Constituyente había sancionado el Código Penal que dictaron las Cortes Españolas, señalando algunas modificaciones que creyó necesarias y remitió a la consideración de la Corte Suprema; después de este examen ha sido revisado todavía en una Junta presidida por el Gobierno y compuesta por Magistrados respetables, que resumen la experiencia, la probidad y el saber.— Las Leyes claras y positivas son las bases de una buena administración de justicia, y la buena administración de justicia es la sola capaz de hacer durar los derechos del ciudadano, e inspirar esa tranquilidad en que consiste la libertad y el gozo de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad.

"La razón y la experiencia, han demostrado que la moral pública no se funda en el rigor de las penas ni en el vano espectáculo de los suplicios; y en el Código penal de Bolivia se vé que más bien se han querido prevenir los delitos, que castigarlos. Pero también se ha sabido conciliar la seguridad del inocente con el temor del malvado.

"En tal estado yo he creído no deber retardar la publicación de estos códigos de urgente necesi-

dad para la República considerando que nuestro Primer Congreso no tendrá tiempo bastante para formarlos discutirlos y sancionarlos teniendo otros muchos asuntos de que ocuparse con precisión. Por esto he querido anticipar su publicación en uso de los últimos restos de la facultad discrecional que la Nación me ha conferido; y al ejercerla en tan precioso momento y para tan importante objeto creo hacer el más grande servicio a mis compatriotas.

A mi me ha cabido la fortuna de impulsar tan interesante obra y decir a Bolivia que tiene desde hoy los Códigos civil y Penal, que puede mirar como una propiedad que le pertenece y como la mejor de sus garantías". (50)

El decreto que seguía a este Mensaje Firmado por el Mariscal Andrés de Santa Cruz como Presidente de la República de Bolivia, Mariano Enrique Calvo, Ministro del Interior y de Relaciones Exteriores; José María Lara, Ministro de Hacienda y Mariano Armaza, Ministro de Guerra, ordenaba en su artículo 1o, que los Códigos Civil y Penal se publicasen en todo el territorio de la República. El artículo segundo del Decreto disponía que los Tribunales de Justicia debían aplicar los Códigos, en el juzgamiento de causas, con cita expresa de los artículos en que se apoyen.

Sin embargo, la publicación y, consiguiente distribución no se pudo hacer efectiva y, en consecuencia, el Poder Ejecutivo mediante un Decreto de fecha 22 de marzo de 1831, ordenó que los Códigos Civil y Penal se publicarán y observarán desde el 2

(50) Código Penal Santa Cruz, Imprenta del Colegio de Educandas, La Paz 1831.

de abril del mismo año. En fecha 25 de marzo del mismo año, el Gobierno del Mariscal Santa Cruz publicó un Decreto, que sí puede considerarse "famoso", mediante el cuál, se puso en vigencia el Código penal de 1831. Por su importancia, transcribimos el texto completo:

"Andrés de Santa Cruz
Mariscal, Presidente de la República Boliviana... etc.

Considerando: Que, el glorioso acto de la publicación de los Códigos Civil y Penal, debe practicarse con todas las solemnidades que corresponden a la promulgación de nuevas y mejores leyes y que en esto no solo reporta Bolivia un gran bien, sino la honra de ser la primera entre las Repúblicas de América, que tendrá Leyes conforme a las nuevas instituciones y al espíritu del siglo.

DECRETA:

Art. 1o.— El día dos de abril próximo se publicarán por bando los Códigos Civil y Penal, en todas las Capitales de Departamento y Provincia.

Art. 2o.— La escolta de este bando se compondrá de las compañías de preferencia y clase de batallones de la guardia nacional vestidos de gran parada.

Art. 3o.— Se cantará solemne **Tedeum** en las catedrales e iglesias Matrices con asistencia de todas las corporaciones, con acción de gracias por esta promulgación.

Art. 4o.— Los Comandantes generales de departamentos, mandarán que se hagan tres grandes salvas en este día; la primera a las cinco de la

mañana, la segunda en el acto de la publicación y la tercera a las cinco de la tarde.

Art. 5o.— Los prefectos de Departamentos tomarán todas las medidas conducentes para solemnizar a este acto nacional.

El Ministro de Estado en el Despacho del Interior cuidará del cumplimiento de este Decreto. Imprímase, publíquese y circúlese. Dado en el Palacio de Gobierno en La Paz de Ayacucho a 25 de marzo de mil ochocientos treinta y uno. Fdo. Andrés de Santa Cruz.— El Oficial Mayor del Ministerio, Manuel José de Asín”.

Posteriormente, la Asamblea Nacional, aprobó la determinación del Gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz, mediante Decreto de fecha 18 de julio de 1831; su texto literal íntegro es el siguiente:

“La Soberana Asamblea Nacional Constituyente de Bolivia”.

DECRETA

Art. 1o.— Los Códigos Civil y Penal de Bolivia, mandados publicar y observar por el Capitán General Andrés de Santa Cruz en Decreto de 2 de marzo de 1831, seguirán rigiendo en todos los juzgados y tribunales de la República, mientras el Poder Legislativo se ocupe de su discusión y sanción.

Art. 2o.— Los Tribunales superiores harán las observaciones que les suministre la experiencia en la práctica del foro, para que presenten oportunamente al Cuerpo Legislativo por el conducto debido.

Art. 3o.— Estos cuerpos legales tendrán la denominación de CODIGOS SANTA CRUZ y bajo este título serán conocidos en la República.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para su publicación y cumplimiento. Dado en la sala de sesiones en La Paz de Ayacucho a 15 de julio de 1831. Fdo. Miguel María Aguirre, Presidente. José Ignacio de Sanjinez, Diputado Secretario. Andrés María Torrico, Diputado Secretario".

El Decreto del Poder Ejecutivo fue firmado en la misma fecha por el Mariscal Andrés de Santa Cruz como Presidente de la República y Mariano Enrique Calvo en calidad de Ministro del Interior.

Nos parece interesante destacar un hecho bastante curioso en el Decreto de la Asamblea Constituyente. Y es el de bautizar los nuevos códigos con el nombre del Presidente de la República, simple afán adulador, debido a la inspiración del Diputado Casimiro Olañeta de quien un historiador de la época dijo que éste tenía las cualidades de un escritor lleno de aplomo y elegancia con todas las materias "si bien en las de jurisprudencia no siempre llevó el acierto" (51). Es innegable el celo y profundo arraigo patriótico del Presidente Andrés de Santa Cruz, para dotar al país de disposiciones legales acordes con los movimientos renovadores del momento, a tal punto que, en las posteriores comisiones nombradas para la revisión y corrección del Código penal de 1831, aceleró el trabajo de éstas para que terminaran en el tiempo más breve posible su labor "celebrando reuniones frecuentes y hallándose muchas veces en ellas el Gran Mariscal Santa Cruz a fin de concluir los trabajos y observar en la práctica los inconvenientes que pudieran presentar"

(51) Sabino Pinilla, *La Creación de la República*, Editorial América, Madrid, 1924, pág. 173.

(52) . Pero ello, no es razón valedera para que los códigos civil y penal, que eran copias retocadas del francés y el español, respectivamente, lleven su nombre por el simple afán adulator de politiqueros del momento. Las leyes deben estar al servicio del pueblo y no tienen que ser aprobadas y puestas en vigencia por un simple afán paternalista de quienes, en determinado momento, manejan los destinos de la Nación.

3) Reforma y Aprobación Definitiva de 1834.

El Código penal promulgado y puesto en vigor en 1831, tuvo aplicación inmediata y uniforme en todos los Tribunales de Justicia del territorio nacional, conforme se evidencia de la jurisprudencia sentada por el más Alto Tribunal de Justicia de la Nación; y así estuvo durante dos años sin sufrir alteración alguna.

En fecha 5 de septiembre de 1833, en la Cámara de Senadores del Congreso de aquél año, se presentó un proyecto para que la legislatura venidera pudiera reformar el Código penal. Este proyecto fue aprobado en su conjunto y en la sesión del 7 de septiembre se discutió en detalle. En estas discusiones recrudecieron nuevamente las críticas contra el Código penal. Por una parte, por ser copia del Código penal español de 1822 y, en consecuencia, no responder a la realidad nacional, por la dureza de las penas y la falta de establecimientos penitenciarios; y por otra, por haber sido presentado por un extranjero: el español Facundo Infante.

(52) Manuel Sánchez de Velasco, *Memorias Para la Historia de Bolivia*, Sucre, 1933, pág. 214.

Después de explayarse en dilatadas intervenciones, en fecha 16 de octubre de 1833, se aprobó una ley que determinaba en su artículo 1o, que el Senado proceda a discutir y aprobar el Código penal mandado observar provisionalmente por Decreto de 18 de julio de 1831, dejando al gobierno el nombramiento de una comisión que lo revise, examine, altere o modifique como lo juzgare conveniente, y presente sus trabajos a la siguiente legislatura. Acordaba, también, en su artículo segundo, los sueldos que debían percibir los miembros de la Comisión, y en el artículo tercero, las franquicias de que gozarían.

En cumplimiento de este Decreto, el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz, procedió al nombramiento de las personas que debían integrar la Comisión, mediante el siguiente Decreto:

“Andrés de Santa Cruz... etc...”

“Cumpliendo con el Decreto de 19 de octubre último dado por la Cámara de Senadores y con aprobación de la de Representantes, he venido en decretar y

DECRETO

Art. 1o.— El Ministro del Interior Dr. Mariano Enrique Calvo y los Ministros de la Corte Suprema y Superior de Justicia de Cochabamba, Drs. Manuel María Urcullu, Manuel Sánchez de Velasco y Andrés Torrico, quedan nombrados comisionados para revisar, examinar y modificar, como fuese conveniente el Código Penal Santa Cruz.

Art. 2o.— Por ahora y hasta el 1o. de abril los comisionados de Chuquisaca y Cochabamba tra-

bajarán por separado procurando los de ambas partes concluir la reforma que se les encarga para el anunciado 1o. de de abril y tratando de ponerse de acuerdo ante todo, sobre el plan que deban seguir en la reforma.

Art. 3o.— Para el repetido 1o. de abril se reunirán los cuatro en la Capital de la República, a confrontar sus trabajos y formar de los dos un proyecto de Código que será el que ha de presentarse a la próxima legislatura.

Art. 4o.— Las observaciones que los Tribunales de Justicia o cualquier otro ciudadano quieran hacer al Código mandado a reformar, se dirigirán todas al Ministerio del Interior, que cuidará de hacerlas imprimir inmediatamente y transmitir las a los comisionados de Cochabamba.

Art. 5o.— Conforme al artículo 2o. del expresado Decreto, los comisionados gozarán de los sueldos señalados a sus destinos, que serán sustituidos por los provisionales que se nombren.

Art. 6o.— El Oficial Mayor del Ministerio del Interior, queda encargado de la publicación y cumplimiento de este Decreto.

Dado en el Palacio de Gobierno de Chuquisaca, a 12 de noviembre de 1833". [53]

La Comisión nombrada comenzó sus trabajos desde la fecha de su designación y no pudo reunirse en el tiempo señalado por haberse presentado una serie de problemas de carácter político, especialmente con el Perú. La señalada reunión pudo celebrarse a principios de julio de 1834. Después de

(53) Texto literal del Decreto de 12 de noviembre de 1833, reproducido por Calvimontes Nuñez del Prado en Op. Cit. pág., 72.

dos meses de conjunta labor, entregaron el proyecto de Código Reformado, en fecha 10. de septiembre, al Senado. A este proyecto acompañaron un informe dando razón pormenorizada de las fundamentales reformas. Por la importancia que reviste para nosotros, ya que señala la definitiva estructuración del Código penal que rigió en Bolivia durante ciento treinta y nueve años, haremos un breve análisis del informe presentado.

En la primera parte los miembros de la Comisión hacen referencia al hecho de su nombramiento y las causas que determinaron el aplazamiento de la fecha de reunión. Explican, más adelante, la nueva estructuración del proyecto, dividiendo el mismo en libros, y éstos a su vez, en Títulos. La separación del Código punitivo del Código de Procederes y del Reglamento de Policías ya que "siendo ellos de ajena propiedad, no podían permanecer entre las leyes penales...". (54) "Esta separación —continúan— aconsejada por la claridad, el método y la unidad de las materias, impedirá la publicación del Código penal, que debe darse a la luz juntamente con el Reglamento de Policías y el Código de Procederes..." (55). A continuación, justifican la reforma de la aplicación de las penas ya que la severidad de las penas fue uno de los motivos justos que excitaron el clamor público y determinaron al Congreso a decretar su reforma. "La Comisión —prosiguen—, convencida también de la justicia de ese reclamo ha

(54) Texto literal del documento manuscrito del informe presentado por la Comisión para la revisión del Código Penal Santa Cruz al Senado Nacional, consignado por Calvimontes Nuñez del Prado en Antecedentes Históricos... Cit., pág. 77.

(55) *Ibidem*.

disminuído la intensidad y duración de las penas... " (56), sin embargo, explican que "para los delitos que pueden llamarse epidémicos en Bolivia..., no habían sido alteradas, por el escarmiento y la necesidad, esperanzados de que en un futuro mejor, cuando hayan desaparecido estos males y mejorado la moral de los bolivianos, el Congreso podrá mejorarlos". (57)

Explican la modificación de la escala de penas, habiendo sido suprimida del catálogo de penas, la deportación y los trabajos de 14 años. Justificando la supresión de esta pena dicen: "...aquella (la deportación) ha sido adoptada con utilidad en varias naciones cultas de Europa y nosotros que no nos encontramos en las mismas circunstancias, no podíamos recibirla. No tenemos islas ni colonias donde ocupar con provecho a los deportados, nuestras fronteras que son los lugares más remotos de la República, se hallan enteramente despobladas; y si hay algunos lugares como las provincias de Mojos y Chiquitos, no tienen, sin embargo, las proporciones que deberían buscarse para este castigo..." (58). La supresión de la pena de trabajos forzados de 14 años, la justifican por carecer, el Estado, de medios económicos para costear estos. Queriendo hacer patética la diferencia entre la realidad boliviana y la española, cuyo Código se había adoptado íntegramente, el informe dice: "los españoles tuvieron razón para condenar a sus reos aún a trabajos perpétuos, porque podían ocuparlos con ventaja pública y

(56) Texto Literal... Loc. Cit.

(57) *Ibidem.*

(58) "

utilidad de los mismos criminales. Poseen fuera de otros establecimientos, las Minas de Almaden, sus galeras, las Bombas de Cartajena y los Arenales de Ferrol y Cádiz; mas nosotros carecemos de estos trabajos aún el laboreo de nuestras minas se costea por empresarios particulares que, por su economía y por temor, nunca recibirán criminal alguno bajo su responsabilidad" (59). Alientan, sin embargo, la esperanza de que "cuando la población y los recursos de Bolivia se hayan aumentado, podrá establecerse esta pena que redimirá del suplicio a los malhechores". (60)

Señalan, más adelante, la rebaja del máximo de las penas. De 14 años, que estaba establecida anteriormente, a 10 años, porque "las leyes a que ha estado sujeta Bolivia por tres siglos, formaron a este respecto, hábitos y costumbres muy arraigadas, objeto que no debe perderse de vista en la legislación. Para esta Reforma, y las demás que se han hecho, ha tenido presente, la Comisión, la sentencia tan repetida del legislador de los atenienses: No son sabias las mejores leyes, sino las que más se acomodan al genio y costumbres de los pueblos para quienes se dictan. (61)

Posteriormente, los miembros de la Comisión, justifican la aplicación del criterio de absorción en los casos de concurso real y dicen: "había en el código diferentes leyes que por pequeños delitos por los que había sido juzgado el que los cometió, le condenaban al sufrimiento de diferentes penas de 25

(59) Texto Literal... Cit. pág. 78.

(60) *Ibidem.*

(61) "

años de duración; había otras que castigaban con esta nueva severidad los delitos complejos; la comisión, avisada por las lecciones de la práctica de la desproporción y severidad de este género de penas, excepto algunos casos especiales, ha creído conveniente establecer un principio general reducido a castigar al reo que haya de ser sentenciado por dos o más delitos con el máximo de la pena que merezca el delito más grave. . . ” (62) .

Explican, seguidamente, la necesidad de una exacta definición de la reincidencia que necesitaba el Código. “La Comisión, deseosa de esclarecer este punto tan importante, parece haberle definido con exactitud y variado sus disposiciones que antes eran condenados a la última pena, no por la enormidad de sus crímenes, sino por la escala de reincidencias” (63) .

Existía en Bolivia, la costumbre de que en cualquier ocasión en la que se festejaba un acto solemne o por motivo especial, el Presidente de la República indultaba a todos los condenados a muerte. (64) La Comisión, haciéndose eco de este reclamo reguló, en su proyecto, la facultad discrecional del Presidente para convertir la pena de muerte. Justificando los motivos, los miembros de la Comisión dicen: “Una de las reformas reclamadas por la sociedad y la justicia es el arreglo del ejercicio de

(62) Texto Literal. . . Cit.

(63) Ibidem.

(64) El Mariscal Antonio José de Sucre, en fecha 25 de mayo de 1826, en la ciudad de Ancona-Potosí, dictó un Decreto por el que indultaba a todos los bolivianos, condenados a muerte hasta esa fecha, citando de manera especial a su agresor Valentín Morales a quien conmutó la pena de muerte por el destierro.

la atribución de convertir la pena de muerte. Nuestra Constitución parece conceder, en esta parte, una facultad limitada al Poder Ejecutivo, facultad desconocida aún en las monarquías absolutas. Ella no exceptúa a los parricidas, a los traidores y a otros insignes criminales. Y los gobiernos podían abusar de esta autorización tan amplia conmutando la pena de muerte a estos delincuentes, que no son ciertamente acreedores a esta gracia. V.E., que ha usado con moderación de este poder tan odioso, ha sido el primero que entendiendo la Constitución conforme a los principios de justicia ha tomado la iniciativa de su reforma despojándose en cierta manera en obsequio a la sociedad de una facultad tan espantosa cuando fuese empleada en favor de los enemigos del linaje humano. Con muy pocas excepciones, la Comisión, ha dejado libre y franca la autoridad para conmutar la pena de muerte con otras variaciones que se han hecho en el Código, será menos frecuente. (65)

En cuanto al **iter criminis**, justifican el cambio de penalidad entre la tentativa y el delito consumado. "Había en el Código penal una enorme desproporción entre penas impuestas contra la tentativa de un delito y contra el delito mismo. Debiendo castigarse los crímenes más por los males que causen a la sociedad que la intención dañada y por los actos preparatorios que haga el delincuente para consumarle, la imposición de una misma pena a hechos de diferente gravedad, se resentía de una suma injusticia. . . la Comisión ha detenido al malhechor en

(65) Texto del Informe. . . Cit., por Calvimontes Nuñez del Prado en Op. Cit., pág. 77.

la carrera de la maldad, colocando entre estos dos actos la esperanza y el temor, y proporcionando el mal de la pena al delito, ha disminuído la duración y la intensidad de la pena contra los delincuentes en tentativa". (66)

Explican, posteriormente, la desproporcionalidad de las penas que había por los delitos de robo y, justificando su reforma en cuanto al valor del objeto robado, dicen: "castigar con una misma pena al que roba diez y al que con violencia ha sustraído mil, es estimular al delincuente a robar la mayor suma posible; y las leyes penales, lejos de fomentar semejantes estímulos deben proporcionar las penas de manera que la progresión rigurosa de ellas detenga al criminal que se halla en disposición de agravar su delito o de cometer otros". (67)

Después de informar que los vacíos en la descripción de los diferentes tipos de delitos habían sido llenados para evitar que se caiga en la confusión y arbitrariedad, terminan su informe con un alarde de modestia: "La Comisión Sr., no se lisonjea de que el éxito de sus desvelos haya correspondido a los votos de la Nación ni a la confianza de V.E. Ella reconoce su insuficiencia y muy distante de presumir que su obra sea una producción mediana en su clase la presenta con desconfianza y timidez. Los respetables miembros del cuerpo legal legislativo empleando su sabiduría pondrán sus diestras manos en asunto tan importante y el Código penal Santa Cruz, merecerá entonces los aplausos del pueblo boliviano y excitará la emulación y los elogios de

(66) Ibidem.
(67) "

otras naciones que aún no tienen instituciones propias o las poseen muy imperfectas.— Chuquisaca 1o. de septiembre de 1834.— Excmo. Sr. Mariano Enrique Calvo.— Manuel María Urcuilo.— Manuel Sánchez de Velasco y Andrés María Torrico". (68)

El Ministerio del Interior, envió el proyecto de este Código penal al Congreso Nacional con una nota explicativa en la que se hace hincapié la presencia del Presidente Santa Cruz en las reuniones de la Comisión. Recomienda, además, la urgente reforma del Código de Procederes. El texto literal de la nota fechada en 16 de septiembre es el siguiente:

República de Bolivia. Ministro de Estado en el Despacho de Gobierno de Chuquisaca, a 16 de septiembre de 1834.— A SS H. el Secretario de la Cámara de Senadores:

"Por Decreto de 19 de octubre último, determinó el cuerpo legislativo la reforma del Código penal autorizando al Gobierno para nombrar los individuos de la Comisión que se ocupará de revisar, examinar alterar o modificarle. Con fecha 14 de noviembre anterior, fueron elegidos para esta obra los ilustres jurisconsultos SS: Mariano Enrique Calvo, Manuel María Urcullu, Manuel Sánchez de Velasco y Andrés María Torrico, y ahora tiene el Gobierno, la inmensa satisfacción de someter a la aprobación de Cámaras el proyecto de Código penal reformado.

(68) Texto Lit. Cit., pág. 78.

"El Gobierno se abstendría de recordar el vivo y ardiente celo con que dichos señores han procurado llenar una comisión tan ardua como delicada, si las atenciones políticas con ocasión de los recientes transtornos con el Perú, no hubiesen entorpecido su situación que debía hacerse en esta Capital el 10. de abril para sistematizar y regularizar sus trabajos y que sólo pudo verificarse a principios de julio. En este corto espacio de tiempo, su Excelencia el Jefe Supremo ha presenciado diariamente en un salón de su mismo Palacio la asidua contracción de los encargados observando con placer inefable los esfuerzos del saber y del más puro patriotismo. He aquí una circunstancia que sí influye a recomendarles de una manera muy honrosa ante sus conciudadanos, concurre, también, a formar un juicio bastante favorable al mejor acierto de la reforma.

"Se espera que la actual legislatura aprobando el proyecto enunciado satisfará los votos constantes de la opinión pública y los deseos del gobierno y dará un día de gloria a la Nación que aguarda con ansiosa inquietud una reforma tan urgente como benéfica a la moral de los pueblos.

"Adoptando la reforma del Código penal, es indispensable la del Código de Procederes que necesita una variación formal para que sus artículos correspondan al primero; El gobierno cree de su deber indicarlo a las Cámaras a fin de que acuerden en su sabiduría el modo de hacer lo que les parezca más pronto y conveniente, con el objeto de la promulgación simultánea de ambos códigos y con aquella uniformidad que demanda su intensa conexión.

"Con este motivo tan plausible el Gobierno se permite rogar al Congreso quiera ocuparse en la presente sesión de considerar preferentemente el proyecto de Código penal, como los de Minería y Comercio, reclamados imperiosamente por las necesidades industriales del país. ¡Ojalá que la legislatura del año 34 perpetúe su memoria con la expedición de todos sus trabajos, cuyos resultados será el aumento progresivo del honor y prosperidad nacional!

"El que suscribe tiene el honor de saludar a HS Secretario del Senado, ofreciéndole las seguridades de su más distinguida y respetuosa consideración.

"Dios guarde a V.H.S.— Por impedimento de S.G. el Ministro, el Oficial Mayor don José Manuel Loza".

El proyecto de reforma, pasó a consideración del Senado. Uno de los miembros de la Comisión, don Andrés María Torrico, explicó los alcances de las reformas en las sesiones correspondientes a los días 17, 18, 19, 25, 26, 30 de septiembre, 2, 18, 20 de octubre y 4 de noviembre de 1834. Aprobado en el Senado, el proyecto pasó a la Cámara de Representantes la misma que se declaró en sesión permanente para la discusión del proyecto.

Revisado en ambas Cámaras, el proyecto no sufrió mayores alteraciones y fue aprobado en fecha 4 de noviembre de 1834; disponiéndose enviar al Poder Ejecutivo para su promulgación definitiva. El Decreto, firmado por el Mariscal Andrés de Santa Cruz, en calidad de Presidente de la República y don Mariano Enrique Calvo como Ministro del Interior, es de fecha 6 de noviembre de 1834; vigente

desde esa fecha —el Código penal— hasta el 6 de agosto de 1973.

4) **ESTRUCTURA Y COMENTARIOS.**— El Código penal de 6 de noviembre de 1834, constaba de tres Libros. El Primero contenía dos Títulos y trataba de Disposiciones Generales, de Los Delitos y Las Penas. El Segundo Libro con nueve Títulos, contemplaba los llamados Delitos contra el Estado. El Libro Tercero con tres Títulos, trataba de los Delitos contra los Particulares. En total constaba de 695 artículos los tres últimos comprendían un capítulo adicional.

De acuerdo al artículo 691, el Código debía regir en lo favorable, desde el día de su publicación y en lo odioso después de dos meses de ella. El artículo 693, establecía el principio de "**Favorabilia Amplianda, odiosa restringenda** (69). Los artículos 694 y 695 sentaban el principio de **Nullum Crimen, Nulla Poena sine Previa Lege** (70).

La literatura, en cuanto al análisis del Código y comentarios del mismo, ha sido escasa en Boli-

(69) Artículo 693.— "Los reos que hubieren de ser juzgados en alguna instancia o recurso, por delitos cometidos antes de la publicación de este Código, serán castigados con las penas establecidas en el anterior, siendo ellas menores; pero en caso de ser mayores, podrán reclamar la imposición de las que establece este Código en los casos correspondientes".

(70) Artículo 694.— "Todas las acciones u omisiones que habiendo sido criminosas por el Código anterior, no hayan sido consideradas como tales en el presente, no estarán sujetas a pena alguna. Este artículo, no comprende los delitos o culpas castigados antes de la promulgación de este Código por sentencia ejecutoria y pasada en autoridad de cosa juzgada".

Artículo 695.— "Los tribunales cuyas sentencias se hubiesen ejecutoriado, deberán con sólo la vista del proceso, imponer las penas que establece este código a los condenados por el anterior en los mismos casos en que fueron comprendidos.

via; sin embargo reproduciremos los comentarios de los más connotados penalistas bolivianos acerca del Código en cuestión:

El Prof. José Valdiviezo decía en 1940: "Nada o casi nada debemos decir del Código penal boliviano. Su arcaísmo está patentado por el año de su promulgación: 1834 y, como fue tomado del español de 1822, bien podemos usar la frase de Ferri, manifestando que corresponde a la "paleontología jurídica. El Código es de factura clásica, campea en sus voluminosas páginas, la penalidad retributiva y expiatoria; y en muchos de sus artículos, la Ley de Talión" (71).

Por su parte el profesor de criminología de la Universidad Mayor de San Andrés don Huáscar Cajías K. en sus **Apuntes de Derecho Penal**, comentando el Código de 1834, dice: "La inspiración de este Código es la corriente en aquél momento: pretendía recoger las direcciones classicistas. Su base el libre albedrío. Reconoce el principio **Nul- lum crimen nulla pena sine lege**, entre sus virtudes, se hallan el subjetivismo, el arresto domiciliario; la indemnización de los inocentes; la distinción general entre delitos y culpas, etc. Entre sus defectos principales se hallan la redacción confusa e imprecisa en varios aspectos, el exagerado casuismo, la rigidez de las penas y el carácter exageradamente intimidatorio en la ejecución de algunas de ellas (vgr. la de muerte), la variedad inmotivada de penas y otros. . . Hoy se tiende sin más a hablar de

(71) José Valdiviezo, *La Reforma de la Legislación en América Latina*, Cuadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales, No. 6, Publicaciones de la Universidad Autónoma de Cochabamba, Bolivia, 1940, pág. 41.

nuestra "legislación anacrónica", que lo es, resulta indudable; pero tales críticas no son justas cuando se refieren a los legisladores del siglo pasado, mejor caería sobre quienes no fueron, posteriormente, capaces de modernizar este código. Además no faltan veces en que las críticas provienen del desconocimiento del Código" (72).

José Medrano Ossio, profesor de Derecho Penal de la Universidad Tomás Frías de Potosí, decía en una conferencia pronunciada en el **Primer Encuentro de Profesionales y Artistas de Bolivia**, en 1968, que: "En todo el proceso de nuestra vida independiente, no hemos logrado darnos normas y leyes que exige nuestra realidad boliviana. Nuestros Códigos en todas las materias de Derecho, han caducado, basta afirmar que, la mayor parte de su articulado, no se aplica y, muchas de sus disposiciones nunca se han aplicado porque han sido todas ellas importadas, transplantadas, son de otro clima y no corresponden a nuestra naturaleza, a nuestra ideosincracia, mucho menos a la dinámica en la que nos desenvolvemos, por la influencia de factores determinantes de carácter especial que rigen nuestra vida" (73).

En idéntico sentido se pronunció al comentar el Código penal boliviano de 1834: "... No podemos menos que dejar constancia de una cierta bondad que caracteriza al actual código ya que, para

(72) H. Cajías; B. Miguel, *Apuntes de Derecho Penal Boliviano*, Editorial y Librería Juventud, La Paz, 1966, pág. 41.

(73) José Medrano Ossio, *Las Normas Jurídicas y la Realidad Histórica de Bolivia*, Ediciones Universidad Tomás Frías, Potosí, 1968, pág. 13.

indicar el período histórico de su aparición (naturalmente con preferencia al Código español de 1822 ya aludido) afirmamos que data de aquél tiempo en el que filántropos, cristianismo y Derecho canónico, establecieron modernas normas acerca del Derecho positivo. Principalmente el humanitarismo de Howard, con su Geografía del Dolor y sus secuaces, y la inmortal obra de César de Bonesana, Marqués de Beccaria que casi simultáneamente con la obra **El Estado de las Prisiones** del anterior, en 1764, apareció con el nombre de **De los Delitos y de las Penas**, obra que tuvo la virtud de revolucionar el Derecho penal de fines del siglo XVIII, determinando los rumbos definitivos que la Escuela Clásica, arrancó del sistema legislativo. Los postulados exagerados de justicia absoluta, tendente más a la utilidad social, considera el delito un ente jurídico y determina la doble finalidad de la sanción, la que, por una parte, se aplica para reestablecer el orden perturbado y por otra, con criterio represivo, tendiendo además a la corrección del culpable por medios humanos, la pena como tratamiento bondadoso. A esta influencia se debe que nuestro código contemple en su engorroso articulado y exagerado casuismo, ciertos principios de bondad, como el que establece la rebaja de las penas a los delincuentes de antecedentes buenos o de correcta conducta dentro de las prisiones, la rehabilitación del delincuente, la indemnización al inocente, las causales que destruyen o atenúan la responsabilidad penal y satisfactoria, en la que se tiene en cuenta la edad, el estado psicológico y hasta el psicopatológico, aunque este último solo de modo indirecto, del sujeto activo, las medidas correccionales libradas al criterio del juzga-

dor público en la represión de ciertas faltas y delitos cometidos por menores y mujeres" (74).

El profesor Medrano Ossio se muestra implacable en su juicio contra los codificadores de 1834, cuando más adelante dice: "Bolivia, pueblo que nació bajo un sistema político eminentemente democrático, al transcribir en el código la pena de infamia, demostró un contrasentido, una aberración, por tanto, la ignorancia de quienes se encargaron de redactar nuestras leyes, sin asomo ninguno de nuestra verdadera realidad que ya ellos mismos comenzaron a vivirla, pero ni siquiera a los imperativos de la época; sordos y ciegos en el espacio y en el tiempo, obraron sin tino que para algunos se justifica por ser período de organización" (75). Nos parece que el profesor Medrano Ossio en esta condena, olvida que, precisamente la mentalidad de esa época —si se la comprende—, exigía un cuerpo punitivo como el que aprobaron los codificadores de 1831 y 1834. Además conociendo los pasos dados para su aprobación y vigencia, es fácil comprender la inclusión de ciertas penas contrarias al "espíritu democrático del país".

Manuel Durán Padilla Ex-Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, Real y Pontificia San Francisco Xavier de Sucre y Presidente de la Comisión Codificadora Nacional (Código penal de 1962), comentando un capítulo del Código penal de 1834, el referente al Título VII **De los**

(74) José Medrano Ossio, *Derecho Penal, Sus Bases Reales y su Actualidad*. Volumen I, Parte Teórica, Editorial Potosí, 1969, pág. 76.

(75) *Ibidem*, pág. 78.

Delitos contra las Buenas Costumbres, dice: "si bien los adaptadores del Código español de 1822, que se convirtió en el Código penal boliviano de 1834, no se ocuparon de regular en forma expresa los delitos de violación, estupro, y abuso deshonesto, pues su labor se limitó a hacer algunas modificaciones conservando el texto original no es de ninguna manera disculpable que la Comisión encargada de revisar el Código anteriormente mencionado y los Congresales de 1834 que discutieron y aprobaron el nuevo proyecto, no hubieran procurado suplir el vacío de aquél, previendo en fórmulas claras y sencillas los indicados delitos, para evitar la confusión, que existe hasta hoy después de más de cien años de vigencia del código, existiendo como existían, fuentes donde inspirarse, particularmente el código penal francés de 1810 reformado en 1832, el Código napolitano de 1819 y otros, y cuando el código español de 1822 ya no regía en la misma España" (76) .

Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, miembro de la Comisión Codificadora Nacional de 1962 en sus investigaciones de los datos históricos del Código penal boliviano de 1834, comentando sus lineamientos generales dice: "El Código penal boliviano, inspirado en el Código penal español de 1822, si bien fue reformado varias veces por comisiones formadas por juristas nacionales, siguió en sus lineamientos generales una filosofía y una sistemática que no se adecuaron a la realidad del país, pues dejó marginada a la mayoría de la población de Bolivia, constituida por la clase indígena, que de he-

(76) Manuel Durán P., *Estudios y Comentarios de Jurisprudencia en Materia Penal*, La Paz, 1968, pág. 190.

cho no ha estado incorporada a la realidad jurídico-social y cultural de Bolivia. . . El esfuerzo que realizaron los codificadores del siglo pasado para elaborar una legislación que ha servido por más de ciento cuarenta años es encomiable y extraordinaria, como fue la gran capacidad intelectual y profesional de esos fundadores de la Patria y del Derecho boliviano por la profundidad de sus conocimientos y por el dominio de la doctrina jurídica europea que sirvió de base a su labor" (77).

Por nuestra parte, podemos decir que el Código penal boliviano de 1834, cuya vigencia y aprobación —como se ha visto—, tardó muchos años, si bien es copia fiel del original, el español de 1822, sin embargo, las críticas que ha sido objeto, carecen, a nuestro entender, de razón sino se interpreta la corriente de la época. Se ha dicho, por ejemplo, que peca de excesivo casuismo. Evidentemente, pero también hay que reconocer que los legisladores, en su afán de explicar hasta el mínimo detalle la conducta punible, forzosamente hicieron un articulado casuista. Por otra parte, se ha dicho que la rigurosidad y exageración de las penas constituyen uno de los defectos capitales. La concepción de la pena, en esa época, era que ésta debería tener un fin expiatorio y retributivo del mal causado y, además, amedrentadora para ejemplo de todos los demás, con el fin de evitar que se cometieran más delitos. Exigir que en 1834 se tenga un sentido de la pena como el que hoy se tiene, es pecar de desconocimiento de la realidad de ese tiempo vivido. No se puede ver con el mismo lente, nuestra

(77) Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, en Op. Cit., pág. 95.

época en que las ciencias penales han adelantado en sus concepciones, que la criminología ha hecho sus incursiones en el Derecho penal transformando una serie de instituciones, que existe, en fin, una política resocializadora, a la época de la formación del Código penal de 1834.

Pero existe otra razón para determinar que las críticas se van por un plano absolutamente errado. Los críticos acérrimos del Código penal de 1834, se estrellan contra éste, por no responder a la "realidad nacional" (78), fundamentalmente por no contemplar la situación jurídico-penal del indio que constituye —actualmente— un 60% de la población de Bolivia. Tales críticos, se olvidan que los legisladores de 1831, respondían a una determinada clase dominante de la política boliviana, se olvidan que fue el grupo oligárquico terrateniente, quien tomó las riendas del poder. No fueron los "Tupac Amaru" los "Tupac Katari", tampoco —y es lo más grave—, los Guerrilleros de la Independencia boliviana. Fueron los Oñañeta, los Serrano, los Urcullu (79) representantes genuínos de la oligarquía criolla terrateniente, quienes actuaron decisivamente en los albores de la vida republicana. Fueron ellos quienes legislaron respondiendo a los intereses de la

(78) Se habla mucho, conforme se verá páginas más adelante, de la "realidad nacional", pero no se precisa un verdadero concepto de lo que ha de entenderse por tal. Pensamos que al tocar el tema de la realidad nacional, se deben tener en cuenta no sólo factores jurídicos sino todos aquellos aspectos políticos, sociales y económicos que determinan la vida del país en un momento histórico y la idiosincracia de todas las capas sociales del país.

(79) Su actuación, a nuestro criterio, responde a un momento histórico cuya trascendencia no podemos desconocer ni desmerecer en ningún momento.

clase dominante. El indio y su situación jurídico-penal y social, no ha sido tomado en cuenta sinó ciento veinte años más tarde, cuando se produjo en el país el proceso de la Reforma Agraria y toda la secuela de consecuencias sociales que aparejó esta reforma. De modo que mal podían preocuparse de la mayoría de la población de Bolivia los legisladores de 1831. Estos dictaron leyes tomando en consideración los intereses de la capa gobernante, haciendo abstracción completa del indio y su tratamiento jurídico. Tomemos como ejemplo un hecho que demuestra la contradicción entre la norma legal y la realidad que se vivía en ese momento. El 28 de febrero de 1830, el Mariscal Andrés de Santa Cruz, dictó un decreto referente a la esclavitud. Este decreto ordenaba suspender el pago e indemnización, por parte del Estado, a los patrones, del valor de los esclavos. Recalcaba, curiosamente, en su artículo segundo que los esclavos "conserven el derecho de mudar de dueño cuando no estén avenidos con el que tiene", pero deberían buscarlo en el preciso término de dos meses desde que reciban su papel de venta. ¡Y la esclavitud estaba prohibida por precepto constitucional y por la ley de 19 de diciembre de 1826!

Se olvidan los críticos del Código penal de 1834, que la institución del "pongueaje" (80), ha sobrevivido hasta algunos años después de la Refor-

(80) "Pongo" llamado así al campesino indígena que era considerado como propiedad del latifundista, era empleado en todas las faenas particularmente como "bestias de carga". Fue tan humillante el trato que recibió, que, cuando llegaba a la ciudad se lo tenía en una situación degradante a su condición de humano. ¡Esa era la situación social del indígena campesino antes de la Reforma Agraria!

ma Agraria. De modo que gran parte de la explicación, a nuestro parecer, está allí, en la razón político-social. Si se quiere hacer una crítica de las fallas y lagunas de este cuerpo punitivo debe tomarse en cuenta este aspecto y no atacar errores que solamente traducen el desconocimiento de la situación político-social de ese tiempo y de la verdadera realidad de entonces.

5) FACUNDO INFANTE: Su Influencia en el Código Penal de 1831.— No podemos terminar esta parte de nuestro estudio de investigación sin antes hacer una breve mención a don Facundo Infante, y la influencia que ejerció en la formación del Código penal de 1831 que, retocado, llegaría a ser en definitiva, el cuerpo punitivo que rigió la actividad jurídico-penal boliviana durante 139 años.

Nació don Facundo Infante, en Villanueva del Fresno (Badajoz-España) en el año 1786. En la guerra de la Independencia fue nombrado por la Junta, subteniente del regimiento Leales de Fernando VII, teniendo una descollada intervención en la batalla de Talavera de la Reina y Albuera valiéndole, esta actuación, el ascenso a Capitán. Prisionero durante el sitio de Valencia, pudo escapar y tomó parte en los bloqueos de Tarragona y Tortosa. Esta decidida y valiente actuación sirvió para un nuevo ascenso al grado de teniente coronel. Posteriormente fue representante por Badajoz en las Cortes de Cádiz donde tuvo una destacada intervención.

Tanto el **Diccionario de Historia de España** (81), como la **Enciclopedia Espasa Calpe** (82) con-

(81) Diccionario de Historia de España, Tomo II, Madrid, 1952, pág. 43.

(82) Enciclopedia Espasa Calpe, Tomo XXVIII, 1a. Parte, Madrid, 1925, pág. 1400.

sultados, omiten consignar su participación como Diputado de las Cortes de 1821. Se limitan a decir que, por sus opiniones políticas se ve obligado a emigrar en 1819. Sin embargo, hemos encontrado el registro de su firma en la orden de 31 de marzo de 1822, como Diputado Secretario de las Cortes (83).

