SALA PLENA

SENTENCIA: 5/2021.

FECHA: Sucre, 31 de marzo de 2021.

EXPEDIENTE: 44/2016.

PROCESO : Revisión Extraordinaria de Sentencia.

PARTES: Freddy Choque Marín contra Sentencia Nº 04/2011 de 15 de febrero.

MAGISTRADO RELATOR: Dr. Olvis Eguez Oliva.

VISTOS EN SALA PLENA: El recurso de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada presentada el 08 de noviembre de 2016 de fs. 35 a 40 vta., interpuesto por Freddy Choque Marín contra la Sentencia Nº 04/2011 de 15 de febrero, emitida por el Tribunal de Sentencia Nº 1 del Distrito Judicial de Cochabamba, dentro del fenecido proceso penal seguido en su contra por el Ministerio Público, donde fue declarado autor y culpable de la comisión del delito de Violación Niño, Niña o Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 BIS y 310, numeral 2) del Código Penal (CP); imponiéndosele la pena de veinticinco años de presidio; la contestación del Ministerio Público de fs. 63 a 76, las notificaciones a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia a fs. 86 de obrados y a Faustino Arancibia Porco cursante a fs. 119; los antecedentes del proceso; y,

CONSIDERANDO I: Freddy Choque Marín al amparo del art. 421- 5) del Código de Procedimiento Penal (CPP), solicitó la revisión de la Sentencia 04/2011 de 15 febrero, pronunciada por el Tribunal de Sentencia Nº 1 de la ciudad de Cochabamba, con los siguientes fundamentos:

Fue procesado por la jurisdicción ordinaria penal por el delito deViolación Niño, Niña o Adolescente y su Agravante, cuya conducta estátipificada por los arts. 308 Bis y 310.2) del CP, proceso sustanciado por el Tribunal de Sentencia Nº 1 de Cochabamba, que emitió la Sentencia Nº 04/2011 de 15 febrero, imponiéndole la pena de 25 años de presidio; sentencia de primera instancia que fue posteriormente recurrida en apelación siendo condenado a 20 años de presidio sin derecho a indulto por el Tribunal de Alzada, momento en el cual contaba con la edad de 15 años, 4 meses y 10 días aproximadamente.

El Código Niño, Niña y Adolescente (CNNA), al ser una norma de aplicaciónpreferente frente a la Ley General, que incide en ámbito de la esferade libertad, se encuentra dentro de los alcances del Principio deFavorabilidad y consiguiente Retroactividad de la Ley, prevista como excepción en el art. 123 de la Constitución Política del Estado (CPE) y contempla la atenuación de la pena en el art. 268. I del CNNA que a la letra señala: “La responsabilidad penal de la o del adolescente será atenuada en cuatro quintas partes respecto del máximo penal correspondiente al delito establecido en la norma penal”.

Toda conducta tipificada como delito en la Ley Penal, cuyacomisión corresponda a personas comprendidas entre los 14 y 18 años, será atenuada en cuatro quintas partes de la pena; en este caso, de lapena de 20 años impuesta al recurrente por el delito cometido, lo cualimplica que le corresponderían solamente 4 años de prisión por la comisión deldelito de Violación Niño, Niña o Adolescente y su agravante.

En función a lo expuesto, solicita la admisión del recurso de revisión de sentencia y se anule la Sentencia Nº 04/2011 de 15 de febrero, emitida por el Tribunal de Sentencia Nº 1 de Cochabamba, para dictar una nueva sentencia, imponiéndole la responsabilidad penal atenuada correspondiente a cuatro quintas partes del máximo fijado para el delito previsto por el art. 308 Bis, con la agravante del núm. 2 del art. 310 del CP; es decir, la pena de 4 años de reclusión y expedirse mandamiento de Libertad Definitiva en el día, por cumplimiento de condena.

CONSIDERANDO II: En aplicación del art. 423 del CPP y los argumentos expresados por el recurrente, este Tribunal a través del Auto Supremo de Sala Plena Nº 38/2017 de 13 de marzo, admitió el Recurso de Revisión de Sentencia Condenatoria ejecutoriada (fs. 49 a 50) y ordenó al Tribunal de la causa, remita los antecedentes originales del proceso penal, que según consta del oficio de fs. 57 fue cumplido; también dispuso la citación al Fiscal General del Estado, para que comparezca y conteste el recurso dentro del plazo de 10 días previsto por ley; practicadas las diligencias de citación y provisión citatoria respectivas (fs. 60 y 62), el Ministerio Público, representado por su fiscal superior, se apersonó y contestó el recurso.