Es en 1822, a la caída del régimen liberal, que huye hacia América. La **Enciclopedia** y el **Diccionario**, anteriormente aludidos, dicen que desempeñó cargos importantes, entre ellos, el de Ministro del Interior del Perú. Este cargo no lo ejerció en el Perú sino en Bolivia, a raíz de la recomendación que hiciera de su persona, el Libertador Simón Bolívar al Mariscal Antonio José de Sucre (84). Por ello, cuando el Mariscal Sucre se hizo cargo de la Presidencia de la República, conforme a lo resuelto en la Asamblea de 1825, nombró como Ministro del Interior a don Facundo Infante, llegando a ser, en consecuencia, el primer Ministro del Interior de la República de Bolivia (85).

(83) Concretamente, en la orden mediante la cual se autoriza a la diputación provincial de Canarias para reformar los derechos de navegación de puerto, firmada por Infante como Diputado Secretario en, *Colección de los Decretos y Ordenes Expedidos por las Cortes*. Tomo IX, Madrid 1822.

(84) Una relación de su llegada a Bolivia y designación como Ministro puede leerse en: O'Connor Burdet, *Independencia Americana*. Madrid, 1938, pág. 247 y ss.

(85) El Decreto de su nombramiento decía literalmente así: El General en Jefe del Ejército, libertador encargado del Mando de estos Departamentos...

Considerando: 1o. Que el Gobierno de estos Departamentos ha sido servido hasta ahora por la Secretaría del Ejército;

2o.) Que el Despacho Público exige la organización de otra Secretaría, que se encargue de los negocios del Gobierno: Oída la Diputación Permanente,

Decreto:

En el desempeño de su cartera, se preocupó, fundamentalmente, de dotar al país de una legislación acorde con los postulados de la doctrina penal de entonces. El hecho de que se haya adoptado el Código penal español de 1822 y no el francés —como se hizo con el Código civil— y que es la fuente del español de 1822, se debe a la labor de Facundo Infante, ya que él conocía perfectamente todo el proceso de elaboración y discusión del Código penal español de 1822. De la lectura de su carta-alegato en favor del Código penal español se infiere claramente su conocimiento de los argumentos esgrimidos por los partidarios del proyecto de Calatrava en las Cortes de 1822. Todo ello, nos impulsa a afirmar que es Facundo Infante, quien pone en manos de los legisladores bolivianos de 1826, el Código penal español aprobado por las Cortes en 1822. Su infatigable labor se ve traducida en la serie de notas que envió desde su ministerio, al Congreso, la formación de Comisiones revisoras, su intervención per-

1o.) Para el servicio del Gobierno y en estos Departamentos se divide la Secretaría en dos; una de las Secciones de Gobierno y hacienda y otra militar.

2o.) Las dos Secciones de Gobierno y Hacienda, serán despachadas interinamente por el Teniente coronel Facundo Infante, y la Militar, del mismo modo por el Teniente Coronel Agustín Jeraldino. Aquellas tendrán dos Oficiales Mayores encargados de sus respectivos Ramos.

3o.) Los dos Secretarios están autorizados para firmar las Ordenes y Resoluciones del Gobierno, en sus respectivos Departamentos pero las comunicaciones a los Presidentes departamentales, comandantes generales, Cortes Superiores de Justicia y Gobernadores Eclesiásticos, llevarán mi rúbrica al margen.

Comuníquese a quienes corresponda, imprímase y publíquese. Dado, firmado y referendado en Chuquisaca a trece de enero de mil ochocientos veintiseis.— Antonio José de Sucre.— por orden de su Excelencia Agustín Jeraldino, Secretario.

Texto literal de la Ley No. 37 de 13 de enero de 1826 consignado en Agustín Iturricha, *Leyes Numeradas y Compiladas de la República Boliviana*, Tomo I, La Paz, Bolivia, 1909 pág. 167-168.

sonal en el Congreso y la premura con que despachaba estos asuntos. Su celo funcionario y su intención de dotar al país de una legislación penal acorde con los principios penales de la época, se ven frustrados por los avatares de la política, y, fundamentalmente, por el ataque que se hace contra él, por ser extranjero.

A la caída del Mariscal Antonio José de Sucre, Facundo Infante es, también alejado del poder y retorna a España acogiéndose a la amnistía de 1834. Escala posiciones dentro de la política española y ocupa por dos veces la cartera de Ministro de la Guerra. En 1837, rechaza estando de Titular del Ministerio de la Guerra, a los Carlistas ya próximos a la Capital, acción que le vale el ascenso a Teniente General. En 1854 es destinado a Palma de Mallorca; la Junta Revolucionaria de ese año, lo nombra Capitán General de las Baleares. Posteriormente desempeñó el cargo de Director de la Guardia Civil. Después de ocupar algunos cargos más, es nombrado Director General de Inválidos, desempeñando esta función le sobrevino la muerte en 1873. Poco y nada se ha escrito de la vida política de este hombre que desempeñó roles de enorme importancia en los dos continentes, y, con cuyas iniciativas, despertó un afán por dotar a Bolivia de una legislación penal consiguiendo, de esta manera, que, tras largas discusiones y formación de comisiones, Bolivia adopte en el año 1831, el modelo del Código penal español de 1822.

CAPITULO TERCERO

A) REFORMAS BASADAS EN MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES. 1) Constitución Política de 1839; 2) Constitución Política de 1851; 3) Constitución Política de 1868; 4) Constitución Política de 1871; 5) Constitución Política de 1880; 6) Referéndum de 11 de enero de 1931; 7) Constitución Política de 1967.

B) PRINCIPALES REFORMAS DEL CODIGO PENAL. 1) Ley de 3 de noviembre de 1840; 2) Ley de 6 de noviembre de 1840; 3) Ley de 3 de noviembre de 1883; 4) Ley de 19 de diciembre de 1905; 5) Ley de 29 de agosto de 1907; 6) Ley de 10. de diciembre de 1914; 7) Ley de 16 de septiembre de 1916; 8) Ley de 15 de abril de 1932; 9) Ley de 31 de diciembre de 1940; 10) Ley de 23 de diciembre de 1949; 11) Decreto Ley de 3 de enero de 1956; 12) Ley de 5 de enero de 1961; 13) Ley de 10 de enero de 1962.

A) REFORMAS BASADAS EN MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES

En ciento cincuenta años de vida republicana, Bolivia ha tenido diecisiete constituciones, lo que evidencia que su inestabilidad constitucional ha marchado en concordancia con la inestabilidad política del país. Antes de señalar las reformas al Código penal, mediante precepto constitucional, creemos conveniente reproducir textualmente el resumen que hizo el Dr. Ciro Félix Trigo, ex-profesor de

Derecho Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés de la ciudad de La Paz, con respecto a la vida constitucional del país:

“Las leyes constitucionales, desde que se dieron hasta el momento han tenido una azarosa vigencia. Pocos y relativamente breves los períodos, en los que se aplicaron con lealtad; su cumplimiento se ha circunscrito a los intervalos entre los golpes de estado, pronunciamientos militares, alzamientos populares y revoluciones, renovadas incessantemente con mayor ímpetu al calor de complejas fuerzas económicas sociales y políticas.

“Las instituciones jurídicas reposan sobre una costumbre originaria, remota, que lentamente se ha transformado hasta constituir norma escrita en Bolivia. Todo su ordenamiento fundamental proviene desde la iniciación de su vida republicana, sin que se hubiesen tomado en cuenta mayormente los usos y costumbres que existían durante la vida colonial y en la época incaica.

“El examen más superficial de la teoría y realidad constitucional nos lleva a patentizar un notorio desequilibrio entre ambos. Es ostensible la distorsión que media entre lo que dice la ley y lo que se hace en nombre de ella o se ejercita sin invocarla. Las viejas prácticas, los hábitos inveterados y la baja o ninguna cultura cívica, conspiran contra la aplicación recta y veraz de las normas fundamentales. Pesa asimismo, la tradición de la conducta que observaban las autoridades en relación a las leyes dictadas por el monarca español para los indios sintetizada en esta máxima: **se acata pero no se cumple**. Infelizmente nosotros podemos expresar

todavía que la Constitución se acata, pero no se cumple sino esporádicamente y parcialmente..." (1).

Dentro de las reformas principales al Código penal de 1834 que introdujeron las Constituciones Políticas de Bolivia, merecen citarse las siguientes:

1) Constitución Política de 26 de octubre de 1839.— Esta Constitución (4ta. desde la iniciación de la vida republicana), promulgada por el Presidente José Miguel de Velasco, en el artículo 114, suprimió el tormento: "No se usará jamás de tormentos, ni se exigirá confesión por apremio, reducción o amenaza...". Mediante el artículo 115 redujo la aplicación de la pena de muerte a los casos de rebelión, traición a la patria, asesinato y parricidio. Suprimió la confiscación de bienes y la pena de infamia: "La República desconoce toda confiscación de bienes, y toda pena cruel y de infamia trascendental".

2) Constitución Política de 20 de septiembre de 1851.— Esta fue promulgada por el entonces Presidente Manuel Isidoro Belzu. Constituye la sexta en la vida republicana. Estableció en el artículo 4to, la garantía procesal de que "ningún hombre puede ser detenido, arrestado preso ni condenado a pena, sino en los casos según las formas y por los tribunales establecidos por las leyes, publicadas con anterioridad al hecho por el que debe ser detenido, arrestado, preso o condenado...". En el artículo

(1) **Ciro Félix Trigo, Las Constituciones de Bolivia.** Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Prólogo de Manuel Fraga Iribarne, Madrid, 1958, págs. 48-49.

82, determinó el grado preferente de aplicación de las leyes: "El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenecen privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a otras resoluciones".

3) **Constitución Política de 1868.**— Promulgada por el Presidente Mariano Melgarejo, constituye la octava desde la independencia del País. Estableció la inmunidad parlamentaria: "Los representantes nacionales, no debían ser aprehendidos, demandados ni citados judicialmente desde el día de su proclamación, durante las sesiones y cuarenta días después salvo delito *in-fraganti* sujeto a pena corporal".

4) **Constitución Política de 1871** — Es la novena de la República, promulgada por el ex-Presidente Agustín Morales, estableció la tolerancia de otro culto que no sea el católico apostólico romano en las colonias donde existiera otra creencia. El artículo 21 abolió taxativamente la pena de infamia y la de muerte civil: "quedan abolidas la pena de infamia y la de muerte civil así como la prisión por deudas".

5) **Constitución Política de 1880.**— Promulgada el 28 de octubre de 1880 por el Presidente Narciso Campero, constituye la undécima en la vida independiente del país. Proclamó en su artículo segundo la libertad de culto: "El Estado reconoce y sostiene la religión Católica, Apostólica y Romana, permitiendo el ejercicio público de todo otro culto".

6) **Referéndum de 11 de enero de 1931.**— Mediante Referendum popular de 1931, se incorporó a la Constitución Política del Estado “con el argumento de que la revolución devolvió al pueblo en masa, su facultad constitucional originaria” (2), la institución del **Habeas Corpus**, instrumento legal que sirvió para limitar, en cierta forma, la arbitrariedad de autoridades políticas y judiciales, constituyendo en los últimos tiempos un instrumento de lucha para la garantía del libre ejercicio de los derechos ciudadanos.

7) **Constitución Política de 1967.**— Merece especial consideración la Constitución política de 1967 (la última hasta el presente). La Carta Magna promulgada por el Gobierno presidido por el ex-Presidente General Barrientos, remarcó —dentro del Derecho penal— un aspecto fundamental: la presunción de la inocencia del encausado mientras no se pruebe lo contrario, derogando, de esta manera, el artículo 1o. del Código penal de 1834 (3) en su segunda parte. Estableció, además, la retroactividad de la ley penal cuando ésta favorezca al encausado. El texto literal del artículo 16 de la Constitución, vigente hoy, dice: “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable. Desde el momento de su detención o apre-

(2) Vid. Alipio Valencia Vega, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial y Librería Juventud| La Paz, 1964, pág. 169.

(3) Art. 1o.— “Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En todo infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario”.

samiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor.

"Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las posteriores cuando sean más favorables al encausado".

El artículo 17, siguiendo al texto de la Constitución Política de 1961, derogó la pena de muerte, reiterando que no existe la pena de infamia ni la muerte civil, señalando para los casos de parricidio, traición a la patria y asesinato la pena de treinta años: "No existe la pena de infamia, ni la de muerte civil. En los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria, se aplicará la pena de treinta años, sin derecho a indulto. Se entiende por traición a la patria, la complicidad con el enemigo durante el estado de guerra extranjera".

Finalmente, el artículo 33, remarcó la irretroactividad de las leyes exceptuando el caso de las penales cuando beneficien al delincuente: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente".

Esas fueron las reformas al Código penal de 1834 introducidas por las diferentes Constituciones Políticas de Bolivia. En realidad muy pocas, pero algunas muy importantes, entre ellas, la derogación de la pena de infamia, muerte civil, la pena capital, la presunción del encausado mientras no se pruebe lo contrario, aspectos que se tomaron en cuenta, posteriormente, en la reforma penal.

B) PRINCIPALES REFORMAS DEL CODIGO PENAL DE 1834.— El Código penal, puesto en vigencia el 6 de noviembre de 1834, no tuvo muchas reformas. Se dictaron leyes especiales que aclararon algunos artículos, otras limitaron las penas y el tiempo de duración de éstas, derogaron algunas figuras delictivas y, por último, establecieron nuevos tipos penales. Por tener interés solamente histórico, citaremos a continuación las leyes que, a nuestro juicio, fueron las principales:

1) Ley de 3 de noviembre de 1840.— Esta ley, conmutó la pena de muerte, por la de diez años de presidio para todos los casos, excepto en los de asesinato, parricidio y traición a la patria establecidos por la Constitución Política del Estado. En su artículo segundo, limitó el arbitrio del Poder Ejecutivo para los casos en que éste conmutara la pena de muerte en uso de la facultad concedida por la Carta Magna. Estableció que, en dichos casos, la conmutación debía ser por la de presidio, extrañamiento de la República o confinamiento, por el término de diez años, según las circunstancias del hecho y del reo condenado. El artículo tercero, reformó el artículo 508 del Código penal (4) en los si-

(4) Art. 508.— “En el caso que dentro de los sesenta días o después de ellos muera el herido o maltratado, constandingo, no ser mortales de modo alguno los golpes o heridas, y no haber sido la muerte efecto de ellas sino la impericia de los cirujanos, de algún exceso del herido, o de otro accidente casual e inconexo con el delito no será castigado el reo como homicida, sino como autor de heridas o golpes de la mayor gravedad con arreglo al capítulo siguiente; salvas las modificaciones y excepciones que el mismo capítulo contiene en los casos respectivos”.

güentes términos: "Las penas que impone el artículo 508 del Código penal sólo tendrán efecto cuando el herido o maltratado conserve aún al tiempo de su muerte o sufra resultados de los golpes o heridas; mas no en el caso de hallarse enteramente sano antes o después de los sesenta días". Regulaba, de esta manera, el principio de casualidad al imponer las limitaciones que corrigen aplicaciones extremadas, como las que derivan de la teoría de la equivalencia de las condiciones (5).

El profesor Medrano Ossio, con referencia a esta Ley decía: "Esta reforma va también suministrando las penas como simples castigos sin atender a su finalidad y sí, simplemente a la objetividad del acto, a sus circunstancias. Aumenta otro casuismo más a los muchos que contiene el código en el mismo Capítulo que trata del homicidio en general. El homicidio y la reforma que estudiamos, ni siquiera se asoma a considerar al homicida para imponerle la pena. Para que si en su juzgamiento se practicaré, o mejor, se procederá teniendo en cuenta tan solo la objetividad que se ha mencionado antes; al cuento y recuento de agravantes y atenuantes. Esto es bastante dice el código y no establece medidas de seguridad" (6). El profesor citado, se extraña que esta Ley no haya considerado al homicida y que, tampoco, haya contemplado las medidas de seguridad. Exigir que en 1840 se trate de la personalidad del delincuente es estrellarse contra la concepción jurídico-penal de la época. Es olvidarse que, recién treinta años más tarde, Rafael Garófalo esbozaría

(5) Cfr. Miguel B. Cañas H, en Op. Cit, pág. 97.

(6) José Medrano Ossio, en Ob. Cit. págs. 83-84.

su teoría de la **Temibilitá**, antecedente de la moderna teoría de la **Personalidad Criminal**, expuesta por el maestro Pinatel. Pedir que la pena tenga el fin de resocialización y no el expiatorio es no comprender el espíritu del siglo pasado, en el que se desconocían por completo las medidas de seguridad, entendidas hoy, como los medios tendentes a prevenir la delincuencia mediante el combate de la peligrosidad social encontrada en sujetos que han llevado a cabo ciertos actos de carácter antisocial (delitos o cuasi delitos) y con la finalidad de obtener la adaptación de los sujetos a la vida libre (7). No compartimos esa crítica y si bien no justificamos, comprendemos la razón de dichas leyes por responder a la corriente imperante en ese tiempo.

2) **Ley de 6 de noviembre de 1840.**— Esta Ley, reducía la penalidad del artículo 590 del Código penal referente a la injuria leve. El citado artículo disponía para los casos de injuria leve, el arresto de ocho días a dos meses, más la satisfacción pública. La Ley redujo la pena de cuatro a doce días y la satisfacción podía ser pública o privada según hubiese sido la injuria, es decir, pública o en forma privada.

3) **Ley de 3 de noviembre de 1883.**— Esta Ley, en su artículo único, sancionaba con una pena indeterminada de dos meses a un año de reclusión, a los que incurrieran en perjurio cuando la ley exigía

(7) Cfr. Arnoldo García Iturbe, **Las Medidas de Seguridad**, Instituto de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967, pág. 36.

juramento, derogando la pena de infamia con que anteriormente se penaba en esos casos. La nota característica era la de incurrir en perjurio en los casos que la ley así lo ordenaba, y no el afirmar, negar o callar una verdad en calidad de perito, intérprete, traductor o cualquier otro que fuere interrogado en un proceso judicial o administrativo conforme se exige hoy en las legislaciones contemporáneas.

4) **Ley de 19 de Diciembre de 1905.**— El artículo 28 de esta Ley, derogó el Art. 622 del Código penal [8]. El Art. 29 de la misma ley, aclaraba el "hurto ratero" considerándolo así en los casos cuyo valor no excediese de cien pesos bolivianos y sometía a la jurisdicción de la policía el conocimiento de estos casos. El artículo 30 establecía una pena de seis meses para los casos en que el valor de la cosa hurtada excediera de 100 pesos bolivianos hasta quinientos; de un año a dos, los que excedieran de quinientos a mil pesos bolivianos, y pasando de un mil pesos bolivianos con cuatro a ocho años de reclusión. El artículo 31 ordenaba la restitución de los bienes robados o hurtados al dueño reconocido, salvo los instrumentos del delito; los mismos que

(8) El artículo 622 decía "El hurto, cuyo importe no pase de veinticinco pesos, será castigado con reclusión de uno a seis meses. Sin embargo el que hurte una caballería, o un buey o una vaca, o ganado menor de cualquier especie, que no pase de ocho cabezas, o colmenar cuidado que no pase de ocho colmenas, aunque su valor no llegue a los veinticinco pesos, sufrirá la pena de seis a diez y ocho meses de obras públicas; si el hurto fuere de mayor número, se impondrá al reo la misma pena con el aumento de tres meses por cada caballería o cabeza de ganado mayor, o por cada ocho del menor, o por cada ocho colmenas, con tal que estos aumentos no excedan de la mayor duración de la pena de obras públicas".

deberían quedar en una oficina, debidamente inventariados, hasta el final del proceso.

5) **Ley de 29 de agosto de 1907.**— El artículo único de esta Ley, derogó el Capítulo Tercero, Libro Segundo, Título Primero del Código Penal (9), que correspondía a los Delitos contra la Nación, pasando a asimilarse entre los delitos comprendidos en el Capítulo 6to. Título 2o. referente a los delitos contra la Seguridad Interior del Estado que sancionaba los atentados contra la función pública. La promulgación de esta Ley, se debe, fundamentalmente, al precepto constitucional de 1880. Bolivia, país de profunda raigambre católica, adoptó la religión católica, apostólica-romana desde su primera Constitución Política de fecha 1826, contradiciendo, en

(9) Los artículos que correspondían a este Capítulo decían:

Art. 139.— “Todo el que conspire directamente y de hecho a establecer otra religión en Bolivia o que la República deje de profesar la Religión Católica, Apostólica Romana, es traidor y sufrirá la pena de muerte”.

Art. 140.— “El que con palabras, acciones y gestos ultrajare o escarneciere manifiestamente y a sabiendas algunos de los objetos del culto religioso en los lugares destinados al ejercicio de este, o en cualquier otro en que se ejerza, sufrirá dos a cuatro años de presidio; doblándose esta pena si el reo fuere eclesiástico, secular o regular, o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

Art. 141.— “Igual pena sufrirá el que a sabiendas derribare, rompiere, mutilare o destruyere alguno de los objetos destinados al culto público”.

Art. 142.— “Los que en alguna reunión tumultuaria, alboroto, desacato u otro desórden impidieren, retardacen, interrumpiesen o turbaren el ejercicio del culto público, o de alguna función religiosa en el Templo o en cualquier otro lugar en el que se estuviere ejerciendo, podrán ser arrestados en el acto, y conducidos a la presencia del juez, y sufrirán mancomunadamente una multa de ciento a quinientos pesos y una pensión de un mes hasta un año, sin perjuicio de mayor pena si la merecieren por el desórden que causen”.

cierta manera, con el proyecto de Constitución enviado por el Libertador Simón Bolívar. El mencionado proyecto decía: "la religión es la ley de la conciencia. Toda ley sobre ella la anula, porque es la base de la religión. Los preceptos y los dogmas sagrados son útiles, hermosos y de evidencia metafísica; todos sabemos profesarlos, mas este deber es moral, no político. . . ". Sin embargo, los convencionales de 1826, aprobaron en la Constitución el artículo 6to. que decía: "La Religión Católica Romana, es la de la República, con exclusión de todo otro culto público. El Gobierno la protegerá y hará respetar, reconociendo el principio de que no hay poder humano sobre las conciencias". Es evidente que, a la proclamación del principio de libertad de cultos sustentado por Bolívar, se antepuso el profundo sentido religioso católico, intolerable con otro culto, por parte de los convencionales de 1826.

La prohibición de otra religión se mantuvo en las sucesivas Constituciones Políticas de Bolivia, hasta 1871 en la que, si bien se mantenía la religión católica como culto oficial del Estado, sin embargo se exceptuaba a "las colonias" (10). Esta excepción se debía fundamentalmente, al criterio de fomentar la inmigración. La libertad para el ejercicio de cualquier otro culto, recién se dio en la Constitución de 1880, cuyo artículo 2do. decía: "El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana, permitiendo el ejercicio público de todo otro culto". Estos son los antecedentes para

(10) El término "Colonias" significa según el espíritu que animó a esta reforma, a las colonias de inmigrantes asentadas en el país.

que, en fecha 29 de agosto de 1907 se dictase esta ley; derogando la parte citada del Código penal.

6) **Ley de 1o. de Diciembre de 1914.**— Esta Ley, en su artículo único, reformó el artículo 44 del Código penal (11) estableciendo que para las penas que tuvieran tiempo determinado y que debían cumplir los reos condenados por sentencia ejecutoriada se computarían desde el día de su detención o prisión. Aclaraba, además, que para los efectos de estas condenas, los días serán completos de 24 horas, los meses de 30 días cumplidos y los años también completos de 12 meses.

7) **Ley de 16 de Septiembre de 1916.**— Mediante el artículo único de esta Ley, se complementó el inciso segundo del artículo 100 del Código penal, con referencia a la rebaja de penas, para aquellos casos en los que el reo fuese condenado con pena menor de los dos años, aspecto que faltaba en el citado artículo ya que se había previsto solamente para casos en los que la sentencia excediera más de dos años. El texto literal de la ley era el siguiente: "Al reo que se hubiere impuesto una pena que no exceda de dos años de duración, se le podrá rebajar de la sexta a la quinta parte de ella".

(11) El Art. 44 del Código penal decía: "Las penas que tengan tiempo determinado se empezarán a contar desde el día en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria, pero el tiempo de su prisión le será contado como parte de la pena en esta forma: cada seis meses de arresto o prisión se graduará por igual tiempo de prisión, arresto, de confinamiento y de destierro temporal, por cinco meses de reclusión, por cuatro de obras públicas, y por tres de presidio..."

8) **Ley de 15 de abril de 1932.** — La Ley de 15 de abril de 1932, instituyó en Bolivia el divorcio absoluto. El artículo 33 de esta Ley, derogó el delito de adulterio previsto y sancionado en los artículos 564 y 565 del Código penal (12); pasando a ser, de esta manera, el adulterio, una causal de divorcio.

Los referidos artículos, derogados por la Ley de 15 de abril de 1932, expresaban claramente la desigualdad jurídica de la mujer respecto al marido. Esta desigualdad, producto de la concepción del momento en que fue promulgado el Código punitivo boliviano, se ve reflejada en la lectura de los dos artículos.

Estos consideraban figura delictiva el adulterio cometido por la mujer no haciendo mención al cometido por el marido. Inclusive en el caso de que éste tuviera una "manceba" en el seno de su hogar, sólo se castigaba a la manceba pero no al marido adúltero. En el caso del artículo 564, la nota curiosa era que la pena se dejaba librada al criterio del marido —dándole un máximo de seis años— concediéndole, de esta manera, la facultad de ejercitar el *ius puniendi*.

9) **Ley de 31 de Diciembre de 1940.** — Mediante esta Ley se derogaron los artículos 52, 53,

(12) El art. 564 decía: "La mujer que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido con tal que no pase de seis años. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusión que la mujer y será desterrado del pueblo mientras viva el marido, a no ser que éste consienta lo contrario".

Art. 565.— "El marido que fuere convencido de consentir en el adulterio de la mujer, sufrirá la pena de infamia. La manceba que el marido tenga dentro de la misma casa en que habite su mujer, será desterrada mientras viva la mujer, a no ser que ésta consienta lo contrario".

54 y 55 del Código penal referentes a las solemnidades a cumplir para la ejecución de la pena de muerte (13). Asimismo, en casos de conmutación de la pena capital —cuya gracia correspondía al Poder Ejecutivo—, determinó que dicha conmutación debía ser por 20 años de presidio y no por 10 años como estaba establecido.

10) **Ley de 23 de Diciembre de 1949.**— Esta Ley, en su artículo 1o, consideró el giro de cheques sin fondos, como delito de estafa asimilándolo al artículo 637 del Código penal que tipificaba el delito de estafa. En la aplicación práctica existía una verdadera confusión, ya que, anteriormente el 13 de agosto de 1943, se había dictado un Decreto Supremo mediante el cual se disponía que el giro de

(13) Art. 52.— “El condenado a muerte será ejecutado dentro de las cuarenta y ocho horas de habersele notificado la sentencia, excepto en los casos designados por el Código de Procederes”.

Art. 53.— “El reo será conducido desde la Cárcel al suplicio en su vestido ordinario, con grillos y los ojos vendados. Si además de la pena de muerte hubiese merecido la de infamia llevará descubierta la cabeza. El parricida arrastrará también una cadena de hierro pendiente del cuello. Los reos sacerdotes que no hubiesen sido previamente degradados llevarán la cabeza descubierta con gorro negro”.

Art. 54.— “Desde la salida del reo de la cárcel hasta su muerte, así en las calles del tránsito como en el sitio de la ejecución, reinarán el mayor orden y silencio que no serán interrumpidos sino por las oraciones del reo y de los sacerdotes. Cualquiera que lo turbare, será arrestado en el acto, y castigado sumariamente con dos a quince días de cárcel, o con una multa de cuatro a veinte pesos”.

Art. 55.— “El cadáver del reo quedará expuesto al público en el mismo sitio hasta puesto el sol, y después será sepultado sin pompa por sus parientes y amigos, a quienes podrá ser entregado por disposición de las autoridades: exceptuándose de la entrega los cadáveres de los traidores y de los parricidas, a los cuales se entregará en el campo fuera de los cementerios públicos, sin pompa ni señal que denote el sepulcro. Los que infringieren cualquier parte de este artículo, serán castigados con un arresto de un mes a un año”.

cheques sin fondos, constituía un delito **in fraganti** y, procedimentalmente, en los delitos de carácter **in fraganti** no se concedía el beneficio de la libertad provisional. Sin embargo, como la penalidad del artículo 637 del Código penal hacía viable el beneficio citado, los tribunales concedían el beneficio de libertad provisional con el argumento de que había que aplicar el principio del aforismo jurídico de "ampliar lo favorable y restringir lo odioso" siendo así que el Decreto Supremo de 13 de agosto de 1943 había sido derogado por la Ley de 23 de diciembre de 1949. Esta Ley, en sus dos artículos no mencionaba nada respecto al carácter **in fraganti** de los delitos de giro de cheques sin fondos, de tal suerte que nos parece que la aplicación del aforismo jurídico **favorabilia amplianda odiosa restringenda**, no era necesario en este aspecto.

11) **Decreto Ley de 3 de enero de 1956.** — Este Decreto-Ley, estaba compuesto de cuatro Capítulos. En el primero, consideró delitos contra la economía nacional, las siguientes conductas: a) La explotación, tala o destrucción de la riqueza forestal sin el permiso de autoridad competente o la caza y la pesca en época prohibidas. b) La comercialización de bienes del Estado, exportación ilícita de armas, municiones y materiales pertenecientes al Ejército Nacional. c) La elevación artificial de los costos de producción industrial sometida a control de precios y destinada al consumo público. d) La especulación de los artículos de primera necesidad. e) La ocultación o acaparamiento de artículos de consumo o de uso. f) La constitución nominal o simulada de empresas y cooperativas, con el objeto

de beneficiarse con la concesión de créditos y divisas. g) La venta en bolsa negra de las divisas obtenidas a tipo de cambio oficial. h) La reexportación de artículos de primera necesidad que fueran importados con divisas obtenidas a tipo de cambio oficial. y) La reexportación, sin previo permiso, de toda otra mercadería. j) La alteración dolosa de los precios de venta de productos exportados del país, para efectos de descargo de divisas. k) La fabricación, suministro o venta al Estado de maquinarias, productos de notoria baja calidad de las ofrecidas o contratadas. l) El soborno a un funcionario. ll) La celebración de contratos leoninos sin haberse cumplido con los requisitos señalados por Ley. En todos estos casos, la penalidad era de obras públicas haciendo, de esta manera, improcedente el beneficio de la libertad provisional en la tramitación de las causas por hechos que infringían esta Ley.

El Capítulo segundo, determinaba que eran delitos contra la Salud y Alimentación del Pueblo: a) La fabricación, suministro, tráfico o simple posesión ilegal de sustancias estupefacientes. b) La alteración de calidad o valor nutritivo de artículos o sustancias destinadas al consumo público. c) La especulación u ocultación de artículos de primera necesidad. d) El acaparamiento y el tráfico de antibióticos. Al igual que en el anterior capítulo, todas estas conductas tipificadas como delitos, tenían la penalidad de obras públicas.

El Capítulo tercero, señalaba las conductas consideradas como "Delitos contra la Función Pública". Determinaba que el funcionario público, director, gerente o empleado de empresas o de entidades autónomas, semi-fiscales, incurría en delito contra la función pública en los siguientes casos:

a) Apropiación indebida en forma directa o indirecta de dineros, bienes o valores del Estado que tuvieran en su custodia. b) El daño o destrucción total o parcial de vehículos, maquinarias u otros bienes del Estado. c) Imposiciones de tasas superiores a las legalmente establecidas. d) adjudicación de contratos, concesiones sin cumplir los requisitos legales. e) Adquisición de bienes muebles e inmuebles para el Estado sin el previo cumplimiento de los requisitos establecidos por Ley. f) Servir de intermediario por comisión o recompensa, entre el proveedor y la empresa en la que trabaja. g) Aceptación de dádivas. h) Enriquecimiento ilícito aprovechándose del cargo o influencia inherente al mismo, efectuando los emolumentos legales del cargo, ejercicio de profesión incompatibles con la función pública, aumento natural de bienes al asumir el cargo, por herencia, legado o donación acreditados por Instrumento público. La infracción a las anteriores disposiciones era sancionada con pena de obras públicas.

El Capítulo Cuarto, determinaba la responsabilidad penal para todos aquellos que hubieran concurrido "moral o materialmente", en cualquier forma a la ejecución del delito. Finalmente, el Capítulo Quinto, señalaba un procedimiento sumarísimo para la tramitación de causas por estos hechos, considerando toda infracción a esta Ley, un delito de carácter público.

12) **Ley de 5 de enero de 1961.**— Debido a la crisis económica que sufrió Bolivia a consecuencia de la estabilización económica monetaria, declarada por el Gobierno de 1956, aprovechándose

de la desesperación de la gente que pasaba escasez económica, los prestamistas, prestaban dinero con intereses tan elevados que hacían, prácticamente imposible el pago de la deuda afectando, de esta manera, el patrimonio de las personas. El Código penal, —de factura liberal—, no contemplaba el delito de usura ya que éste, de acuerdo a la concepción liberalista, no existe; no pudiendo —según la doctrina liberal— ser limitado el contrato de préstamo porque implicaría una violación de la libertad contractual. La situación era insostenible y, por ello, se tuvo que regular los contratos de préstamo. Por ese motivo, se dictó en fecha 5 de enero de 1961, la Ley que regulaba el contrato de préstamo o mutuo de dinero entre personas particulares. El artículo 1o, determinaba que en todo contrato de préstamo o mutuo, el interés convencional no podía exceder del cuatro por ciento mensual. El artículo tercero prohibía el cobro de intereses superior al autorizado, así como su capitalización y cualquier forma de anatocismo y el exigir su pago por adelantado. El artículo octavo de la mencionada Ley, sancionaba la usura, con la pena de multa equivalente al triple del monto de los intereses usurarios. El mismo artículo consideraba usura no sólo el fijar un interés superior al establecido, sino el obtener del obligado una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado respecto a lo hecho o dado por el prestamista. El artículo noveno sancionaba al intermediario, testaferro, favorecedor o provocador de préstamos o negocios usurarios. En la misma sanción incurría, según el artículo décimo, el que descontaba o retenía, sin orden de autoridad comi-

petente en forma total o parcial, sueldo o salario o cualquier otra retribución o pago que debería hacer; crédito o negocio que sea usurario. En artículo once, determinaba que los cheques antedatados que respaldaban un préstamo usurario, no constituían cuerpo del delito para la estafa conforme la Ley de 23 de Diciembre de 1949, citada líneas arriba. Establecía, además, la presunción de usura si el beneficiario directo o de endoso se dedicaba a las actividades de préstamo a intereses; en ese caso, debía darse aviso a la Superintendencia Nacional de Bancos, para que ésta proceda a la liquidación y cobro coactivo de los impuestos defraudados. El artículo doce, establecía que los cheques antedatados, usados para burlar los impuestos discalles y realizar una extorsión a los deudores por una amenaza de juicios de estafa, constituían prueba de comisión delictual. Finalmente, el artículo trece determinaba que, una vez comprobada la usura, además de las medidas anteriores, se debía ordenar la reducción de los intereses, al legal.

El defecto que, a nuestro entender, adolecía esta ley, es que solamente contemplaba como sanción una multa y no tenía una penalidad suficiente para reprimir o prevenir esta clase de hechos. Por ello, en las estadísticas —si cabe hablar de estadísticas en los tribunales de justicia de Bolivia— el último lugar, en cuanto a porcentaje de procesos se refiere, lo ocupaban las causas que se seguían por el delito de usura.

13) **Ley de 10 de enero de 1962.**— La proliferación del tráfico de estupefacientes y la carencia de prescripciones al respecto en el Código pe-

nal, hizo que se dictase el 10 de enero de 1962, la Ley de Estupefacientes. La mencionada Ley, enumeraba en el artículo primero, las sustancias que deberían ser consideradas estupefacientes y eran: a) el opio bruto y opio medicinal en todas sus formas. b) Los alcaloídes derivados del opio; c) Los sucedáneos de la morfina; d) La cocaína bruta y sus preparaciones galénicas; g) los preparados medicinales o no medicinales derivados de los alcaloídes anteriormente enumerados. Esta enumeración de sustancias respondía las Convenciones de La Haya (1912) y de Ginebra (1925). Se eliminó la hoja de la coca ya que el indígena —que representa actualmente el 60% de la población boliviana—, consume bastante coca y, en consecuencia su comercialización podía haber sido tipificada como delito y, por ende, buena parte de la población boliviana podía haber sido considerada delincuente. El artículo 2do. sancionaba la elaboración completa o incompleta, el consumo o suministro, con presidio de tres a diez años y multa de diez a cien millones de bolivianos; multa que beneficiaría en un 70% al denunciante y, el treinta por ciento restante al Ministerio de Salud Pública para el establecimiento de casas especializadas en salud para enfermos de este tipo de intoxicaciones. La posesión injustificada era sancionada con presidio de tres a cinco años. El suministro del local o instalaciones destinados a la elaboración, tráfico, tenía la misma penalidad del traficante, es decir de 3 a diez años de presidio y multa de diez a cien millones de bolivianos. El artículo quinto, agravaba la pena en una mitad para el caso de que los delitos fueran cometidos: a) por funcionarios pú-

blicos que tuvieran la misión de vigilar, prevenir o reprimir las actividades ilegales relativas a estupefacientes; b) por integrantes de bandas y asociaciones ilícitas dedicadas a elaborar, traficar o suministrar estupefacientes; c) los que proporcionaban estupefacientes a menores de edad, enfermos mentales o a quienes por condiciones de subordinación o por vínculos de familia se hallaren en situación de ser fácilmente inducidos al uso de tales drogas; d) el suministro efectuado a personas de las cuales se espera tener beneficios o inducir a cometer actos ilícitos o inmorales; e) el profesional médico o por quienes desempeñaren funciones similares cuando éstos extendieran recetas de estas sustancias sin haber dado parte al Ministerio de Salubridad. El artículo 6to. sancionaba con presidio de seis a diez años si a consecuencia del suministro se hubiera causado enfermedad o alteración mental grave y duradera. El artículo 7to. sancionaba con pena de tres a diez años de presidio y multa de diez a cien millones de bolivianos, al profesional médico que hubiese recetado estupefacientes sin ser ellos necesarios. El artículo 8tvo. establecía la obligación de los profesionales médicos de dar parte al Ministerio de Salubridad de las recetas de estupefacientes. El artículo noveno enumeraba las penas accesorias. La omisión de presentar denuncia de la existencia de actos ilegales era sancionada con seis meses a un año de reclusión. El artículo once, determinaba el internamiento del consumidor de estupefacientes en un organismo de salud pública hasta su total curación. La violación de los reglamentos sanitarios referentes al cultivo, era sancionada con arresto de tres a seis meses según el artículo doce. La rein-

cidencia, hacía que se doble la aplicación de las penas, según el artículo trece. El artículo catorce daba los lineamientos para determinar el monto de la multa. El artículo quince, facultaba la inspección de locales abiertos al público a simple requerimiento fiscal si hubiese indicios de que en aquellos se expendían o usaban estupefacientes. Los artículos dieciseis, diecisiete, dieciocho y diecinueve se referían a las normas para el secuestro o decomiso de los estupefacientes y materias primas. Asimismo, señalaba la jurisdicción para su juzgamiento. Finalmente el artículo veinte determinaba que las penas no podían ser objeto de rebaja ni de indulto.

En la enumeración de las leyes que han reformado el Código penal de 1834, hemos omitido deliberadamente señalar y subrayar dos que, a nuestro parecer, constituían solamente medios legales de represión política y que, —en última instancia—, no modificaban el Código penal ni aclaraban figuras delictivas; simplemente acentuaban la penalidad en los casos de conspiración, subversión o alzamiento político. El primero de estos instrumentos legales es el Decreto-Ley de 27 de marzo de 1938 mediante el cuál, se consideró conducta delictiva, la propaganda de doctrinas como el anarquismo, el bolcheviquismo, el comunismo y "toda tendencia social extremista". Llegaba a castigar la sola tenencia de libros y folletos referentes a la propagación de estas doctrinas. Para el caso de comprobarse la filiación en un partido político proscrito, la pena era de dos a cinco años de prisión además de la pérdida de sus derechos políticos por diez años; siendo así que por precepto constitucional, se reconocía el

Derecho de la persona a emitir libremente sus ideas u opiniones por cualquier medio de difusión.

El segundo, es el Decreto-Ley de 9 de septiembre de 1965 denominado "Ley de Seguridad del Estado". Penaba con cuatro a ocho años de presidio "la formación de grupos armados irregulares y su irrupción desde el exterior con objeto de establecer áreas geográficas para sustraerlas de la autoridad del Gobierno o tratar de apoderarse de este; buscar el enfrentamiento con las fuerzas regulares o de los organismos de seguridad". Castigaba, también, hechos de terrorismo político, la formación de guerrillas. Todo esto como consecuencia de cambio de gobierno y formación de la oposición en torno a grupos catalogados como de "extrema izquierda", reflejo de la turbulencia política que vivía en esos momentos el país,. Este Decreto-Ley, algunas veces reformado y agravado en sus penas, ha sido manejado por sucesivos gobiernos derogado y puesto en vigencia nuevamente de acuerdo a la mayor o menor estabilidad política del momento.



CAPITULO CUARTO

LA REFORMA PENAL

- A) Comisiones Codificadoras.**
- B) Proyecto de Código Penal de Julio Salmón.**
- C) Proyecto Oficial de Código Penal de López Rey y Arrojo.**
- D) Anteproyecto de Código Penal Boliviano de 1964. 1) Fuentes; 2) Lenguaje; 3) Estructura; 4) Parte General; 5) Parte Especial.**

LA REFORMA PENAL

Bajo este título, trataremos a continuación, los pasos previos a la promulgación del Código penal de 1972. En realidad, como se verá posteriormente, fueron muy pocos los trabajos serios realizados hasta la publicación del proyecto de Código penal presentado por el Dr. Julio Salmón. Proyecto que no fue considerado y recién en 1943 se presentó otro proyecto denominado "oficial" cuyo autor es el profesor López Rey. Consideramos necesario apun-

tar y señalar las diferentes comisiones, aunque sea de un modo somero, para conocer el proceso de lo que fue la reforma penal en la República de Bolivia.

A) COMISIONES CODIFICADORAS

Desde la promulgación del Código penal de 1834, puesto en vigor en la administración del Mariscal Andrés de Santa Cruz, se empezó a estudiar la posibilidad de su reforma (1). Todas las comisiones nombradas a tal efecto tuvieron efímera existencia; disueltas la mayoría de ellas debido a la turbulenta vida política del país o por falta de un presupuesto que sostenga un trabajo serio y responsable. Daremos a continuación, una relación de las diferentes comisiones que se nombraron.

Promulgado el Código penal de 1834, la Convención Nacional reunida en 1843, dictó la ley de 2 de junio de 1843, que autorizaba al gobierno mandar a publicar los Códigos de la República, previo informe de una Comisión que examinara las reformas de la Corte Suprema de Justicia. Esta Comisión fue nombrada mediante Decreto de 10. de septiembre de 1843 y estuvo integrada por los señores: José Mariano Serrano, Manuel Sánchez de Velasco,

(1) Depuesto por un golpe de estado, el Mariscal Santa Cruz fue declarado, mediante una ley "muerto civilmente" y su obra criticada por sus detractores. En la crítica se hallaba, indudablemente el Código penal, por ello se intentó llenar de defectos este cuerpo punitivo para proceder a su inmediata reforma, más que por un afán legislativo, por pasiones políticas que no dieron frutos positivos y, por el contrario, el Código siguió vigente más de un siglo sin sufrir mayores alteraciones.

Mariano Enrique Calvo y Manuel José de Asín. Los comisionados trabajaron diez meses, según la memoria presentada al Congreso Nacional por el Ministro del Interior, Pedro Buitrago, empero, no existe el mencionado informe de la Comisión.

Mediante Ley de 9 de noviembre de 1846, el Congreso Nacional autorizó al Ejecutivo, el nombramiento de otra Comisión para la formación de los Códigos Civil, Penal, de Enjuiciamiento y la Ley Orgánica. Tampoco existen actas y documentación referente a los trabajos que hubiere hecho esta Comisión.

En 1856, el Presidente de la República Jorge Córdova, nombró otra Comisión Codificadora formada por los Ministros jubilados de la Corte Suprema Drs: Manuel María Urcullu, Casimiro Olañeta, Manuel Sánchez de Velasco y Pedro Buitrago. Al igual que en las anteriores, tampoco existen datos de las discusiones y resultados de sus deliberaciones.

En 1857, el Dr. Melchor Urquidi presentó al Congreso Nacional un proyecto de Código penal. La Comisión de Legislación no examinó este proyecto y se quedó en el olvido a tal punto que hoy no se tiene conocimiento de ese trabajo.

Mediante Ley de 10. de octubre de 1868 se ordenó la codificación, coordinación y revisión de todos los códigos y leyes adicionales. Al igual que en las anteriores oportunidades, todo se quedó en la letra muerta de la ley.

Por Ley de 10. de octubre de 1872, se llamó a los jurisconsultos a concurso, con el estímulo de premios honoríficos y pecuniarios, para renovar los

cuerpos legales de la República, pero fracasó en sus resultados ya que no hubo producción alguna.

El 5 de noviembre de 1930, la Junta Militar de Gobierno, dictó un Decreto, en el que creaba comisiones unipersonales para que presenten sus proyectos en el plazo de un año. Vencido este plazo no se presentó ningún proyecto.

B) PROYECTO DE CODIGO PENAL DEL Dr. JULIO SALMON

En fecha 25 de febrero de 1935, el gobierno encargó al Dr. Julio Salmón, la redacción de un anteproyecto de Código penal. El Dr. Salmón presentó su proyecto el 25 de octubre del mismo año; es decir a los siete meses de ser comisionado tiempo —a nuestro entender— demasiado corto para una obra de la envergadura de un código punitivo. Por tener interés histórico haremos un breve y somero comentario de este proyecto ya que el mismo no fue considerado por el Congreso Nacional.

El proyecto lleva fecha de 25 de octubre de 1935. Está precedido de un prólogo y una Exposición de Motivos. Contiene tres Libros. El libro I se compone de ocho Títulos referentes a Disposiciones generales (T. I.), De las Penas (II), la Condena Condicional (III), Imputabilidad (IV), Tentativa (V), Participación Criminal (VI), Reincidencia (VII) y Concurso de Delitos (VIII). El Libro Segundo contiene doce títulos, empieza con los Delitos contra las Personas, siguiendo, de esta manera, la sistemática del Código penal argentino de 1921. El Libro Tercero contiene dos títulos referentes a normas procesales. Consta, en total el proyecto, de 374 artículos.

En el Prólogo, se queja el proyectista del poco interés en la codificación a nivel de magistrados de las Cortes de Distrito (2) y hace mención del des- crédito del Ministerio Público (3). Por otra parte, reconoce que la misión que le fuera encomendada fue improvisada: "El Poder Ejecutivo decidió reali- zar la empresa, y sin señalar bases ni orientacio- nes, me encomendó la redacción del proyecto, de- jándome con plena libertad de criterio" (4).

En cuanto a las fuentes, confiesa que le ha servido de modelo el Código penal argentino de 1921, el que, a su vez, ha sido inspirado por la co- rriente del proyecto de código penal italiano de 1921, preparado por la Comisión presidida por Ferri: "pro- yecto que, por admitir la teoría del estado peligroso,

(2) "Tan pronto como me hice cargo de esta tarea y deseando cono- cer la opinión de los magistrados del país, me dirigí a las Cor- tes de Distrito, solicitándoles su cooperación y juicios: apenas tu- ve la suerte de recibir contestación de Potosí y Tarija, con indi- caciones importantes, la mayor parte inspiradas en el Código pe- nal argentino y que han sido acogidas casi todas; la Corte de esta Capital, para negarme su concurso, se protegió en una circu- lar del señor Pantaleón Dalence, Presidente de la Corte Supre- ma, y la de La Paz me expresó estar muy ocupada en sus la- bores ordinarias para añadirse más el asunto de la codificación. Las demás Cortes ni acusaron recibo". Vid. Julio Salmón, **Pro- yecto de Código Penal Boliviano**, Librería e Imprenta Arnó Hnos., La Paz, 1936, Exposición de motivos, pág. 1.

(3) "Ningún gobierno en Bolivia, se ha preocupado honradamente de prestigiar a estos funcionarios: asegurándoles su independencia efectiva y no engañosa, pues, siempre han estado al servicio de la política del Poder Ejecutivo; los sueldos que se pagan y se han pagado, son ridículos; nunca han encontrado amparo y aliento en sus jefes, desde el Ministro de Justicia hasta el Fiscal del Dis- trito: las designaciones por favoritismo de correligionarios, se han hecho a granel en todo tiempo, se han destituido fiscales o se ha impedido el nombramiento de otros, que no eran del agrado gubernamental, y así, esto ha traído como consecuencia el des- crédito del Ministerio Público, como lo sufren todas las institu- ciones en Bolivia". Vid. Julio Salmón, **Proyecto...** cit. pág. X.

(4) *Ibidem*, pág. 1.

fue muy criticado" (5). También, el Dr. Salmón, se refiere a otras fuentes "además del citado código penal argentino de 1921 me ha servido como fuente de consulta, el Código penal del Perú de 1924, el Código penal de Italia de 1932 y el Proyecto de Código penal para Cuba de 1932 del profesor Fernando Ortiz. También por vía de ilustración he compulsado cuidadosamente el Código penal bolsheviky de 1926" (6). Nosotros hemos cotejado el proyecto de Bolivia y el Código penal argentino de 1921 y podemos aventurarnos a afirmar que el proyectista ha seguido, en general la sistemática y estructura del mencionado Código:

Con referencia a la corriente doctrinaria, el proyecto es de corte positivista, aunque en forma mal entendida el proyectista la denomina de **Defensa social** (7), concebida por el autor en los siguientes términos: "El delito es un fenómeno social, en que el juez, debe siempre examinar estos tres aspectos, el delincuente, el delito cometido y la pena o seguridad que se deba usar como sanción procurando en esto individualizar la pena que le sea más adecuada, para obtener la enmienda, la inoculación y la corrección del delincuente, pues, la única función del magisterio de instrucción como del pleuario, es la **defensa social**" (8). Extrañamente, el

(5) Cfr. Sebastián Soler, **Derecho Penal Argentino**, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976, 7a. T. I., reimpresión total, págs. 103.

(6) Julio Salmón, **Proyecto...** cit. pág 2 (Exposición de Motivos).

(7) Grammatica, es el principal exponente, en la política criminal, del movimiento de defensa social, quien dice que este movimiento aún cuando ciencia social, es ciencia, no mero arte o técnica. Vid. Michelangelo Peláez, **Introducción al Estudio de la Criminología**, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1966 pág. 184.

(8) Julio Salmón en **Proyecto...** Cit. pág 2.

proyectista no define el delito "para no caer en la polémica de los partidarios del **Libre albedrío** y los **positivistas y deterministas**". En el proyecto establece en el artículo 1o. (9), la presunción de culpa porque según él "la ley presume por las apariencias objetivas que en la comisión de un delito haya intención o voluntad criminal, porque esa es y debe ser siempre la regla **prima facie**, salvo que de los datos del proceso surja la prueba contraria" (10).

Aspirando que los jueces en materia penal tengan un conocimiento universal de las ciencias penales, el Dr. Salmón, en el año 1935 tenía el mismo criterio de todos aquellos que de una manera u otra alientan la esperanza de que la justicia penal en Bolivia sea confiada en manos de profesionales dedicados al estudio y práctica de las ciencias penales. Decía así el otrora Fiscal de la Nación: "Para conocer bien los delitos, y por consiguiente, a los delinquentes, es indispensable que el juez tenga conocimiento de sociología, derecho penal, economía política, psiquiatría, antropología criminal, la estadística y la medicina general, pues, son tantos los problemas que se agitan en cada caso, que es necesario hacer estudios complementarios, que el juez aunque no los conozca con la profundidad y extensión del perito o profesional debe tener ideas generales al respecto, tales como los puntos de vista que ahora se presentan en la clínica médica, con los **com-**

(9) El artículo 1o. del Proyecto decía: "En la ejecución de los hechos clasificados como delitos, se presume la voluntad criminal, a no ser que resulte una presunción contraria de las circunstancias particulares del proceso".

(10) Julio Salmón, Proyecto... Cit., pág. 7.

plejos de Freud y las **secreciones** de las glándulas endocrinas, como un producto de la biología" (11).

Una nota curiosa que destacamos del proyecto del Dr. Salmón es la que se refiere al duelo. El autor, lo excluye del Derecho penal con argumentos que, a nuestro modo de entender, no tienen asidero alguno, porque el duelo resulta ser, en última instancia, un homicidio cuando se consigue matar al adversario. Pensamos que ningún código de ética puede ser justificativo para excluir esta situación del ámbito penal. Estos son los términos con los cuales el Dr. Salmón justifica el duelo y su impunidad: "En cuanto al duelo, es un acto ejecutado con padrinos o testigos en perfecta igualdad de condiciones, por motivos de honor, que sólo saben cultivar los caballeros, poniendo en inminente peligro la vida de ambos participantes. Hay cuestiones o **puntos de honor**, que por su naturaleza escapan a las decisiones judiciales, la sociedad, tampoco sanciona este procedimiento para definir estos conflictos de carácter muy personal. Sería, una manera, también, de concluir la exhibición periodística que algunos buscan más que en el lance, en la publicidad. El día que sea permitido, es casi seguro que ya no se realizarán duelos de mentira. Por lo demás, si en el duelo no se cumplieran las reglas del código de honor, y uno de los actuantes muriera o quedara gravemente herido, entonces habría asesinato, homicidio o lesiones" (12).

En cuanto a las medidas de seguridad, el proyectista solamente incluye las post-delictuales. Pese

(11) *Ibidem*, págs. 7-8.

(12) *Ibidem*, pág. 9.

a su orientación doctrinaria, excluye las medidas de seguridad predelictuales, fundamentalmente por razones políticas. "No podía legislarse con la contextura del proyecto la **peligrosidad predelictual**, pues, con las pasiones y la versatilidad política de que adolecemos, si se hubiera consignado, el Código, habría sido un instrumento de opresión y de venganzas contra los adversarios de ayer, lo que hay que evitar para consolidar nuestras instituciones" (13). Las medidas de seguridad post-delictuales podían —según el proyecto— ser aplicadas a criterio del juez, debiendo cumplirse después de la pena. Su máximo de duración se señalaba en cuatro años salvo el caso de los reclusos en un manicomio o en un asilo anti-alcohólico. En estos casos la medida de seguridad tenía una duración indefinida hasta la curación total del sujeto.

Con referencia al tratamiento jurídico-penal del indio, el proyecto de 1935, se muestra un tanto paternalista. Este tema ha sido bastante discutido y la opinión del Dr. Salmón, refleja, de alguna manera, la posición que se tenía hasta el año 1952 frente a la problemática del indio. "El indio —dice el proyectista—, ha perdido su **personalidad** psíquica moral y económica, siendo por el momento un elemento nulo en la sociedad y la democracia; es preciso que la recupere, mediante un sistema bien meditado y ejecutado, de modo que su orientación y medidas, estén dirigidas al mismo fin. El Código penal es uno de esos medios, y por eso, el Proyecto

(13) *Ibidem* (Prólogo, pág 3).

establece el artículo 147 para protegerlo de cualquier forma de servidumbre" (14).

En el catálogo de penas, el proyecto contemplaba 21 clases, siendo las principales la de muerte, presidio, reclusión, prisión e inhabilitación. La pena de muerte, podía ser conmutada por el Presidente de la República, y sólo se aplicaba —según el proyecto—, en el caso de que las tres sentencias sean conformes en su parte resolutive. El máximo de duración de las penas era de 12 años de presidio (art. 70). El cómputo de la condena debía contarse desde el momento en que la sentencia condenatoria hubiese quedado ejecutoriada (15). Preveía, también, el proyecto el arresto domiciliario (16) y la condena condicional (17).

En el artículo 51 del proyecto, el Dr. Salmón confundió las causas de justificación (cumplimiento de un deber, obediencia debida, legítima defensa), con las causas de inculpabilidad (error o ignorancia del hecho), y las causales de inimputabilidad propiamente dichas. Ya que las agrupó a todas bajo el título de inimputabilidad.

(14) Ibidem, págs. 18-19.

(15) Art. 9 (3ra. Parte): "Tampoco será considerada como pena la detención que durante el proceso haya sufrido el sindicado o acusado, si se pronuncia auto de sobreseimiento o sentencia de absolución.

(16) Art. 19.— "Cuando la prisión no excediere de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas, las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias".

(17) Art. 35.— "En los casos que sea el primer delito y cuya pena sea de reclusión o prisión que no exceda de dos años". Además se debía fundar en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado. Actualmente, el Código penal boliviano toma la misma postura a los efectos de la fijación de la pena. (Art. 37).

En la parte Especial, se regulan las distintas figuras delictivas. Debido al corto espacio de tiempo que ha tenido su autor, el proyecto contiene algunas inclusiones precipitadas, tal el caso, por ejemplo, del artículo 75 que tipifica como asesinato el homicidio cometido contra los ascendientes; olvidándose, en consecuencia, del delito conocido con el **nomen juris** de parricidio. Otras figuras delictivas incluyen aspectos interesantes como el señalado en el artículo 134 del Proyecto que regula las consecuencias de los delitos contra las buenas costumbres. “Los reos de violación —establece el citado artículo—, estupro, raptó o abuso deshonesto de una mujer soltera, serán también condenados por vía de indemnización: 1) A dotar a la ofendida si fuese soltera, viuda o divorciada. 2) A reconocer la prole. 3) A mantener la misma, en todo caso”.

Pese a que el Dr. Salmón hace hincapié en haberse alejado del casuismo, sin embargo el proyecto peca, en algunos casos, de exagerado casuismo. El artículo 190 contiene once incisos sobre casos de defraudación y en la mayoría de los artículos se escapa de la sobriedad deseada.

El Libro Tercero, contiene aspectos procesales. En las Disposiciones Transitorias, el proyectista incluye una, en el artículo 375, mediante la cual se determinaba que el Código debía entrar en vigor después de dos años de su promulgación. Es, a nuestro parecer, una importante aclaración, habida cuenta que, todo cambio de legislación aparece una incertidumbre en su aplicación, se hace necesario prolongar su vigor hasta que se llegue a familiarizar con las nuevas instituciones.

Lamentablemente en la aprobación y vigencia del Código de 1972 no se ha seguido este temperamento.

En la Ley Complementaria del Proyecto, se creaba el Patronato de Penados con un Director con rango de Ministro de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Esta Institución tenía entre sus atribuciones, las de llevar estadística general bien especificada de los condenados y reincidentes tanto nacionales como extranjeros, elaborar un índice de los condenados y clase de delitos, buscar trabajo y colocación de los presos, hacer de tutor legal para los incapaces e hijos menores de los condenados, hacer de tutor legal de los indios, vigilar y visitar al menos una vez a las cárceles y elevar informes sobre estadística de delitos y delincuentes cada año.

Como dato interesante, la Ley Complementaria, en el artículo 17 establecía que en los juicios se debía acompañar al expediente dos retratos del imputado o el acusado uno de frente y otro de perfil.

Tales, en conjunto, los puntos principales del Proyecto de Código Penal presentado por el Dr. Julio Salmón al Poder Ejecutivo el 25 de octubre de 1935. Este Proyecto no ha sido considerado por el Congreso Nacional y su publicación, en edición limitada, se debe solamente al meritorio esfuerzo personal del distinguido magistrado boliviano.

Como epílogo de este rosario de tentativas de reforma penal en Bolivia, existe el Proyecto de Código Penal de Bolivia presentado por el profesor Manuel López Rey y Arrojo a cuya somera revisión pasamos a continuación.

C) PROYECTO DE CODIGO PENAL DEL DR. MANUEL LOPEZ REY Y ARROJO

El 10. de septiembre de 1941, el Gobierno del General Enrique Peñaranda dictó un Decreto Supremo que ordenaba la redacción de anteproyectos de Códigos Nacionales, los mismos que, una vez aprobados, serían puestos en consideración del Poder Legislativo. En su parte considerativa, el mencionado decreto reconocía "que las leyes substantivas y procedimentales que norman el régimen jurídico de la República, datan de la administración del Mariscal Santa Cruz, las mismas que ya no se conforman con la realidad social del país". Determinaba que era indispensable, "tomando por bases los principios fundamentales de la Constitución Política del Estado, encarar la reforma de los códigos y la redacción de otros nuevos, consultando, además, las conclusiones establecidas por la Jurisprudencia Nacional aplicando los principios de la ciencia del Derecho, al medio que se legisla". Reiteraba la urgencia de dotar al país de instrumentos legales y técnicos acordes con el grado de progreso social alcanzado y sus perspectivas de desarrollo. El Art. 2o. del Decreto que comentamos, dividía la labor de la codificación general en tres etapas; la primera, de formulación de un sistema de principios y de bases para la orientación doctrinal de los Códigos a redactarse. La segunda, la redacción de anteproyectos y la tercera, de revisión, coordinación y concordancia de los diferentes anteproyectos. La etapa primera, es decir, la redacción de principios y de las bases de codificación, encargaba a una Comi-

sión General compuesta de cinco miembros y un Secretario General, nombrados por el Poder Ejecutivo. Comisión que "previa encuesta dirigida a las Cortes de Justicia, Colegios de Abogados, Facultades de Derecho y personas de experiencia y versación jurídica", debería formular dichos principios en el término de cuatro meses de la fecha de su nombramiento. La encuesta debía versar, según el artículo 6to. del mencionado Decreto, sobre la materia de cada uno de los códigos, sus limitaciones, las relaciones de las nuevas instituciones de índole social y económica del Derecho escrito; las características especiales de la sociedad boliviana y sus perspectivas históricas, con relación al problema legislativo y, sobre otros aspectos que estime de utilidad formular la Comisión General. Este resultado debía servir para la formulación de las bases y para el estudio de los anteproyectos. En cuanto a los gastos que demandaren estos trabajos determinaba que se cargasen al presupuesto del Ministerio de Gobierno y Justicia.

Por contrato celebrado con el Gobierno, el profesor español, Manuel López Rey y Arrojo, se encargó de la elaboración de los trabajos previos a la redacción del proyecto de Código penal. "En junio y julio de 1940 y por encargo especial del entonces Ministro de Gobierno y Justicia Gral. Murillo, tras gestiones llevadas a cabo por el entonces Oficial Mayor de Gobierno de dicho Ministerio, Sr. Hugo Salmón Tapia, comencé los trabajos previos a la redacción del adjunto código penal...". (18) El Dr.

(18) Manuel López Rey y Arrojo, *Proyecto Oficial de Código Penal*, Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia, La Paz, 1943, pág. III.

Manuel Durán Padilla, en la crítica que hace del proyecto de López Rey, al referirse a la prisa de la codificación, puntualiza la contradicción del proyectista en cuanto a las fechas: "En efecto, en la Exposición de Motivos, el proyectista declara que en junio y julio de 1940, comenzó los trabajos para la redacción del Código penal [Pág. III]. En la misma Exposición, se dice [Pág. IV] que las Bases del Anteproyecto fueron presentadas a la Comisión Codificadora Nacional en 17 de noviembre de 1940. Líneas más abajo, se afirma nuevamente que "a los tres años casi justos de empezar los trabajos preparatorios de redacción... el Anteproyecto es ya Proyecto Oficial, etc. En la página V se expresa el "constante contacto y colaboración que durante tres años ha habido entre la Comisión Codificadora y el autor del Anteproyecto. Finalmente en un artículo periodístico de refutación al Dr. Medrano Ossio, publicado en "La Razón" de La Paz, se refiere una vez más y empleando una horrible cacofonía a su obra ya muy avanzada tras más de tres años de constantes trabajos..." (19).

Previa a la elaboración del proyecto, el profesor López Rey presentó —según él—, unas "Consideraciones Generales" en las que "estimando al delito como un producto empírico cultural" rechazaba la tesis "ya anticientífica penalmente hablando de considerarle un fenómeno natural" (20).

(19) Manuel Durán Padilla, *La Reforma Penal en Bolivia*, Universidad Mayor de San Francisco Xavier, Sucre, 1946, págs. 11-12.

(20) A propósito de este concepto, el profesor Medrano Ossio en su obra *Derecho Penal...* Cit., pág. 95, dice: "...considera el delito como un "producto empírico-cultural" y no como un "fenómeno natural". Seguramente considera este autor el delito como "antinatural...". (El subrayado nos corresponde).

Posteriormente, en fecha 17 de noviembre de 1940, presentó las **Bases** del futuro proyecto, las mismas que fueron analizadas y discutidas por la Comisión Codificadora Nacional, habiéndose hecho algunas reformas, entre ellas: la supresión de presunción del dolo, la restricción del arbitrio judicial, la limitación al valor del consentimiento, el aumento hasta dieciseis años de la minoridad penal. Aprobadas las **Bases**, se comenzó —según la relación que hace el profesor López Rey—, la redacción del Anteproyecto. La duración de las discusiones abarcó cerca de un año y “a los tres años justos, de empezar los trabajos preparatorios de redacción, el anteproyecto es ya Proyecto Oficial presentado por la Comisión Codificadora Nacional al Gobierno” (21). No existe, al presente, publicación de actas de discusiones de todo el año de trabajo que menciona el proyectista, y parece que tampoco se publicaron en esa época según el testimonio del profesor Manuel Durán Padilla (22).

(21) Manuel López Rey, Proyecto Oficial... Cit., pág. IV.

(22) El profesor Manuel Durán P. en La Reforma Penal... Cit., pág. 8, dice: “En un oficio que me dirige el Encargado de la Secretaría de la Comisión Codificadora Nacional, en respuesta a una comunicación mía pidiendo algunos datos relacionados con el proyecto de Código se lee: “ 2) Presentado que fue por el proyectista el anteproyecto de Código penal, fue revisado y aprobado por los miembros de la Comisión Codificadora Nacional, y enviado el Proyecto Oficial al Supremo Gobierno en fecha 13 de septiembre de 1943, el mismo que con mensaje de 10 de noviembre del mencionado año, fue remitido al H. Senado Nacional para su consideración. Las actas referentes a las sesiones serán publicadas próximamente”. No recibí respuesta a la pregunta concreta que hice averiguando cuando serían publicadas, aproximadamente dichas actas, dato importante que quizá hubiera postergado la publicación de este trabajo”.

El Proyecto de Código penal elaborado por el Dr. Manuel López Rey, fue presentado, por la Comisión Codificadora Nacional al Gobierno, mediante oficio dirigido al Ministro de Estado en el Despacho de Justicia fechado en 13 de septiembre de 1943. En dicho oficio, se reitera el tiempo que demandó el análisis del Anteproyecto.

“El Proyecto —dicen los miembros de la Comisión—, sigue las doctrinas y principios del Derecho penal moderno que, como todas las ciencias, ha tenido su evolución y progreso, prescindiendo de doctrinas positivistas y neopositivistas que, si bien tuvieron un gran auge en virtud de una fácil y aún ligera aceptación, se hallan hoy día totalmente superadas”. (23)

Hacen hincapié en la necesidad de elaborar un nuevo código penal. Se refieren al plan del nuevo código; su división en libros, títulos, artículos y secciones. Explican, posteriormente, la distinción de las personas penalmente responsables: los menores de dieciséis años para quienes solicitan la creación de una jurisdicción especial de menores, la regulación de la inimputabilidad (remitiéndose a la “Exposición de Motivos” del Proyecto), el tratamiento especial para el indio y, por último, la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En otro párrafo, hacen una breve relación de las sanciones, las que tenían “como finalidad, en su aplicación, la readaptación jurídico-social del delin-

(23) Texto del oficio de 13 de septiembre de 1943 dirigido por la Comisión Codificadora Nacional al Ministro de Estado en el Despacho de Justicia.

cuente" [24]. La graduación de las penas, la razón del arbitrio judicial para que los jueces pudieran elegir entre dos o tres penas "según las circunstancias que hayan concurrido en cada caso concreto que se juzgue dando, de esta manera, al juez un mayor arbitrio para la aplicación de las penas, tomando como punto de vista fundamental que se juzga al delincuente y no al delito" [25].

Líneas más abajo explican que el proyecto está adaptado a la realidad boliviana con una perspectiva del futuro no sólo superando la realidad ni los medios actuales "sino que partiendo de ellos y en consideración del futuro, trata de ser una obra duradera, flexible, que vaya adaptándose a la evolución y progreso constante de Bolivia" [26].

Explican más adelante, que la "Comisión Codificadora Nacional ha cuidado de adaptar el Proyecto a lo establecido por la Constitución Política del Estado". En esa "adaptación", justifican la inclusión de la pena de muerte para los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria, por estar contemplados en el precepto constitucional.

Finalmente, sugieren una serie de medidas, entre ellas: el establecimiento de un nuevo régimen penitenciario, la dotación de leyes complementarias, redacción de un nuevo Procedimiento Penal acorde con el Código penal, la creación de una Escuela de Judicatura. Terminan recomendando la aprobación del Proyecto dejando constancia de la

(24) Ibidem.

(25) "

(26) "

"flexibilidad del proyectista, Dr. López Rey, al aceptar las modificaciones sugeridas por la Comisión Codificadora" (27).

Firmaban el oficio los señores: Rigoberto Paredes, Benjamín H. Gallardo, P. Guillén y Julio Oroza D.

En fecha 10 de noviembre de 1943, el Poder Ejecutivo envió el proyecto al H. Senado Nacional. El proyecto iba precedido de un mensaje presidencial. Este mensaje recordaba lo arcaico del Código penal patentado por la fecha de su promulgación. Ponderaba la labor de López Rey y de la Comisión Codificadora Nacional que "representaba dos años de asíduos y meditados trabajos" (28). Hacía referencia a la evolución de las instituciones sociales y la necesidad de amoldar la normativa jurídica al desarrollo del país, considerando imprescindible "que el Derecho, como producto de la Cultura que es, se adecúe, se ajuste a las necesidades o exigencias culturales, no solo de momento, sino también de aquellas que previsiblemente pueden, en el futuro, presentarse. Para lograr esto, el ordenamiento legal de un país debe sufrir las transformaciones que lo adapten a dicha evolución, pues un Derecho estático, fosilizado, lejos de facilitar una convivencia, base fundamental para la actuación jurídica armónica, da lugar a vacíos y conflictos que perturban esa convivencia, base fundamental para la actuación jurídica de los particulares y de las instituciones del Estado" (29).

(27) Texto del Oficio... Loc. Cit.

(28) Mensaje del Presidente de la República Gral. Enrique Peñaranda dirigido al señor Dr. Manuel Carrasco, Presidente del H. Senado Nacional, en fecha 10 de noviembre de 1943.

(29) *Ibidem*.

Dada la situación bélica que atravesaba el mundo a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el principal argumento en contra de la promulgación de nuevas leyes era que el estado de postguerra iba a crear nuevos valores y destruir sistemas caducos. En contra de esa objeción, el mensaje presidencial decía: "La coyuntura histórica actual no es objeción sino aliciente para el movimiento de codificación actual, ya que, primero, las consecuencias admisibles de la conflagración actual no van a dejarse sentir inmediatamente después de su terminación, pues a raíz de la misma, lo más probable que acontezca, es una serie de reacciones de índole más o menos extremista que no podrán servir de pauta a Bolivia y la estabilización deseable de tales reacciones será obra de bastantes años y no toda ella, conforme a lo expuesto, será aplicable a nuestro país que tiene características propias" (30). Además, vaticinaba que la terminación de la guerra traería como consecuencia "la superación de una concepción materialista del mundo y de la vida en cualquiera de sus aspectos, la necesidad de "una mayor salvaguardia de los intereses y convivencia internacionales y un mejor equilibrio entre la persona y el Estado, mayor consideración de los intereses económicos generales, disminución de una serie de privilegios rasgos e intereses individualistas propios del siglo XIX" (31). Remarcaba, por último, las bondades del proyecto por cuanto contemplaba la realidad nacional y suplía los vacíos que eran necesarios llenarlos: "...texto que no trata de ser

(80) Ibidem.

(81) "

un conjunto de modernidades importadas sino la adaptación a nuestras exigencias del Derecho penal moderno, y no un Derecho defensivo, tan aceptado por países totalitarios que destruyen toda garantía, sino un Derecho penal concebido jurídicamente, manteniendo los principios de libertad y dignidad humanas dentro de una conjugación armónica de los dos bienes jurídicos fundamentales en toda sistemática penal: Estado y Persona" (32).

Lamentablemente el Honorable Congreso Nacional no pudo considerar este Proyecto de Código penal y se quedó archivado, pero el Proyecto fue publicado y tuvo una amplia distribución a nivel nacional, alcanzando resonancia internacional. Prueba de ello lo constituyen los comentarios del profesor Manuel Durán Padilla y del profesor Medrano Ossio, ambos catedráticos de las Universidades de Sucre y Potosí, respectivamente. Por otra parte el Dr. Abraham Drapkin ha dedicado un comentario y en igual forma el profesor José Agustín Martínez de la Universidad de La Habana. Por todo ello, nos parece conveniente dar un somero repaso a este pro-

(32) El Dr. Manuel Durán Padilla en su obra: *La Reforma Penal...* Cit., pág. 25, considera que todos los textos anteriormente enumerados y comentados, son obra de una misma persona, es decir del proyectista. Este su comentario: "Es lamentable que la Comisión Codificadora y los personeros del Gobierno, hayan acatado sin observación alguna todo lo que el profesor López Rey quiso hacer y decir, al extremo de haber suscrito, respaldando con su firma, documentos redactados por aquél. Tanto el Mensaje fechado en lo. de noviembre de 1943 con que el Presidente de la República y Ministro de Gobierno envían el Proyecto Oficial de Código Penal al Senado Nacional para su estudio y consideración cuanto, el informe con que los miembros de la Comisión Codificadora presentan al Ejecutivo dicho Proyecto, parecen haber salido de la pluma del propio Proyectista por el estilo inconfundible que se advierte en ambos documentos".

yecto que marca, en realidad, el punto de partida serio, concienzudo para la reforma penal en Bolivia.

El Proyecto está precedido por una Exposición de Motivos amplia y bastante doctrinal. Se queja el proyectista de que "durante más de un siglo el Código penal de 1834 ha vivido aislado, sin ser objeto de Tratado o manual alguno y en las últimas décadas envuelto en una atmósfera doctrinal penal de índole positivista". (33)

En cuanto a las fuentes, el profesor López Rey dice que se tomó en cuenta, y en limitada medida, el proyecto de Código penal de Julio Salmón de 1935-1936. Las concordancias, no **Comentarios** del Dr. Hernando Siles, "concordancias hijas del esfuerzo de sus años mozos; la doctrina legal de la jurisprudencia nacional y los comentarios jurisprudenciales del profesor Manuel Durán Padilla. Rechaza abierta y enfáticamente, considerar las obras del profesor Medrano Ossio, por "responder a una concepción positivista del Derecho penal que no compartimos y ya superados". (34)

Explica la forma de elaboración del Proyecto y puntualiza que en junio y julio de 1940 por encargo del Ministro del Interior había comenzado los trabajos previos para la redacción del Código penal.

(33) Aunque no lo nombra expresamente, la mayor crítica que hace López Rey en su Proyecto sobre la concepción positivista del delito, la dirige contra el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Potosí Tomás Frías: Medrano Ossio, con quien sostuvo polémicas sobre diversos temas de tipo criminológico relacionados especialmente con el tratamiento jurídico-penal del indígena.

(34) Manuel López Rey, Proyecto Oficial de Código Penal... Cit., pág. II. (Nótese que en el ataque llega a despremiar las obras del citado profesor.

Señala que en fecha 15 de octubre del mismo año se presentó a la Comisión Codificadora unas "Consideraciones Generales". (35) Dichas "Consideraciones" se estrellaban contra concepciones positivas. Concepciones, según el proyectista, confusas, y difusas, "de escasa o nula preparación que han dado lugar a trabajos pintorescos que revelan en llamados profesores solo aficiones penalistas, con tendencia a posiciones o grupos que hemos calificado en unos casos de "positivoides" y en otros de "ferrismo"...". (36). Luego de estas "Consideraciones", siguió, según el profesor López Rey, las Bases del Anteproyecto, las mismas que fueron revisadas y discutidas por la Comisión Codificadora Nacional. Posterior a estas discusiones, después de tres años de empezados los trabajos, el anteproyecto es ya proyecto oficial presentado por la Comisión Codificadora Nacional.

En cuanto al método, el proyectista es partidario de que deben ser una o dos personas las encargadas de redactar un proyecto y cita los ejemplos de los proyectos de: Uruguay, presentado por el Dr. José Urureta Goyena; del Perú cuyo autor es el Dr. Víctor Maúrtua (5 de enero de 1924) Brasil del profesor Alcántara Machado, el Proyecto argentino de

(35) Estamos de acuerdo con el Dr. Manuel Durán en el sentido de que hubo prisa en la codificación ya que encontramos una tremenda contradicción, aparte de la señalada por el citado profesor. En efecto, mal podía haber presentado las "Consideraciones Generales" a una Comisión Codificadora Nacional en 15 de octubre de 1940, siendo así que esta Comisión recién tuvo su existencia en 10. de septiembre de 1941, fecha del Decreto Supremo que creaba esta Comisión, es decir, la presentaba a una Comisión que recién se iba a formar un año después.

(36) Manuel López Rey, Proyecto... Cit., pág. III.

Gómez y Coll, y, por último el proyecto del profesor Peco, base del Proyecto, según confesión del mismo proyectista: "trabajo que hemos consultado en el cual, hay, con mucho, una superior técnica o sistemática respecto al anterior (Gómez-Coll) y ello por ser obra debida a una persona" (37).

En el punto tercero de la Exposición de Motivos, titulado "Aspecto Formal", el proyectista se refiere al lenguaje "...se ha procurado emplear en todo momento un estilo claro y preciso, evitando el exceso de tecnicismo, haciendo el texto fácilmente acequible a toda lectura, pero partiendo también del punto de vista de que un Código es algo de índole esencialmente técnica, cuya redacción no puede caer en lo vulgar..." (38). Con referencia a la terminología, el proyectista dice que ha tratado de reducirla en lo posible y que sea de fácil expresión. Dada la corriente que inspiraba al nuevo proyecto, en sentido de no obedecer a "una finalidad represiva, sino de readaptación jurídico, social, se ha evitado toda referencia a la represión empleándose al señalar la sanción, exclusivamente dos verbos: in-

(37) *Ibidem*, pág. V.

(38) A este respecto, el Dr. Manuel Durán Padilla en su obra, *La Reforma...* Cit., pág. 46 dice: "En varios artículos el lenguaje no es suficientemente claro, lo que da lugar a la vaguedad de los conceptos que en él se emplean, y hay otros en que un excesivo detalle le hace perder al Proyecto, la sobriedad que un Código debe tener. Los artículos resultan así pesados y extensos por el afán de preverlo todo, tales los artículos 57 que tiene nada menos que nueve párrafos, el 58 con siete, el 60 con diez y hay otros como el artículo 80 que se refiere a la aplicación de sanciones al indio, cuyo lugar adecuado sería el Código de Procedimiento Penal. Y no digamos nada de la Parte Especial que se caracteriza por su casuismo, señal de que el legislador no ha conseguido formarse una idea general de la materia capaz de abarcar los casos no previstos".

currir e imponer evitando de esta manera errores no sólo de tipo técnico sino también funcional de enorme valor para su interpretación y ejecución". Ataca a los positivistas de olvidarse de este aspecto ya que todo Código aparte de tener una sistemática, debe tener presente, también, el valor psicológico de las palabras y expresiones, capaces de tener un alcance reformador y educativo.

Respecto a las definiciones, el proyectista explica que sólo se incluyeron aquellas que son consideradas necesarias, entre ellas: el concepto de causalidad, funcionario público, autoridad militar, secreto, dirigentes, por ser consideradas indispensables para dar una mayor garantía en la nueva función penal que ha de desarrollarse. Tiende a evitar el casuismo, error señalado en el anterior Código penal de 1834, sin embargo, notamos que el proyecto, peca de cierto casuismo en muchas explicaciones de figuras delictivas. Esta inclusión, el profesor López Rey la explica de esta manera: "Personalmente, el proyecto adjunto no sólo hubiera carecido de todo casuismo, sino que además, hubiera sido mucho más breve, al reducir el casuismo que los artículos, aún ampliamente redactados, representan. Pero también, en vez de dejarnos llevar por un ideal, nos atuvimos a la realidad jurídico-penal boliviana. La transición hubiera sido, no sólo violenta, sino peligrosa y en fin de cuentas inútil. Por ello, aún notablemente reducido, mantuvimos aquel casuismo que no era posible suprimir sin provocar un divorcio entre el texto y su aplicación a la realidad" (39).

(39) M. López Rey, *Proyecto Oficial...* Cit. pág. XVI.

El profesor López Rey, se muestra partidario de la analogía en materia penal. Se infiere ello, a través de la lectura de la Exposición de Motivos: "...a esa descripción típica ha de referirse tanto el juez como el abogado para ver si hay delito, incluso en los casos en que analógicamente y en referencia a tipos penales descritos, que admiten otros que no lo están, admisión que no supone una puerta abierta a la analogía **aún cuando ésta en lo venidero tendrá que ir teniendo más y más cabida en los futuros códigos penales...**" (40). Páginas más adelante dice "...salvo las excepciones, la analogía todavía no ha tenido una franca entrada en los códigos penales, si bien es de esperar y la marcha es creciente en tal sentido, que la misma, en un futuro no muy lejano, tenga sinó plena aceptación, si cuando menos una mayor acogida a medida que mejore la preparación del juez penal y se comprenda que al lado de las garantías individuales, es preciso permitir otras garantías sociales en las venideras Constituciones..." (41). Y es más acérrima la defensa de la analogía cuando habla de la labor interpretativa de los jueces: "...en toda labor interpretativa hecha por un juez hay siempre una tarea creadora pues, interpretar que es adoptar a un proyecto un hecho, especialmente cuando éste es nuevo, es crear..." (42). Pero advierte que en el Proyecto, no se ha incluido la analogía ya que la realidad boliviana no estaba preparada para ella: "En el presente Proyecto se ha partido de tal concepción del De-

(40) Ibidem, pág. VIII (El subrayado nos corresponde).

(41) Ibidem, pág. VIII.