1. El Ministerio Público contesta el recurso manifestando exhaustivamente que: a) La petición tiene como fundamento la causal prevista en el art. 421, inc. 5) del CPP, por la aplicación de una Ley más benigna, por cuanto el impetrante a momento de ingresar al penal era considerado imputable conforme determina el art. 5 del CP; b) El art. 60 de la CPE, señala que es deber del Estado, la sociedad y la familia, garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente; c) Los arts. 267.II y 268.II del CNN, Ley 548 de 17 de julio de 2014, que modificó el tratamiento de todos los adolescentes con responsabilidad penal, es aplicable retroactivamente al presente recurso en observancia de los principios de legalidad, favorabilidad y retroactividad de la Ley más benigna en materia penal, considerando la edad del recurrente a momento que se cometió el hecho, en consecuencia, corresponde disminuir la pena y disponer la libertad de acuerdo al criterio de la responsabilidad atenuada según la edad, conforme a lo dispuesto por el art. 123 de la CPE, la doctrina y los Tratados Internacionales vigentes; y d) De acuerdo a los antecedentes del proceso, la normativa y jurisprudencia respecto a la responsabilidad de la pena atenuada en caso de adolescentes comprendidos entre los 14 y 18 años de edad a momento de cometer el delito, corresponde la aplicación retroactiva de la Ley más benigna en materia penal y la vinculatoriedad de las normas previstas en el Código Niña, Niño y Adolescente, en el ámbito de su esfera de libertad; e) El peticionante cuenta con dos diferentes partidas de nacimiento; el reporte del Registro Civil de 2 de febrero de 2011, señala certificado de nacimiento de fs. 33, consigna 1 de julio de 1993, sin hora de nacimiento, empero, éste último extrañamente es registrado en la localidad de Pacata, Provincia Chapare del Departamento de Cochabamba recién el 20 de agosto de 2010.

Propone que se realicen las diligencias necesarias para establecer la verdadera fecha de nacimiento del condenado, peticionando al SERECI el informe respectivo sobre la existencia de doble partida de nacimiento, la copia legalizada de los Libros respectivos, del certificado de nacido vivo, así como si ambas se encuentran válidas y en caso de cancelación de alguna de ellas, adjunte todo el trámite realizado para su cancelación; además, solicita la pericia de Medicina Forense para determinar la edad de Freddy Choque Marín; y sobre el fondo, peticiona que se declare “improcedente” (sic) el recurso.

2. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia, coincide con los argumentos del Ministerio Público y petición de realizar todas las indagaciones y diligencias que se consideren útiles para determinar la edad real del peticionante, los informes respectivos de SERECI y del médico forense; y, que se rechace el recurso por improcedente.

3. La diligencia de comunicación al querellante del proceso penal, Faustino Arancibia Porco, se practicó mediante Provisión Citatoria, el 23 de mayo de 2018, cursante a fs. 86; sin embargo, no consta intervención alguna de su parte.

CONSIDERANDO III: ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN QUE SE PRETENDE REVER

Expuestos los argumentos del recurrente como del Ministerio Público, y de la revisión de los antecedentes del fenecido proceso penal y del expediente, se evidencia que:

1.- El ahora recurrente, Freddy Choque Marín, mediante Sentencia Nº 04/2011 de 15 de febrero, es declarado autor y culpable del delito de violación agravada y condenado a veinticinco (25) años de presidio; el Auto de Vista de 24 de mayo de 2011, modifica dicha Sentencia y declara autor y culpable del delito de violación de niño, niña y adolescente, tipificado en el art. 308 BIS y 310 inc. 2) del CP e impone la pena de veinte (20) años de presidio sin derecho a indulto; y el

Auto Supremo Nº 522/2013 de 16 de octubre, declara inadmisible el recurso de casación (fs. 14 a 28 vta. del expediente).

2. Conforme consta en obrados, el hecho ilícito ocurrió el 13 de noviembre de 2008 (fs. 4 a 5 vta., del expediente).

3. Durante el proceso penal, el condenado Freddy Choque Marín, indicó que nació el **1 de julio de 1991,** situación que hace presumir que, al **momento del hecho,** el ahora recurrente tenía 17 años (fs. 1, 2 entre otras actuaciones, de antecedentes penales).

4. El recurso de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada, adjunta un certificado de nacimiento y cédula de identidad que consignan como fecha de nacimiento **1 de julio de 1993,** nacimiento registrado recién el **20 de agosto de 2010,** durante la tramitación del proceso penal (fs. 33 a 34 del expediente).

5. Ante tal situación y no ser posible determinar la fecha real del nacimiento del imputado porque existe doble partida con diferentes fechas (1 de julio de 1990 a horas 18:30 y otra de 1 de julio de 1993); se emitió el **Auto Supremo Nº 126/2018 de 30 de octubre** (fs. 125 a 127 del expediente), que **anuló** obrados hasta el sorteo de fs. 124 vta., y dispuso que mediante nuevo Magistrado Tramitador se realicen **todas las indagaciones y diligencias** que considere útiles a efectos de **establecer la edad real del condenado** y posterior sorteo y resolución de fondo del recurso interpuesto.

6. En cumplimiento al citado Auto Supremo, se designó nuevo Tramitador de la causa (fs. 131 de obrados), quien ordenó las gestiones necesarias al Servicio General de Identificación Personal (SEGIP) y al Servicio de Registro Civil (SERECI), a **efecto que certifiquen la edad real** del ahora impetrante; advirtiéndose de la documentación recepcionada que, el condenado **nació** en Tambo Nuevo, Provincia Tomás Frías del Departamento de Potosí **el 01 de julio de 1993** y el delito por el que fue condenado se cometió el 11 de noviembre de 2008; por consiguiente, transcurrieron **15 años, 4 meses y 11 días a la fecha del nacimiento** del imputado, siendo **esa la edad real** cuando sucedió el delito (ver fs. 142 y 180 del expediente); sorteándose la presente causa nuevamente, conforme consta a fs. 188 de obrados.

Establecidos los antecedentes del proceso penal, se tiene que el recurrente Freddy Choque Marín, interpuso recurso de revisión extraordinaria de la Sentencia Condenatoria Ejecutoriada contra la Sentencia Nº 04/2011 de 15 de febrero (fs. 35 a 40), emitida por el Tribunal de Sentencia Nº 1 de la ciudad de Cochabamba, alegando la causal prevista en el inciso 5) del art. 421 del CPP; es decir, que corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna.

CONSIDERANDO IV: ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

El recurso de revisión de sentencia penal ejecutoriada es *"…el remedio procesal extraordinario encaminado a examinar de nuevo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha llegado a ella por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, prescindiendo o incorporando nuevos elementos de prueba en el nuevo juicio…"* (Podetti), pues por diferentes motivos, se plantea la posibilidad de revisión de una sentencia pese a haber adquirido la calidad de cosa juzgada, aunque sólo en casos extremos y expresamente admitidos por la ley procesal; es decir, los casos expresamente descritos por el art. 421 del CPP; y en el caso específico de autos, el inciso 5) de la disposición citada, que determina que procederá el recurso de revisión de las sentencias condenatorias ejecutoriadas en todo tiempo y en favor del condenado, entre otros casos, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna.

IV.1.- Luego del análisis precedente, corresponde realizar el estudio sobre la norma en que el juzgador fundó la imposición de la sanción, como también la modificación del artículo 5 del CP, dispuesta por el parágrafo I de la Disposición Adicional Segunda del CNNA, Ley N° 548.

IV.2.- A dicho fin se tiene que, en el caso en estudio, luego de haber admitido el imputado ser autor del hecho, el juzgador aplicó la sanción prevista en los arts. 308 BIS y 310.2) del CP, imponiendo una

pena de veinticinco años de presidio, esto es violación agravada, que fue perpetrado el 11 de noviembre de 2008 contra la menor Evelia Arancibia Combata de trece años de edad. Ahora, en mérito a la promulgación de la Ley N° 548 de 17 de junio de 2014 (CNNA), solicita rever la sentencia pronunciada en su contra, a fin de atenuar la pena impuesta, aplicando los principios de favorabilidad y retroactividad de la Ley.

IV.3.- Ahora bien, el art. 4 del CP, elevado a rango de Ley por norma de esa jerarquía N° 1768 de 10 de marzo de 1997, en coherencia con lo que disponía el art. 33 de la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas, concordante con la disposición del art. 123 de la actual Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009, en relación con el principio de irretroactividad de la ley, establecen que la misma no tiene efecto retroactivo, con excepción, en materia penal, en aquellos casos en que beneficie al delincuente.