(42) Manuel López Rey, en Proyecto Oficial. Cit., pág. VIII.

recho y de su ordenamiento y sin admitir la analogía por no estar preparada para ella la realidad jurídica boliviana, se ha admitido, sin embargo, una aplicación análoga o si se quiere interpretación analógica, existente en mayor o menor medida en todos los Códigos, a la cual, dada esta realidad, no se le ha dado la extensión que hubiéramos deseado, aunque si una articulación más flexible que la que hasta ahora se ha venido admitiendo. . . " (43) .

Con referencia a la orientación doctrinal del Proyecto, su autor, en la Exposición de Motivos, en el punto IV, se refiere a las Bases Filosóficas y Concepción del Derecho Penal. Dice que el Proyecto se inclina por la filosofía de los valores estrellándose contra el positivismo penal y deduciendo, en consecuencia, la índole jurídica del Derecho penal. Filosofía flexible que permite la articulación de los valores y bienes jurídicos que evita el choque de Estado y Persona armonizando las relaciones de ambos, apartado de los extremismos de izquierda y derecha. Orientación que, según el autor, le hace concebir el delito como un producto empírico-cultural, un concepto variable, paralelo a la evolución espiritual de los pueblos y que si fuera de índole natural sería algo estable, con lo que los Códigos, una vez promulgados, no necesitarían posterior modificación ya que la naturalística causación sería siempre la misma.

Posteriormente, el proyectista desarrolla unas interesantes consideraciones criminológicas acerca del delito. Reitera su postura de total oposición a las concepciones positivistas y dice: "Espe-

(43) *Ibidem*, pág. IX.

cial extensión cobró el positivismo en el campo de la ciencia del Derecho penal, dando nacimiento en la misma, más que en ninguna otra disciplina jurídica, a un positivismo confuso y difuso, cuyo método llamado científico no se sabe en verdad lo que quiere decir. Surgen así los conceptos de delito natural de factores del delito, peligrosidad, defensa social y otros que tanta aceptación tuvieron y aún tienen allí, donde hay escasa o nula preparación filosófica y aún penal..." (44). Manifiesta que debe hacerse una clara diferencia entre etiología del delito y su concepto. Recalca su posición respecto al concepto del delito, dejando de lado toda consideración positivista y ataca a los positivistas de desconocer que el delito es un producto de la cultura. Se enfrenta, también, con el concepto de "peligrosidad" y dice: "Esa famosa peligrosidad que nadie sabe lo que es y que en fin de cuentas no es más que un juicio de probabilidad" (45). Líneas más adelante, niega el presagio del profesor Jiménez de Asúa cuando éste decía que **la criminología se tragará al Derecho penal.** "...de ahí que la afirmación precipitada, tan favorita a ciertos penalistas, no es más que la afirmación, hija de una carencia filosófica, de un error, al olvidar o desconocer que uno sólo de los aspectos del Saber, el de por qué no basta, no se adapta a todas las exigencias culturales, a lo que, en definitiva, en la vida íntegramente acontece..." (46). Delimita el campo de la criminología, entendida como ciencia causal explicativa que estudia el

(44) Ibidem, pág. XIX.

(45) " " XX.

(46) " " XX.

fenómeno delictual considerado como hecho individual y social, frente al Derecho penal que protege valores imprescindibles para una adecuada convivencia, valores que integran un sistema cultural que es preciso respetar, por ello, hace el siguiente presagio: "El Derecho penal existe y existirá siempre en cuanto es y será expresión empírico cultural de un ordenamiento humano, de ahí que el delito sea un concepto también empírico cultural derivado del mismo y de ahí, por último, que no deba confundirse la Criminología con el Derecho Penal y que sea lógica y humana la coexistencia de ambas disciplinas..." (47). Recuerda que el positivismo dio lugar al nacimiento de la criminología y que se barajaron conceptos de fenómeno biológico, defensa social, peligrosidad en forma indiscriminada que han dado lugar a que regímenes totalitarios los utilicen coadyubando a una "despersonalización del hombre, un rebajamiento del mismo, que hace que éste quede reducido a la categoría de simple cosa" (48). Por esas consideraciones, el proyectista justifica que el Proyecto de Código Penal rechace una configuración positivista, y que adopte la filosofía de los valores: "la referencia al valor, es obtenida conforme a una idea de fin, partiendo siempre de una realidad" (49).

Rechaza la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen que, especialmente en la Argentina tuvo una gran difusión, porque ésta, llega a identificar Derecho y Administración, Estado y Derecho. Justifica

(47) Ibidem, pág. XXI.

(48) " " XXI.

(49) " " XXI.

que, inclusive, en gobiernos despóticos existe un sistema de Derecho. El profesor López Rey, al parecer, no estaba de acuerdo en que al romperse el marco constitucional —según Kelsen—, todo queda derrumbado y, en consecuencia, el gobierno revolucionario edifica otro sistema jurídico. No consideraba el profesor López Rey que de acuerdo a la concepción Kelseniana, la función esencial del Derecho, es establecer “un monopolio de fuerza a favor de la comunidad jurídica y que de esta manera el Derecho garantiza la paz dentro de la comunidad jurídica” (50).

Este es el concepto que tiene de la Teoría Pura del Derecho, traducido en los siguientes párrafos: “En la tesis de Kelsen hay una falta de color, en cuanto reduce el Derecho a una pura forma, a un deber ser relleno de muy diversas maneras, con lo que el Derecho no tiene un fin únicamente, sino plurales fines, unos superiores, medianos o viles, según la Constitución, es pues, algo de índole mecánica, sin alma que puede servir para cualquier régimen político o humano” (51). Considera que “ser kelseniano es profesar un positivismo formalista, alejado de la vida en cuanto no es posible construir conceptos jurídicos, sin incluir en ellos elementos no jurídicos. Este complicado proceso de elaboración de los indicados conceptos, es la crítica más grave, especialmente en el orden penal, que puede hacerse a la teoría pura del derecho que, en

(50) Vid, KELSEN - COSSIO, *Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho* (Teoría Ecológica y Teoría Pura, Editorial Kraft. Buenos Aires, 1952, pág. 60.

(51) Manuel López Rey, *Proyecto Oficial...* Cit., pág. XXIII.

virtud de su formalismo jurídico, y como consecuencia de una rigurosa pureza de método trata de sustituir el concepto de causalidad por el de imputación. . . " (52) . Después de hacer una serie de análisis acerca de la aplicación de la reforma jurídica, de que el Derecho penal debe ser flexible de índole empírico-cultural, el proyectista declara que el proyecto no responde a ninguna corriente, pero ante la imposibilidad "de no poder declarar nada, de que el proyecto redactado no se afilia a ninguna escuela o tendencia, a lo más que responde a una posición ecléctica o a una Política Criminal, expresiones vagas y acogedoras, que lo son tanto que es casi como no acogerse a nada, el presente responde en los tres aspectos señalados de Filosofía, Política y Ciencia del Derecho Penal a unas tendencias definidas y perfectamente coherentes entre sí, que dan al mismo una fisonomía y característica, un contenido propio, que todo trabajo de esta naturaleza debe ostentar y poseer, sin esconder una y otra bajo la acogida declaración de un eclecticismo sin compromiso o de una carencia de filiación y tendencia" (53) .

En otro acápite denominado "Estructura y Sistemática", explica la división del proyecto en Libros, Títulos, Capítulos y Secciones. La finalidad de nuestro trabajo, cual es la labor codificadora en Bolivia, saldría de su marco si hiciéramos un comentario profundo de este Proyecto, sin embargo es imprescindible, a nuestro criterio, hacer hincapié en algunos aspectos interesantes de la Parte General

(52) *Ibidem*, pág. XXVI.

(53) " " " XXVI.

del citado Proyecto, sin entrar en un análisis y crítica de la Parte Especial.

El Libro Primero del Proyecto del profesor López Rey, comprende la Parte General, dividida en ocho Títulos.

El Título I, denominado "Reglas para la Aplicación del Derecho Penal", contiene normas para la aplicación no del Derecho penal, como dice el proyecto, sino del Código penal boliviano (54), inspiradas en las **Bases para la Reforma Penal Española** de 1932, conforme confiesa el mismo proyectista. "Tales reglas eran las que en España iban a ser seguidas en su reforma penal, según declaración textual de la Segunda Base que, con otras quince, constituían las bases de la citada reforma, ya en preparación en 1932 y son también dichas reglas, las que según los antecedentes por él citados (se refiere al proyecto del profesor Peco), han debido ser tenidas en cuenta por el profesor Peco en su citado proyecto y son ellas, en definitiva, las que figuran en el presente con ligeras modificaciones" (55).

La retroactividad de la ley penal, tiene en el artículo octavo del Proyecto, un cariz especial (56), ya que establece que, en caso de que exista una ley distinta en el momento de dictarse el fallo, se apli-

(54) Cfr. Manuel Durán, Op. Cit., pág. 56.

(55) M. López Rey, Proyecto Oficial... Cit. pág. 39.

(56) El texto literal del citado artículo era: "Art. 8 (Retroactividad).— Las leyes penales no tienen efecto retroactivo... Si en el momento de dictarse el fallo o de estarse cumpliendo la condena rigiere una ley distinta a la que existía en el momento de cometerse el delito, se aplicará aquella que se estime más adecuada al reo a los efectos de su readaptación jurídico-social... Se tendrán en cuenta para tal determinación, las disposiciones relativas a la aplicación de las sanciones establecidas por este código o leyes especiales".

cará la que más favorezca al reo a los efectos de su readaptación social. Abre, con esta disposición, las compuertas de un enorme arbitrio judicial y no se adapta a la situación boliviana. A través de toda la vida histórica boliviana, se ha visto que, los gobernantes de hoy, son los enjuiciados del mañana (57), originando una secuela de revanchas. En este aspecto, estamos de acuerdo con la crítica que hace de esta disposición, el profesor José Agustín Martínez, citado por Manuel Durán: "Algún caso práctico podría llevar al absurdo la aplicación de este párrafo segundo del artículo ocho del proyecto del señor López Rey. Supongamos que bajo la ley vigente del momento de la comisión de un delito cualquiera, la sanción señalada para el mismo era de privación de libertad. Posteriormente se dicta una ley por la que se señala para el mismo delito la pena capital que, entre paréntesis, reconoce y aplica con cierta prolijidad el código penal en proyecto. ¿Sería defendible la aplicación de la última pena a este reo, bajo el pretexto de su readaptación juridicosocial o si se quiere de su inadaptación incorregible? La revolución triunfante en Bolivia ¿podría declarar reos de muerte o de graves penas de privación de libertad a los que hubieran cometido ciertos actos que bajo la legislación anterior no estuvieron siquiera sancionados? De la estricta aplicabilidad del párrafo segundo de este artículo

(57) El expresidente de Bolivia Andrés de Santa Cruz, bajo cuyo gobierno se dictaron los principales cuerpos legales del país, le declararon la "muerte civil" y nulos todos sus actos administrativos. Contemporáneamente casi todos los expresidentes han sido enjuiciados por diversos delitos y no solo ellos sino muchas personas colaboradoras en calidad de Ministros. Muchas veces la acusación se la hizo con el simple afán de atacar la dignidad de la persona e inutilizarlo en la vida política del país.

8to., esa verdadera enormidad jurídica vendría a quedar admitida y consagrada por un texto legal de esta índole" (58). López Rey, defiende su postura refiriéndose a la corriente penal actual: la readaptación social del delincuente, el carácter resocializador de la pena, no el de represión y dice: "lo que interesa fundamentalmente es que éste se corrija y no cumpla una pena mayor o menor pues, la aplicación exclusiva de este criterio anularía la finalidad del Derecho penal, de hacer en lo posible de hombres desadaptados, hombres útiles a la comunidad. Partiendo de ello, el proyecto admite la retroactividad, cuando la misma es exigida para lograr dicha readaptación" (59).

El Título II, del Libro I, del proyecto que citamos, trata del Delito, ocupándose, el Capítulo I De los Principios Generales de Culpabilidad. El Capítulo II regula las causas que excluyen la responsabilidad penal. La Sección III de este capítulo, introduce la novedad, en el caso particular de Bolivia, de la inimputabilidad del indio. El artículo 20, en su inciso segundo reza literalmente: "2.— (Minoridad penal).— El menor de dieciseis años. Los menores de dicha edad que cometan un delito o contravención, estarán sujetos a la jurisdicción especial sobre los mismos. El indio que por haber pasado toda su vida o la mayor parte de ella en un medio cultural notoriamente inferior al que debe estimarse como mundo configurador de la realidad empírico-cultural boliviana, no pueda racionalmente considerársele como formando parte integrante de

(58) Cfr. Manuel Durán P. en Op. Cit., pág. 58.

(59) Manuel López Rey, Proyecto de Código... Cit., pág. XXXIX.

dicha realidad. Quedará sujeto a las medidas de seguridad. Si la integración fuere parcial, deberá considerársele como formando parte integrante de dicha realidad sometiéndosele a medidas de seguridad sino fuere suceptible de pena. El indio notoriamente selvático, será considerado en todo caso como inimputable y sometido a las medidas de seguridad”.

En concepto del profesor López Rey, la legislación penal boliviana había vivido hasta ese entonces, de espaldas al principal soporte nacional: la realidad indígena. En la Exposición de Motivos del Proyecto, considera que existen dos clases de indios: 1) los que viven totalmente apartados de la realidad y en estado selvático, y 2) aquellos que si bien no están identificados con la cultura boliviana, sin embargo se hallan integrados con ésta. Dentro de estos últimos no existe una misma condición pues “a más de indios comerciantes, obreros, empleados, etc. o aún notorios profesionales, existe el indio que vive en la ciudad, que ha hecho el servicio militar, que se halla en mayor o menor medida incorporado a la vida nacional y sobre el que se actúa a través de los Ministerios de Educación, Trabajo e Higiene y aún Gobierno, en forma cada más creciente” (60). Pensamos que lo más correcto, en la segunda clasificación, sería hablar de mestizos y no de indios, porque entendemos que, éstos, ya han tenido un proceso de mestizaje. No se llega a profesional, obrero, empleado, en completo “estado selvático”. Para ello, el indio ha tenido que ir a la ciudad, esta-

(60) Manuel López Rey, Proyecto... Cit., pág. XXI.

blecerse en ella y no precisamente es aquél que llega quien consigue esas posiciones, sinó su descendencia. A tal punto llega esto que, inclusive, el apellido sufre una metamorfosis. La división hecha por el profesor López Rey ha servido de pauta para posteriores clasificaciones, entre ellas la del Dr. Raúl Calvimontes Nuñez del Prado quien adoptó el mismo criterio en la ponencia que presentó al Segundo Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino (61). La misma posición toma el profesor de criminología de la Universidad Mayor de San Andrés, Dr. Huascar Cajías cuando trata del tema de la influencia de la raza en la criminalidad (62).

El profesor López Rey, es contrario a la tesis formulada por Medrano Ossio (63) quien planteó la necesidad de declarar al indígena "en estado peligroso" ya que por muy graves que sean sus de-

(61) Vid. Federico Castejón-Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, *Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del Indio*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1955. En la página 57 de esta obra, el Dr. Calvimontes formula la siguiente división de los indígenas: " 1o.) Indios selváticos y en estado de salvajismo. No ofrecen problemas desde el punto de vista jurídico, puede en la mayoría de los casos, su total ignorancia del ordenamiento jurídico, los hace inimputables, y en hipotéticos casos, de conducta delictiva, serían eximidos de responsabilidad y sujetos a medidas de protección y seguridad. 2o.) Los indios incorporados o adheridos a la civilización. El problema surge desde el intento de entender lo que deba considerarse "indio" o su definición, pues existe una gran dificultad en determinar quien es indio, quien ha dejado de serlo, o en aislados casos, de quien se ha indianizado, pues el concepto de indio ha dejado de ser un concepto racial para convertirse en un concepto cultural".

(62) Huascar Cajías, *Criminología*, Librería Editorial Juventud, Tercera edición T. I., La Paz, Bolivia, 1970. Especialmente: Capítulo IV, la Raza, acápite cuarto, págs. 261-270.

(63) José Medrano Ossio, *Responsabilidad Penal de los Indígenas*, Editorial Potosí, 1941.

litos siempre debe ser declarado inimputable debido al estado de "postración psicológica" que se halla. El profesor Medrano Ossio sostenía que el alcohol y la coca constituían para el indígena, causas de debilitamiento de su inteligencia y voluntad originando alteraciones de sus funciones sexuales que lo impulsan a cometer delitos de esta naturaleza y transmitir estas taras por herencia, por ello es que, "el indio adolece de una timidez congénita y de una tristeza absoluta". López Rey, sostiene, por el contrario, que el indio "salvo muy notables excepciones, se halla, más o menos ajustadamente, incorporado a la vida boliviana" y que, para el Derecho penal, el hecho de estar incorporado a una cultura, salvo las excepciones consiguientes es base suficiente para establecer una imputabilidad y una responsabilidad penales con sus excepciones, sobre todo si se tiene en cuenta que la cultura actual del indio medio tiene en sí los suficientes elementos éticos para construir con ellos los elementos intelectuales suficientes en orden a un conocimiento de lo que es antijurídico en lo penal" (64).

Estamos conformes con la respuesta que da el profesor López Rey, a la tesis de dictar una legislación especial para la clase indígena, ya que marginaría a la mayoría de la población boliviana y tendrían que ser declarados en "estado peligroso" el 60% de los habitantes de Bolivia. Consentimos, también, en que se establezcan excepciones en cuanto a la imputabilidad de los indígenas, empero, nos parece un tanto exagerado el trato que se disponía

(64) Manuel López Rey, Proyecto... Cit. pág. XXXIII.

en el artículo 80 del Proyecto de Código penal de López Rey y que, por considerarlo de importancia lo transcribimos textualmente: Art. 80 "Aplicación de las sanciones al indio. — En la aplicación de las sanciones al indio, los jueces tendrán siempre en cuenta e igualmente en su caso, los encargados de la ejecución de aquellos, la especial psicología del mismo, su peculiar cultura y régimen de vida a los efectos de lograr juntamente con la imposición de la sanción que le sea más adecuada, la mejor incorporación y adaptación jurídico-social del mismo. . . También tendrán presente que la participación del indio en la perpetración de un delito, no significa forzosamente igual responsabilidad penal que los demás participantes que no lo son atendidos los factores indicados. . . Antes de proceder a la notificación de una sanción a un indio, el juez hará comparecer ante sí al condenado y en explicación a él asequible, exenta de toda brusquedad, tratará de hacerle comprender la índole y la significación de su acto, el porqué, alcance y finalidad de la sanción que se le impone y lo que se espera de él en lo sucesivo. Acto seguido, se le hará saber la forma en que ha sido sancionado. . . En caso de pluralidad de penas, se le aplicará preferentemente, si la índole del caso lo permite, la de prestación de trabajo con especial cuidado de que se cumplan las garantías en orden a dicha pena. . . Si la que procediere fuere de multa, la cuantía de ésta se determinará en referencia estricta a su situación económica, pudiendo el juez descender hasta la mitad o cuarta parte del límite mínimo establecido si fuere solvente o hasta sólo la mitad si fuere insolvente y basar, sobre el límite así obtenido el cómputo para la conversión en.

privación de libertad. . . Si la pluralidad fuere entre reclusión y arresto, se aplicará éste, salvo si notoriamente, atendida la personalidad, antecedentes, motivos y circunstancias del hecho, fuere más adecuada la de reclusión”.

Evidentemente, con la Reforma Agraria dictada en el año 1953, es decir a los diez años del Proyecto de López Rey, la situación del país, respecto al indígena, ha cambiado. Empero, consideramos que aún en la fecha del proyecto el trato que se intentaba dispensar al indígena era demasiado paternalista y sin visión de un futuro cambio; amén que el artículo transcrito, peca de un exagerado casuismo y se confunde con normas procedimentales. El aspecto positivo, el mérito del profesor López en su Proyecto, consistió en puntualizar, en su momento, un problema que se hallaba candente en la realidad jurídico-social boliviana y, en poner de relieve la inconveniencia de adoptar posturas que, en definitiva, significaban el desquiciamiento de la realidad, ya que se intentaba marginar a un inmenso grupo de la población boliviana.

El Capítulo Tercero del Proyecto de Código Penal del profesor López Rey, regulaba las circunstancias que atenuaban o agravaban la responsabilidad penal. El Capítulo Cuarto, de las formas de aparición del delito. En el Capítulo Quinto, último de este Título, se introducían dos novedades en el ordenamiento jurídico-penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la “Muchedumbre Delincuente”. La inclusión, en el Proyecto, de la responsabilidad de las personas jurídicas, discutida en la doctrina, es justificada por el proyectista, “por responder a una necesidad urgente de la vida pre-

- sente, originada por el auge y la intervención de dichas personas en la vida moderna”. No considera que haya, previamente, un concepto de imputabilidad ni una ficción de ella, sino “por el mismo principio que ha servido para imponer medidas de seguridad a personas físicas carentes de dicha imputabilidad, es decir, de la necesidad de tomar medidas en orden a una seguridad general que puede ser y es afectada por la actuación de dichas personas jurídicas. Por eso, a estas no se les impone, sino simplemente medidas penales, distintas a las medidas de seguridad que se imponen a determinadas personas físicas” (65).

En cuanto a las “Muchedumbres Delincuentes” incluídas en el Art. 38 del Proyecto, López Rey dice que le movió a incluir esta figura delictiva, el Código Penal Uruguayo y que, particularmente en Bolivia, tiene enorme importancia por haberse presentado serios casos de este tipo penal que no incluía el Código penal de 1834. Pensamos que hubiera sido útil, para una mejor comprensión e interpretación, incluir el concepto de “Muchedumbre Delincuente”.

El Título III del Libro I del Proyecto titulado: “De las Sanciones”. El Capítulo I, denominado “Las Penas”, contenía el catálogo de éstas: muerte, reclusión, arresto, multa, prestación de trabajo, reprobación judicial, inhabilitación total de funciones, cargo público, ejercicio de un oficio, empleo o cargo, la suspensión en el ejercicio de ciertos derechos, la publicación de la sentencia. El proyectista explica

(65) Ibidem, pág. LXVII.

que, con la palabra "sanción", se ha englobado a las penas y a las medidas de seguridad. Se manifiesta contrario a la pena de muerte, pero aclara que él y la Comisión Codificadora, la mantuvieron "por exigencia constitucional". Explica que se ha dado como máximo del tiempo de privación de libertad, la pena de quince años" debido a que la criminalidad en Bolivia, tiene características propias, entre ellas, la de no ser tan alta ni tan grave como en otros países". Se olvidó, en este punto, el profesor López Rey, que la criminalidad estaba en proporción al número de habitantes, que según los datos censoriales de esa época, era cerca a cuatro millones.

En el Capítulo II, el Proyecto contempla las "Medidas de Seguridad", cuya inclusión, aunque el proyectista la niegue, obedece a la influencia de la criminología en el campo del Derecho penal. El artículo 67 enumera las medidas de seguridad: a) internamiento, que puede ser, 1) en un establecimiento para enfermos mentales, 2) en una colonia agrícola, 3) en una casa de trabajo o reforma, 4) en un sanatorio o establecimiento análogo; b) la suspensión o prohibición de ejercer determinada industria, comercio, tráfico, profesión, cargo o empleo, oficio o actividad; c) la prohibición de residir en un lugar o Departamento determinado; d) vigilancia por la autoridad; e) caución de buena conducta.

En las "Disposiciones Comunes" contempladas en el Capítulo III del Libro Primero, tenía un precepto muy interesante: el de la aplicación de las sanciones al indio, reglado en el artículo 80 (transcrito textualmente en líneas más arriba), mediante el cuál, los jueces al aplicar la sanción al indio debían tener presente la psicología del mismo, su peculiar cul-

tura y régimen de vida a los efectos de lograr, juntamente con la imposición de la sanción que sea más adecuada, "la mejor incorporación y adaptación jurídico-social del mismo". Debería discriminar, también, en casos de participación en un delito con otros que no son indios por cuanto no tiene la misma responsabilidad. Por otra parte, al notificársele la condena, el juez debería hacerle comparecer ante sí y darle explicaciones, tratando de "hacerle comprender la índole y significación de su acto, el porqué, alcance y finalidad de la sanción que se le impone y lo que se espera de él en lo sucesorio" posteriormente se le debía hacer saber la forma en que había sido sancionada. Esta disposición la justificaba el Dr. López Rey, explicando la especial situación del indio en los recintos carcelarios. Esta es la cita textual que hace el proyectista en su Exposición de Motivos: "En mis visitas por las cárceles bolivianas, observé con bastante frecuencia y sirviéndome en ocasiones de un intérprete que el recluso indio no sabía con certeza porqué había sido condenado, que aún sabiendo, no comprendía bien el mecanismo o para qué de la pena impuesta a que se hallaba respecto el delito, que reconocía haber cometido, y la pena en estado de notable confusión. Todo esto revelaba, en primer lugar que en muchas ocasiones a ese indio no se le había enterado de nada o casi nada, teniéndole aún procesado o condenado, al margen casi del proceso y de la sentencia condenatoria, segundo, que no se le había tratado debidamente y tercero, que más que una pena, le hubiera debido ser aplicada una medida de seguridad o una pena diferente" (66).

(66) *Ibidem*, pág. LXII.

Otra novedad que introducía en la economía jurídico-penal boliviana el proyecto presentado por López Rey, es el establecimiento de los denominados "Jueces de Vigilancia" (67), funcionario que debía encargarse del debido cumplimiento y ejecución de sanciones. Podía, también, iniciar ante el Juez o Tribunal sentenciador, con oportunos informes, las modificaciones de las sanciones. Informar en los casos de sustitución, prolongación o liberación de cualquier sanción. Facultado, también, para visitar cuando lo estimare necesario, los establecimientos penales y de reforma.

El Título IV denominado "De la Suspensión de las Sanciones", contemplaba en el Capítulo I, la suspensión de la pena. Este Capítulo dividido en tres Secciones, regulaba las siguientes instituciones: el perdón judicial, la suspensión condicional de la eje-

(67) El Art. 62 del Proyecto decía textualmente: "Para el debido cumplimiento y ejecución de las sanciones, existirá el Juez de Vigilancia, cuya misión principal será, a más de las señaladas singularmente por la ley, la de comprobar si las sanciones impuestas se ejecutan conforme a su naturaleza, a las exigencias jurídico-criminológicas y a la finalidad de readaptación de toda sanción.

"Dicho Juez podrá iniciar ante el juez o tribunal sentenciador con los oportunos informes, las modificaciones de las sanciones, cuya ejecución acredite inequívocamente no cumple con las finalidades indicadas en el párrafo anterior.

"También deberá informar en todos los casos de sustitución, prolongación o liberación de cualquier sanción en la concesión de libertad condicional, de indulto después de comenzado el cumplimiento de la sanción en la obtención de la rehabilitación y en los demás casos señalados por la ley.

"Podrá visitar, cuando lo estime necesario, los establecimientos penales y de reforma y solicitar de los encargados de éstos y de las autoridades judiciales correspondientes, los datos y elementos de juicio que estime necesarios para el cumplimiento de su misión.

"Habrá por lo menos uno en cada Departamento que posea dichos establecimientos y actuará asistido de un Secretario".

cución de la pena y la libertad condicional. Estas tres innovaciones, llegarían a tener una gran influencia en el Anteproyecto de Código Penal de 1964 y, en última instancia en el vigente código penal de 1972. El Capítulo II, tenía un Título interesante: "De la no Suspensión de las Medidas Penales", las mismas que, según el artículo 94 del Proyecto, no podían ser suspendidas en ningún caso, pero admitían la suspensión hasta un tercio. El Capítulo III se ocupaba, en el Proyecto, de la suspensión de las medidas de seguridad y, por último, el Capítulo IV contenía disposiciones comunes para este Título.

El Título V se ocupaba en sus dos Capítulos de la responsabilidad civil. El Título VI, regulaba las indemnizaciones legales. El Título VII, la extensión de la penalidad de los delitos e infracciones. Terminaba el Libro I con el Título VIII denominado en el Proyecto, de la "Rehabilitación". Contenía los requisitos para obtener la rehabilitación y los efectos de ésta. Una medida que consideramos acertada ya que, por lo general, las personas que entran a un recinto carcelario, por más de que se readapten totalmente, el "antecedente penal" les sigue como sombra al cuerpo inhabilitándolos, de esta manera, para ejercer cualquier trabajo en el futuro.

El Libro II del Proyecto de Código penal del Dr. López Rey, se hallaba dividido en dos partes: la parte primera denominada "De los Delitos contra la Organización Fundamental del Pueblo Boliviano", contenía cinco Títulos repartidos en la siguiente manera: Título I, "Delitos contra el Estado Boliviano", compuesto de cinco capítulos titulados: delitos contra la existencia y organización fundamental del Estado, delitos contra la seguridad exterior del Esta-

do, delitos contra la seguridad interior del Estado, delitos contra las obligaciones y usos internacionales y disposiciones comunes, respectivamente.

El Título II, denominado "Delitos contra la Función Pública", contenía tres capítulos. El primero regulaba los delitos, que en el proyecto se denominan, "Delitos cometidos por los funcionarios públicos", en el Segundo, los delitos cometidos por los particulares contra la función administrativa y contra la autoridad. El Tercero, regulaba los delitos cometidos contra la función judicial.

El Título Tercero, denominado "Delitos contra la Fe Pública", contenía cinco capítulos: falsificación de moneda (Cap. I.), falsificación de papel sellado (Cap. II), falsificación de documentos (Cap. III), falsificación de cheques (Cap. IV) y otras falsedades (Cap. V).

El Título IV, regulaba los llamados "Delitos contra la Economía Nacional", contenía tres capítulos referentes a los delitos contra la economía, industria y comercio; contra el trabajo y la usura, respectivamente.

El Título V con el nombre de "Delitos contra la Seguridad, Salud y Integridad de la Comunidad", contenía tres capítulos referentes a los delitos contra la seguridad, salud y la integridad de la comunidad, respectivamente.

El Título VI, contenía, bajo el nombre de "Delitos contra las Normas Generales de Conducta", en sus cuatro capítulos, regulaciones referentes a los delitos contra la religión y el respeto a los difuntos, delitos contra la dignidad, delitos contra el pudor y delitos contra los sentimientos generales de respeto y piedad.

En la Parte Segunda de este Libro, el Proyecto del profesor López Rey, contemplaba los delitos que el autor los denominó "Contra la Organización Individual de los Bolivianos". En sus tres Títulos, sancionaba los delitos contra la familia, contra las personas, y contra el patrimonio.

El Libro Tercero, contenía disposiciones referentes a las contravenciones. Estaba compuesto de un Título y cinco Capítulos. Novedad en el Proyecto y novedad, también, en el acervo jurídico del país que intenta encontrar la fórmula para evitar abusos y la diferencia, a los efectos penales, entre las simples faltas de policía y los delitos.

Hemos intentado dar una visión en conjunto del Proyecto de Código Penal Boliviano, presentado por la Comisión Codificadora Nacional al Poder Ejecutivo en fecha 13 de septiembre de 1943. Nos hemos detenido en algunos aspectos que nos han parecido importantes señalarlos y no hemos hecho mayor énfasis a la Parte Especial del Proyecto por exceder del marco señalado en el trabajo.

El Proyecto, ha tenido una serie de críticas. Consideramos que, precisamente ahí radica el valor de la obra del profesor López Rey, a guisa de ejemplo reproducimos la crítica que, a tono burlesco, formuló el profesor Medrano Ossio respecto al Proyecto de López Rey: "Hacia el año 1941 apareció en Bolivia, el señor Manuel López Rey y Arrojo, de nacionalidad española, perito en artes y ciencias penales quien, dijo ser experto en Derecho universal y se propuso faccionar los proyectos de códigos que le faltaban a Bolivia... El Gobierno del General Peñaranda y los posteriores suscribieron diversos contratos con López Rey y éste presentó el Proyecto de

Código Penal que lo llamó "Oficial", el de Procedimiento, el Código de Menores y, a un principio quiso también faccionar un Proyecto de Código Civil para lo que comenzó a dictar conferencias sobre temas relativos a esta materia. Según se afirma, fue también designado asesor del Ministerio de Justicia... El proyecto aludido, emplea una técnica confusa e inapropiada no solamente para el pueblo boliviano sino para cualquier otro del mundo... Se trata de un proyecto de pretendida corriente técnico-jurídica, según expresión del autor y de un código que considera al delito como "un producto empírico-cultural y no como un fenómeno natural" (68).

El profesor Manuel Durán, en tono más sereno, tiene un estudio crítico, serio, en el que hace notar las fallas que adolece el Proyecto y su conformidad con determinadas instituciones. Lamenta el citado profesor de que la innovación la haya hecho un profesor extranjero y manifiesta su deseo de reivindicar el prestigio de los juristas nacionales con la publicación de su obra de crítica al Proyecto: "... la ley en general y más la penal, debe ser juzgada en su propio país, en su propio medio, de acuerdo a la idiosincracia de los destinatarios de aquella. Y por eso, bien, podría ocurrir que la crítica extranjera —muy competente y respetable— encontrase convenientes y hasta recomendables, a través de su lente nacional, algunas disposiciones del proyecto, cuando en Bolivia sería fácil demostrar sus defectos o su inutilidad" (69).

(68) Vid. José Medrano Ossio, *Derecho Penal*... Cit. págs. 94-95.

(69) Manuel Durán Padilla, *La Reforma*... Cit., pág. 37.

De cualquier manera, el valor que representa el trabajo del profesor López Rey—independientemente del contenido jurídico-doctrinal— es que, por primera vez un Proyecto de Código Penal trasciende las cuatro paredes del estudio de un proyectista y encuentra resonancia traducida en críticas positivas y negativas. Desde ese momento se empieza, por ejemplo, a hablar del indio y su tratamiento jurídico-penal, de una reforma en el régimen penitenciario, etc. Por una coincidencia en la historia de la codificación penal nacional, se da el caso de que un español en el año 1826 inicia el período de la codificación consiguiendo, después de reconocidos esfuerzos, que Bolivia sea el primer país hispanoamericano que cuente con un código penal y no leyes dispersas. Código que, pese a sus imperfecciones puntualizadas anteriormente, ha regido la vida jurídico-penal del país por más de ciento treinta años; y que sea otro español (70) quien, con su Proyecto de Código Penal, marque un hito en el proceso codificador del país, poniendo a disposición de las autoridades gubernamentales, un proyecto de código penal, elaborado en un tiempo más o menos largo y consigue, de esta manera, que se reavive el interés por dotar al país de una legislación acorde con los tiempos contemporáneos.

El celo patriótico de los juristas nacionales hizo que se profundicen más los estudios sobre normas sustantivas y adjetivas en el terreno penal y

(70) El Profesor López Rey, estuvo varios años en la cátedra de Criminología de la Universidad de La Paz. Adoptó la nacionalidad boliviana y, actualmente, representa al país en los Congresos Mundiales de ciencias penales que se realizan en diferentes oportunidades.

que, por último, en el año 1962, el gobierno nacional, consciente de la necesidad de renovar el conjunto de disposiciones legales penales, formara una comisión codificadora, la que, en base al Proyecto del profesor López Rey elaboró un anteproyecto cuyo resultado es el Código penal puesto en vigor en 1973 (71).

D) ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL BOLIVIANO DE 1964

El Proyecto del profesor López Rey quedó como tal, en proyecto. Criticado por algunos profesionales y profesores de las facultades de Derecho de

(71) A treinta y dos años de distancia en el tiempo, el Dr. López Rey hace la siguiente relación resumida de su proyecto: "En Bolivia, el Proyecto Oficial de 1948 fue precedido de una investigación jurídicocriminológica, tan completa como fue posible, realizada antes de aceptar la tarea. Esa investigación facilitada por el Gobierno, permitió visitar ampliamente el país y reunir un buen número de datos. Sobre estos datos y la experiencia adquirida se redactaron unas consideraciones, que fueron sometidas a la Comisión Codificadora en las que se hacían las oportunas apreciaciones sobre el carácter del pueblo, del delito y su mundo circundante y sus subdistinciones económicas, culturales y políticas, etc. Discutidas las consideraciones, se prepararon unas bases que, a su vez fueron sometidas para discusión y aprobación a la referida Comisión. Lo aprobado sirvió de punto de partida a la redacción del proyecto, a su vez discutido artículo por artículo por la Comisión mencionada. Dentro de lo posible traté de captar la realidad existente y sobre todo, introducir un derecho penal que permitiera incorporar esa realidad en sus manifestaciones constantemente cambiantes. A tal efecto, entre otros preceptos introduje la justificante de considerar como no antijurídica la conducta que se hallare conforme a los preceptos o principios del total ordenamiento jurídico boliviano. Hice la debida referencia al indio e introduje la eximente de no exigibilidad. Lo dicho no es en defensa de mi proyecto, que hoy día yo mismo modificaría en buena parte..." Cfr. Manuel López Rey, *Criminología*, Editorial Aguilar, Madrid, 1976, pág. 366.

Las ciudades de Potosí y Sucre, sin embargo, no fue objeto de estudio y discusión en el Congreso Nacional para ser aprobado como Ley de la República. Todo ello debido en gran parte, a los acontecimientos políticos acaecidos desde 1946 a 1952. Durante la época de 1950, hubo un estancamiento en cuanto a legislación penal se refiere. La Ley de 3 de enero de 1956, referente a los Delitos contra la Economía Nacional, fue dictada por el carácter urgente que revestía la necesidad de reprimir las conductas que atentaban contra la economía nacional en un momento en que se trataba de solucionar el proceso inflacionario que vivía el país. Es recién a partir de 1960 que se dedicó atención a la legislación penal y así, se dictaron leyes especiales destinadas a reprimir conductas delictivas que no estaban tipificadas en el vetusto código penal, entre ellas: la de tráfico de estupefacientes y de usura, cuyo ligero comentario lo hicimos en páginas anteriores. De igual modo, renació la aspiración de una reforma integral en materia penal.

Por Decreto No. 06038 de 23 de marzo de 1962, el Poder Ejecutivo, dispuso la creación de Comisiones Codificadoras para la "revisión de los cuerpos legales y la elaboración de anteproyectos de Código Civil, Código de Familia, Código Mercantil, Código Penal, Código de Procedimiento Civil, Ley de Organización Judicial y Código de Procedimiento Penal". El único considerando de este Decreto, fundamentaba la creación de estas comisiones en el hecho de que los códigos no respondían a las "necesidades reales de la sociedad boliviana creadas por la Revolución Nacional" y aspiraba que los nuevos cuerpos legales se conformen a "las ba-

ses y principios que informan a la Constitución Política del Estado, a las transformaciones sociales, políticas y económicas operadas en nuestro medio y a las nuevas orientaciones de la ciencia jurídica”.

La Comisión encargada de la redacción de un anteproyecto de Código Penal fue integrada por los siguientes señores: Dr. Manuel Durán Padilla, profesor de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sucre, Decano de la misma, ex-Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación; uno de los pocos juristas nacionales que, con sus investigaciones, incrementó la bibliografía jurídico-penal boliviana; Dr. Hugo César Cadima, profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Técnica de Oruro, investigador en el campo de las ciencias penales, contribuyó, también, a la bibliografía jurídico-penal boliviana con sus publicaciones sobre Derecho Penal y Criminología; Manuel José Justiniano, eminente jurista, profesor de la Universidad de Santa Cruz y Raúl Calvimontes Núñez del Prado, acucioso investigador en el campo penal, hizo un estudio interesante acerca de los antecedentes históricos y legislativos del Código Penal Boliviano y conocemos, además, su loable labor junto al maestro español, don Federico Castejón especialmente en el trabajo que hicieron ambos sobre la situación jurídica y penitenciaria del indio para el Congreso Hispanolusitano Portugués.

Integrada así la Comisión, ésta eligió como Presidente de la misma al Dr. Manuel Durán Padilla quien elaboró un plan de trabajo, el mismo que fue aprobado por la Comisión. Según este plan, la tarea de la codificación debía sujetarse al cumplimiento de varias etapas, comenzando la preliminar,

relativa a fuentes de información sobre la legislación a reformarse, sobre jurisprudencia, las reformas y proyectos de codificación existentes, el estudio de la legislación comparada y doctrina. Otra etapa comprendía la preparación de encuestas a magistrados, jueces y fiscales, profesionales del foro, catedráticos universitarios y a personas cuyas opiniones se considerasen de importancia, así como a la realización de mesas redondas con instituciones y personas vinculadas por profesión o funciones, a la tarea codificadora. Las demás etapas contemplaban, la formulación de bases para el anteproyecto, elaboración del mismo, su discusión y aprobación y, finalmente, la redacción de la Exposición de Motivos.

Según el informe de la Comisión todas estas etapas fueron cumplidas excepto las mesas redondas "por motivos no imputables a ella" y en cuanto a las encuestas éstas fueron distribuidas profusamente conforme su plan, empero "no se recibieron sino cuatro contestaciones, lo cual revela o falta de interés por los problemas de la reforma o la ineficacia de este medio de consulta" (72).