Por otra parte, los principios de legalidad y retroactividad, se encuentran insertos en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, ratificado por Bolivia mediante Ley N° 1430 de 11 de febrero de 1993, que forma parte del Bloque de Constitucionalidad, según determina el parágrafo II del art. 410 de la CPE, y señala: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

De acuerdo con lo anterior, si durante el tiempo que transcurre mientras se cumple una condena se promulgara una ley que resulte más benigna o más beneficiosa para el delincuente, será ésta la que se aplique.

No obstante lo manifestado, este Tribunal, no puede dejar pasar por alto que el delito por el cual fue sentenciado el recurrente, no constituye un delito de los denominados “delitos comunes”; más al contrario, el delito previsto y sancionado por el art. 308 del CP, reviste las características de los delitos que atentan contra la libertad sexual de la víctima, en el caso presente de una menor de trece años de edad, *en quién concurren todos los elementos de máxima vulnerabilidad*, precisamente por la edad con la que contaba a momento de la comisión del delito, por la condición de mujer que ostenta; pues se encuentra dentro del sector vulnerable de la población que amerita mayor protección dado el alto índice de delitos cometidos contra la libertad sexual de las mujeres, adolescentes y niñas dentro de la sociedad; y además por el estado de embriaguez de la menor, estado que él provocó que se efectivice al hacerle tomar hasta perder la conciencia, de llevarla a un lugar alejado en su movilidad para evitar pueda ser socorrida, lugar conocido por él, donde ya contaba con un colchón en el piso para perpetrar el hecho delictivo.

En ese sentido; resulta necesario señalar que, la libertad sexual según fue definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), es; “el acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia, siendo la libertad sexual un derecho a la libertad de elección sexual del individuo. La libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas. Para que la salud sexual se logre y se mantenga los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y cumplidos. La libertad sexual viene limitada por el límite de edad de consentimiento sexual. La violación de la libertad sexual e indemnidad sexual del individuo es considerada un delito. El derecho a la libertad sexual se refiere al derecho del individuo y aunque está relacionado, no debe confundirse con el amor libre, ni la liberación sexual o revolución sexual de la segunda mitad del siglo XX, ni tampoco con la práctica de relaciones sexuales libres, la promiscuidad, las relaciones sexuales prematrimoniales o extramatrimoniales, el comportamiento sexual entre heterosexuales u homosexuales o cualquier otra práctica sexual”.

Bajo el concepto anotado, el delito perpetrado contra la menor Evelia Arancibia Combata, de 13 años de edad, resulta reprochable desde todo punto de vista; encontrándonos en el presente caso, ante la

presencia de dos derechos contrapuestos; el de la menor víctima del delito de violación y el del menor autor de la comisión del delito, por lo que ante este conflicto, este Tribunal se encuentra constreñido a aplicar el método de la ponderación, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer, entendiendo que los ordenamientos jurídicos no están compuestos solamente por normas, entendidas como reglas, sino también de principios, en base a los cuales, precisamente nacen las normas que regulan una sociedad, entendiendo también que esta tarea de ponderación no es una facultad privativa de Tribunales encargados de velar derechos consagrados constitucionalmente, sino de toda autoridad jurisdiccional que en su labor cotidiana, debe ejercitar esta tarea para lograr una verdadera justicia. En esta tarea de ponderación debe hacerse una distinción entre reglas y principios, entendiendo que las reglas establecen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas y, cuando exista conflicto entre éstas, se resuelve mediante la premisa de la norma posterior y la norma especial, las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, aprobado o reprochado por el entorno social. Mientras que los Principios son mandatos que orientan la acción del ser humano, se trata de normas de carácter general y universal, precisamente en base a los principios son concebidas las Leyes que norman un Estado de Derecho. Son también considerados leyes naturales que no pueden ser quebrantadas que sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico y ante la falta de norma concreta y específica, los principios son empleados como fuente integradora del derecho.

Dicho lo anterior, y para dilucidar la problemática planteada en autos, también es necesario precisar qué se entiende por ponderación. Deviene del *latín "pondos" que significa peso*, dicho significado es de suma importancia, porque cuando un juez pondera, su función consiste en **pesar o sopesar** los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada. Es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Dichas normas no determinan lo que debe hacerse sino obligan a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes ("El Derecho de los derechos". Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia). La ponderación entonces es el **modo de aplicar los principios y de resolver los intereses contrapuestos** que puedan presentarse, tomando en cuenta la Constitución, Tratados Internacionales y las leyes.

Aplicando las conceptualizaciones precedentes al caso concreto del recurrente, Freddy Choque Marín, se tiene que éste solicita se considere y se de aplicación a la Ley N° 548 de 17 de julio de 2014, art. 4 del CP, arts. 123 y 203 de la CPE, estando cumplidos los presupuestos previstos por el art. 421.5) del CPP; es decir, que, según el condenado, correspondería aplicar retroactivamente una ley penal más benigna, bajo el principio de favorabilidad y retroactividad, a fin de atenuar la pena impuesta en sentencia.

En efecto, posterior a la fecha de emisión de la Sentencia Nº 04/2011, se promulgó la Ley Nº 548 de 17 de julio de 2014, o el CNNA, cuyo art. 268 al normar acerca de la Responsabilidad penal atenuada, señala: *"I. La responsabilidad penal de la o el adolescente será atenuada en cuatro quintas partes respecto del máximo penal correspondiente al delito establecido en la norma penal. II. Para delitos cuyo máximo penal esté entre quince (15) y treinta (30) años en la Ley Penal, la sanción deberá cumplirse en un centro especializado en privación de libertad. III. Para delitos cuyo máximo penal sea menor a quince (15) años en la Ley Penal, se aplicarán medidas socio-educativas con restricción de libertad y en libertad"*. (sic).

A *prima facie*, al caso de análisis, correspondería aplicar la disposición legal precedente, en cumplimiento de la Norma y del principio de retroactividad y favorabilidad, conforme mandato constitucional prevenido en el art. 123, conforme se dijo a momento de analizar el problema jurídico planteado, como que han existido fallos pronunciados por este Tribunal Supremo de Justicia, en casos similares al presente, en los que se dio lugar a la revisión extraordinaria de sentencia penal ejecutoriada, aplicando la norma más benigna para el delincuente y que, además pudiesen ser invocados como jurisprudencia en casos análogos. Sin embargo, una **característica fundamental de la jurisprudencia** es que ésta **no es estática, es dinámica** como dinámico es el Derecho, es decir **puede ser modulada**, cambiada y transformada, más aún si se toma en cuenta que la interpretación de la Ley y la aplicación del Derecho debe efectuarse en función de las necesidades de la sociedad y que, conforme se señaló en párrafos precedentes, el delito por el que fue juzgado y sentenciado el ahora

recurrente, reviste una característica especial en consideración a la situación de extrema vulnerabilidad de la víctima, surgiendo aquí el "conflicto" de derechos de los menores de edad involucrados en la problemática jurídica.

Efectivamente, en aras del "valor justicia", no puede ignorarse que la víctima del hecho delictuoso, al momento de su comisión, también tenía la calidad de "menoría de edad", por tanto, las disposiciones proteccionistas de los derechos de los menores establecidas en el Código Niña, Niño, Adolescente **también alcanzan a los menores víctimas** de delitos, en el caso presente de un delito contra la libertad sexual, no otra cosa significa que el art. 145 de dicho cuerpo normativo señale: *"(DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL). I. La niña, niño y adolescente, **tiene derecho a la** integridad personal, que comprende su **integridad física, psicológica y sexual**. II. Las niñas, niños y adolescentes, no pueden ser sometidos a torturas, ni otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. III. **El Estado en todos sus niveles, las familias y la sociedad, deben proteger a todas las niñas, niños y adolescentes contra** cualquier forma de explotación, maltrato, **abuso** o negligencia que afecten su integridad personal"*. Derecho que ya fue previsto en el art. 15.I.II de la CPE boliviana, consagrando que: *"I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes (…). II. Todas las personas en **especial las mujeres tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual** o psicológica tanto en la familia como en la sociedad"* (negrillas y subrayado fueron añadidos).

*Dentro de este marco constitucional, el art. 148 de la Ley 548 con absoluta claridad señala: "I. La niña, niño o adolescente tiene derecho a ser protegida o protegido contra **cualquier forma de vulneración a su integridad sexual**. El Estado en todos sus niveles, debe diseñar e implementar políticas de prevención y protección contra toda forma de abuso, explotación o sexualización precoz de la niñez y adolescencia; así como garantizar programas permanentes y gratuitos de asistencia y atención integral para las niñas, niños y adolescentes abusados, explotados y erotizados. II. **Son formas de vulneración a la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes**, las siguientes: a. Violencia sexual, que **constituye toda conducta tipificada en el Código Penal que afecte la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente** (…)" (negrillas son añadidas).*

Sin duda, las citas legales glosadas, denotan la característica proteccionista del Estado a este sector de la población, que, por las características propias, comparadas con el resto de la población, se encuentran en niveles altos de vulnerabilidad, e**xistiendo especial protección contra la violencia sexual sufrida por mujeres, adolescentes y menores**. Tan evidente es lo afirmado que el art. 149 del CNNA, instituye las medidas preventivas y de protección contra la violencia sexual de niñas, niños y adolescentes, previendo entre otras el control y seguimiento de personas con sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos contra la libertad sexual cometidos contra niñas, niños o adolescentes; aplicación de tratamientos psicológicos o psiquiátricos, como medidas de seguridad, para personas con sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos contra la libertad sexual, cometidos contra niñas, niños o adolescentes.