Mediante un cuestionario elaborado por la Comisión, se solicitó a los Tribunales de Justicia y a las Policías de la República, una información que detallara los datos acerca de las denuncias y querrelas criminales iniciadas y tramitadas, detenciones preventivas, número de sindicados, acusados, sobreseídos o condenados, naturaleza y frecuencia de los

(72) Anteproyecto de Código Penal para Bolivia, Exposición de Motivos, Publicaciones del Ministerio de Gobierno, Justicia e Inmigración, La Paz, 1964, pág. 2.

delitos y otros datos sobre indultos, conmutaciones, rehabilitaciones, lugar de nacimiento, sexo, raza, estado civil, etc.

“Dentro de un tiempo relativamente breve —dicen—, dos años para una obra de la magnitud que significa la elaboración de un Código, hemos debido emplear todos nuestros esfuerzos para dar término a nuestra labor en el plazo señalado, salvando muchas dificultades derivadas de una escasísima bibliografía sobre la legislación penal vigente y de una jurisprudencia que no se distingue por su firmeza y precisión” (73).

Es importante el reconocimiento que hacen los proyectistas en su Exposición de Motivos, en sentido de que si bien existía un consenso unánime en cuanto a la necesidad de reformar los cuerpos legales, sin embargo no había, en la medida de lo deseable un ambiente propicio para la reforma, (74) lo cual obedecía a muchas causas, entre ellas: el incipiente desarrollo de la ciencia jurídica, el escaso cultivo de las disciplinas del Derecho y el poco valor que tiene la doctrina resultante de la aplicación de la ley por los tribunales.

A los dos años de haber sido nombrados, los comisionados presentaron al Gobierno, el Anteproyecto de Código Penal Boliviano, precedido de una Exposición de Motivos, en la que explican el plan de trabajo seguido, las fuentes, su estructura y la justificación de la inclusión de figuras nuevas.

(73) *Ibidem.*

(74) Nosotros sostenemos que a diez años de distancia en el tiempo tampoco, en 1973, existía el ambiente necesario.

1) **FUENTES.**— En cuanto a las fuentes, el Anteproyecto de Código Penal de 1964, ha tenido en cuenta: los antecedentes nacionales, el Código penal de 1834 como punto de partida, los proyectos de Salmón de 1935, López Rey, 1943. También tuvieron presente los Proyectos de Código penal venezolano, de 1961 y argentino de Sebastián Soler del mismo año", fuera de la compulsión obligada de los códigos penales hispanoamericanos y muchos europeos", así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Legislación comparada, según los proyectistas, ha sido manejada con cuidado, y "en algunos casos, cuando el modelo foráneo ha parecido conveniente para nuestro país, se ha transcrito y literalmente varios artículos de códigos o proyectos extranjeros", también, en muchos casos, se ha conservado figuras delictivas del Código penal de 1834 a las que simplemente se ha mejorado su redacción, considerando como condición fundamental en el Anteproyecto, que "éste responda a las exigencias del tiempo, a la evolución de las ciencias jurídicas, sin que ello signifique romper con el pasado ni desconocer el acervo jurídico propio, así no sea de mucho valor" (75).

En cuanto a la doctrina, los proyectistas manifiestan que ésta ha sido acogida con cautela porque así lo aconsejaban las condiciones de la época, la forma cómo se aplicaban las leyes y la insignificante divulgación de las doctrinas modernas en Bo-

(75) Anteproyecto... Cit., pág. 3.

livla (76). Por ello, el Anteproyecto acogió nuevas instituciones abonadas por la experiencia de su aplicación en otros países y rechazó otras consideradas como "prematuras e inconvenientes por ser notoriamente inadaptables a las costumbres y normas de cultura bolivianas aún a consecuencia de que el futuro código sea tachado de conservador" (77). Puntualizan que la aspiración de los proyectistas fue hacer una obra práctica que tuviese presente en todo momento la realidad del país ya que consideraban que su tarea consistía, fundamentalmente, en componer un código para un país en pleno proceso de desarrollo, con una mayoría de población indíge-

(76) Nos parece importante consignar la crítica que hace a este respecto, el Dr. Oscar Crespo Soliz. Por ser de interés para nosotros, nos permitimos reproducir in extenso, dice así el citado autor: "Los principios ideológicos que inspiran y orientan al Anteproyecto, en términos generales, corresponden al sistema penal liberal imperante en la mayoría de las legislaciones modernas de América y Europa. Aunque no muy perfectamente enunciados, tales principios son semejantes a las direcciones dadas por la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, las mismas que deben ser íntegramente adoptadas porque complementan y mejoran las bases del Proyecto de Código Penal para Bolivia.

"Sin descuidar el aspecto técnico jurídico, se ubica firmemente en el terreno humanista considerando al delito y al delincuente, como pilares fundamentales del ordenamiento. Los contenidos ideológicos están referidos a los principios constitucionales, por consiguiente, la posición adoptada, es la única posible y de realización factible en la hora actual. La Carta Magna, que contiene la concepción que en la actualidad se tiene del hombre, que a fin de cuentas es el "destinatario de la norma" orienta en lo fundamental al Anteproyecto, de modo que el axioma latino de *nulium crimen nulla poena sine previa lege* (principios de legalidad y de reserva), constituye la columna básica y eje central del articulado.

"Dentro de esta concepción liberal, se admite el concepto defensivo con limitación a los casos establecidos por ley, atendiendo a fundamentos de política criminal, con renuncia a tendencias y escuelas". Vid, Oscar Crespo Soliz, *Breves Comentarios de*

(77) Anteproyecto... Cít., pág. 3.

na, con un elevado porcentaje de analfabetos y con múltiples problemas consiguientes a su mediterraneidad y aislamiento, por ello el Anteproyecto debía ser, en lo posible, "fiel trasunto no sólo de los progresos conseguidos sinó también del atraso e imperfecciones".

2) **LENGUAJE.** — El Anteproyecto de Código penal, emplea un lenguaje sobrio, evita el casuismo y tiene aire de modernidad. Los proyectistas explican que, siendo la norma penal esencialmente popular, ésta debe ser escrita llanamente para ser comprendida por los destinatarios, y por ello, el Anteproyecto, "emplea un lenguaje sencillo, evitando en lo posible todo tecnicismo, salvo en lo estrictamente indispensable", con disposiciones concisas que no den lugar a otra interpretación más de la que fluye de su texto y de lugar, en consecuencia, a una correcta aplicación y al nacimiento de una jurisprudencia que se imponga "por su calidad y jerarquía".

3) **ESTRUCTURA.** — El Anteproyecto de Código Penal para Bolivia de 1964, consta de dos Libros. El primero trata de la Parte General y el Segundo de la Parte Especial. Ambos Libros se dividen en Títulos, capítulos y artículos. Los artículos van precedidos de una indicación sintética de su contenido entre paréntesis y suman en total 365 incluyendo los dos artículos transitorios. Señalaremos a continuación, las notas características de ambos libros y un ligero comentario acerca de las innovaciones principales que contiene este Anteproyecto.

4) **PARTE GENERAL.** — La Parte General del Anteproyecto, se divide en siete Títulos. El Título Primero en su Capítulo único, contiene las reglas para la aplicación de la ley penal (tomadas del Código

penal de 1834, del Código de Procedimiento criminal y del Tratado Internacional de Montevideo de 1889), en cuanto al espacio (Art. 1o.) adoptando el principio de territorialidad y personalidad; el reconocimiento de la sentencia pronunciada en el extranjero (Art. 2o.) cuando el agente tenga que ser juzgado en Bolivia, ya para computar la pena impuesta en la sentencia y cumplida en parte —si es de la misma especie—, o para disminuirla si es diferente; el principio de la no procedencia de la extradición por delitos políticos (Art. 3o.), el principio de la aplicación más benigna al reo cuando ésta le fuere favorable en caso de que la ley vigente a tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista a tiempo de dictarse la sentencia o de dictarse una más benigna durante el tiempo del cumplimiento de la condena (Art. 4o.); la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas, no reconociendo trato diferente por fuero o privilegio en la calidad personal, dejando fuera del ámbito del Código penal a los menores de dieciseis años de edad (Art. 5o.); El concurso de leyes, es resuelto mediante el artículo 6to, dando preferente aplicación a la ley especial, Finalmente el artículo 7o., delimita la relación entre el Código penal y las leyes penales especiales determinado que las disposiciones del Código se aplicarán a la materia regulada por otras leyes especiales en cuanto éstas no establecieran lo contrario.

El Título II del Libro Primero, denominado en el Anteproyecto "Del Delito y del Delincuente", contiene cinco Capítulos. La razón del Título, la fundamentan, los proyectistas, por ser el punto de partida de la concepción jurídica del delito considerado "como una conducta típicamente antijurídica y cul-

pable" (78), por ello, el Título II se ocupa "Del Delito y del Delincuente" por ser dos términos indisolubles del problema penal, considerando que no es posible separar o desvincular el hecho del autor. El Capítulo I de este Título, comprende las distintas formas de aparición del delito: tentativa (Art. 8o.), desistimiento y arrepentimiento (Art. 9), y una innovación, el delito imposible (79). El Capítulo II, incluye dentro de las causas de justificación, la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber (Art. 11, incisos 1, 2 y 3). El exceso se halla regulado en el artículo 12.

El Capítulo III, del Título I del Libro Primero, contiene disposiciones referentes a la culpabilidad, aceptando el principio de que "no hay pena sin culpa" y que, en consecuencia, la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena (Art. 13). El concepto del dolo, tomado del Proyecto de Código penal venezolano de 1961 que comprende el dolo directo, el dolo eventual el de consecuencia necesaria (Art. 14). La culpa, segunda forma de la culpabilidad, es definida en el artículo 15, como delito cometido cuando el resultado "aunque haya sido previsto, no ha sido querido por el agente y se produce por imprudencia, negligencia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones".

(78) Esta definición del delito es la misma que tiene el penalista alemán Edmundo Mezger, en su Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pág. 163, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

(79) El Proyecto del profesor López Rey, no daba una definición, simplemente lo consignaba en el artículo 30. El anteproyecto lo define en el Art. 1o., como el cometido con medios inidóneos o por impropiedad del objeto.

Como causas de inculpabilidad, reconoce: el error de hecho, el error por ignorancia de Derecho, la violencia moral y la obediencia jerárquica (Art. 16, incisos 1, 2, 3 y 4). El Capítulo IV, regula la imputabilidad de la cual no da un concepto "sino que surge de su aspecto negativo constituido por las causas de inimputabilidad", entre éstas señala: enajenación mental, adoptando para este concepto, la fórmula psiquiaticajurídica; la intoxicación crónica, la sordomudez y ceguera; la embriaguez y el "estado del indio selvático" considerado como tal a aquél, que no hubiere tenido contacto con la civilización (Art. 17, incisos 1, 2, 3, 4 y 5). La semimputabilidad es reconocida para todos los casos anteriores cuando no excluyan totalmente la capacidad de comprender y/o de querer del agente sinó que la disminuyan notablemente. Para el caso del indígena, lo declara semimputable cuando su "incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción". (Art. 18). El Anteproyecto excluye, entre las causas de inimputabilidad, el estado mental transitorio ya que —según criterio de los proyectistas— su inclusión significaba "dejar abierta esta puerta de escape para que los delincentes más peligrosos puedan alegar y demostrar un supuesto transtorno mental en base a informes médicos complacientes o a pruebas testificales de favor (80).

El Capítulo V de este Título II se ocupa de las distintas formas de participación criminal, distinguiendo: los autores (Art. 20), los autores media-

(80) Anteproyecto... Cit., pág. 9.

tos (Art. 21) los instigadores (Art. 22), los cómplices (Art. 23) excluyen el encubrimiento porque consideran que "el encubrimiento no puede ser estimado como una forma de participación sinó como un delito especial que por esta razón ha sido llevado al Libro Segundo de la Parte Especial" (81). De esta manera los proyectistas se acogen a la moderna teoría del encubrimiento que considera un delito autónomo que va contra la administración de justicia, desechando, en consecuencia, el molde clásico que estaba establecido en el Código de 1834.

El Título III del Libro Primero, lo denomina, el Anteproyecto, "Las Penas" englobando a éstas y a las Medidas de Seguridad con el nombre genérico de "sanción" (Art. 25), que tiene como finalidad la enmienda y la readaptación del delincuente, así como las funciones de prevención general y especial. En el mismo Capítulo, se halla el catálogo de penas: presidio, reclusión, prestación de trabajo y multa como penas principales, y como accesorias: la inhabilitación absoluta y la especial (Art. 26).

La pena de prestación de trabajos, que estaba regulada en el artículo 58 del Proyecto de López Rey, ha sido tomada de éste por considerar, los autores del Anteproyecto, que su aplicación no tropezaría con mayores dificultades ya que "el trabajo es uno de los medios más eficaces para la readaptación del culpable" basados, además, en que esta cla-

(81) El artículo correspondiente es el 171, dentro de los delitos contra la función pública, y dice: "El que después de haberse cometido un delito, sin promesa anterior, ayudare a alguien a eludir la acción de la justicia u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo, incurrirá en reclusión de seis meses a dos años".

se de pena estaba contemplada, en cierto sentido, en el Código penal de 1834 en la pena de obras públicas. El término máximo de duración de la pena de presidio —de acuerdo a precepto constitucional— es, según el artículo 27 del Anteproyecto, de diez años excepto en los casos de parricidio, asesinato y traición a la patria; en los cuales, la pena es de treinta años sin derecho a indulto. En los casos de concurso, el máximo de la pena no puede exceder de quince años. El mismo artículo, concede al juez la facultad para que pueda escoger entre el presidio y la reclusión, atendiendo a la naturaleza del delito y a la personalidad del autor.

La multa, que fue introducida en el sistema sueco por el penalista Thyrén inspirado a su vez, por el Código penal portugués de 1852, constituye otra novedad en el Anteproyecto de Código Penal Boliviano de 1964 (Art. 29). Según este artículo, la cuantía es fijada prudentemente por el juez, de acuerdo a la fortuna del culpable, sin sobrepasar el monto de sus ingresos económicos diarios. La multa puede ser pagada a plazo o por cuotas (artículo 30) o convertirse en reclusión cuando no sea pagada, empero, el pago de la multa en cualquier momento, deja sin efecto la conversión, descontándose el tiempo de reclusión que hubiere cumplido el condenado en la proporción de día reclusión, día-multa. Esta modalidad aunque no la confiesan los proyectistas, ha sido adoptada del proyecto de Código penal argentino del profesor Sebastián Soler de 1961, quien, al parecer, también impuso este criterio en

el Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano (82).

Las penas accesorias están señaladas en los artículos 33 y 34 del Anteproyecto y comprenden: a) la inhabilitación absoluta que abarca la pérdida del mandato o cargo, empleo, comisión públicos, la suspensión del derecho de ciudadanía, la incapacidad para obtener mandatos, cargos, empleos o comisiones públicos, y la suspensión del goce de toda renta de vejez o pensión. b) la inhabilitación especial que comprende la imposición de alguna o algunas inhabilitaciones señaladas en las inhabilitaciones absolutas y la prohibición de ejercer una profesión cuyo ejercicio dependa de autorización o licencia del Poder Público.

(82) A propósito de esta clase de penas, compartimos el criterio del profesor López Rey, quien hace el siguiente comentario: "El Código Penal para Bolivia, (Parte General), La Paz, 1967, pág. 37. Al parecer adoptado en 1971, se pronuncia por el sistema día-multa. Como he señalado en repetidas ocasiones, dicho sistema opera relativamente bien en países ricos (se originó en Suecia), pero mal y en forma injusta en los países subdesarrollados. El límite, según el proyecto, es hasta quinientos días multa. ¿Cuáles han sido las bases y datos para la admisión del sistema y su regulación? ¿Se ha tomado en cuenta que en los países latinoamericanos hay millones de personas, particularmente indios, campesinos cholos, etc, que se hallan pesimamente retribuidos, tienen numerosa familia y están constantemente necesitados de cosas indispensables, y que el día multa para ellos no es más que una especulación profesional que sería cómica si no envolviera en su aplicación una serie de tragedias e injusticias de la ley penal? ¿Creen los eminentes doctores que redactaron el Proyecto que cabe establecer tal tipo en países tan dispares como Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Brasil, Panamá, Venezuela y Guatemala, por citar sólo algunos? ¿Creen también que en dichos países el sistema día multa, podrá tener aplicación en toda la extensión de cada uno de ellos? ¿En qué datos se han basado para decidirse por tal sistema? ¿No se trata, una vez más de un Derecho Penal de Gabinete...". Vid. Manuel López Rey, *Criminología*... Cit., págs. 369-370.

El Capítulo II de este Título, contiene reglas para la aplicación de las penas, concediendo al juez, cierto arbitrio para que, en atención a la personalidad del autor y a la mayor o menor gravedad del hecho, pueda tomar conocimiento del sujeto, de la víctima y de las circunstancias concurrentes y, en consecuencia, pueda aplicar la pena que creyera conveniente dentro de los límites legales (Art. 37). Determina que para apreciar la personalidad del autor, tendrá en cuenta la edad, educación, costumbres, la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles, su situación económica y social, y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de ejecutar el delito, los vínculos de amistad, parentesco con el sujeto pasivo del delito, la premeditación, la alevosía, la naturaleza de la acción y el daño causado (Art. 38). Una importante inclusión, a nuestro parecer, que obliga al juez a tener un conocimiento multidisciplinario acerca de las ciencias penales, fundamentalmente de la criminología. Establece, también, reglas para el caso de atenuación especial. La pena de prisión debería ser sustituida por la de reclusión, ésta por la prestación de trabajo. Entre las atenuantes generales, reconoce, entre otras causas, la de ser indígena carente de instrucción, cuando se pueda comprobar su ignorancia de la ley.

Puntualizan en la Exposición de Motivos que esta disposición se debe, esencialmente, para el caso de que el indígena ignore la ley, no constituyendo un reconocimiento de inferioridad racial: "entre las atenuantes generales del artículo 40, se contempla la situación especial del indígena carente de instrucción, atendiendo del hecho de que es impu-

table como cualquier persona, aunque por las condiciones en que vivió hasta hace poco su nivel cultural no ha alcanzado al de los demás habitantes del país, lo cual explica y justifica una atenuación fundada en la ignorancia de la ley y no en una inferioridad racial o de otra índole" (83). Este Capítulo contiene, también, normas para la regulación de la reincidencia (Art. 41), delincuencia habitual (Art. 42), concurso ideal (Art. 44) y concurso real (Art. 45).

El Capítulo III denominado "Cumplimiento de las Penas", se ocupa del régimen penitenciario (Art. 47) dejando su regulación para una ley especial. determina que la pena de presidio se cumplirá en una penitenciaría bajo el sistema progresivo (Art. 48). Constituye otra novedad, la creación de Colonias Penales (Art. 51), las que, según este artículo, podrán organizarse en forma independiente y como dependencias de las penitenciarías fuera de las poblaciones. Estas colonias penales constituyen, según los proyectistas, una avanzada hacia la creación de los más modernos sistemas penitenciarios, que habrán de sustituir a las cárceles privadas tipo panóptico, "en las cuales no se cumple la finalidad de la pena, o sea, la readaptación del condenado y, por el contrario contribuyen al incremento de la reincidencia" (84). Determina la obligatoriedad de adquirir un oficio y de que los analfabetos tengan una educación (Art. 54), la prestación de trabajo en obras públicas (Art. 55), el trabajo de mujeres, menores de edad y enfermos (Art. 56), la ejecu-

(83) Anteproyecto... Cít., pág. 10.

(84) *Ibidem*, pág. 11.

ción diferida de la pena para el caso de enfermedad grave o de embarazo en las mujeres (Art. 57) y la detención domiciliaria (Art. 58).

El Capítulo IV de este Título, introduce dos nuevas instituciones en el campo jurídico-penal: la suspensión condicional de la condena y el perdón judicial. La concesión del beneficio de la suspensión condicional de la pena, la hace el juez de la causa previo cumplimiento de determinados requisitos (Art. 59) y el informe del Juez de Vigilancia, sumado al período de prueba (Art. 61). El Perdón judicial establecido en forma limitada con carácter facultativo y excepcional para aquellos autores de un primer delito y cuya sanción no exceda de un año (Art. 64). El Anteproyecto señala que ninguno de los dos casos, tanto la condena condicional y el perdón judicial, comprende la exención de la responsabilidad civil emergente del delito.

El Capítulo V regula la libertad condicional. Este beneficio es procedente, según el Anteproyecto, para los condenados a pena privativa de libertad mayor de tres años, previo informe de la Dirección del establecimiento penitenciario y del Juez de Vigilancia (Art. 66), con la imposición de ciertas condiciones que señala el juez de la causa al momento de conceder el beneficio (Art. 67).

El Capítulo VI se ocupa de las Disposiciones Comunes para los anteriores capítulos sentando el principio de **nulla poena sine iudicio** (Art. 70), es decir la garantía procesal de que nadie puede ser condenado a sanción alguna sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal; el decomiso, que lleva aparejada la pérdida de

los instrumentos con los que hubiere perpetrado el delito (Art. 71); la creación del Juez de Vigilancia para el cumplimiento y ejecución de las sanciones, su intervención en los casos de sustitución, prolongación o liberación de las sanciones, asimismo en los casos de suspensión condicional de la pena, la rehabilitación y la obligación de visitar los establecimientos penales de su Distrito (Art. 72). Contiene, también, reglas para el cómputo de la pena privativa de libertad (Art. 73); para el caso de enajenación mental (Art. 74); la distribución del producto del trabajo realizado durante el cumplimiento de la condena (Art. 75); la preferencia de que el delincuente campesino cumpla su condena en una colonia penal agrícola (Art. 76) y la asistencia social, destinada para la asistencia de la víctima, al sancionado, al liberado y a sus familiares.

El Título IV del Libro Primero, en su Capítulo Único, se ocupa de las Medidas de Seguridad. Reconoce como tales cuatro: el internamiento en un establecimiento adecuado, o, de no existir éste, en el que más aproximadamente pueda cumplir este fin, pudiéndosele dejar en poder de su familia (Art. 80); la suspensión o prohibición de ejercer determinada industria, comercio, tráfico, profesión, cargo, empleo, oficio o autoridad; la vigilancia por las autoridades y la caución de buena conducta. El Juez, de acuerdo al Anteproyecto, puede imponer conjuntamente una pena y una medida de seguridad (Art. 82), pero en tal caso, ésta deberá aplicarse después del cumplimiento de la pena (Art. 86).

El Título V, Libro Primero del Anteproyecto, se ocupa de la Responsabilidad Civil y la Caja de

Reparaciones. Según el Capítulo I de este Título, la responsabilidad civil comprende tanto los daños materiales y morales derivados del delito (Art. 87). Establece la preferencia de su pago (Art. 88), la exención para los amparados en una causa de justificación (Art. 89), la hipoteca legal desde el momento de la comisión del delito (Art. 90), la solidaridad y la transmisibilidad de las obligaciones (Art. 91) y la participación del producto del delito (85).

El Capítulo II de este Título, crea la Caja de Reparaciones destinada para atender el pago de la responsabilidad civil a las víctimas del delito en caso de insolvencia o incapacidad del condenado, para las víctimas del error judicial, a las víctimas en caso de no determinarse el causante del estado de necesidad. El fondo de la Caja tendría que estar compuesto, según reza el Anteproyecto, (Art. 94), "con los fondos provenientes de las herencias vacantes de los responsables del delito, los valores y bienes decomisados como objetos del delito y por donaciones que se hicieren en favor de la Caja" (86). Finalmente el artículo 95 prevé la indemnización a toda persona que después de haber sido so-

(85) "...La participación del producto del delito, tomado del Proyecto Soler, se prevé en caso de la actuación delictuosa de mandatarios o representantes por efecto de la cual el producto o el aprovechamiento del delito quedan incorporados al patrimonio de un tercero o de una persona colectiva" Anteproyecto de Código... Cit., pág. 13.

(86) Ibidem, pág. 13.

metida a juicio criminal, fuere declarada inocente (87).

El Título VI, en un único Capítulo, se ocupa de la Rehabilitación, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos: la buena conducta del condenado "que haga presumir su readaptación social" y haber satisfecho la responsabilidad civil emergente del delito (Art. 96). Sus efectos son: la cancelación de todos los antecedentes penales y la desaparición de toda incapacidad, prohibición o restricción por motivos de la misma índole (Art. 97). Regula, también, la rehabilitación del inocente y del condenado por error judicial (Art. 98) así como su revocatoria para el caso de que el rehabilitado haya cometido otro delito (Art. 99).

Finalmente, el Título VII del Libro Primero, se ocupa en su capítulo único, de la extinción de la acción penal y de la pena. Entre las causas de la extinción de la acción penal se enumeran: la muerte del autor, la amnistía, la prescripción, la renuncia o desistimiento del ofendido (Art. 100). Para el caso de prescripción, el término requerido para que ésta opere es, según el Art. 101 de ocho años para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad de seis o más años; cinco años para los que tengan menores de seis y mayores de

(87) "...Se mantiene una antigua institución, tomadas por nuestro código de su modelo español de 1822 y calificada de "hermosa" por Cuello Calón, que consagra el derecho de los declarados inocentes después de haber sido sometidos a un juicio criminal, para ser indemnizados por todos los daños y perjuicios que hubieren sufrido con motivo de dicho juicio..., además de que servirá, en cierto modo, para poner freno a denuncias y querellas calumniosas o acusaciones falsas...". Anteproyecto... Cit., pág. 13.

dos años; y en tres años para los demás delitos. Para efectos de cómputo, el artículo 102, señala que correrá desde la medianoche del día que se cometió el delito. Los términos requeridos para la prescripción de la pena son: de diez años para el caso de los delitos cuya penalidad exceda de seis años; siete años para los delitos cuya penalidad sea privativa de libertad menor de seis años y mayor de dos años; y cinco si se trata de las demás penas. Estos plazos corren, según el Art. 105, desde el día de la notificación de la sentencia condenatoria o desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiera empezado a cumplirse. Regula, también, los casos de interrupción del término de la prescripción y aclara que la responsabilidad civil emergente del delito no prescribe sino conforme a las reglas del Código civil.

5) **PARTE ESPECIAL.**— El Libro Segundo del Anteproyecto de Código penal presentado al Poder Ejecutivo en 1964, comienza tipificando las conductas consideradas como "Delitos contra el Estado". De acuerdo a la tradición del Código penal de 1834, los proyectistas aclaran que siguen esta clasificación por estar de acuerdo con la anterior del Código penal de 1834 y consideran que "la filiación de un código no puede estar determinada por el hecho de que en la Parte Especial los delitos contra el Estado precedan a los Delitos contra las Personas, porque si esto fuera evidente, todos los países europeos y americanos, del sur que siguen este criterio serían de hecho totalitarios, estando reservado el privilegio de la democracia a los que

tuvieran el acierto de legislar antes los delitos contra el individuo" (88).

El Título I, denominado Delitos contra la Seguridad del Estado, regula en el Capítulo I, los llamados Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado. Comprende los delitos de traición a la patria (Art. 109) en concordancia con la Constitución Política del Estado en cuanto al concepto (complicidad con el enemigo durante el estado de guerra) y la pena (treinta años de presidio sin derecho a indulto). Pero no entiende por espionaje solamente el realizado en tiempo de guerra sino en tiempo de paz "que ponga en grave peligro la seguridad exterior" (Art. 110). La aplicación de las previsiones anteriores cuando los delitos sean cometidos por extranjeros (Art. 113) y cuando en tiempo de guerra se cometieren actos contra un Estado aliado (Art. 120).

El Capítulo II denominado Delitos contra la Seguridad Interior del Estado, comprende los delitos de: rebelión (Art. 121); la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo tanto por los miembros del Congreso como en una "reunión popular" (Art. 122). Concuera este artículo con la Constitución Política del Estado (89); la sedición (Art. 123) y el hecho de atribuirse de derechos del pueblo (Art. 124) concordante, también,

(88) Anteproyecto... Cit., pág. 15.

(89) El artículo 114 de la Constitución Política del Estado, base y fundamento del artículo 122 del anteproyecto, establece literalmente: "Ni el Congreso, ni asociación alguna o reunión popular pueden conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias ni la Suprema del Poder Público, ni otorgarles supremacías por las que la vida, el honor y los bienes de los habitantes, queden a merced del Gobierno ni de persona alguna...".

con el precepto constitucional (90); la conspiración para cometer los delitos de rebelión y sedición (Art. 126); la seducción de tropas (Art. 127), la infracción del deber de resistencia (Art. 128) y el ultraje a los símbolos nacionales (Art. 129). Este Título con sus dos artículos merece un elogio de nuestra parte ya que se encuentra mejor estructurado que el Código penal de 1834 y menos casuista que los dos proyectos anteriores, es decir del Dr. Salmón y el proyecto del profesor López Rey.

En el Capítulo III del Título Primero de este Libro Segundo, el Anteproyecto incluye los delitos denominados contra la Tranquilidad Pública, comprendiendo las siguientes figuras delictivas: instigación pública a delinquir (Art. 130); la apología de un delito (Art. 131); la asociación delictuosa (Art. 132); justificada su inclusión, por los proyectistas, para reprimir "las bandas juveniles, asociaciones frecuentes en estos últimos años en algunas ciudades de Bolivia y que constituye un problema serio para la sociedad" (91); el terrorismo (Art. 133) que, a criterio de los proyectistas, "está siendo uno de los medios más utilizados hoy en día para intimidar a las personas o ejercitar represalias o venganzas personales o políticas" (92).

Con el Título de "Delitos contra el Derecho Internacional", el Capítulo IV del Título I, Libro Segundo, el Anteproyecto regula aquellas conductas que atentan contra los jefes de Estado Extranjeros

(90) "...toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya la soberanía del pueblo, comete delito de sedición". Inciso segundo del Art. 4to. de la Constitución Política del Estado.

(91) Anteproyecto... Cit. pág. 17.

(92) Ibidem.

(Art. 135); la violación de inmunidades diplomáticas, así como la ofensa en su dignidad o decoro mientras se encuentren en territorio boliviano (Art. 136); la violación de Tratados, Treguas Armisticios o Salvocunductos (Art. 137); el Genocidio (Art. 136) incluido en el Anteproyecto, de conformidad a la Convención Internacional sobre Genocidio por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, en vigor desde el 12 de enero de 1951. El artículo referente al genocidio conceptúa a éste, como la conducta delictiva tendente a la "destrucción total o parcial de un grupo nacional étnico y religioso así como las masacres sangrientas en el país" (93); la piratería (Art. 139); la entrega indebida de persona y el ultraje a la bandera, el escudo o himno de un estado extranjero (Art. 141).

El Título II, Libro Segundo del Anteproyecto, comprende los delitos, denominados "contra la Función Pública". Los proyectistas justifican la razón de este Título "no sólo porque está de acuerdo con el bien jurídico que se propone tutelar: la función pública, sino porque así los llama también, acertadamente a nuestro juicio, el Decreto Ley de 3 de enero de 1956 (referente a los delitos contra la economía nacional) y el Proyecto de López Rey, además de servir para una mejor interpretación de las

(93) "Se ha incluido este nuevo delito internacional, más propiamente contra la humanidad, cuya denominación se debe al penalista polaco Rafael Lemkin y consiste en la muerte o lesiones cometidas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional étnico o religioso o en la realización de otros actos, así como las masacres en el país, teniendo en cuenta las Convenciones y Tratados sobre el tema". Anteproyecto... Cit. pag. 18.

distintas figuras agrupadas bajo el Título de referencia". (94).

El Capítulo Primero, regula los delitos de: peculado (Art. 142); malversación (Art. 144); cohecho pasivo propio (Art. 145); uso indebido de influencias (Art. 146); la omisión de declaración de bienes y rentas a tiempo de tomar posesión del cargo (Art. 149) de acuerdo a precepto constitucional (95); las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (Art. 150); la concusión (Art. 151) y las exacciones (Art. 152). Con el nombre de "abuso de autoridad, se engloban los delitos cometidos por funcionarios públicos que dictan resoluciones contrarias a la Constitución y a las Leyes (Art. 153). El incumplimiento de deberes (Art. 154), la denegación de auxilio (Art. 155), el abandono del cargo (Art. 156) y los nombramientos ilegales, complementan la lista de hechos delictivos de este capítulo.

El Capítulo II de este Título, denominado "Delitos cometidos por Particulares", regula: el cohecho activo, antípoda del cohecho pasivo (Art. 158); resistencia a la autoridad (Art. 159); desobediencia a la misma (Art. 160); el impedir o estorbar el ejercicio de funciones (Art. 161); el desacato (Art. 162); la anticipación y prolongación de funciones (Art. 163) y el ejercicio indebido de profesión (Art. 164).

(94) Anteproyecto Cit. pág. 18.

(95) El artículo 45 de la Constitución Política dice: "Todo funcionario público, civil, militar o eclesiástico, está obligado, antes de tomar posesión de un cargo público a declarar expresa y específicamente los bienes o rentas que tuviere, que serán verificados en la forma que determina la ley".

El Título III del Libro Segundo, se denomina, en el Anteproyecto: "Delitos contra la Función Judicial" y comprende dos capítulos. El primero titulado "Delitos contra la actividad Judicial", regula los delitos de acusación y denuncia falsa (Art. 166), simulación de delito (Art. 167); encubrimiento (Art. 171); receptación (Art. 172); prevaricato (Art. 173); consorcio de jueces y abogados (Art. 174); "una de las mayores lacras de la justicia y un escándalo constantemente denunciado por la prensa y la opinión pública..." [96]; el patrocinio infiel (Art. 176); la negativa o retardación de justicia (Art. 177); omisión de denuncia (Art. 178) y la desobediencia judicial (Art. 179).

El Capítulo II, denominado "Delitos contra la Autoridad de las Decisiones Judiciales", comprende los delitos de: evasión (Art. 180); favorecimiento de la evasión (Art. 181) evasión por culpa (Art. 182); diferente figura delictiva al quebrantamiento de sanción regulado en el artículo 183 del Anteproyecto. Dos artículos más, complementan este Capítulo y son los referentes al incumplimiento y prolongación de sanción cuyo sujeto activo es el encargado de hacer cumplir las sanciones, delito regulado en el artículo 184 del Anteproyecto "forma esta última, muy frecuente en los establecimientos carcelarios como se ha denunciado varias veces..." [97]; la recepción y entrega indebida de arrestados (Art. 185), figura delictiva incluida por

[96] Anteproyecto... Cit. pág. 19.

[97] Ibidem, pág. 19.

mandato constitucional (98). Una estructura y sistemática moderna acoge este Capítulo con clara y notable diferencia con el anterior Código penal de 1834.

El Título IV, denominado "Delitos contra la Fe Pública", contiene cuatro capítulos. El Primero, sanciona con penas privativas de libertad los delitos de falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito. Una inclusión muy importante, constituye la equiparación, a los efectos penales, del cheque con la moneda. El Capítulo Segundo, regula los delitos de falsificación de sellos, papel sellado y timbres (Art. 190); impresión fraudulenta de sello oficial (Art. 191) falsificación de billetes de empresas públicas de transporte (Art. 194); falsificación de entradas de acceso a un espectáculo público (Art. 195). Sanciona, también, la tenencia de materiales o instrumentos destinados a cometer alguna de las falsificaciones señaladas anteriormente.

El Capítulo III, prevé el caso de falsificación de documentos en general. Distingue claramente la falsedad material (Art. 198) de la ideológica (Art. 199); señala la punibilidad para la falsificación de documentos privados cuando dicha falsificación pueda causar algún perjuicio (Art. 200). Tipifica, también, el caso del médico que extiende certificado falso referente a la existencia o inexis-

(98) El artículo 11 de la Constitución Política dice: "Los encargados de las prisiones no recibirán a nadie como detenido, arrestado o preso sin copiar en su registro el mandamiento correspondiente. Podrán sin embargo, recibir en el recinto de la prisión a los conducidos, con el objeto de ser presentados, cuando más dentro de las veinticuatro horas al juez competente".

tencia de una enfermedad, lesión. Agrava la circunstancia que la persona tenga que ser internada en un manicomio o en una casa de salud (Art. 201). Prevé, de igual manera, el caso de la supresión o destrucción de documento o expediente, pero en una forma incompleta a nuestro parecer ya que no habla, por ejemplo, de la pérdida de expediente, aspecto que estaba regulado en el anterior Código penal (Art. 202).

En el Capítulo IV, Título IV, bajo el **nomen iuris** de: "Cheques sin Provisión de Fondos" regula el giro de cheques en descubierto (Art. 204) y su giro defectuoso (Art. 205). La razón de incluir estos hechos entre los delitos contra la fe pública y no considerarlos como estafas, dentro de los delitos contra el patrimonio, se debe —según los autores del Anteproyecto—, a que el giro de cheques sin fondo atenta "hiere a la fe pública desde el momento en que es girado sin tener la suficiente provisión de fondos". Se aparta, de esta manera, a la tradicional asimilación del giro de cheques sin fondos, con la estafa, que conservaba la ley de 23 de diciembre de 1949 en concordancia con el artículo 637 del Código penal de 1834; sacándolo, en consecuencia, del ámbito de los delitos contra el patrimonio, sistema que actualmente conservan muchos códigos penales, al de los delitos contra la fe pública. He aquí la explicación de los miembros de la Comisión Codificadora: "Dada la importancia del cheque como instrumento de pago con igual función que la moneda, su protección penal eficaz sólo puedè conseguirse convirtiendo en delitos contra la fe pública el hecho de girar un cheque sin tener la suficiente provisión de fondos,

porque desde ese instante la fe pública se halla herida, sin que esto quiera decir que pueda ser utilizado también como medio para cometer estafa. Este es el criterio que se ha seguido para regular el giro de cheques sin provisión de fondos o sin estar para ello autorizado o el que se lo utilice como instrumento de crédito o de garantía, lo cual desvirtúa o desnaturaliza su función específica y acarrea la nulidad de estos instrumentos. Se ha previsto, asimismo, el giro defectuoso de cheques, con el fin de que no sea pagado. . . ” (99) .

El Título V, rotulado con el nombre de “Delitos contra la Seguridad Común”, contiene tres capítulos. El Capítulo I, regula los incendios (Art. 206) y otros estragos (Art. 207); la conducción peligrosa de vehículos (Art. 210) y la fabricación, tenencia o comercialización de sustancias explosivas (Art. 211) .

El Capítulo II, regula los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación. El Capítulo III, se ocupa de los delitos contra la salud pública (Art. 216) y el ejercicio ilegal de la medicina (Art. 218) . En estos dos últimos delitos, enumera las conductas consideradas delictivas. La razón de esta enumeración es explicada de esta manera en la Exposición de Motivos del Anteproyecto: “En la redacción de las figuras comprendidas en dicho Capítulo (III), se ha tenido que emplear cierto casuismo, en atención a que, para los fines de prevención general de la Ley penal, no sería suficiente una forma genérica, sino la enume-

(99) Anteproyecto. . . Cit. pág. 20.

ración de los casos en que es posible atentar contra la salud pública" (100).

El Título VI denominado "Delitos contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio", contiene dos Capítulos. El primero se refiere a los delitos contra la Economía Nacional, incluídos "por la necesidad de proteger debidamente tan fundamental aspecto del desarrollo de un país en relación directa con la economía popular, la industria y el comercio... se crean figuras nuevas como la de contratos lesivos al Estado o a entidades autónomas, mixtas descentralizadas; la de incumplimiento de contratos con motivo de los fondos de **contrapartida**; la conducta antieconómica prevista en el Código penal soviético y en el Proyecto López-Rey, tendente a evitar la conducta irresponsable en el manejo o dirección técnica de instituciones o empresas estatales, la infidencia económica; el agio y la destrucción de productos que, junto con otros hechos análogos, son males endémicos en Bolivia y otros países que han sufrido el impacto de la inflación" (101).

El Capítulo II, denominado Delitos contra la Industria y el Comercio, contiene la tipificación de las conductas consideradas delictivas tales como el sabotaje con el fin de entorpecer el desarrollo normal del trabajo (Art. 232); el monopolio de importación, producción o distribución de mercancías (Art. 233); el **lock out** (Art. 234); fraude comercial (Art. 235), el desvío de clientela (Art. 237) y

(100) Anteproyecto... Cit. pág. 21.

(101) *Ibidem*, pág. 22 (el subrayado corresponde al original).

la tenencia, fabricación de pesas y medidas falsas (Art. 239).

El Título VII del Libro Segundo del Anteproyecto, se denomina "Delitos contra la Familia". Contiene dos Capítulos. El primero regula conductas referentes a la bigamia (Art. 240) y otros matrimonios ilegales (Art. 241), la simulación de matrimonio (Art. 243), la alteración o sustitución del estado civil (Art. 244). La innovación importante dentro de este Título, constituye sin duda alguna, el Capítulo II, que regula los delitos contra los deberes de asistencia familiar, sancionando tres delitos: abandono de familia (Art. 248), el incumplimiento de deberes de asistencia (Art. 249) y el abandono de mujer embarazada (Art. 250). La Exposición de Motivos, explica la razón de la inclusión de estos hechos en los delitos contra los deberes de asistencia familiar, con estos términos: "El Capítulo Segundo, se concreta, contra los deberes de asistencia familiar que tiende a proteger más eficazmente que la ley civil, los deberes de asistencia inherentes al matrimonio y a las uniones concubinarias, situaciones estas últimas, reconocidas por la jurisprudencia y por la Ley General del Trabajo y admitidas por la jurisprudencia del Supremo Tribunal de justicia" (102). Pensamos que, con estas disposiciones, no solamente se protege la asistencia familiar sino la existencia misma de la familia (103).