En consecuencia, ponderando los intereses y derechos del condenado con los derechos vejados de la víctima del delito de violación, la menor de edad, Evelia Arancibia Combata, se afirma que deben ser priorizados los derechos de la menor, siendo deber del Estado, conforme las disposiciones citadas tanto de la Ley 548, como también de la Constitución Política del Estado, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) **recogió también dicha protección** por la CEDAW en Bolivia, mediante las reformas legislativas emitidas, con la finalidad de proteger a ese sector vulnerable, desde la promulgación de la actual CPE como ya se señaló; puesto que, establece la igualdad entre hombres y mujeres, **penaliza la violencia por razón de género** y contiene **garantías específicas de los derechos de las mujeres**; La Ley No. 348 de 2013 (Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia) y su decreto correspondiente, en 2014; La Ley No. 243 Contra el Acoso y la Violencia Política hacia las Mujeres, de 28 de mayo de 2012, que prohíbe cualquier forma de discriminación contra la mujer en la vida pública y política; La Ley No. 070 de Educación Avelino Siñani-Elizardo Pérez, de 20 de diciembre de 2010, que dispone que la educación debería ser antipatriarcal; La Ley No. 026 del Régimen Electoral, de 30 de junio de 2010, que trata la aplicación de los **principios de equidad de**

género, paridad y alternancia en los procesos de presentación de candidaturas, preselección y elección de los órganos de poder; El Decreto Supremo No. 66, de 3 de abril de 2009, que establece incentivos para que las mujeres se sometan a reconocimientos médicos completos con vistas a reducir la mortalidad materna y en la niñez; y, el Comité acoge con satisfacción los esfuerzos del Estado parte por mejorar su marco institucional y normativo destinado a acelerar **la eliminación de la discriminación contra la mujer y a promover la igualdad entre los géneros** (las negrillas son añadidas). Por consiguiente; es que la Convención CEDAW en Bolivia brindó resultados palpables y efectivos en la normativa boliviana en **protección y tutela efectiva del sector vulnerable de las mujeres** en todo nivel, brindándoles una real igualdad de oportunidades a partir de las citadas Leyes hacia adelante en nuestro país y que deben ser consideradas al momento de administrar justicia por los servidores judiciales y aplicando desde luego, el "**Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género", la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer" (DEVM) y "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (Convención Belem Do Para)** (las negrillas son añadidas).

Por lo anteriormente expuesto, el Estado tiene la obligación expresa de garantizar la justicia a la víctima del delito, evitando de esta manera la impunidad en este tipo de delitos sexuales cometidos ***contra niñas, adolescentes o mujeres****, máxime si se considera que Bolivia es Estado parte y signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de Noviembre del 1969), que forma parte del Bloque de Constitucionalidad cuyo art. 5 reza: "Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (…)". El art. 19 de la Convención establece los derechos del niño, señalando que Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Por este hecho, el Estado Boliviano no puede ignorar la Jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos de violación sexual a menores de edad sometidos a su jurisdicción y conocimiento, tales como el caso* ***"Fernández Ortega y otros vs. México"*** *y* ***"Rosendo Cantú y otra vs. México"****, que en el marco de la aplicación de la Convención de Belén Do Pará señaló que* ***la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres,*** *que trasciende todos los sectores de la sociedad, sin importar raza, grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad, o religión y afecta negativamente a sus propias bases.*

Entre otros casos de violencia sexual en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió fallos se encuentran ***"El Mazote y lugares aledaños vs. El Salvador", "Veliz Franco y otros vs. Guatemala"****, en los que se estableció que es* ***inherente a la violación sexual el sufrimiento de la víctima****y en términos generales la violación sexual al igual que la tortura persigue entre otros,* ***los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.*** *En casos de violencia contra la mujer, el deber de garantía requiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son como se ha aseverado "particularmente vulnerables a la violencia", la especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas, frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.*

Los fallos descritos anteriormente, concuerdan con el criterio asumido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, como el contenido en la Sentencia Constitucional Plurinacional Nº 0019/2018-S2 de 28 de febrero, que señala: "Los ***estándares normativos de protección y jurisprudencia generada sobre los derechos de las niñas y adolescentes*** *El art. 60 de la CPE, sostiene que: "Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado". Así, el constituyente boliviano ha establecido que las niñas, niños y adolescentes*

gozan de especial protección y atención de sus derechos, mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad, debiendo ser atendidos con preferencia en centros de salud, en la escuela, en centros judiciales, entre otros.

Por su parte, los estándares normativos de protección existentes en la dimensión internacional, que constituyen fuentes de obligación del Estado y sus particulares; cobraron mayor preminencia en la labor herméutica del juez constitucional en este periodo constitucional, en virtud a las disposiciones constitucionales contenidas en los arts. 13 y 256 de la CPE, que incorporan dos principios relacionados estrechamente, referidos al pro homine y a la interpretación conforme a los Pactos e Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos; en virtud a los cuales, el intérprete constitucional debe inclinarse por aquella interpretación más favorable al derecho en cuestión -resultante de su tarea de control constitucional y/o convencional-, derivada de las disposiciones consignadas en los instrumentos internacionales, ya en su derecho originario -texto constitucional o Tratado o Convención Internacional- o las contenidas en su derecho derivado de la interpretación efectuada por sus órganos competentes -resoluciones, directrices, recomendaciones, etc.-; acorde con ello, existen una serie de instrumentos que tienen especial relevancia para la solución del caso y que servirán como parámetro normativo y jurisprudencial para ese propósito.

Pues bien, en el ámbito interamericano, la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, básicamente encuentra su sustento jurídico en las disposiciones contenidas en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que les reconoce su derecho a medidas de protección a cargo de aquel entorno en el que éste se desarrolla, precisamente por su condición de menor; el art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador-, que por un lado reconoce el derecho a medidas de protección, así como desarrolla el derecho a la educación, y por otro, incorpora explícitamente una obligación para el Estado respecto a adoptar medidas especiales de protección a fin de garantizarles la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral. Asimismo, el art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), por su parte hace referencia a la protección y cuidado especial del que gozan los niños.

Ahora bien, un elemento importante en este acervo jurídico internacional de protección de los niños y adolescentes, representa la adopción y ratificación por parte de todos los Estados miembros, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se consolida la vigencia de sus preceptos dentro del derecho doméstico o interno de dichos Estados, cuyo ámbito personal de protección se circunscribe a las ***personas menores de dieciocho años de edad****.*

La Convención sobre los Derechos del Niño, de la misma forma que los otros instrumentos de derechos humanos, orienta y limita los actos del Estado, sus instituciones y particulares, así como le impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, culturales y económicas, para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, entre ellas, la dispuesta en su art. 39, que señala: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso (…). Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

La Convención sobre los Derechos del Niño, de la misma forma que los otros instrumentos de derechos humanos, orienta y limita los actos del Estado, sus instituciones y particulares, así como **le impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales**, culturales y económicas, para **garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención**, entre ellas, la dispuesta en su art. 39, que señala: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso (…). Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

Finalmente, la amplía jurisprudencia establecida en este alto Tribunal Supremo de Justicia sobre la problemática en cuestión; como ser los Autos Supremos Nos. **146/2019 de 21 de agosto;** 1**24/2019 de**

14 de agosto; 191/2019 de 28 de noviembre; 194/2019 de 28 de noviembre; 138/2019 de 21 de agosto; entre otros, estableció expresamente la importancia y necesidad de realizar la ponderación respectiva **de derechos entre los de los imputados menores y los derechos de las víctimas también menores de edad y más aún, si por su condición de mujer sufren agresiones;**por lo que, el Estado debe brindar mayor protección por pertenecer a un sector, latente y constantemente vulnerable la violación a derechos sexuales de las mujeres, adolescentes y niñas.