(102) Anteproyecto... Cit. pág. 23.

(103) Vid. María del Rosario Diego Díaz Santos, *Los Delitos contra la Familia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 330 y ss.

El Título VIII del Anteproyecto, denominado "Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal", se divide en cuatro capítulos. El Capítulo Primero, tipifica las conductas delictivas de: homicidio (251); asesinato (Art. 252) que, "conforme los preceptos constitucionales y con el propósito de facilitar la aplicación del Código en los casos de que la pena de muerte, abolida actualmente, ha sido sustituida por la de treinta años de presidio, se han conservado las figuras específicas del asesinato u homicidio calificado y la del parricidio, sancionando ambos delitos con la pena indicada, sin derecho a indulto" (104); homicidio por emoción violenta (Art. 254), el producido en prácticas deportivas (Art. 255); el homicidio suicidio (instigación al suicidio) (Art. 256); el homicidio piadoso (Art. 257); el infanticidio (Art. 258) para el caso en que la madre diere muerte a su hijo para encubrir su "fragilidad", el homicidio a consecuencia de agresión (Art. 259); homicidio producido en accidente de tránsito (Art. 261) separándolo del homicidio culposo como tradicionalmente se venía haciéndolo. Prevé, también, el caso de fuga, omisión de socorro a las víctimas en caso de accidente de tránsito.

El Capítulo II, regula el aborto (Art. 263) sancionando con diversas penas de acuerdo a la edad y al consentimiento de la mujer. Tipifica, también, el aborto seguido de muerte, el aborto **honoris causa**, el aborto preterintencional y el aborto culposo. Establece la impunidad para el caso de aborto producido cuando el embarazo haya sido re-

(104) Anteproyecto... Cit. pág. 28.

sultado de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto y el practicado con fines terapéuticos. La inclusión del aborto como delito, es justificado con estos términos por los proyectistas: "contra ciertas opiniones en sentido de que el aborto no debe estimarse como un hecho en el ámbito individual solamente, sino como un delito contra la integridad de la comunidad, tendente a proteger el capital humano del país, hemos preferido —de acuerdo con la mayor parte de los códigos y proyectos recientes—, incluirlo entre los delitos contra la persona o la vida o integridad corporal. Lo que interesa, fundamentalmente es regular el aborto con miras a su restricción y sancionarlo adecuadamente para evitar los abusos a que pueda dar lugar su práctica indiscriminada" (105).

En el Capítulo III de este Título, bajo el rótulo de: Delitos Contra la Integridad Corporal, se prevén las lesiones gravísimas (Art. 270), las lesiones graves y leves (Art. 271). Regula, también, la preterintencionalidad en los casos en que se causa la muerte de la persona. El delito de contagio venéreo (Art. 277), es otra de las novedades que incluye el Anteproyecto. El Proyecto del profesor López Rey, prevenía este delito, empero, lo incluía entre los delitos contra la salud pública. Los autores del Anteproyecto de 1964, consideraron que su más correcta ubicación era dentro de los delitos contra la integridad corporal considerándolo una lesión y un delito de peligro ya que se sanciona el hecho de poner en peligro de contagio a otra persona mediante relación sexual. Comprende, también, el

(105) Anteproyecto... Cit. pág. 24.

contagio producido por relación extrasexual o nutricia.

El último Capítulo de este Título, comprende los delitos de: abandono de menores (Art. 278); abandono de personas incapaces (Art. 280) y la denegación de auxilio en caso de requerirse éste, estando obligado a ello y siendo la persona necesitada un menor de doce años o una persona incapaz, desvalida o en desamparo o expuesta en peligro grave e inminente.

El Título IX, en su único Capítulo, regula los delitos contra el honor, contemplando las figuras delictivas de: difamación (Art. 282); calumnia (Art. 283); ofensa a la memoria de difuntos (Art. 284); injuria (Art. 287). Admite la **exceptio veritatis**, para el caso de difamación y calumnia con dos requisitos: 1o.) que se trate de ofensas dirigidas a un funcionario público y con referencia a sus funciones. 2o.) en el caso de que el querellante pidiere la prueba de la imputación, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de tercera persona.

Reconoce, también, el caso de ofensas recíprocas dejando al criterio del juez el de eximir de pena a las dos partes o alguna de ellas.

El Título X, denominado "Delitos contra la Libertad" comprende cuatro capítulos. El Capítulo Primero regula los delitos de reducción a la esclavitud (Art. 291); las vejaciones y torturas (Art. 295) "que se producen con cierta frecuencia y son resabios de épocas que no han sido del todo superadas" (106); los atentados contra la libertad de

(106) *Ibidem*, pág. 24.

prensa (Art. 296) y contra la libertad de enseñanza (Art. 297), principios que han sido incluidos por estar consagrados en la Constitución Política del Estado.

El Capítulo Segundo, regula los delitos contra la inviolabilidad de domicilio (Art. 298); agravándolo en caso de ser cometido por funcionario público (Art. 299). El Capítulo Tercero, destinado a la protección de la inviolabilidad del secreto, prevé los delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados (Art. 300) y la revelación del secreto profesional (Art. 302). El último Capítulo de este Título, se refiere a los delitos que atentan contra la libertad del trabajo (Art. 303) el monopolio de trabajo (Art. 304), las violencias o amenazas por parte de obreros y empleados (Art. 306) y las coacciones por parte de los empresarios y empleados (Art. 307).

El Título XI, del Libro Segundo del Anteproyecto, se ocupa de los "Delitos contra las Buenas Costumbres". El Capítulo Primero, distingue las características propias de los delitos de violación (Art. 308), estupro (Art. 309) y abuso deshonesto (Art. 312). El Capítulo Segundo, se ocupa del rapto y dentro de éste, el denominado "rapto impropio", cuando se haya cometido a una mujer menor de diecisiete años que haya llegado a la pubertad, con su consentimiento. Sanciona, también, el rapto cometido con miras matrimoniales (Art. 315). El Capítulo Tercero, se ocupa de los delitos contra la moral sexual y regula la corrupción de menores (Art. 318), la corrupción de mayores de diecisiete años (Art. 320), el proxenetismo (Art. 321) y la rufianería (Art. 322). El Capítulo Cuarto,

último de este título, se ocupa de las figuras delictivas que atentan contra el pudor, entre estas, los actos obscenos (Art. 323), las publicaciones y espectáculos obscenos (Art. 324).

El último Título del Libro Segundo del Anteproyecto de Código Penal de 1964, se denomina; "Delitos contra la Propiedad". Es el más largo de todos los Títulos del Libro Segundo. Los proyectistas se inclinan por el título transcrito y no adoptan la fórmula de "Delitos contra el Patrimonio", porque consideran que la ley penal protege la propiedad del titular del patrimonio sobre todos y cada uno de los bienes que lo integran, agregándose a ello, que, por precepto constitucional (107), la propiedad privada es un derecho fundamental de la persona siempre que cumpla una función social y su uso no sea contrario al interés nacional.

El Capítulo Primero, regula el delito de hurto (Art. 326). El Capítulo Segundo, el delito de robo (Art. 331 y 332). El Capítulo Tercero contempla el delito de extorsión y secuestro con el fin de obtener rescate u otra indebida ventaja. El Capítulo Cuarto, se ocupa de las estafas (Art. 335), el abuso de firma en blanco, (Art. 336), el estelionato (Art. 337), el fraude en seguro (Art. 338), la destrucción de cosas propias para defraudar, la defraudación de servicio o alimentos (Art. 340), la defraudación con pretexto de remuneración a funcionario público (Art. 341), el engaño a personas incapaces (Art. 342), la quiebra (Art. 343) y alzamiento de bienes (Art. 344). El Capítulo Quinto,

(107) La Constitución Política del Estado, establece en el artículo 22 que: "se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella, no sea perjudicial al interés colectivo".

contempla los delitos de apropiación indebida (Art. 345), abuso de confianza (Art. 346). El Capítulo Sexto, regula el abigeato (Art. 350). El Capítulo Séptimo, se ocupa de la usurpación con las formas de: despojo (Art. 351), alteración de linderos (Art. 352), la perturbación de la posesión (Art. 353), la caza y pesca prohibidas (Art. 356).

El Capítulo Octavo se ocupa de los "daños", diferenciando el daño simple (Art. 357) del calificado (Art. 358). El Capítulo Noveno, tomando el antecedente de la Ley de Usura de 1961, sanciona la celebración de contratos que excedan a los legalmente establecidos aunque exista la llamada "cláusula penal" (Art. 360). El último Capítulo de este Título, se ocupa de dos figuras que constituyen otra novedad en el acervo jurídico-penal boliviano: la violación del derecho de autor (Art. 362) y del Derecho de invención (Art. 363).

Finalmente los dos últimos artículos del Título referente a Disposiciones Transitorias, establecen: la abrogación del Código penal de 1834 y las leyes que sean contrarias al proyecto (Art. 364) y su vigencia desde el día de su publicación (Art. 365).

Hemos dado una visión de conjunto del Anteproyecto de Código Penal Boliviano presentado en 1964 a consideración del Poder Ejecutivo. No hemos querido profundizar en algunas instituciones, porque, por una parte, es una labor distinta a nuestro propósito inicial, y por otra, porque, conforme se verá en el próximo Capítulo, este Anteproyecto, con ligeras modificaciones, ha sido puesto en vigor en 1973 y es el Código Penal Boliviano que rige hasta el presente.

CAPITULO QUINTO

- A) **Código Penal de 1972.** 1) **Comisión Coordinadora de Códigos;** 2) **Promulgación y Vigencia;** 3) **Breve Análisis de las Reformas Introducidas al Anteproyecto de Código Penal de 1964.**

- B) **Leyes Posteriores que Complementan al Código Penal:**
1) **Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario;** 2) **Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.**

- C) **Palabras Finales.**

CODIGO PENAL DE 1972

1) **COMISION COORDINADORA DE CODIGOS.**— El Anteproyecto de Código Penal presentado en 1964, no fue sometido a consideración legislativa en el Congreso Nacional, por las diferentes circunstancias políticas que atravesó el país. El 27 de agosto de 1970, el Gobierno presidido por el Gral. Alfredo Ovando Candía, nombró una Comisión Revisora de los Anteproyectos de Códigos, la misma que apenas tuvo un mes de trabajo, ya que el mes de octubre del mismo año otro golpe de es-

tado, dio fin con el gobierno del Gral. Ovando (1), tronchando, de esta manera, los afanes de la Comisión nombrada por este Presidente. El siguiente gobierno presidido por el Gral. Juan José Torrez G., prosiguiendo con el anhelo "de dotar al país de una legislación acorde con los principios modernos", nombró al profesor de Derecho Constitucional, Dr. Alipio Valencia Vega para que redactara, previamente, un proyecto de reforma a la Constitución Política del Estado, en el entendido de que, los anteproyectos, antes de ser promulgados, deberían estar acordes con los principios constitucionales. Pero no se cristalizó este anhelo, ya que a los nueve meses de la subida al poder del Gral. Torrez, se produjo un nuevo golpe de estado que puso en el poder al Gral. Hugo Banzer S; quedando, nuevamente, truncada la aprobación de una nueva Constitución Política. Pero los anteproyectos estaban ahí, en el papel de estudios, y el deseo de una reforma en la legislación, era unánime. Por ello el gobierno, presidido por el nuevo Presidente Banzer, mediante Decreto Supremo de fecha 28 de enero de 1972, nombró una comisión coordinadora de códigos la que estuvo integrada por los siguientes abogados: Walter Morales Aguilar, José Dardo Gamarra, Modesto Burgoa Vera, René Baldiviezo Guzmán, Guillermo Rivero Elío y Enrique Oblitas Poblete. Esta comisión entregó sus conclusiones a los cinco meses

(1) Resulta lamentable reconocer que la influencia de las peripecias políticas, incluye enormemente en el estancamiento de la reforma legislativa en Bolivia. En octubre de 1970, en solo veinticuatro horas, Bolivia tuvo cinco presidentes, eterno que nos vale para demostrar que con una inestabilidad política de esa naturaleza, no puede existir una reforma concienzuda acorde con la realidad nacional.

de su nombramiento. Lamentablemente, tanto de la Comisión de 1970 como la de 1972, no existe publicación de sus actas de sesiones de trabajo que, conforme se verá posteriormente, no han debido ser muy intensos; ya que solamente hicieron unos breves retoques al Anteproyecto. Por otra parte, de haberse dado a publicidad las actas, podríamos haber conocido las razones de alguna reforma sustancial.

2) **PROMULGACION Y VIGENCIA.**— Mediante Decreto Supremo No. 10426 de 2 de agosto de 1972, el Gobierno presidido por el Cnl. Hugo Banzer Suárez, "consciente de la trascendencia y responsabilidad histórica de dar a la Nación una moderna y eficaz legislación", aprobó y promulgó como leyes de la República los siguientes Códigos: Código de Familia, en su Título preliminar y sus cuatro Libros, con cuatrocientos ochenta artículos, dos transitorios y su anexo relativo; El Código de Comercio (2), el Código Penal con sus dos Libros, trescientos sesenta y cinco artículos los dos últimos transitorios y Código de Procedimiento Penal. El artículo segundo de este Decreto, disponía que los códigos aprobados deberían entrar en vigencia el día 2 de abril de 1973, empero, por los problemas de impresión, el Gobierno se vio en la necesidad de dictar, en fecha 16 de marzo de 1973, el Decreto Supremo No. 10772 en el que se reconocía que "para la aplicación de estos códigos" era necesario una mayor difusión y conocimiento por los organismos

(2) A los pocos días de su publicación, fue retirado de su publicación.

encargados de su ejecución, por lo que "correspondía ampliar el término de vigencia de dichas normas legales", por ello, derogando el artículo segundo del Decreto Supremo de fecha 23 de agosto de 1972, determinaba que los códigos aprobados deberían entrar en vigencia el día seis de agosto de 1973. El artículo tercero de este Decreto disponía que el Ministerio del Interior y Justicia, en coordinación con el Ministerio de Información y Deportes, deberían programar la difusión y conocimiento de los códigos aprobados.

La publicación de este Decreto, originó la reacción del Colegio de Abogados de la ciudad de La Paz y de la Confederación Nacional de Profesionales de Bolivia. Estas instituciones solicitaron la postergación de la vigencia de los códigos aprobados considerando que era necesaria una mayor difusión y que su prematura vigencia originaría un caos en su aplicación ya que era total el desconocimiento de jueces, abogados y "mundo litigante", de los cuerpos legales que iban a regir la vida jurídica del país. El que otrora fuera Presidente de la Comisión Codificadora de Código Penal de 1962, Dr. Manuel Durán Padilla, dictó en la ciudad de Sucre una conferencia en la que sostenía la inconveniencia de la vigencia prematura de los códigos aprobados (3). El Colegio de Abogados de la ciudad de La Paz organizó una conferencia Nacional de Abogados. El resultado de dicha conferencia, a la

(3) El autor del presente trabajo, le solicitó en el mes de junio de 1973 al Dr. Manuel Durán Padilla, una copia de su conferencia, empero éste argumentó que iba a ser publicada por la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz; hasta la fecha no ha salido dicha publicación.

que asistieron los Colegios de Abogados de las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, fueron de solicitar al Supremo Gobierno, la prórroga de la vigencia de los códigos aprobados. Pese a los anteriores pedidos, el 6 de agosto de 1973, en la ciudad de Sucre, ante la Excelentísima Corte Supremo de Justicia, en ceremonia especial, el Presidente Banzer, declaró la vigencia del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal.

3) BREVE ANALISIS DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1964.— El Código Penal Boliviano de 1973 ha sido copiado del Anteproyecto de 1964 con las modificaciones que a continuación señalamos: (4).

En el artículo tercero, Capítulo Primero del Libro Primero, cambiaron —los miembros de la Comisión Coordinadora y Revisora—, el texto original del Anteproyecto que decía: "Art. 3o. (Extradición). La extradición no procede por delitos políticos ni por delitos comunes conexos a los mismos", por el siguiente texto: "Ninguna persona sometida a la jurisdicción de las leyes bolivianas podrá ser entregada por extradición a otro estado, salvo que un tratado internacional o convenio de reciprocidad disponga lo contrario. La procedencia o improcedencia de la extradición será resuelta por la Corte Suprema. En caso de reciprocidad, la extradición no podrá efectuarse si el hecho por el que se reclama

(4) Hacemos la referencia de los artículos que han sido reformados, reiterando que, hasta el momento, no existe publicación de los documentos que expliquen las razones de su modificación.

no constituye un delito conforme a la ley del Estado que pide la extradición y del que la deba conceder". Consideramos innecesaria esta aclaración ya que la tramitación de la extradición se halla regulada en los artículos 44 y 45 del Código de Procedimiento Penal (5).

El artículo 26 del Anteproyecto de Código Penal de 1964 no incluía, en el catálogo de penas, la pena de muerte. Los coordinadores del Anteproyecto, incluyeron en este artículo, la pena de muerte para los delitos de parricidio, asesinato y traición a la patria. Los proyectistas del Anteproyecto de 1964, excluyeron la pena capital, acogiéndose al precepto constitucional, los miembros de la comisión coordinadora no se acogieron ni al texto constitucional ni al Anteproyecto, al incluir en la lista de penas, la pena capital. La razón de esta inclusión, creemos hallarla en el Decreto Supremo No. 09980 de 5 de noviembre de 1971 que, por haber servido de fundamento para que se incluya la pena de muerte en el Código, lo transcribimos literalmente:

(5) Art. 44 del Procedimiento Penal: (Casos en que no procede la entrega del acusado o condenado) "El Ejecutivo podrá entregar a los gobiernos extranjeros que solicitaren, bajo protesta de reciprocidad, a todo individuo acusado o condenado por los juzgados o tribunales del país requirente siempre que se trate de un delito cometido en su territorio y que permita la extradición conforme a los tratados internacionales". Art. 45 (Trámite o Resolución). "Presentada la solicitud de extradición al Ministerio de Relaciones Exteriores, éste la remitirá a la Corte Suprema de Justicia para que, previo requerimiento del Fiscal General de la República y de acuerdo a lo previsto en el inc. 21 del Art. 53 de la Ley de Organización Judicial, resuelva la procedencia o improcedencia de la extradición. El Poder Ejecutivo, en vista de la resolución que se pronuncie, hará efectiva o no la entrega de la persona requerida".

"Cnl. DAEM HUGO BANZER SUAREZ, PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Considerando: Que el gobierno nacionalista empeñado en lograr la reconstrucción del país en un clima de orden, trabajo y respeto a la ley, requiere de las condiciones necesarias para garantizar el desarrollo y la paz social.

"Que es deber del Estado velar por su propia seguridad y de las personas e instituciones de la República ante la actividad delictiva de elementos antisociales.

"Que es preciso reponer la pena de muerte de acuerdo a anteriores disposiciones constitucionales y tipificar y sancionar algunos delitos no previstos en nuestra legislación penal, cuya omisión pone en riesgo fundamentales derechos del hombre, garantizados por la Constitución Política del Estado.

"EN CONSEJO DE MINISTROS

"DECRETA:

Art. 1o.— Restablécese la pena de muerte para los delitos de asesinato, parricidio y traición a la patria.

La misma pena se aplicará a los casos siguientes:

a) El terrorismo, en cualquiera de sus formas, que provoque consecuencias fatales.

b) Atentados contra la vida de los Dignatarios del Estado y los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación y del orden público, por motivaciones políticas.

c) El secuestro de personas con el objeto de causarles algún daño físico como rehenes, proponer su canje con otras personas o su libertad a cam-

libro de dinero o por otras concesiones o imposiciones.

d) Alzarse en actos de guerrilla urbana o rural.

Art. 2o.— El Tribunal encargado de aplicar la presente Ley y el procedimiento a que debe someterse el juzgamiento de los delitos contemplados en los incisos a), b) c) y d) del Art. 1o., serán establecidos mediante un Decreto Ley reglamentario.

El señor Ministro de Estado en el Despacho del Interior, queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto Ley.

Es dado en el Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz a los cinco días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y un años”.

La Ley anteriormente transcrita, contradice a la Constitución Política promulgada en el año 1967. Esta Constitución, que ha sido reconocida y mantenida en los sucesivos gobiernos **de facto** que han ocupado el Poder en Bolivia a partir de 1969 hasta el presente, reconoce en su artículo 17, la abolición de la pena de muerte: “No existe la pena de infamia ni la de muerte civil, en los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria se aplicará la pena de treinta años de presidio sin derecho a indulto...”.

Los miembros de la Comisión Coordinadora del Anteproyecto, no han tenido en cuenta que la Carta Magna establece claramente el orden de aplicación de las leyes en su artículo 228 que literalmente dice: “La Constitución Política del Estado, es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la apli-

carán con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones", y restablecieron, en base al Decreto transcrito, la pena de muerte en Bolivia.

El artículo 27 del Anteproyecto de Código penal, fue modificado en la parte que se refiere a la duración máxima de la pena de presidio. El Anteproyecto determinaba que el máximo de la pena de presidio para los delitos que revestían mayor gravedad sería de uno a diez años y en los casos de concurso no podría exceder de quince años, el Código penal aprobado y vigente, determina que la duración será de uno a treinta años y en los de concurso el máximo no excede de los treinta años.

El artículo 100 del Anteproyecto de 1964, consideraba entre las causas de extinción de la acción penal: la amnistía, la prescripción y la renuncia o desistimiento del ofendido en los delitos de acción privada. El Código penal de 1972, introduce una causa más: la muerte del autor. Inclusión innecesaria ya que, siguiendo el Código penal el principio de la personalidad de las penas, resulta supérflua su mención (6).

Es en el Libro Segundo, especialmente en los delitos contra la seguridad del Estado, que la Comisión Coordinadora, introdujo modificaciones al Anteproyecto en la parte punitiva de muchos delitos. En algunos casos se ha mostrado pródiga en la pena de muerte.

El artículo 109 que sancionaba el delito de traición a la patria con la pena de treinta años de

(6) Cfr. José María Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español...* cit. Parte General, pág. 548.

presidio sin derecho a indulto, es reformado en su parte punitiva con la pena de muerte. El artículo 110 que define la figura delictiva del "sometimiento total o parcial de la Nación al dominio extranjero" fue reformado, también, en su penalidad sancionando este hecho delictivo, con la pena capital. El Anteproyecto lo sancionaba con la pena de treinta años de presidio.

El artículo 112 del Código penal, varía del Anteproyecto en cuanto al tiempo de la condena. El primero, sanciona con privación de libertad de cinco a diez años, la introducción clandestina y posesión de medios de espionaje, mientras que el Anteproyecto tenía como tiempo de duración de la condena, la privación de libertad de uno a cinco años.

Entre los delitos contra la seguridad interior del Estado, el Código penal en el artículo 121, tipifica el delito denominado "Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado". Este artículo contiene, en su primera parte, la tipificación del delito que el Anteproyecto denominaba "Rebelión" y difiere de éste en la penalidad. El Código sanciona la comisión de este delito con pena de cinco a quince años, mientras que el Anteproyecto determinaba una pena de privación de libertad de dos a seis años. La segunda parte de este artículo, que no existía en el Anteproyecto de 1964, tiene su justificación en la represión de la lucha contra la "guerra de guerrillas". Hasta el año 1964, no se había producido en Bolivia, una guerrilla con las características propias de las que se produjeron en los años 1967 y 1970. De ahí viene la inclusión de esta figura delictiva que textualmente dice: "Los que organizaren o integraren grupos armados irregula-

res, urbanos o rurales, bajo influencia interna o externa para promover enfrentamientos armados con fuerzas regulares o de seguridad pública, o para cometer atentados contra la vida y seguridad de las personas, integridad territorial o la soberanía del Estado, serán sancionados con la pena de quince a treinta años de presidio”.

Los artículos 123 y 128 del Anteproyecto de 1964 han sido fundidos en el Código penal de 1972, en un mismo artículo: el 123 que tipifica el delito de sedición, y la responsabilidad de los funcionarios públicos que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance. En el artículo 128 del Código penal, los coordinadores, tipificaron el delito de atentar contra el Presidente y otros dignatarios de Estado, figura que no estaba prevista en el Anteproyecto.

El artículo 133 del Código penal se refiere al delito denominado “terrorismo” difiere del Anteproyecto en dos aspectos. En cuanto a la penalidad, el Anteproyecto lo sancionaba con presidio de uno a cuatro años, el Código señala dos a diez años de presidio. El Código contiene una segunda parte complementaria que prevé el caso de que a consecuencia del hecho terrorista se produjeran pérdida de vidas o graves lesiones, sancionando estos casos con la pena de veinte a treinta años de presidio. Esta complementación, que no estaba prevista en el Anteproyecto, la encontramos justificada debido al incremento de los delitos de terrorismo en estos últimos tiempos. .

El artículo 138 del Anteproyecto de Código penal de 1964, tipificaba el genocidio y sancionaba con presidio de ocho a diez años, las conductas que

incurrían en este delito. El artículo 138 del Código penal, varió la penalidad subiéndola de diez a veinte años de presidio.

El artículo 139, referente a la piratería, fue modificado con la introducción de una conducta más: el desvío de la ruta establecida para el caso de piratería de navíos y aeronaves.

El artículo 190 del Anteproyecto, también fue modificado, incluyendo dentro de la falsificación de sellos, papel sellado y timbres, la falsificación de "fórmulas impresas".

El artículo 217 del Código penal, contiene una disposición análoga del Anteproyecto de 1964, que nos parece innecesaria ya que sanciona con pena de uno a siete años y multa de treinta a quinientos días al que viole las disposiciones de la Ley de estupefacientes siendo así que esta Ley señala diversas penas para las diferentes figuras delictivas que contiene. El artículo señalado dice literalmente: "el que violare las disposiciones de la ley especial de estupefacientes, será sancionado con privación de libertad de uno a siete años y multa de treinta a quinientos días". La Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, citada más adelante, ha enmendado este error al derogar, en sus disposiciones transitorias, este artículo mantenido por los miembros de la Comisión Coordinadora en el Código penal de 1972.

El artículo 308 del Anteproyecto de 1964 tipificaba el delito de violación. Según este artículo, incurría en el delito de violación, la persona que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1o.) si la víctima no hubiera llegado a la pubertad. 2o) si se hubiere em-

pleado violencia física o intimidación y 3o) si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir. La pena para este delito era de privación de libertad de dos a siete años. El Código penal de 1972, altera este artículo en la siguiente forma: conserva los dos últimos incisos, en una primera parte sancionando su comisión con la pena de cuatro a diez años de privación de libertad. En la segunda parte prevé el caso de la violación a persona menor que no hubiera llegado a la edad de la pubertad (inciso primero del Anteproyecto), siendo la pena, en este caso, de diez a veinte años de presidio; si como consecuencia de este hecho se produjere la muerte de la víctima, la condena es la pena capital.

El artículo 312 del Código penal, varía del Anteproyecto en la penalidad. Este último, sancionaba el delito de abuso deshonesto con seis meses a tres años de reclusión. El Código aumenta la pena, de uno a tres años de privación de libertad.

El artículo 334 del Anteproyecto, tipificaba el delito de secuestro de persona con el propósito de obtener rescate para sí o para otro, como precio de la libertad de la víctima, sancionando este hecho con la privación de libertad de uno a seis años y multa de sesenta a ciento cincuenta días, agravándose la pena con privación de libertad de ocho años y multa de quinientos días si el culpable consiguiera su propósito. El Código penal en el artículo correspondiente al mismo número, modifica, en la primera parte, la pena. Sancionando este hecho con la pena de cinco a quince años de presidio y agrega una segunda parte que textualmente dice: "si como consecuencia del hecho resultaren gra-

vés daños físicos en la víctima o el culpable consiguiera su propósito, la pena será de quince a treinta años de presidio. Si resultare la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato". Esta modificación responde a las exigencias del momento ya que el secuestro de personas con el fin de obtener no sólo el rescate, sino determinados objetivos políticos, está a la orden del día y, en consecuencia, era necesario prever el caso de que se produzca la muerte de la víctima.

El artículo 350 del Anteproyecto, referente al abigeato, sancionaba estos hechos con la pena de privación de libertad de uno a cinco años. El Código, sanciona la comisión de estos actos delictuales, con privación de libertad de dos a diez años.

En el artículo 356 del Anteproyecto del Código penal de 1964, se omitía considerar la aclaración que la violación de disposiciones relativas a la caza y pesca que se hiciera en un fundo ajeno **que esté cultivado o cercado** (7), omisión que ha sido subsanada en el Código penal.

El artículo 361 del Código penal aclara, en el inciso tercero, la usura cometida en contratos que incluyan la cláusula penal que fije intereses, aspecto no considerado en el Anteproyecto de 1964, en el artículo correspondiente.

El artículo 364 del Código penal, referente a las Disposiciones Transitorias, cambia la palabra "deroga" consignada en el Anteproyecto, por la de "abroga" por considerar que la primera se refiere solamente a una parcela mientras que la segunda comprende el total ordenamiento jurídico.

(7) El subrayado nos corresponde.

Finalmente el artículo 365 del Código penal señala la fecha concreta de vigencia de éste, aspecto que —como es natural—, no contemplaba el Anteproyecto.

Esas son las reformas incluídas al Anteproyecto de Código penal de 1964, el que, a partir del 6 de agosto de 1973 es el Código penal que rige la vida jurídico-penal del país.

B) LEYES POSTERIORES QUE COMPLEMENTAN AL CODIGO PENAL

1) **Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario.**— Por Decreto Supremo No. 10643 de 15 de diciembre de 1972, el Gobierno presidido por el, entonces Cnl., Hugo Banzer Suárez, creó la Comisión Redactora de la Ley del Régimen Penitenciario. Esta Comisión fue integrada por los siguientes profesionales: Sra. Maritza de Arce Quiroga, Sr. Alex Arteaga, Dr. Carlos Vargas Romero, Dr. José Zegarra, Dr. Gastón Ledezma Rojas, Dr. Luis Fernando Costa Ardúz y Dr. Jaime Rodrigo Gainza. El único considerando de este Decreto declaraba que: "el Gobierno Nacionalista se halla empeñado en la construcción de un moderno panóptico nacional" y que, en consecuencia, era necesario contar con una ley de régimen penitenciario, que regule el sistema penal de la Nación y a cuya norma se sujete la meritada construcción, consciente que el sistema penitenciario vigente, "adolece de graves defectos, no guarda relación con la moderna legislación promulgada por el Gobierno Nacionalista".

El artículo segundo de este Decreto, señaló un plazo máximo de un mes, para que los comisionados hicieran la entrega del proyecto. Estos entregaron el proyecto el 29 de marzo de 1973, es decir, a los tres meses de su nombramiento. El proyecto de Ley, fue precedido de un oficio dirigido al Ministerio del Interior, en el que se explica el desarrollo del trabajo y las dificultades encontradas por carecer, el país, de antecedentes legislativos sobre la materia "de ahí que, la Comisión, forzosamente ha tenido que consultar para la realización de su trabajo, legislaciones de otros estados y en especial, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, recomendadas por el Departamento de Defensa Social de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente elaboradas en 1955 y ratificadas por el IV Congreso de la ONU en agosto de 1970, Kioto, Japón, Reglas Mínimas que se recomiendan aplicar". Manifiestan que la nueva legislación penal y penitenciaria del país, constituye un cambio radical, al dar a la pena una función reeducadora del individuo para integrarlo a la sociedad y que, el nuevo régimen penitenciario contenido en el proyecto, determina el modo y manera en que deberán cumplirse las penas privativas de libertad, considerando principalmente "la persona del recluso, sus derechos como ser humano, su readaptación social haciendo referencia a su formación profesional y cultural".

Después de hacer consideraciones de diferentes aspectos, los proyectistas estiman que el cambio no se operará repentinamente, ya que "el anteproyecto no pretende cambiar de la noche a la mañana las actuales estructuras internas y externas en el orden penitenciario" y considerando que

los resultados que se obtengan de la aplicación del ordenamiento punitivo en general "dará la medida en que las normas se adapten a la realidad social y a la vez que permita diagnosticar la salud moral de nuestra sociedad", recomiendan la construcción de dos penitenciarías: una en la ciudad de La Paz y otra en la ciudad de Santa Cruz, en zonas suburbanas.

Mediante Decreto-Ley No. 11080 de 9 de septiembre de 1973, el Gobierno del Gral. Hugo Banzer Suárez "fiel intérprete del sentimiento popular, consciente de la necesidad histórica de reformar la economía jurídica del país", promulgó la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, la misma que entró en vigencia el 28 de septiembre de 1973, fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia.

La Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, contiene siete Títulos, divididos en capítulos y éstos en artículos. Consta de 160 artículos siendo los dos últimos, Disposiciones Transitorias.

El Título Primero, trata de los Principios Generales de la Ley. Determina, entre otras cosas, que la ejecución de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como el tratamiento del recluso, constituyen el sistema penitenciario. La finalidad de los establecimientos penitenciarios, que no sólo están destinados a la guarda, custodia de los detenidos, sino, a su reeducación y readaptación social, de acuerdo con los principios de la moderna ciencia penitenciaria.

El Título Segundo, trata sobre la organización y régimen penitenciario. En el capítulo primero, clasifica los establecimientos penitenciarios, los divide a éstos en dos clases: 1o.) preventivos y

2o.) de cumplimiento o de corrección. Los primeros están destinados a la retención y custodia de los detenidos y sirven, además, para la ejecución de penas privativas de libertad, cuando el tiempo de la condena no exceda de seis meses. Los segundos, están destinados a la ejecución de las sentencias que impliquen privación de libertad. A tal efecto, los establecimientos penitenciarios se clasifican en: a) establecimientos ordinarios (de régimen cerrado, intermedio y abierto). b) institutos para menores de 21 años (destinados al desarrollo psicofísico del interno, por medio de la instrucción, educación, trabajo, la ocupación conveniente del tiempo libre y el aprendizaje de un oficio). c) Los Centros Asistenciales, (destinados a quienes presenten anomalías o deficiencias físicas o mentales). d) Las Colonias Penales Agrícolas (de régimen abierto, destinadas a los reclusos de procedencia rural) y e) Los Destacamentos Penitenciarios, instituidos como una modalidad de establecimientos de régimen abierto, destinados a trabajadores reclusos especialmente seleccionados por la Central de Observación y Clasificación y la Dirección del establecimiento, para la ejecución de trabajos no permanentes. El artículo 14, correspondiente al Capítulo Segundo, Título II, da el concepto de "detenido" considerado como la persona sometida a proceso, hasta el momento de la resolución judicial o administrativa que determine su situación jurídica. La privación de libertad de los detenidos, según la ley, debe ser restringida a los límites indispensables con objeto de asegurar su persona, evitar cualquier alteración. El artículo 18, considera "penados" a todos aquellos que tengan sentencia judicial ejecutoriada, quienes deben cumplir su condena en un es-

establecimiento ordinario en el régimen que resulte más adecuado a su tratamiento según el sistema progresivo. En cuanto a la aplicación de medidas de seguridad, éstas, por su carácter preventivo, (las que impliquen internamiento), serán ejecutadas mediante la aplicación de métodos terapéuticos, en unos casos, y correccionales en otros.

El Capítulo Tercero, Título II, contiene normas para la aplicación del sistema progresivo, el mismo que no puede ser aplicado a las penas privativas de libertad menores de seis meses. El sistema progresivo comprende, según esta Ley, cuatro períodos: a) de observación, clasificación y tratamiento del interno; b) de readaptación social en un ambiente de confianza; c) de pre-libertad y d) de libertad condicional. Los tres primeros grados deberán cumplirse progresivamente, en los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, respectivamente, pudiendo pasar directamente a un grado superior sin pasar necesariamente por los anteriores, con excepción del período de libertad condicional. La progresividad depende, de acuerdo al criterio de esta Ley, de la conducta activa del interno consistente en hechos que demuestren la voluntad de perfeccionar aptitudes, de corregir los impulsos y tendencias y de modificar las actitudes. La regresión de grado en el sistema, procede cuando el interno sea resistente al tratamiento o acuse "un índice clínico criminológico desfavorable".

Como organismo encargado del estudio científico de la personalidad del interno y de su individualización en el tratamiento, el Capítulo Cuarto crea la Central de Observación y Clasificación integrada por un equipo clínico-criminológico, com-

puesto por : un médico, un psiquiatra, un sociólogo, un psicólogo y un abogado penalista. Los exámenes que realiza este organismo, tienen como finalidad, la orientación a los jueces y tribunales en la determinación de la pena, asimismo, el establecimiento de cumplimiento de la condena.

La clasificación de los detenidos, penados y sometidos a medidas de seguridad se la hace cumpliendo los siguientes criterios: a) dentro de un mismo establecimiento, en razón de: 1) sexo, 2) edad, 3) estado de salud, 4) grado de instrucción, 5) tipo de delito atribuido, 6) forma de culpabilidad, 7) grado de reincidencia y peligrosidad. b) en delincuentes normales y anormales, atendiendo a criterios criminológicos. Debiendo tener en cuenta, además, el tiempo de duración de la condena y el grado o período en que se encuentre situado el interno.

El Título III de esta Ley, regula el tratamiento y régimen penitenciario, el mismo que debe estar caracterizado fundamentalmente, por la asistencia social, médica, educativa, moral, religiosa, de forma continua y dinámica, por la obligatoriedad del trabajo de acuerdo a las aptitudes del sujeto, por un sistema sanitario, higiénico, alimenticio y disciplinario adecuados y coincidentes. La Ley hace distinciones sobre la aplicación del régimen y tratamiento en los diferentes establecimientos, de acuerdo al período que se encuentren los penados en el sistema progresivo. Así, en los establecimientos cerrados, sin perjuicio de ejercitar un control riguroso, el tratamiento con aplicación de métodos sociales que están en relación a las necesidades peculiares de cada caso. En los estableci-

mientos de régimen intermedio, el tratamiento debe propender a mejorar las aptitudes del interno y a cambiar las actitudes negativas que presenten. desarrollado todo ello, en un clima de confianza adecuada a la evolución del sujeto en su readaptación social. Y, por último, en los establecimientos de régimen abierto, el tratamiento debe caracterizarse en la confianza depositada en el interno, mediante la asignación de mayores responsabilidades y la preparación para la libertad. El internado debe actuar sin vigilancia tanto fuera como dentro del establecimiento.

En cuanto a los inimputables y semimputables sometidos a medidas de seguridad, el tratamiento debe ser de carácter eminentemente educativo hasta conseguir su adaptación al medio sociocultural del país. En los institutos destinados a menores de 21 años, hasta el límite de la minoría penal (16 años) el tratamiento deberá propender al desarrollo y la integración de la personalidad del interno.

El artículo 44 señala taxativamente que "el trabajo, instrucción, educación moral y religiosa y libertad de acción de los reclusos integrados en la comunidad penal agrícola, constituyen los medios de readaptación social". En cuanto a los Destacamentos Penitenciarios, estos tienen por objeto crear el espíritu de Trabajo en los reclusos e inculcarles el sentido de responsabilidad social, autodisciplina y orientación en sus relaciones afectivas con sus familiares. La Ley dispone que serán destinados a este régimen aquellos que tengan la necesaria aptitud física, que observen buena conducta y ofrezcan garantías de seguridad que, a juicio de la Di-

rección General y jueces de vigilancia, sean considerados suficientes.

El Capítulo Segundo de este Título, se ocupa de la Asistencia Médica, determina que los establecimientos penitenciarios, dispondrán de los servicios de un médico internista con conocimientos en psiquiatría y un odontólogo, dependientes de la Dirección del Instituto y vinculados a la Central de Observación y Clasificación. El médico tiene la obligación, de acuerdo al artículo 47, de examinar al interno tan pronto como ingrese éste al establecimiento, con la finalidad de determinar su estado físico y/o mental o la existencia de enfermedades infecto-contagiosas, para, en su caso, adoptar las medidas de aislamiento. El servicio médico debe contar, además, con una enfermería y un número de camas equivalente al 6% de la población penal, provista de instrumental necesario y productos farmacéuticos indispensables. Los establecimientos destinados al internamiento de mujeres, deberán tener una dependencia especial para el tratamiento de las reclusas embarazadas. El artículo 51, contiene una disposición que la consideramos muy importante por su contenido social. Dice así este artículo: "Anexo a los establecimientos para mujeres, el Consejo Nacional del Menor, tomará a su cargo la organización de guarderías infantiles, con personal calificado a efectos de cumplir específicamente su función de protección integral del menor".

El Capítulo Tercero, se ocupa de la asistencia moral y religiosa que, "como elementos indispensables en la reforma del interno", es obligatoria en los establecimientos penitenciarios. Los in-

ternos que no profesen la religión católica u otra, recibirán conferencias de carácter educativo y moral. El Capítulo Cuarto, se ocupa de la asistencia social de los internados, la que no sólo debe tener por objeto mantener las relaciones entre internos y sus familiares, sinó el de cooperar en la solución de sus problemas de orden moral y material y de efectuar una cuidadosa investigación social a nivel de la Central de Observación y Clasificación respecto a la personalidad del sujeto.