Como se advierte de los fallos citados, y de la glosa de las partes más relevantes de los mismos, existe **especial rechazo a los delitos que transgreden la libertad sexual de las víctimas** en la jurisprudencia ordinaria y constitucional boliviana, como en la Corte Internacional de Derechos Humanos, agravándose la situación cuando se trata de violación a niñas o adolescentes; y peor aún si, como en el caso de análisis, la víctima menor de edad se encontraba incapaz de ejercitar defensa alguna contra su agresor pues se encontraba en estado de ebriedad maliciosamente ocasionado por el ahora acusado, bajándola del taxi que él conducía y la condujo a un lugar alejado, donde la hizo entrar a un cuarto de ladrillos donde había un colchón en el piso, abusándola sexualmente y donde nadie podía escuchar los gritos o resistencia que ella hubiese podido presentar, encontrándose imposibilitada de vencer al agresor, ahora impetrante, consumando de esa manera el hecho delictivo de violación, encontrándose la menor de edad con un estándar de vulnerabilidad elevado por las circunstancias del hecho, motivo por el cual, efectuando la ponderación de derechos del recurrente y los de la víctima, el valor justicia debe inclinarse a favor de la persona más vulnerable, la menor, aclarando que por la ponderación realizada no es posible materializar simultáneamente los derechos de ambas partes, habiéndose ponderado el tipo y gravedad del delito, las circunstancias del hecho y su planificación, el estado de vulnerabilidad de la víctima, los derechos e intereses de ambas partes y, sobre todo el bien jurídico protegido como lo es la integridad psíquica, física, y emocional de la víctima, frente al único derecho del recurrente que es la aplicación de una ley más beneficiosa como atenuante de la sanción impuesta. De esta manera el bien jurídico tutelado por el derecho penal no quedará impune; criterio compartido también por la Fiscalía General del Estado en su respuesta al presente recurso de revisión de Sentencia (fs. 63 a 76 de obrados).

Finalmente, resulta preciso hacer notar al ahora impetrante que, el Auto de Vista de 24 de mayo de 2011, expresamente ya modificó, sin anular, la Sentencia Nº 04/2011, que le declara autor y culpable del delito de violación de niño, niña y adolescente, tipificado en el art. 308 BIS y 310 inc. 2) del CP e impone una pena de veinte (20) años de presidio sin derecho a indulto; es decir, reduciendo la pena establecida por la Sentencia que ahora se pretende rever, precisamente porque aplicó el criterio de atenuantes en beneficio del imputado, respecto a su juventud, que también ingirió bebidas alcohólicas y que no consta en el certificado médico forense signos de violencia empleados contra la víctima menor de edad; por consiguiente, el Tribunal de Alzada **ya aplicóla normativa más benigna** a tiempo se ser oído, procesado y sentenciado por un Tribunal natural e imparcial; puesto que, le impuso **la pena mínima del tipo penal cometido,** observando justamente las atenuantes para beneficio del acusado al ser persona joven al momento de consumación del hecho delictivo, que tiene una situación económica y social no expectable y estudiante; por lo que no resulta viable la solicitud del ahora recurrente conforme los amplios fundamentos desarrollados en la presente Resolución.

IV.4.- Conclusiones

En el marco de la fundamentación jurídica precedente y de la pretensión deducida en la demanda, se concluye lo siguiente:

a).- Es evidente que durante el período de la tramitación del proceso penal en contra de Freddy Choque Marín, derivada de la acción ilícita que cometió, prevista y sancionada por el art. 308 del CP, fue promulgada una norma más favorable, modificándose a través de ella, lo dispuesto por el art. 5 del CP, como una atenuante de la sanción impuesta.

b).- No obstante de la existencia de una ley más benigna y de los principios de favorabilidad y retroactividad, al haberse utilizado para la resolución del presente asunto el método de la ponderación de derechos e intereses entre los del recurrente y la víctima, se concluye que, para el caso de delitos contra la libertad sexual cometidos contra niñas que por su naturaleza se encuentran en estado de vulnerabilidad, deben primar los intereses y derechos de la víctima.

POR TANTO: La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución contenida en los arts. 184.7 de la CPE, 38.6) de la LOJ y 424.1) del CPP, en virtud de los fundamentos expuestos y de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, falla en única instancia **RECHAZANDO** el Recurso de Revisión Extraordinaria de Sentencia intentado por Freddy Choque Marín de fs. 35 a 40 vta., pretendiendo rever la Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Nº 04/2011 de 15 de febrero, emitida por el Tribunal de Sentencia Nº 1 del Distrito Judicial de Cochabamba, por resultar **IMPROCEDENTE**.

Devuélvase el proceso penal remitido mediante Nota de 3 de noviembre de 2017 cursante a fs. 57 de obrados, al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, sea con nota de atención.

No interviene el Magistrado Edwin Aguayo Arando por ser de voto disidente.

Regístrese, notifíquese y cúmplase.