El Capítulo V del Título III, se ocupa de la instrucción, educación y deportes, considerados "como elementos básicos del tratamiento reformador de los internos". La ejecución de los planes y programas educativos, debe tener prioridad sobre los laborales, todos los establecimientos de penas privativas de libertad, deberán tener escuelas atendidas por maestros designados por el Ministerio de Educación con grados y programas de enseñanza cultural previstos por el Ministerio de Educación y Cultura. Complementando esta tarea, los establecimientos penitenciarios, deberán tener una biblioteca, asimismo, la Dirección de los establecimientos queda encargada de promover ciclos de conferencias cuyo objetivo es el de ejercer una labor de cultura y de moralización entre los reclusos, proyección de cintas, televisión, recepción de libros y certámenes literarios, representaciones teatrales, etc.; con una reglamentación especial.

El Capítulo Sexto de este Título (III), se refiere al trabajo penitenciario cuyo objetivo, según el artículo 77, es la ocupación laboral continua de los internos, para dotarles de un oficio o perfeccionar el que tuvieren, para permitirles atender en la me-

medida de lo posible; sus necesidades y la de sus familiares, resarcir los daños emergentes del delito, mantener el orden y la disciplina y obtener alguna compensación para el Estado por los gastos ocasionados en la ejecución de la pena privativa de libertad. A este respecto, el artículo 78 modifica el artículo 75 del Código penal en los siguientes términos (8):

“El producto del trabajo de los internos se distribuirá en la siguiente manera:

- 1o.— Para satisfacer la responsabilidad emergente del delito, el 20%.
- 2o.— Para satisfacer sus propias necesidades, el 25%.
- 3o.— Para la mantención de su propia familia, el 25%.
- 4o.— Para formar una cuenta de ahorro en el Banco del Estado que será entregada al interno en el momento de su liberación o a sus herederos en caso de fallecimiento, el 15%.
- 5o.— Para la adquisición de maquinarias, el 15%”.

La obligatoriedad del trabajo está señalada en el artículo 84, pero se determina que, si bien la

(8) El artículo 75 de Código penal establecía que el producto del trabajo debía distribuirse en las siguientes proporciones: “ 1) Reparar e indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, 40%. 2) Formar un fondo de reserva que se entregará al condenado a su salida, o a sus herederos si falleciere antes, el 30%. 3) Atender a su familia si ésta necesitase ayuda, 30%. Si la responsabilidad civil hubiere sido satisfecha, o si la familia no estuviere necesitada, se aumentará el fondo de reserva”.

ejecución es obligatoria, sin embargo la elección es libre, prohibiéndose la ejecución de trabajos forzados así como el empleo de reclusos sin la justa remuneración y seguridad social. Para la organización del trabajo penitenciario debe tomarse en cuenta no sólo el trabajo corporal, industrial o agrícola, sino otra clase de actividades "de acuerdo a las aptitudes personales, jurídicas y sociales del penado resultante de su condición humana, de la ejecución de la pena que propugna el ejercicio de una actividad laboral y de su condición cierta de futuro miembro de la comunidad".

Los organismos dependientes del Estado, tienen la obligación, según el artículo 80, encomendar los trabajos que demanden sus necesidades a los talleres de los establecimientos penitenciarios.

El Capítulo Séptimo, regula la disciplina penitenciaria, la misma que debe ser aplicada de acuerdo a las exigencias que implique la readaptación social de los reclusos. La imposición de la disciplina debe hacérsela teniendo presente la índole moralizadora y readaptadora, con autoridad y "sin vejar la personalidad del recluso". Deja a la Dirección General, la reglamentación de un régimen de disciplina, prohíbe el empleo de la fuerza y concede la exención, a título de premio, de determinados servicios para los reclusos que hayan observado buena conducta y laboriosidad.

El Capítulo Octavo del Título III, trata sobre la libertad condicional, el artículo 93, reforma el artículo 66 del Código penal y establece los requisitos para la procedencia de la libertad condicional en los siguientes términos: "El artículo 66 del Código penal, queda reformado en los siguientes términos.

"El juez de la causa, mediante sentencia motivada, podrá conceder libertad condicional por una sola vez al condenado a pena privativa de libertad que hubiera cumplido las dos terceras partes de la condena previo el informe de la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios, Juez de Vigilancia y de acuerdo a los siguientes requisitos: a) haber cumplido las diferentes etapas del sistema progresivo y que se encuentre clasificado en el tercer grado de pre-libertad previstos en los artículos 8o, inciso c) de la presente Ley. b) haber demostrado aptitud y hábitos de trabajo. c) haber satisfecho la responsabilidad civil o constituir fianza real o personal. d) que observe buena conducta en libertad y se someta a la tutela del juez de vigilancia y de los servicios penitenciarios dependientes de la Dirección General, hasta el cumplimiento de la condena" (9). Determina que los internos que tengan sesenta años o los cumplan en el establecimiento penitenciario, podrán gozar de este beneficio siempre que se encuentren situados en el segundo o tercer período de tratamiento. Para el caso de revocatoria del beneficio de libertad condicional establece el regreso inmediato del penado en

(9) El artículo 66 del Código penal, derogado por esta Ley, decía: "El Juez de la causa, mediante sentencia motivada, podrá conceder libertad condicional, por una sola vez, al condenado a pena privativa de libertad mayor de tres años, previo informe de la dirección del establecimiento y juez de vigilancia, conforme a los siguientes requisitos: 1) haber cumplido las diferentes etapas del sistema progresivo o las dos terceras partes de la pena impuesta. 2) haber dado pruebas evidentes de buena conducta, durante la ejecución de la pena. 3) haber satisfecho la responsabilidad civil resultante del delito. 4) si del examen de su personalidad y de su medio social pudiera razonablemente inducirse que se comportará correctamente en libertad".

el mismo establecimiento en que cumplía su condena y en el período que le corresponda.

La asistencia social postpenitenciaria, es regulada en el Capítulo Noveno del Título III. El artículo 97, instituye el servicio de asistencia social postpenitenciaria dependiente de la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios, y vinculado a la Central de Observación y Clasificación, al Servicio Social Institucional y a los juzgados de vigilancia. Este organismo, tiene por objeto, proporcionar al sujeto, las condiciones ambientales necesarias en que vivirá después de cumplir la condena, para evitar su reincidencia, solucionar los problemas de trabajo del interno buscándole ocupación de acuerdo a sus aptitudes e intereses, evitar que el interno sea puesto en libertad en un ambiente desfavorable, realizar gestión de patrocinio sobre la familia durante el período de reclusión del interno y sobre éste, en los períodos de prelibertad y libertad condicional. Tiene la obligación, también, de hacer evaluación sobre el grado de readaptación del interno, de sus necesidades y aptitudes para un determinado trabajo, de prestarle cooperación en los proyectos para su vida en libertad, cooperarle en la obtención de sus documentos y su cancelación de antecedentes penales. Además, en el período de prelibertad, debe informar a la Dirección General, sobre la necesidad de conceder licencias para que los penados puedan pasar los fines de semana con su familia.

El Capítulo Décimo, Título III, da los lineamientos principales para la construcción de los establecimientos penitenciarios, debiendo tener presente los fines específicos del tratamiento del re-

cluso. La ubicación de los establecimientos, según el artículo 105, será próxima a los centros urbanos, para evitar elevados costos de transportes a la administración penitenciaria, para posibilitar los trámites judiciales, facilitar la relación entre el interno y sus familiares y conseguir la colaboración de la empresa privada en la organización del trabajo dentro de la institución penitenciaria. Determina, también, la disposición de los dormitorios para los distintos períodos del sistema progresivo.

El Título IV de la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, regula todo lo referente a la administración penitenciaria, la misma que, según el artículo 115, estará administrativamente centralizada en la Dirección General de Establecimientos, integrada en la Subsecretaría de Justicia, del Ministerio del Interior. Esta Dirección, está organizada, según el artículo 119, por las siguientes reparticiones a nivel nacional:

Dirección General, Inspección, Departamentos de Asistencia médica, moral y religiosa, social, Instrucción, educación y deportes; Departamento de trabajo penitenciario, de asuntos administrativos, de régimen disciplinario, técnico jurídico, de asistencia social, postpenitenciaria y Departamento de personal. Para ser Director General, son necesarios los siguientes requisitos: 1) ser boliviano de nacimiento, 2) tener 35 años de edad mínima, 3) ostentar título universitario en provisión nacional con especialidad a nivel de postgrado en ciencias penales y criminología. Tiene el rango de Vocal de la Corte Superior de Justicia.

El Capítulo Tercero de este Título, regula las funciones del Juez de vigilancia, de la Central de

Observación y Clasificación, de los Departamentos de Asistencia Médica, de Asistencia Social, de Instrucción, Educación y Deportes, del Departamento de Trabajos Penitenciarios, del Departamento de Régimen Disciplinario, del Departamento Técnico Jurídico, del Departamento de Asistencia Social Postpenitenciaria, de Asuntos Administrativos y del Departamento de Personal.

El Título V, contiene las normas referentes al funcionamiento de los establecimientos penitenciarios en su parte técnica y administrativa. El Título VI, trata de los organismos de enseñanza técnica y de formación profesional. El artículo 155 del Capítulo Primero de este Título, crea el Instituto de Estudios Penitenciarios, organismo encargado de la formación y perfeccionamiento del personal.

Finalmente, el Título VII, en su Capítulo Único, remite, mediante el artículo 158, el procedimiento para la ejecución de la pena de muerte, al establecido por el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

Las instituciones establecidas en esta Ley, constituyen una novedad en el país, empero debemos destacar que se las incluyó sin ningún antecedente legislativo nacional y, aunque no lo reconocen expresamente los proyectistas, en su informe, deducimos que es una copia mutilada de la normativa penitenciaria básica española, constituida por el Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado en 2 de febrero de 1956 y modificado por el Decreto No. 162 de 25 de enero de 1968 (10). En

(10) Una relación documentada y comentada puede verse en: Francisco Arús *Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios*, Instituto de Criminología, Madrid s/f. pág. 57 y ss.

efecto, muchos artículos han sido copiados casi textualmente, y se adoptaron el nombre de muchas instituciones establecidas en la legislación española. Algunas de ellas, han dejado de tener vigencia en la península, como el caso de los Destacamentos Penitenciarios, creados mediante el artículo 13 de la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, como una modalidad de establecimientos de régimen abierto destinados a trabajadores reclusos especialmente seleccionados por la Central de Observación y Clasificación del establecimiento, para la ejecución de trabajos permanentes. En España esos Destacamentos ya no existen ya que, con la creación de los establecimientos de régimen abierto, se han suprimido los Destacamentos Penitenciarios.

Se ha adoptado, también, el nombre de Central de Observación queriendo asimilarla con la Central de Observación de Carabanchel (Madrid) creada por Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967, sin embargo el personal que debe trabajar en esta Central de Observación y Clasificación, ha sido reducido en la ley boliviana.

En cuanto a los establecimientos especiales, se ha seguido en líneas generales, a la Ley española, suprimiéndose, en algunos casos, determinados establecimientos entre ellos, por ejemplo, el centro de psicópatas, los establecimientos para perversos sexuales, y los establecimientos para deficientes mentales. Un estudio más minucioso y comparativo entre las dos leyes, nos lleva a la conclusión que la Ley especial boliviana sobre Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, está copiada a imagen y semejanza de la española, empero

consideramos que al haber mutilado muchas disposiciones de aquélla, ésta ha quedado trunca e incompleta.

A casi cinco años de vigencia de esta Ley, tenemos que lamentar que casi ninguno de sus postulados se aplica en la práctica. El equipo criminológico que debe asesorar al juez en lo penal no existe; y causa, en consecuencia, un grave detrimento a la administración de justicia en materia penal. El juez de vigilancia solo tiene existencia en la letra muerta de la Ley. Pensamos que, con una acción decidida de parte de las autoridades del Gobierno se podrá conseguir la real y efectiva vigencia de la Ley. Mientras tanto los tribunales aplican las disposiciones del Procedimiento penal (tal el caso, por ejemplo, de la concesión de libertad condicional), haciendo abstracción de la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario.

2) LEY NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS PELIGROSAS.— Mediante Decreto Supremo No. 10858 de 7 de mayo de 1973, el Gobierno del Gral. Hugo Banzer considerando que el sistema jurídico relativo a narcóticos era deficiente y que "no guardaba relación con los postulados de su política social", creó la Comisión Redactora de la Ley Nacional de Narcóticos y Estupefacientes. Esta Comisión fue integrada por los siguientes ciudadanos: Dr. Gerardo Torrez A., Dr. Jaime Rodrigo Gainza, Dr. José Zegarra Cerruto, Ing. Agr. Juan Calderón Cuentas, Dr. sociólogo, Salvador Romero Pitari, Técnico en toxicología My. Guido López Villegas. El Decreto concedía un plazo de 90 días para la entrega del proyecto. La Comisión integrada,

posteriormente, por la Lic. en sociología, María Inés Pérez de Castaños por ausencia del Dr. Salvador Romero Pitari, entregó su trabajo en fecha 23 de diciembre de 1973 acompañado de unas "Consideraciones Generales". Por Decreto Ley de 20 de diciembre de 1973, se promulgó la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo No. 13459, en fecha once de febrero de 1976, el Gobierno, considerando que "después de promulgada la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas en diciembre de 1973, se han efectuado reuniones y suscrito convenios de carácter internacional" y que era necesario "compatibilizar" la referida ley con los instrumentos internacionales, nombró una Comisión para que realice el estudio y la complementación de la Ley promulgada en 1973. El Decreto, en su artículo 1o., designó como miembros a los siguientes ciudadanos: Dr. Gerardo Torres A., Tcnl. G.N.S.P. Rodolfo Tapia Pacheco, Dr. Rolando Simbrón Velasco, Dr. Mario Torrico Montalvo, Dr. José Zegarra Cerruto. La Presidencia de dicha Comisión, fue encargada a la Subsecretaría de Justicia.

El artículo segundo, señalaba como plazo de entrega del trabajo encomendado, el término de sesenta días. La Comisión, entregó su trabajo el mes de diciembre de 1976, es decir, a los nueve meses de su nombramiento.

Mediante Decreto Ley No. 14203 de diecisiete de diciembre de 1976, se aprobó el nuevo texto de la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, reiterando, además, la abrogatoria de la

Gobierno Nacional por dotar al país de un ordenamiento capaz de proteger a la juventud del “flagelo de la droga que, es hoy por hoy, el temible enemigo de la humanidad”.

La Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, titulada así porque comprende y regula tanto las sustancias denominadas estupefacientes como las drogas llamadas psicotrópicas, contiene veintidos Títulos, dos Disposiciones Transitorias y un anexo en el que enumera las sustancias consideradas como estupefacientes y las denominadas psicotrópicas. Tiene como objeto, establecer las formas de control, fiscalización de la siembra, cultivo, cosecha, recolección, comercialización, distribución, expendio, uso, tenencia, entrega, posesión de plantas o partes de plantas que contengan materias primas para la producción y fabricación de estupefacientes y sustancias controladas. Así como la prevención y represión de la fabricación, elaboración, fraccionamiento, comercialización distribución, tráfico ilegal tenencia, entrega, posesión, uso y consumo indebidos; el tratamiento de los iniciados en el consumo así como de los drogadictos.

De acuerdo a la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, se entiende por “sustancias peligrosas”, “sustancias controladas”, “sustancias fiscalizadas” o “fármacos” a la lista establecida por la Convención Unica de Nueva York de 1961 enmendada por el Protocolo de Ginebra de 1972 y la Convención sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971. Por “droga preparada, estupefaciente o fármaco” entiende, la ley, como toda sustancia que puede modificar una o más del as funciones del or-

ganismo, alterar profundamente la conducta del individuo y bajo cuya influencia se cometen hechos o actos antisociales.

Por "drogadicción", define la Ley a un estado anormal psíquico y a veces físico, causado por la interacción entre el organismo vivo y una droga que se caracteriza por las modificaciones del comportamiento así como otras reacciones que comprenden siempre un impulso irreprimible a tomar la droga en forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos. La **dependencia** (que es el término que prefiere utilizar la Organización Mundial de la Salud en lugar de drogadicción), puede ir acompañada o no de tolerancia. La misma persona puede ser dependiente de una o más drogas.

por "adicto", entiende la Ley, como la persona que usa habitualmente un estupefaciente o sustancia peligrosa con riesgo de poner en peligro su moral, salud, seguridad y bienestar que haya adquirido la adicción o dependencia perdiendo el autocontrol sobre ese hábito, constituyendo así una amenaza para la sociedad.

La Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas considera que existe dependencia física cuando hay adaptación fisiológica del organismo ante la presencia de la droga que crea una necesidad irresistible para su uso habitual y cuya interrupción se manifiesta en trastorno conocido como el síndrome de abstinencia. La Ley entiende por dependencia psíquica cuando existe un estado en que la droga produce una falsa sensación de satisfacción y un impulso psíquico que lleva a tomarla periódica y continuamente.

La Organización Mundial de la Salud, considera como dependiente aquél que tiene dependencia psicológica, física, tolerancia y deseo.

La Ley, que someramente comentamos, hace una enumeración de las sustancias denominadas "drogas causantes de dependencia" y son:

1o.) Alcohol Barbitúrico, por Ej. Estanol: barbitúricos y otros fármacos con efectos sedantes y tranquilizantes (Hidrato de Cloral, derivados de la Benzodiapesina, Meprobamatos, Metacualonas).

2o.) Anfetaminas y otros fármacos de efectos estimulantes (Anfetaminas, dexanfetaminas, metanfetaminas, metilfenidatos y fenmetracina).

3o.) Cannabis, como la Cannabis Sativa, Marihuana, Hashis y sus preparaciones.

4o.) Cocaína, Cocaína y preparaciones del arbusto y hojas de coca.

5o.) Alucinógenos. La dietilamida del ácido lisérgico (LSD 25), Mescalina y psilocibinea.

6o.) Opio y opiáceos, como la morfina, Heroína y Codeína y sintéticos como Metadona y Petidina.

7o.) Solvente volátil, (inhalante): Gasolina, Tohueno, Acetona, el Thinner Tetraclururo de Carbono y Eter.

Dentro del marco de los Delitos y Penalidades —que es el aspecto que nos interesa—, vamos a ver ahora cómo en muchos aspectos, se aleja esta Ley de los principios establecidos en el Código Penal. A los efectos de una mejor sistemática, en nuestro trabajo, analizaremos someramente las conductas consideradas delictivas con la respectiva penalidad que aparece.

Siembra, cosecha, producción, recolección y cultivo.— (Art. 53) “El que siembre, cultive, coseche, produzca o recolecte plantas señaladas en el primer período del Art. 22 de la presente Ley (plantas de los géneros *Papaver Somniferum*-paja de adormidera, amapola, *Cannabis, Sativa* —marihuana— y demás plantas que contengan elementos considerados estupefacientes y sustancias controladas), será sancionado con privación de libertad de 5 a 15 años y multa de veinte mil a cincuenta mil pesos bolivianos”.

Fabricación.— (Art. 54) “El que fabrique o elabore ilegalmente estupefacientes o sustancias controladas, será sancionado con privación de libertad de 20 a 25 años y multa de doscientos mil pesos bolivianos”.

La Ley entiende por fabricación, la preparación, elaboración, manufactura, composición, conversión o procesamiento de una sustancia controlada ya sea directamente o indirectamente por extracción de origen natural o por medio de síntesis química. En suma, todos los procesos que permitan obtener sustancias controladas incluyendo la refinación y transformación en otras sustancias controladas.

En esta figura no se admite la comisión culpable ya que el sujeto activo tiene que conocer necesariamente la ilicitud de su actividad; por ello la Ley habla de elaboración ilegal.

Tráfico.— (Art. 55) “El que trafique o ilegalmente traslade o transporte estupefacientes o sustancias controladas será sancionado con privación de libertad de 20 a 25 años y multa de doscientos mil pesos”.

La Ley entiende como tráfico ilegal a toda acción anterior y posterior dirigida a las transacciones comerciales, a la posesión y entrega a cualquier título de estupefacientes y sustancias controladas efectuadas entre personas o instituciones, infringiendo el ordenamiento establecido en la Ley.

Es de lamentar que los miembros de la Comisión Revisora no hayan hecho una mayor explicación de los alcances de todas y cada una de las conductas consideradas delictuales ya que, de haberlo hecho así, podríamos comprender el porqué de la inclusión, dentro del tráfico ilegal, de la tenencia, puesto que es otra conducta delictual.

Internación.— (Art. 56) "El que internare al país estupefacientes o drogas con sustancias controladas en forma clandestina, será sancionado con privación de libertad de veinte a veinticinco años y multa de doscientos mil pesos bolivianos".

Conforme se ve, en este tipo delictual no importa la calidad de nacional o extranjero. La Ley no hace distinciones de ninguna naturaleza, el hecho se consuma internando en forma clandestina el estupefaciente o droga con sustancia controlada. Por lo demás, la penalidad es la misma que para el fabricante y traficante.

Distribución.— (Art. 57) "El que distribuya estupefacientes o sustancias controladas, sin llenar los requisitos establecidos en la presente Ley, será sancionado con privación de libertad de veinte a veinticinco años y multa de doscientos mil pesos bolivianos".

Creemos que, en cierto sentido, existe una contradicción del legislador ya que la distribución tienen que hacerla personas cuyas funciones especí-

ficas sean precisamente esas (droguerías, farmacias, profesionales médicos, odontólogos, etc.) y la omisión de llenar determinados requisitos exigidos por ley, está sancionada mediante otro artículo. Pensamos que, en realidad, se pena la distribución dolosa ya que el delincuente jamás va a llenar requisitos legales para consumir su actividad delincinencial.

Poseción o tenencia.— (Art. 58) “Los que ilegalmente tengan o posean estupefacientes o sustancias controladas, serán sancionados con privación de libertad de dos a ocho años y multa de diez mil a veinte mil pesos bolivianos, siempre que de la tenencia o posesión no resultare fabricación, tráfico, transporte, administración, suministro o comercialización, en cuyo caso se aplicarán los artículos 54, 55, 56, 57, 59, 60 y 61 de la presente Ley”.

Este es, a nuestro entender, uno de los artículos más discutidos de la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, ya que según el texto de la Ley, se castiga la simple posesión siempre que no constituya fabricación, tráfico, internación, distribución, administración, entrega o suministro. El que consume la droga, necesariamente tiene que poseerla ya que no se explica otra manera de drogarse. Por ello pensamos que en la tenencia, y su verdadera interpretación, debe andarse con cuidado, de tal suerte que no exista el hecho de que un enfermo, como es considerado un dependiente, que necesita el tratamiento médico para su rehabilitación, deba sufrir pena privativa de libertad tan larga cuando en realidad lo que necesita es tratamiento. Porque lo que la ley quiere con este tipo de sanciones es proteger al paciente que es objeto de la

conducta delictual de traficantes y fabricantes. Bien dice el maestro Rodríguez Devesa, que "victimarios y víctimas, no pueden ser sometidos a una misma pena: esta no puede ser la **ratio legis**. Por tenencia hay que entender la posesión de drogas tóxicas o estupefacientes en condiciones tales que por su cantidad, circunstancias puede inferirse que se destinaba a un tráfico ilícito, oneroso o gratuito" (12). Sebastián Soler es aún más tajante al expresar que "el castigar al tenedor, en tales casos, constituye una forma velada de castigar un vicio, procedimiento contra el cual se levanta la autoridad médica unánime y el debate parlamentario no muestra que el legislador entendiera apartarse de tales principios, en los que concuerdan la ciencia médica y las razones jurídicas" (13).

Por nuestra parte, creemos que este artículo, debería suprimirse ya que la tenencia ha de interpretarse con arreglo a los demás artículos que hemos visto a través de la suscita relación hecha, porque se está en posesión ilícita de una sustancia controlada para determinados pasos, pero también se posee para el consumo y de cualquier manera hay que evitar que se castigue el consumo; cuando convenios internacionales se celebran precisamente para proteger al dependiente de los delincuentes de **lesa humanidad**.

Administración.— (Art. 59) "El que administrar estupefacientes o sustancias controladas,

(12) Vid. José María Rodríguez Devesa, **Derecho Penal Español**, Parte Especial, séptima edición, Madrid, 1977, pág. 691.

(13) Cf.: Sebastián Soler, **Derecho Penal Argentino**, T. IV, Editorial Tea, Buenos Aires, 1973, pág. 576.

sin autorización legal, será sancionado con privación de libertad de diez a quince años y multa de veinte mil a cincuenta mil pesos bolivianos”.

La Ley entiende por administrar a la aplicación directa al individuo, de una sustancia controlada sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio. El sujeto activo puede ser cualquier persona ya que actualmente, no se requiere la calidad de profesional para inyectar estupefacientes o sustancias controladas, por la sencilla razón de que puede hacerlo cualquier persona.

Entrega o suministro.— (Art. 60) “El que suministre ilegalmente estupefacientes o sustancias controladas a una o varias personas, será sancionado con privación de libertad de 5 a 15 años y multa de veinte mil a cincuenta mil pesos bolivianos”.

La Ley entiende por entrega o suministro, el traspaso o provisión entre personas, de una sustancia controlada; exista o no relación legal para tal acto. Si existe relación legal, entendemos que ya no se da el tipo delictual porque, de otra manera, toda entrega de estupefacientes o sustancias controladas resultaría un hecho delictual. Pensamos que ha habido una ligereza del legislador en ese sentido. Por otra parte, ¿acaso no resulta ser tráfico ilegal y/o distribución esta conducta que, como hemos visto, tiene otra tipificación y otra penalidad?

Comercialización.— (Art. 61) “El que realice ilegalmente transacciones comerciales, venda, compre, entregue o reciba estupefacientes o sustancias controladas, será sancionado con privación

de libertad de 20 a 25 años y multa de doscientos mil pesos bolivianos”.

Nuevamente nos encontramos con una reiteración de conductas ya que, según la Ley, la comercialización incluye la entrega siendo así que ésta, tiene otra tipificación y penalidad.

Confabulación.— (Art. 62) “Los que participen, confabulen o se organicen en bandas, grupos para la comisión de los delitos de siembra, cultivo, producción de cosecha de plantas a que se refiere el primer período del artículo 22 de esta Ley o para la fabricación, elaboración, fraccionamiento, tráfico, distribución, transporte, administración, suministro, comercialización de estupefacientes y sustancias controladas, así como los actos preparatorios y operaciones financieras para cometerlos, serán sancionados con privación de libertad de cinco a veinticinco años y multa de veinte mil a doscientos mil pesos bolivianos”.

Una figura delictiva bastante confusa. Para interpretarla, en cierto sentido, necesariamente tenemos que acudir a la Parte General consignada en el Libro Primero del Código penal: las formas de participación y las formas de aparición del delito. La Ley pena, la participación en el delito sin especificar el grado, es decir sin diferenciar la calidad de cómplice, coautor o, en última instancia (aunque es un delito autónomo), encubridor o receptor (14). Pensamos que, frente a esta laguna, ha-

(14) Es lamentable que en este aspecto de la revisión de la Ley de 1973, los comisionados no hayan tomado en cuenta una valiosa sugerencia de la Corte Superior de Cochabamba. Por su importancia, transcribimos literalmente la opinión de ese Tribunal: “Quizá en esta actividad, más que en otras, se nota una verda-

brá que seguir los principios de la Parte General. Otro aspecto que nos interesa recalcar, en este breve análisis, es la punición de los actos preparatorios. La legislación penal boliviana, no sanciona los actos preparatorios sinó la tentativa (que ya involucra los actos de ejecución), empero, la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, sanciona los actos preparatorios del delito, apartándose de esta manera de los principios establecidos en el Código penal.

Inducción.— (Art. 63) "El que indujere a una o varias personas al uso indebido de estupefacientes o sustancias controladas, será sancionado con privación de libertad de 10 a 15 años y multa de veinte mil o cincuenta mil pesos bolivianos.

"Si el inducido fuere menor de edad, la pena será de 15 a 20 años y multa de cincuenta mil a cien mil pesos bolivianos".

Justificada la inclusión y la severidad de la pena en cuanto se refiere a la inducción. Es clara la diferencia, además, con la inducción de la auto-

dera estratificación que permita diferenciar en sentido metafórico, una auténtica aristocracia de los traficantes de difícil acceso a la investigación policial, que por lo general se mantiene en la impunidad; en cambio, la gran población que llena las cárceles está constituida por gentes que han tomado el camino delictivo llevadas por necesidades insuperables, cuando no han podido obtener un trabajo lícito.

"Este grupo constituido en su mayoría por el sector campesino, se ocupa de tareas secundarias en la fabricación de cocaína, pisando coca o trasladando agua, ignorando a veces que con ello contribuye a una actividad prohibida, guiado por el incentivo de una buena remuneración que nunca llega a recibir porque resulta víctima de un empleador misterioso, perteneciente a otro grupo, que lo contrató con una serie de engaños para darse a la fuga una vez elaborado el producto. Más de una vez se ha probado que la actitud en principio persuasiva del que contrata al

ría mediata establecida en el artículo 21 del Código penal. Se sanciona la inducción al consumo y no a la comisión de un hecho delictivo.

Agravantes.— (Art. 64) “Si como consecuencia de la administración o suministro indebido de estupefacientes y sustancias controladas, resultare un quebrantamiento grave de la salud, el o los autores serán sancionados con privación de libertad de 15 a 20 años y multa de cincuenta a cien mil pesos bolivianos.

“Si de la administración o suministro resultare la muerte, la sanción será de 20 a 25 años y multa de doscientos mil pesos bolivianos”.

Es un clásico delito preterintencional. Sanciona la Ley, en este tipo legal, el quebrantamiento de salud a consecuencia de la administración de estupefacientes; quebrantamiento que puede llegar a producir la muerte de la persona.

Asesinato.— (Art. 65) “El que administre o suministre estupefacientes o sustancias controladas a una persona con la intención de matar, será

asalariado, se torna violenta cuando éste último, al darse cuenta de la ilicitud del hecho, quiere abandonar la faena.

“Tal situación demuestra que los que sufren el peso de la ley, en general, ignoran la ilicitud del hecho y actúan bajo la coacción del autor mediato que obra desde la penumbra y siempre está listo para huir y ponerse a buen recaudo ante la menor sospecha de la intervención policial por lo mismo que su permanencia en el lugar del hecho se reduce al tiempo necesario para instalar la fábrica y recoger la droga.

“Difícilmente el verdadero productor cae ante una operación policial y cuando alguna vez lo hace, por haberle fallado sus mecanismos de defensa, ello no le trae mayores consecuencias, porque se encuentra protegido por el gran traficante que, desde una cómoda posición, procura hacerle llevadera la vida en la cárcel hasta el momento en que resuelve evadirse.

“El elemento humano que llega a tribunales ordinarios es el que

sancionado conforme al caso 5to. del artículo 252 del Código penal”.

El caso 5to. del artículo 252 del Código penal habla del asesinato que se comete mediante sustancias venenosas u otras semejantes. Pero entendemos que tiene que haber consumación del hecho, para que exista la figura delictiva de asesinato ya que, de otra manera, sería una tentativa. La redacción, a nuestro entender, es bastante confusa ya que habla de “intención” de matar, cuando el hecho requiere, para su consumación, la muerte de la persona.

Locales de uso y consumo.— (Art. 66). “Los propietarios de casas o locales donde ilegal y habitualmente se usan y consumen estupefacientes y drogas controladas, serán sancionados con privación de libertad de 5 a 10 años y multa de treinta mil pesos bolivianos, sin perjuicio de la incautación del local”.

Exige, por otra parte, que los propietarios tengan conocimiento de que en sus locales se con-

vende su fuerza de trabajo, sobre el que recaen las penas que fluctúan de veinte a veinticinco años, sin posibilidades de que se individualice su participación de acuerdo al arbitrio judicial, porque el mínimo señalado es ya de por sí excesivo, si se tiene en cuenta que a veces obra bajo los efectos de la *vis compulsiva*, y que no siempre reviste peligrosidad, por que obviamente, no volverá a reincidir después de su vía crucis.

“Recomendaciones 1.— Las penas deben llegar a los destinatarios de la norma de acuerdo a la estratificación del mundo delictivo y las modalidades especiales de su actividad en la producción del alcaloide.

2.— Debe procurarse una atenuación especial para el que se dedica a tareas secundarias y otra agravación para el que indujera labores secundarias en la fabricación”. Cfr., *Reflexiones y Recomendaciones a la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas*, Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, marzo, 1976 pág. 19-29.

sumen estupefacientes o drogas con sustancias controladas. Como vemos, además de la privación de libertad y multa, existe otra pena, la incautación del local que, posteriormente, es llevado a remate y el producto de éste, es distribuído en diferentes maneras.

Falsificación.— (Art. 67) “El que adultere o falsifique recetas médicas con objeto de obtener estupefacientes o sustancias controladas, será sancionado con privación de libertad de 3 a 6 años y multa de cinco mil a diez mil pesos bolivianos”.

Existe, en este artículo, tanto una falsificación material como una falsedad ideológica. Para el caso, no importa, ya que la pena es totalmente independiente a la fijada para los delitos de falsificación material y falsedad ideológica determinados en el Título correspondiente a los Delitos contra la Fe Pública, en el Código penal.

Importaciones.— (Art. 68) “Los importadores de estupefacientes, materias primas o medicamentos que contengan sustancias controladas que no cumplan lo previsto en el artículo 30 de esta Ley, serán sancionados con la suspensión de su registro de importador por el término de seis meses y multa de cincuenta mil pesos bolivianos.

“En caso de reincidencia, se procederá a la cancelación definitiva de su registro de importador y privación de libertad de 10 a 15 años”.

El artículo 30 a que hace referencia este artículo transcrito establece que los medicamentos así como las materias primas para su elaboración que contengan sustancias controladas, serán importadas previa presentación del certificado y licen-

cia de las Direcciones Nacionales de Farmacias y de Control de Sustancias Peligrosas, sin perjuicio de otras regulaciones legales sobre importaciones.

Más que todo, es un quebrantamiento a normas administrativas. Consideramos que no puede haber reincidencia puesto que si bien en la primera vez puede existir una negligencia, en la reincidencia habría una conducta dolosa y se daría, en consecuencia, la tipificación descrita en el artículo 56 que habla de la internación.

Registro e inventario.— (Art. 69) "Las firmas importadoras, droguerías, farmacias o locales comerciales autorizados para el expendio de medicamentos con sustancias controladas, cuyas existencias en depósitos no guarden relación con sus inventarios y registros, serán sancionados con multa de cincuenta mil pesos bolivianos la primera vez.

"En caso de reincidencia se procederá a la clausura definitiva de su establecimiento".

En este tipo legal, los proyectistas han mutilado la pena con referencia al anterior ya que la reincidencia, en el caso del importador, se sanciona con pena de privación de libertad de 10 a 15 años y la cancelación definitiva de su registro, mientras que en este caso simplemente se sanciona con la clausura definitiva del local.

Obligación de propietarios — (Art. 70) "Los propietarios que tengan conocimiento que en sus predios e inmuebles se siembran, cultivan o cosechan, recolectan plantas o partes de plantas a que se refiere el primer período del artículo 22 de la presente Ley, o que se fabrican o elaboran sustancias controladas y no comunican estos hechos a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peli-

grosas, serán sancionados con privación de libertad de uno a cinco años”.

Se trata de un delito de omisión ya que los propietarios están obligados a denunciar estos hechos señalados en el artículo transcrito. Por otra parte, al exigir que el propietario tenga conocimiento, su sanción no guarda relación con la establecida para el caso del artículo 71 de la Ley.

Alquiler de inmuebles.— (Art. 71) “Los propietarios que alquilen o proporcionen a cualquier título sus predios o inmuebles para la siembra, cultivo y producción de plantas referidas en el primer período del artículo 22 de esta Ley, o para la fabricación, elaboración o fraccionamiento de estupefacientes y drogas con sustancias controladas, serán sancionados con privación de libertad de 10 a 15 años sin perjuicio de la incautación de dichos bienes”.

¿No se trataría más bien de una forma de participación criminal? El propietario debe saber necesariamente, que en su inmueble se han de realizar estas conductas ilícitas y, en consecuencia, su actitud importa una conducta delincinencial que encajaría perfectamente en el artículo 62 de la Ley. Por otra parte, observamos que existe desproporción en la punición cuando, a nuestro entender, la conducta es la misma ya que en ambos casos se permite la comisión de los delitos descritos.

Obligación de comunicar.— (Art. 72) “Están obligados a comunicar a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, los propietarios y/o conductores de aviones, embarcaciones y todo medio de transporte que trasladen plantas o partes de plantas consideradas estupefacientes, así

como drogas con sustancias controladas, caso contrario, serán sancionados con privación de libertad de uno a cinco años.

“Si de su participación activa resultare tráfico de estupefacientes o sustancias controladas, se aplicará el artículo 55 de la presente Ley”.

Consideramos que era innecesaria esta segunda parte ya que si existe participación activa en el tráfico, hay un tráfico ilícito previsto y sancionado por el artículo 55 de la Ley.

Propietarios de locales públicos.— (Art. 73) “Los propietarios de hoteles, moteles, restaurantes, confiterías, clubes, bares, locales de diversión y otros establecimientos de atención pública, están obligados a informar a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, la presencia de personas que se encuentren en posesión, tenencia de estupefacientes o drogas con sustancias controladas, bajo pena de clausura de sus locales por tres meses y multa de cincuenta mil pesos bolivianos la primera vez.

“En caso de reincidencia, serán sancionados con la clausura definitiva de sus establecimientos y privación de libertad de uno a cinco años”.

Se trata de un delito de omisión que admite la forma culposa y dolosa, que se halla en cierta relación con el artículo 74 que a la letra dice: “De igual manera los propietarios de los locales señalados anteriormente quedan obligados a informar a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, la presencia de personas que usen o consuman estupefacientes o drogas con sustancias controladas o que se encuentren en estado de de-

pendencia, bajo las mismas sanciones establecidas en el artículo anterior”.

Tráfico en locales públicos. — (Art. 75) “Los propietarios o empleados de los locales públicos señalados en el artículo 73 y 74 que utilicen establecimientos para traficar con estupefacientes y drogas con sustancias controladas, serán sancionados conforme al artículo 55 de la presente Ley”.

También, consideramos innecesaria la inclusión de este artículo ya que, merced a una interpretación exacta del mencionado artículo 55, referente al tráfico ilícito, existe una redundancia en su tipificación.

Obligación de profesionales. — (Art. 76) “Los profesionales médicos, odontólogos y veterinarios que expidan recetas de estupefacientes o drogas con sustancias controladas, sin llenar las formalidades previstas por el artículo 29 de la presente Ley, serán sancionados con inhabilitación del ejercicio profesional por tres meses y multa de diez mil pesos bolivianos, la primera vez. En caso de reincidencia, serán sancionados con la cancelación de su registro e inhabilitación definitiva del ejercicio profesional”.

Este delito exige un sujeto activo propio, profesional médico, odontólogo o veterinario que expida recetas sin cumplir los requisitos exigidos por Ley. La reincidencia apareja la inhabilitación del ejercicio profesional en forma definitiva. Considera el artículo 77, el caso de que el profesional suspendido definitivamente, siga ejerciendo la profesión. En ese caso, la ley sanciona al profesional que siga ejerciendo con pena de privación de libertad de uno a cinco años.

Venta en farmacias.— (Art. 78) "Los propietarios, regentes o empleados de droguerías, farmacias o locales de comercio autorizados para la venta de medicamentos que despachen estupefacientes o drogas con sustancias controladas sin llenar las formalidades previstas por el artículo 28 de la presente ley, serán sancionados por la primera vez en la siguiente forma:

a) Los propietarios con la clausura de sus establecimientos por el término de seis meses y multa de treinta mil pesos bolivianos.

b) Los regentes con un año de suspensión del ejercicio profesional y multa de diez a veinte mil pesos bolivianos.

c) Los empleados, con multa de cinco a diez mil pesos bolivianos o reclusión de tres meses en la cárcel pública".

Es interesante la clasificación que hace la Ley y la diferencia de acuerdo a la posición que desempeña el sujeto activo. Existe la previsión para el caso de reincidencia, previsión establecida en el artículo 79 de la Ley.

Funcionarios públicos.— (Art. 80) "Si los delitos comprendidos en esta Ley, fueren cometidos por un funcionario público, éste será sancionado con un tercio más de la pena señalada para cada delito e inhabilitación absoluta prevista en el artículo 33 del Código penal".

Es una agravante para el caso de los funcionarios públicos, pero entendemos que tiene que ser un funcionario público que se aproveche de sus funciones. No basta revestir la calidad de tal, es necesario que el delito lo cometa merced a su cargo. La ley prevé, también, el caso de que medie so-

borno o cohecho, aunque a nuestro parecer, el término coima está mal empleado ya que una Ley debe revestir de sobriedad en su lenguaje. Asimismo, no conocemos las razones que han impulsado a los revisores de la Ley de 1973 para mutilar el artículo que se refería a los funcionarios públicos que, a nuestro entender estaba mejor redactado. En efecto, el artículo 88 de la Ley de 20 de Diciembre de 1973 decía literalmente: "Si los delitos comprendidos en esta Ley, fueren cometidos por funcionarios encargados de vigilar, prevenir y reprimir el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias controladas, serán sancionados de acuerdo al artículo 67 de la presente Ley (tráfico) e inhabilitación absoluta prevista en el artículo 33 del Código penal".

Alteración o sustitución del cuerpo del delito.— (Art. 82) "El que altere o sustituya el cuerpo del delito o los elementos constitutivos de éste, decomisados o secuestrados por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas o autoridad competente, será sancionado con privación de libertad de diez a quince años y multa de cien mil pesos bolivianos".

En este artículo, ha habido una modificación con referencia al artículo 90 de la Ley de 1973 ya que éste se refería a los funcionarios públicos. En el artículo 82 de la Ley de 1976, necesariamente el sujeto activo, debe tener acceso al cuerpo del delito para llegar al alterarlo o sustituirlo y puede ser cualquier persona. Constituye, a nuestro parecer, un delito que, también, se estrella contra la administración de justicia.

Incautación de bienes — (Art. 83) "Independientemente de la imposición de penas privati-

vas de libertad y multas referidas en los artículos anteriores, también se determinará las siguientes medidas:

a) La intervención e incautación de los terrenos donde se hayan realizado siembra y cultivo de plantas especificadas en el primer período del artículo 22 de la presente Ley, que será ejecutada por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

b) La incautación o decomiso de inmuebles; muebles, enseres, medios de transporte, equipos, sustancias, materias primas, laboratorios clandestinos que hayan servido para elaborar, procesar, fabricar, traficar transportar o consumir estupefacientes y drogas con sustancias controladas que; igualmente, será ejecutada por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Estos bienes incautados, deben ser rematados en ejecución de sentencia con intervención de la Dirección Nacional o Departamental de Bienes de la Contraloría General de la República. El destino de este remate, de acuerdo al artículo 108 de la Ley es el siguiente:

1o.) Treinta y cinco por ciento para mantenimiento de las instalaciones del Poder Judicial.

2o.) Treinta por ciento en favor de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, para el mantenimiento de sus diferentes servicios.

3o.) Veinte por ciento para el mantenimiento de las penitenciarías.

4o.) Quince por ciento, en favor del Instituto Nacional de Investigación en Farmacodependencia para el tratamiento de los que incurren en drogadicción.

Consideramos que en la incautación y decomiso de los bienes, ha habido un exceso del legislador, porque, por una parte, se le impone al que ha incurrido en algunos de los delitos, la pena de privación de libertad, además multas que ya en sí son bastantes elevadas y, finalmente la incautación y remate de sus bienes. Creemos que en la parte pertinente a los instrumentos del delito, procede la incautación y, si son destinados exclusivamente a este efecto, su destrucción. Pero el remate de los bienes inmuebles es ya una sanción que excede la aplicación de las penas aunque los fines a que son destinados el producto del remate, son realmente laudables, tal el caso del destino a institutos de investigación.

Evasión — (Art. 84) "Toda persona que favoreciera, directa o indirectamente a la evasión de cualquier detenido o condenado por delitos previstos en esta Ley, será sancionado con privación de libertad de 3 a 6 años.

"Si el autor fuere funcionario público, la pena de privación de libertad será de 6 a 12 años".

Nuevamente encontramos una laguna en el legislador que ha sancionado EL FAVORECIMIENTO A LA EVASION y no la evasión, de tal suerte que solamente es castigado el que favorece a la evasión. El Código penal boliviano de 1972, sanciona la evasión con reclusión de uno a seis meses y si media fuerza o violencia en las personas o cosas, la sanción se agrava en reclusión de seis meses a dos años. De consiguiente, creemos que en casos de evasión, habrá que acudir a lo previsto por el artículo 180 del Código penal.

Excarcelación.— (Art. 85) “Toda persona que incurra en excarcelación forzando la salida ilegal o la libertad de un detenido por estos delitos, será sancionada con privación de libertad de 10 a 15 años.

“Los funcionarios públicos que autoricen extrajudicialmente la salida o libertad de detenidos, sufrirán la misma pena”.

Tanto la mal llamada evasión como la excarcelación, son figuras nuevas que no estaban contempladas en la Ley de 1973. Su inclusión se justifica debido al aumento de casos de evasión y las denuncias de excarcelación.

Tal, en apretada síntesis, la situación de los delitos y penas contempladas en el Título V de la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas de 17 de diciembre de 1976.

Visto así, en conjunto, es una Ley draconiana. Con penas que llegan a 25 años de privación de libertad además de la multa y la incautación y posterior remate de los bienes en que se encuentren fábricas o predios donde se coseche o siembre, recolecte plantas o partes de plantas peligrosas. Se ha pretendido curar el dolor de cabeza por decapitación. Modestamente, pensamos que se debe hacer una política criminal acertada. La lucha contra el delito no justifica los medios que se utilice (15). Se debe tener en cuenta que la mayoría

(15) El profesor Rodríguez Devesa, en una carta personal escrita al autor del presente trabajo opina, a propósito de la dureza de las penas, que: “...el derecho penal no es una panacea. El problema (ningún problema) se resuelve únicamente con penas. Debe siempre recomendarse la moderación de las penas. El mismo efecto produce una pena de cinco años que una de tres o de diez,

de la población ignora los efectos que produce la droga. Tal vez el erradicar de Bolivia el cultivo de la coca y de todas aquellas plantas que puedan tener sustancias peligrosas sea el aspecto más útil, de pronta y eficaz solución. Por otra parte, se ha visto que en estadística criminal (en Bolivia) durante los últimos años han habido más delitos por estupefacientes y drogas con sustancias controladas que en otras épocas. Basta efectuar una visita y determinar cómo ha aumentado la población en las diferentes penitenciarías del país para darse cuenta de la proliferación de este delito, lo cual nos demuestra que con penas drásticas no se consigue disminuir la criminalidad sinó se acompaña de una acertada política criminal.

Finalmente, debemos reconocer que en cuanto al procedimiento que señala la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, si bien se ha querido acelerar la tramitación de las causas, sin embargo se ha debilitado profundamente la defensa de los imputados. No existe siquiera la posibilidad de que el individuo que no tenga indicios de culpabilidad vehementes, pueda gozar del beneficio de libertad provisional. Amén de que las llamadas cuestiones previas se hallan totalmente reducidas en relación al Código de Procedimiento Penal.

con la diferencia de que las penas largas gravan más al Estado que ha de soportar un elevado costo económico y humano. La eficacia se ha de buscar en la esfera administrativa, intensificando la vigilancia para impedir el cultivo y sobre todo la importación y exportación de la droga. Acaso conviniera concentrar los esfuerzos en las drogas más peligrosas y dejar correr las cosas en las de menor gravedad...^b.

C) PALABRAS FINALES.— Hemos intentado a lo largo de este modesto trabajo, dar una visión panorámica de todo el proceso histórico de la legislación penal en Bolivia. Como epílogo de nuestra faena, no podemos eludir esbozar un comentario, de nuestra parte, acerca de lo que consideramos la prematura vigencia del Código penal de 1972, porque no responde a la realidad nacional. En efecto, se ha dicho hasta la saciedad que el nuevo Código de 1972 responde a la realidad nacional, consideramos que ello no es cierto (16) y apoyamos nuestra afirmación en los siguientes puntos que a continuación desarrollaremos:

1) Tratamiento jurídico penal del indio.— Bolivia es un país que tiene una extensión territorial de 1.098.000 Km. cuadrados, con una población aproximada de cinco millones de habitantes, de los cuales el cincuenta por ciento son "indios

(16) No es una afirmación exclusiva nuestra. Comentando el Anteproyecto de 1964, el Dr. Oscar Crespo Soliz decía: "Algunas disposiciones incorporadas en el Anteproyecto, nos obligan al planteamiento de ciertas preguntas sobre el manejo del derecho comparado y la realidad nacional; así por ejemplo: en el caso de los menores, se ha hecho alguna apreciación psicofisiológica especial, para fijar la edad de dieciséis años como límite de exclusión del Código? Se ha hecho alguna caracterización del adolescente boliviano con relación al de otros países, o se ha señalado esas edad sólo porque las demás legislaciones lo hacen? Saben los proyectistas si los resultados obtenidos en otros países con la exclusión del menor, son favorables a la erradicación de la delincuencia juvenil? Qué razones llevaron a abandonar el sistema del discernimiento adoptado por el Código vigente, y que actualmente tiene aplicación en Alemania e Inglaterra? Se basan éllas en fundamentos teóricos que impugnan la eficacia de este método, o en la imposibilidad de aplicación entre nosotros por falta de recursos humanos y económicos? Si la sustitución obedece a estas últimas causas, cuál la base para pensar que estos factores negativos serán superados con un nuevo sistema que

puros" (17), el treinta y cinco por ciento, mestizos o cholos y alrededor del quince por ciento, blancos. Dentro del grupo mayoritario de la población, existen marcadas diferencias (así, el indio del altiplano, es diferente al de los llanos y valles, tiene peculiaridades distintas y, en consecuencia, sus reacciones son también distintas). Si el Código tenía el espíritu de hacer diferencias, deberían hacerlas, también, respecto a la diferente idiosincracia de todas y cada uno de las regiones del país que, en suma, constituye esa "realidad nacional" pregonada por proyectistas y decretos.

El Código penal puesto en vigor el 6 de agosto de 1973, hace la distinción entre "indio selvático" e "indígena no adaptado a la cultura boliviana". Considera al primero, aquél que no ha tenido contacto alguno con la civilización, y al segundo, lo conceptúa como el indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y su falta de instrucción. Al "indio selvático" lo de-

también requiere de recursos humanos y económicos? Qué índice de criminalidad existe entre los "indios selváticos" que justifique la "incorporación" de este grupo en el Código penal con disposiciones que le dan un trato especial? Existen bases positivas para implantar en Bolivia la libertad condicional y otros institutos, y cuáles son los resultados obtenidos en países en que se aplica hace más de treinta años?

"Bueno será conocer, aun cuando solo fuera por aproximaciones, sobre estas realidades, antes de pugnar por su implantación inmediata. Si la incorporación de leyes e institutos extranjeros requiero consagración y detenidos estudios comparativos, es preciso llevarlos adelante para no caer en un transplante inadecuado; error antiguo cuya repetición en los tiempos que corren sería imperdonable". Vid. Oscar Crespo Soliz, en *Breves Comentarios...* Cit., pág. 41 y ss.

- (17) Esa es la denominación que le da el estudio de las Naciones Unidas: Handbock, 1971, citado por el profesor Manuel López Rey en *Criminología...* Cit., pág. 391.

clara inimputable (Art. 17, Inc. 5to.) y para el "indígena inadaptado, señala la seminimputabilidad (Art. 18, parte segunda). Para el primer caso, es decir la inimputabilidad del "indio selvático", pensamos que su ignorancia del ordenamiento jurídico por no "tener contacto con la civilización" podría haberse incluido en las causas de inculpabilidad señaladas en el artículo 16 del Código penal (18) y, de esta manera, evitar la discriminación que hace el Código. El caso de seminimputabilidad señalada para el "indígena cuya incapacidad derive de inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción", también consideramos innecesaria, porque de aplicarse estrictamente esta disposición, se presentan estas dos circunstancias:

1o.) El concepto de "indio", no aclarado en el Código penal, es totalmente discutido ya que actualmente no se puede hablar de una "pureza de raza" (19). Con la interpretación textual de este artículo, se llegaría a la absurda conclusión de que más del cincuenta por ciento de la población de un país, no está adaptada a su propia cultura. Por otra parte, ni los anteproyectistas de 1964 ni los coordi-

(18) El artículo 16 en su inciso 2do., dice: "(error o ignorancia de derecho). El error o ignorancia de la ley no imputable al agente, cuando éste hubiere obrado en la creencia de que su acto era lícito. En caso contrario, la sanción podrá ser atenuada de acuerdo con la personalidad del autor y en conformidad con el artículo 39. . .".

(19) Estamos de acuerdo con la apreciación que hace al respecto, el profesor López Rey en la Exposición de Motivos del Proyecto Oficial del Código Penal Boliviano de 1943 cuando dice: "¿dónde empieza y acaba el indio? ¿Cómo se puede afirmar una teoría general de inferioridad respecto a una inmensa parte de la población cuando en muchas ocasiones no sabemos dónde empieza o acaba dicho sector...? Vid. Manuel López Rey, Proyecto de Código Penal... Cit., pág. XXXIII.

nadores y revisores de 1972, dan el concepto de qué ha de entenderse por "cultura boliviana".

2o.) Con el criterio establecido por el Código, se abre paso para que en muchos casos se llegue a alegar, para atenuar la sanción penal, "estado de indígena no adaptado a la cultura boliviana".

Con estos preceptos, el Código penal boliviano de 1972, adquiere un carácter clasista y no es, en realidad, el aspecto privilegiado del indio sino la situación desfavorable de los "blancos". Para enmendar esta situación, creemos que existe en el Código una disposición que puede aplicarse perfectamente en estos casos sin que pueda pensarse en una discriminación. Y es que tanto las determinaciones de los artículos 17 y 18 del Código penal, tienen que ser examinadas por el Juez, quien, de acuerdo al artículo 37, fijará la pena atendiendo a la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y consecuencias del delito. Para apreciar la personalidad del autor, tendrá en cuenta: a) la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social. b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales así como sus vínculos de parentesco.

En consecuencia, la "incapacidad resultante de su inadaptación al medio cultural boliviano" puede ser analizada en el artículo citado. Esta es una "realidad nacional" no contemplada en el Código penal boliviano que, a nuestro juicio, debería tener-

se presente, evitándose una serie de críticas y caos en su aplicación, por el simple afán proteccionista que, en última instancia es consecuencia de un problema político-social (20).

2) **Falta de Concordancia con la Constitución Política y otros cuerpos legales.**— El Código penal de 1972, es una ley inconstitucional, porque ha sido aprobado y puesto en vigencia sin haberse observado los requisitos establecidos por la Constitución Política del Estado. En efecto, el artículo 59 de la Carta Magna inciso, primero, determina que: "son atribuciones del Poder Legislativo, dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas...". Tal vez se nos dirá que en un gobierno de **facto** en que el Poder Legislativo no existe, corresponde al Ejecutivo, dictar leyes. No es nuestro ánimo entrar en consideraciones de orden constitucional, pero pensamos que muchos errores establecidos en el Código, pudieron haberse subsanado con un análisis más concienzudo, tomando en cuenta la opinión de gente entendida en la materia y los diferentes colegios de abogados del país. De esta manera se hubiera evitado una serie de críticas que, probablemente vendrán en un futuro no muy lejano.

Con la sanción legislativa reclamada, se habría evitado, por ejemplo, en precipitar la imposición de la pena de muerte para algunos delitos. Es-

(20) Este afán, proteccionista y de supuesto "trato privilegiado" hacia el indígena hace que en materia tributaria, el campesinado boliviano esté libre del pago de impuestos. ¡Y constituye más del 50 por ciento de la población! Sin embargo, en materia política son los factores decisivos para el apoyo de un gobierno y su estabilidad en el poder.

te hecho constituye una abierta contradicción al artículo 17 de la Constitución Política de 1967 reconocida por el gobierno de **facto** que asumió al poder merced al golpe de estado de 1971. Y no solamente en la Carta Magna del Estado, sino al mismo Anteproyecto de 1964, el que, acogíéndose a la anterior Constitución Política (1961), tampoco contenía en su catálogo de penas, la pena capital.

Los miembros de la Comisión de 1972, no han tenido presente, al implantar la pena de muerte, que en 1967 cuando se discutía en el Congreso Nacional el artículo que abolía la pena de muerte, la opinión pública fue partidaria de su abolición y así lo entendieron los congresales, quienes compulsando no solamente el criterio de la opinión pública, sino a la tradición de su poca aplicación (21) y la corriente abolicionista de la doctrina jurídico-penal (22), dijeron ¡NO! a la pena de muerte.

(21) Queremos destacar que la pena de muerte, en Bolivia, ha tenido escasa aplicación en los tiempos que estuvo vigente. Particularmente en lo que va de este siglo, que no llegan a diez los casos de condena con la pena capital por sentencia ejecutoriada, signo evidente que probablemente no ha sido compulsado por los coordinadores del Anteproyecto.

(22) No son pocos los grandes maestros del Derecho Penal, partidarios de su abolición, así entre ellos, Franz Von Liszt, en su **Tratado de Derecho Penal**, traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, Tomo III, tercera edición, Editorial Reus, Madrid sf., hace una importante relación acerca de la corriente abolicionista de la pena de muerte en Alemania. Vid. pag. 327 y ss. En igual forma, Quintiliano Saldaña, en las adiciones, pág. 283 y ss.; por otra parte, Hans Von Henting, en su obra: **La Pena (las Formas Modernas de Aparición)**, volumen II, traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa, Espasa Calpe S.A., Madrid 1968, en el Libro I. págs. 49 a 154, tiene un interesante estudio acerca de la pena de muerte. Su argumento fundamental contra la pena de muerte, radica en el "error judicial". El profesor José María Rodríguez Devesa en su

Pero no solamente existe falta de adaptación del Código penal a la Constitución Política del Estado. Consideramos que, siendo el afán de renovar el total ordenamiento jurídico del país, se debería coordinar algunas instituciones del Código penal, con materias reguladas por otros cuerpos legales; así, por ejemplo, el caso de la quiebra, con el Código mercantil (23), los delitos contra la familia, con el Código de Familia, los delitos contra la propiedad con el Código Civil (24). Aspecto que no se ha tenido en cuenta al poner en vigencia el Código penal de 1972.

obra Derecho Penal Español... Cit., a propósito de la pena de muerte, en la pág. 756, dice: "En circunstancias normales, soy partidario de su abolición por varias conclusiones. Ante todo, porque implica una grave contradicción en un ordenamiento jurídico que reputa intolerables las penas de mutilación. Este es un tema que hoy está fuera de discusión en los países pertenecientes a nuestro círculo de cultura. Ahora bien, si es digna de repudio la mutilación el argumento ha de extenderse con mucho mayor motivo a una pena que consiste en la destrucción de la vida..." Últimamente, en España, los profesores: Barbero Santos M., Beristáin Ipiña, García Valdez, Berdugo G. de la Torre, Cobo del Rosal M., Gimbernat Ordeig, publicaron, bajo el Título de La Pena de Muerte: 6 Respuestas, Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho Penal, 1975, conclusiones importantes acerca de la pena capital. Berdugo G. de la Torre, probablemente por una mala información, cita a Bolivia como uno de los países Iberoamericanos, en el que su Código penal es partidario de la abolición de la pena de muerte. La realidad es que —conforme se ha visto—, el Código penal boliviano aprobado en 1972, incluye la pena de muerte en el repertorio de penas señaladas en el artículo 27. Sin embargo, el profesor Berdugo G. de la Torre, en el estudio que tiene en la obra citada, aclara que respecto a Bolivia existe una situación confusa refiriéndose a un Decreto Supremo que restablece la pena de muerte en contradicción con el Código penal. (La fuente de información del citado profesor, probablemente se refiere al Anteproyecto de Código penal de 1964 que no contemplaba la pena de muerte).

(23) Este Código, a los pocos días de su publicación, fue retirado de circulación y anulado su vigencia.

(24) Tanto el Código Civil como el Código de Procedimiento Civil, recién fueron aprobados en agosto de 1975.

3) Establecimientos penitenciarios deficientes. — Las instituciones modernas del sistema progresivo en el cumplimiento de las condenas, la libertad condicional introducidas por el Código penal, constituyen una innovación realmente valiosa que no tiene ninguna eficacia si no existen establecimientos penitenciarios, en los cuales se pueda dar una íntegra aplicación que anima tanto al Código penal como a la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, citados anteriormente. En el año 1946, el profesor Manuel Durán tenía el siguiente criterio de las cárceles de Bolivia: "Las cárceles del país son, en general, hacinamiento informes que por sus condiciones de construcción o de adaptación y por el régimen que en ellas se observa, en que se confunden en medio del ocio y de la falta de higiene, penados de toda edad, clase, condiciones y tendencia, vienen a constituir escuelas del vicio y de la criminalidad. Esta es la realidad carcelaria de Bolivia, y nadie podría decir lo contrario. . ." (25).

A treinta años de la descripción de esa realidad, podemos afirmar que las cárceles continúan en el mismo estado. Si la finalidad que persigue el Código es la readaptación del delincuente y su reinsertión en la sociedad, este objetivo no puede cumplirse con esta clase de establecimientos penitenciarios. Si no se construyen nuevos establecimientos acordes con los postulados del Código penal y la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, éstos corren el riesgo de quedarse en la letra muerta de la ley, porque utilizar las actua-

(25) Vid. Manuel Durán Padilla, *La Reforma Penal...* Cit., pág. 30.

les cárceles, significa negar la finalidad de la pena. Por otra parte, la aplicación de las medidas de seguridad ¿sería efectiva sin contar con los establecimientos adecuados? Si en el vetusto Código penal de 1834 no se podían aplicar algunos artículos por falta de establecimientos adecuados (por ejemplo el artículo 28 que en su inciso 5to. hablaba de la reclusión en una casa de trabajo y en su inciso 13, de casas especiales para mujeres y menores de edad), a cien años de experiencia se podía prever que era difícil la aplicación de esta clase de medidas sin tener lugares habilitados a tal efecto.

Pero no solamente es el problema de los establecimientos penitenciarios. En el hipotético caso que hubieren éstos, hace falta personal especializado para llevar adelante los postulados de la ley. Valga un ejemplo concreto: el artículo 72 del Código penal de 1972, crea el denominado Juez de Vigilancia, funcionario encargado de velar por el debido cumplimiento y ejecución de las sanciones que inequívocamente resultaren a las finalidades de enmienda y readaptación de los condenados, la sustitución, prolongación o liberación de las sanciones, la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional, el perdón judicial y otros casos previstos en el Código penal. A casi cinco años de vigencia del Código, todavía no han sido nombrados dichos funcionarios pese a que existe el presupuesto (se argumenta falta de infraestructura) dificultando, de esta manera, la aplicación de la nueva legislación. Sobra decir que, tanto para el régimen como para el tratamiento penitenciario, los

organismos encargados de su cumplimiento, constituyen una verdadera quimera.

Estamos convencidos de que, a los efectos de hacer efectiva la finalidad de la pena, es urgente la construcción de modernos establecimientos penitenciarios que se adecúen a las exigencias establecidas por el Código penal y la Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario. Desde el año 1962, existen en el Ministerio del Interior, los planos debidamente aprobados para la construcción de un penal en la ciudad de La Paz. El presupuesto necesario para la construcción se puede financiar a través de negociaciones con empresas privadas constructoras, en el sentido de que éstas se hagan cargo del vetusto "Panóptico Nacional", situado en el centro de la ciudad y conviertan el terreno que ocupa en un centro comercial. A cambio de ello se obligarían a la construcción de un penal acorde con las exigencias de la Ley, en un terreno habilitado a tal efecto a pocos kilómetros de la ciudad. En idéntica forma se puede negociar en los otros departamentos del país.

Finalmente, consideramos imprescindible el funcionamiento del equipo criminológico para que el juez en lo penal tenga un asesoramiento efectivo en la aplicación de las sanciones y, fundamentalmente, para el estudio de la personalidad criminal.

4) **Una mayor capacitación de la judicatura.**— El nuevo Código penal, contiene disposiciones que obligan, en su aplicación, a los jueces tener una formación no solamente jurídica, sino que exigen de éste, una labor valorativa, un conocimiento sobre criminología y las disciplinas que la com-

ponen, de tal manera que pueda administrar justicia con profundo conocimiento no sólo del delito sino del delincuente. Lamentablemente la judicatura boliviana, no se encuentra precisamente en este nivel; ello debido, entre otras cosas, a la poca o nula independencia del Poder Judicial. Los últimos trece años, se han caracterizado, dentro del poder judicial, por una inquietante inestabilidad en el cargo. A cada cambio de gobierno por un golpe de estado, le ha sucedido una renovación judicial. Esta inestabilidad por consecuencias políticas, sumada a la baja remuneración es un factor que influye en la judicatura. Nuevamente nos remitimos a las palabras del Dr. Manuel Durán Padilla, quien, al referirse a los jueces en materia penal decía: "...nuestros jueces con pocas excepciones —que confirman la regla—, administran justicia en forma deficiente y rutinaria, aplicando la ley como autómatas, sin vivificarla con el aporte de la doctrina. Toda su cultura jurídica se reduce a un mal conocimiento del Código penal y de su Procedimiento y quizá por eso asumen una actitud desdeñosa cuando en una actuación judicial escuchan la cita de una doctrina moderna o de la opinión de un tratadista. Para ellos, no hay más allá de las normas escritas, como si éstas no fuesen, en última instancia, producto de una lenta elaboración, a base de las ideas y de la experiencia de los grandes maestros del derecho, en un proceso de continuo perfeccionamiento de acuerdo a las necesidades siempre cambiantes de la vida" (26).

(26) *Ibidem*, pág. 22.

Contínuamente se denuncia ante la opinión pública casos de retardación de justicia y prevaricatos de jueces que han desprestigiado enormemente al Poder Judicial en Bolivia y esta realidad, que es una "realidad nacional", no ha sido tomada en cuenta por los señores coordinadores del Anteproyecto quienes han impulsado a una precipitada vigencia del Código penal aprobado en 1972 con las consecuencias que son fácilmente previsibles.

Somos partidarios que el Poder Judicial se vería enormemente beneficiado con la creación de una **ESCUELA DE JUDICATURA** destinada a la formación de juristas que tengan vocación para la Magistratura. Este paso tendría que, además, ser respaldado con la verdadera vigencia del **ESCALAFON JUDICIAL**. En efecto, hemos sostenido páginas atrás que en Bolivia no existe una carrera judicial. Pensamos que con la efectiva vigencia del escalafón judicial se garantizaría al magistrado una continuidad en sus funciones y una promoción de acuerdo a su capacidad e idoneidad, que le asegure, asimismo, una remuneración acorde con su alta función. Con ello, se conseguiría, de algún modo, dignificar la administración de justicia.

Tal vez no sean los pasos más importantes a seguirse, pero consideramos que los señalados darían, de alguna manera, efectividad a la finalidad de la pena cual es la resocialización del delincuente. Se mejoraría, en cierto sentido, la administración de justicia y, por último, existiría la garantía que, profesionales con formación multidisciplinaria en la ciencia penal, ejercieran eficientemente la labor de interpretación y aplicación de las leyes recientemente aprobadas.

BIBLIOGRAFIA

ALCALA ZAMORA

Niceto Alcalá Zamora, *Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, Editorial Kraft, Buenos Aires, 1944.

ANTON ONECA

José Antón Oneca, *Historia del Código Penal de 1822*, Anuario de Derecho y Ciencias Penales, Madrid, 1965.

ANTON ONECA

José Antón Oneca y José Rodríguez Muñoz, *Derecho Penal (Parte General)*, Madrid, 1949.

BARBERO SANTOS

Marino Barbero Santos, *La Pena de Muerte en el Derecho Histórico y Actual*, monografía publicada en: *La Pena de Muerte: 6 Respuestas*, Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho Penal, 1975.

- BAUDIN** Louis Baudin, *El Imperio Socialista de los Incas*, séptima edición, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, ediciones Rodas, Madrid 1973.
- BECCARIA** César Beccaria, *De los Delitos y de las Penas*, traducción de Francisco Tomás y Valiente, Editorial Aguilar, Madrid 1976.
- BERDUGO DE LA TORRE** G. Berdugo de la Torre, *La Pena de Muerte en el Actual Derecho Iberoamericano*, Monografía publicada en, *La Pena de Muerte: 6 Respuestas*, Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho Penal, 1975.
- BUENO ARUS** Francisco Buenos Arús, *Apuntes de Sistemas y Tratamiento Penitenciario*, Instituto de Criminología, Madrid, s/f.
- CAJIAS** Huascar Cajías K. y Benjamín Miguel, *Apuntes de Derecho Penal Boliviano*, Librería y Editorial Juventud, La Paz, 1966.
- CAJIAS** Huascar Cajías K, *Criminología*, Librería y Editorial Juventud, tercera edición, La Paz, 1972.
- CALVIMONTES** Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, *Antecedentes Históricos y Legislativos del Código Penal Boliviano*, La Paz, 1964.

- CASTEJON** Federico Castejón y Raúl Calvimontes Nuñez del Prado, *Estudio Jurídico y Penitenciario del Indio*, ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1959.
- CIEZA DE LEON** Pedro Cieza de León, *La Crónica del Perú*, ediciones de la Revista Jiménez de Quezada, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1971.
- CUELLO CALON** Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal (Parte General)*, T. I., Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1964.
- CRESPO** Oscar Crespo Soliz, *Breves Comentarios al Anteproyecto de Código Penal para Bolivia*, (Parte General), La Paz, 1967.
- CHAVEZ** Julio César Chávez, *Tupac Amaru*, Editorial Asunción, Buenos Aires, 1973.
- DE LA VEGA** Garcilaso de la Vega (El Inca), *La Utopía Incaica, Primera Parte de los Comentarios Reales*, edición, prólogo y notas de Julio Ortega, Salvat editores, Alianza Editorial Navarra 1972.
- DIEGO DIAZ SANTOS** María del Rosario Diego Díaz Santos, *Los Delitos contra la Familia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973.
- DURAN** Manuel Durán Padilla, *Estudios y Comentarios de Jurisprudencia en Materia Penal*, La Paz, 1968.

DURAN

Manuel Durán Padilla, **La Reforma Penal en Bolivia**, Sucre, 1946.

DURAN

Manuel Durán Padilla, **Bibliografía Jurídica Boliviana, 1823-1954**, Editorial Universitaria, Oruro, 1957.

GARCIA GALLO

Alfonso García Gallo, **Estudios de Historia del Derecho Indiano**, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972.

GARCIA GALLO

Alfonso García Gallo, **Manual de Historia del Derecho Español**, Tomos I y II, 5ta. edición, Madrid, 1973.

GARCIA GOYENA

Florencio García Goyena, **Código Criminal Español, Según las Leyes y Prácticas Vigentes Comentado y Comparado con el Penal de 1822, el Francés y el Inglés**, Tomo I, Madrid, 1843.

GARCIA ITURBE

Arnoldo García Iturbe, **Las Medidas de Seguridad**, Instituto de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977.

VON HENTING

Hans Von Henting, **La Pena, T. II (Las Formas Modernas de Aparición)**, Traducción castellana y notas por José María Rodríguez Devesa, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1968.

ITURRICHIA

Agustín Iturricha, *Leyes Numeradas y Compiladas de la República Boliviana*, T. I., La Paz.

JIMÉNEZ DE ASUA

Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, T. I., 2da. edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1956.

JIMÉNEZ DE ASUA

Luis Jiménez de Asúa, *Códigos Penales Iberoamericanos*, (Estudio de la Legislación Comparada), Caracas, 1946.

KELSEN

Hans Kelsen, Carlos Cossío, *Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1952.

LARA

Jesús Lara, *La Cultura de los Incas*, 2da. edición, Editorial Los Amigos del Libro, La Paz 1976.

LEWIN

Boleslao Lewin, *La Rebelión de Tupac Amaru y los Orígenes de la Independencia en Hispanoamérica*, 3a. edición, Sociedad Editora Latinoamericana (CELA), Buenos Aires, 1967.

VON LISZT

Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por Quintiliano Saldaña, T.I., 3a. edición, Editorial Reus, Madrid s/f.

LOPEZ REY

Manuel López Rey, *Criminología*, Editorial Aguilar, Madrid, 1975.

- LOPEZ REY** Manuel López Rey, *Proyecto Oficial de Código Penal*, La Paz, 1943.
- MANZANO MANZANO** Juan Manzano Manzano, *Historia de la Recopilación de Indias*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953.
- MARIATEGUI** José Carlos Mariátegui, *7 Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, Lima, 1943.
- MEDRANO OSSIO** José Medrano Ossio, *Las Normas Jurídicas y la Realidad Histórica de Bolivia*, edición Universidad Tomás Frías, Potosí, 1968.
- MEDRANO OSSIO** José Medrano Ossio, *Responsabilidad Penal de los Indígenas*, Editorial Potosí, Potosí, 1941.
- MEDRANO OSSIO** José Medrano Ossio, *Derecho Penal sus Bases Reales su Actualidad*, (Parte Teórica), Editorial Potosí, Potosí s/f.
- MEZGER** Edmundo Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, T. I., traducción al castellano de José Arturo Rodríguez Muñoz, edición Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- O'CONNOR** Burdet O'Connor, *Independencia Americana*, Madrid, 1930.
- PACHECO** Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, 2da. edición, T. I., Madrid, 1856.

- PAZ** Luis Paz, *Historia General del Alto Perú, Hoy Bolivia*, Imprenta Bolívar, Sucre, 1919.
- PAZOS KANKI** Vicente Pazos Kanki, *Memorias Histórico - Políticas, Publicación del Ministerio de Educación, Bellas Artes y Asuntos Indígenas, La Paz, 1939.*
- PELAEZ** Michelangelo Peláez, *Introducción al Estudio de la Criminología*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966.
- PINILLA** Sabino Pinilla, *La Creación de Bolivia*, Editorial América, Madrid, 1924.
- PRESCOTT** William Prescott, *Historia de la Conquista del Perú*, traducción de Nemesio Fernández Cuesta, prólogo de Luis Arnar, Editorial Schapire, Buenos Aires, 1937.
- RIAZA** Tomás Rianza, *El Derecho Penal de las Partidas*, Trabajos del Seminario de Derecho Penal dirigidos por Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus. Madrid, 1922.
- RODRIGUEZ DEVESA** José María Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, (Parte General)*, 5ta. edición, Madrid, 1976.
- RODRIGUEZ DEVESA** José María Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, (Parte Especial)*, 7a., edición, Madrid, 1977.

ROMAN Y ZAMORA

Jerónimo Román y Zamora, **Repúblicas de Indias Idolatrías y Gobierno en Méjico y Perú Antes de la Conquista**, Victoriano Suárez editor, Madrid, 1897.

SAAVEDRA

Bautista Saavedra, **El Ayllu, Estudio Sociológicos** (Segunda Parte, Proceso Mochoza), Librería Editorial Juventud, La Paz, 1971.

SAGÜEZ

Pedro Néstor Sagüez, **Derecho Político Indiano**, Monografía publicada en **Temas de Derecho Indiano** Instituto Argentino de Cultura Hispánica de Rosario, Sta. Fe, 1970.

SALMON

Julio Salmón, **Proyecto de Código Penal Boliviano**, La Paz, 1935.

SANCHEZ DE VELASCO

Manuel Sánchez de Velasco, **Memorias para la Historia de Bolivia**, Sucre, 1938.

SARMIENTO DE GAMBOA

Pedro Sarmiento de Gamboa, **Historia de los Incas**, Emeqé Editores, Buenos Aires, 1943.

SOLER

Sebastián Soler, **Derecho Penal Argentino**, Tomos I y IV, Editorial Tea, Buenos Aires, 1973.

TERAN LOMAS

Roberto Terán Lomas, **Derecho Penal Indiano**, Monografía publicada en **Temas de Derecho Indiano**, Instituto Argentino de Cultura Hispánica de Rosario, Santa Fe, 1970.

- TOMAS Y VALIENTE** Francisco Tomás y Valiente, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, Siglos XVI, XVII, XVIII*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969.
- TRIGO** Ciro Félix Trigo, *Las Constituciones de Bolivia*, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid 1958.
- TRIMBORN** Hermann Trimborn, *El Delito en las Altas Culturas de América*, traducción española de José León Herrera y Ernesto More, Departamento de Publicaciones de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima 1968.
- URQUIDI** José Macedonio Urquidi, *Compendio de la Historia de Bolivia*, 4ta. edición, Editorial, EGLEH., Buenos Aires, 1944.
- URTEAGA** Horario Urteaga, *La Organización Judicial en el Imperio de los Incas*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1956.
- VALCARCEL** Luis E. Valcarcel, *Del Ayllu al Imperio*, Editorial Garcilaso, Lima, 1925.
- VALDIVIEZO** José Valdiviezo, *La Reforma de la Legislación Penal en América Latina*, Cuadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales, No. 6, Publicaciones de la Universidad Autónoma de Cochabamba, Cochabamba, 1940.

- VALERA** Blas Valera; *Relación de las Costumbres Antiguas de los Naturales del Perú*, Editorial Guaranía, Asunción del Paraguay, 1950.
- VALENCIA VEGA** Alipio Valencia Vega, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Juventud, La Paz, 1964.
- VINCENT** André Vincent, *Derecho de los Indios y Desarrollo en Hispanoamérica*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1975.
- VIÑAS** Carmelo Viñas y Mey, *La Política Social y la Política Criminal en las Leyes de Indias*, trabajos del seminario de Derecho penal dirigidos por Luis Jiménez de Asua, Editorial Reus, Madrid, 1922.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- **COLECCION DE LOS DECRETOS Y ORDENES GENERALES EXPEDIDOS POR LAS CORTES**, Tomo IX, Madrid, 1822.
- **DIARIO DE SESIONES DE LAS CORTES ESPAÑOLAS**, Tomo I, Madrid, 1821.
- **DICCIONARIO DE HISTORIA DE ESPAÑA**, Tomo II, Madrid, 1962.

- **ENCICLOPEDIA ESPASA CALPE**, Tomo XXVIII, Primera Parte, Madrid, 1925.
- **LAS SIETE PARTIDAS DEL REY ALFONSO EL SABIO**, Real Academia de la Historia, Tomo III, Madrid, 1807.
- **RECOPIACION DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS**, Tomo II, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973.
- **REFLEXIONES Y Y RECOMENDACIONES A LA LEY NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS PELIGROSAS**, Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, Cochabamba, 1976.
- **ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL BOLIVIANO DE 1964.**
- **CODIGO PENAL DE COSTA RICA DE 1972.**
- **CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822.**
- **CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848.**
- **PROYECTO DE CODIGO PENAL VENEZOLANO DE 1961.**

INDICE

Dedicatoria	7
Prólogo	9
Introducción	15

CAPITULO PRIMERO

A) LEGISLACION PENAL VIGENTE EN EL IMPERIO DE LOS INCAS,

1) Consideraciones generales	25
2) Principales figuras delictivas	34
3) Penas	44

B) LEGISLACION PENAL VIGENTE EN EL PERIODO DE LA COLONIA.

1) Orígenes del Derecho Indiano	49
2) Las Partidas	56
3) Las Leyes de Indias	64
4) Derecho Local	67
5) Santo Oficio	70
6) Procesos Tupac Katari y Tupac Amaru	71
7) Crisis del Derecho Indiano	79

CAPITULO SEGUNDO

A) CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822.

1) Antecedentes Históricos	84
2) Fuentes e Inspiración Filosófica	89
3) Aprobación y Vigencia	92
4) Estructura y Comentarios	99

B) CODIGO PENAL BOLIVIANO DE 1834.

1) Cronología	103
2) Aprobación y Vigencia del Código Penal de 1831	112
3) Reforma y Aprobación Definitiva de 1834 ...	119
4) Estructura y Comentarios	131
5) Facundo Infante: su influencia en el Código Penal de 1831	140

CAPITULO TERCERO

A) REFORMAS BASADAS EN MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES.

1) Constitución Política de 1839	147
2) Constitución Política de 1851	147
3) Constitución Política de 1868	148
4) Constitución Política de 1871	148
5) Constitución Política de 1880	148
6) Referendum de 11 de enero de 1931	149
7) Constitución Política de 1967	149

B) PRINCIPALES REFORMAS DEL CODIGO PENAL DE 1834.

1) Ley de 3 de noviembre de 1840	151
2) Ley de 6 de noviembre de 1840	153
3) Ley de 3 de noviembre de 1883	153
4) Ley de 19 de diciembre de 1905	154
5) Ley de 29 de agosto de 1907	155
6) Ley de 10. de diciembre de 1914	157
7) Ley de 16 de septiembre de 1916	157
8) Ley de 15 de abril de 1932	158
9) Ley de 31 de diciembre de 1940	158
10) Ley de 23 de diciembre de 1949	159
11) Decreto Ley de 3 de enero de 1956	160
12) Ley de 5 de enero de 1961	162
13) Ley de 10 de enero de 1962	164

CAPITULO CUARTO

LA REFORMA PENAL

A) COMISIONES CODIFICADORAS	170
B) PROYECTO DE CODIGO PENAL DEL Dr. JULIO SALMON	172
C) PROYECTO DE CODIGO PENAL DEL Dr. MANUEL LOPEZ REY Y ARROJO	181
D) ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL BOLIVIANO DE 1964	217
1) Fuentes	222
2) Lenguaje	224
3) Estructura	224
4) Parte General	224
5) Parte Especial	237

CAPITULO QUINTO

A) CODIGO PENAL DE 1972

1) Comisión Coordinadora de Códigos	255
2) Promulgación y Vigencia	257
3) Breve Análisis de las Reformas Introducidas al Anteproyecto de Código penal de 1964 ...	259

B) LEYES POSTERIORES QUE COMPLEMEN- TAN AL CODIGO PENAL.

1) Ley de Ejecución de Penas y Sistema Peniten- ciario	269
2) Ley Nacional de Control de Sustancias Peli- grosas	285

C) PALABRAS FINALES

	311
--	-----

BIBLIOGRAFIA Y FUENTES CONSULTADAS	325
------------------------------------	-----

La presente obra se terminó de
imprimir el 27 de Marzo de 1978
en los talleres gráficos de Libre-
ría-Editorial POPULAR, Pérez Ve-
lasco 787. — La Paz - Bolivia.
