VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ RODRIGO MUDROVITSCH

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CASO ANGULO LOSADA VS. BOLIVIA**

**SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2022**

**(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO Y REPARACIONES)**

1. En el caso *Angulo Losada vs. Bolivia[[1]](#footnote-2)*, se discute la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención") y a la Convención de Belém do Pará, en el contexto de la actuación del Estado frente a las denuncias de episodios de violencia sexual sufridos por Sra. Brisa Liliana de Angulo Losada (“Sra. Losada”[[2]](#footnote-3)). Ha quedado demostrado ante esta Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte") que el Estado fue responsable de violaciones a los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar y a la protección judicial[[3]](#footnote-4); a la garantía de plazo razonable del proceso legal[[4]](#footnote-5); al derecho a la protección judicial[[5]](#footnote-6); a la obligación de garantizar, sin discriminación por género y edad, el derecho al acceso a la justicia[[6]](#footnote-7); y a la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes[[7]](#footnote-8), todo en detrimento de la Sra. Losada. Ante este panorama, esta Corte ha tratado de desarrollar un conjunto de medidas capaces de reparar, en la mayor medida posible, el daño sufrido por la víctima, y evitar que más personas se vean sometidas a situaciones similares.
2. El artículo 63.1 del Convención otorga al Tribunal una capacidad única para reparar violaciones de los derechos humanos de forma específica y eficaz. En cada caso que resuelve, el Tribunal examina una amplia gama de recursos, como la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición[[8]](#footnote-9) – buscando concretamente proporcionar un remedio integral a las víctimas de las violaciones que se han producido. Como señaló el profesor y juez Antonio Augusto Cançado Trindade, aunque la *reparatio* no cambia el mal que ya se ha cometido y el dolor que se ha causado, tiene una doble finalidad: (i) proporcionar reparación a las víctimas y a sus familias cuyos derechos han sido violados y (ii) restablecer el orden jurídico, construido sobre la base del pleno respeto de los derechos humanos, socavado por las violaciones[[9]](#footnote-10). Para restablecer el orden jurídico, es necesario garantizar que la conducta infractora no se repita, en un movimiento guiado por el "espíritu de solidaridad humana"[[10]](#footnote-11).
3. Con el apoyo profundo de estas nociones, la Corte definió las siguientes medidas reparatorias en el caso en cuestión: el mantenimiento del proceso penal contra E.G.A como abierto; la determinación de las responsabilidades de los funcionarios estatales que potencialmente contribuyeron a la comisión de las violaciones; la publicación de esta Sentencia; la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; la adecuación y adopción de protocolos de conducta estatal; la implementación de capacitaciones para funcionarios públicos cuya labor involucre temas de violencia sexual y para médicos forenses; la puesta en marcha de una campaña de concienciación sobre la cuestión del incesto; la incorporación en el material escolar de información adecuada sobre los riesgos, la prevención y la denuncia de la violencia sexual; la implementación de un sistema de recogida de datos sobre casos de violencia sexual contra menores; y ajustes en el ordenamiento jurídico interno[[11]](#footnote-12).
4. Con el objetivo primordial de abordar con mayor contundencia medidas de prevención general, es decir, esencialmente dirigidas a desentrañar las restricciones que se han impuesto a la Sra. Losada en su acceso a la justicia, a las que se enfrentan innumerables personas, presento este voto concurrente. Específicamente, creo que es esencial profundizar algunas discusiones sobre las medidas reparatorias relativas a las modificaciones de la legislación penal boliviana. En el caso en cuestión, la Corte determinó que el Estado debe adaptar su ordenamiento jurídico (en particular, su legislación penal) para que: la ausencia de consentimiento sea central y constitutiva del crimen de violación (deben tenerse en cuenta las circunstancias coercitivas que anulan el consentimiento)[[12]](#footnote-13), que se elimine del ordenamiento jurídico el delito de violación [[13]](#footnote-14), y que se dé visibilidad a la violación incestuosa otorgándole su propio *nomen juris* en el Código Penal Boliviano[[14]](#footnote-15).
5. Así, el presente voto se estructurará de la siguiente manera: consideraciones preliminares sobre el caso en juzgamiento **(I)**; reflexiones sobre el papel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ("Sistema IDH") para asegurar la adecuación de las leyes internas a los *estándares* internacionales y sobre la compleja interacción entre el campo de los Derechos Humanos y del Derecho Penal (**II**); profundizar la discusión sobre la necesaria modificación del tipo "violación" y la supresión del tipo "estupro" para incorporar efectivamente el criterio del consentimiento como central en los delitos sexuales **(III)**; y fundamentar mi posición de que la mejor medida que debe adoptar Bolivia al adecuar su ordenamiento jurídico interno para dar mayor visibilidad a la violación sexual incestuosa es adoptar un *nomen juris* específico para la violación sexual incestuosa. (**IV**).

# Del caso en juzgamiento

1. A Sra. Losada es una ciudadana boliviana nacida en 1985 y que, en el momento de los hechos iniciales del presente caso, vivía en Cochabamba, Bolivia[[15]](#footnote-16). En agosto de 2001, cuando la víctima estaba a punto de cumplir 16 años, E.G.A, su primo de 26 años vino de Colombia (su país de nacionalidad) para vivir temporalmente con su familia[[16]](#footnote-17). Teniendo en cuenta que los hermanos mayores de la Sra. Losada se habían trasladado recientemente a Estados Unidos, E.G.A habría ocupado rápidamente este "espacio de afecto y confianza”[[17]](#footnote-18).
2. En octubre de 2001, como se expone en la sentencia (párr. 33-37) y se recoge en el Informe de Fondo de la Comisión[[18]](#footnote-19), en el ESAP[[19]](#footnote-20), en la declaración escrita de la Sra. Losada[[20]](#footnote-21) y en su intervención durante la audiencia pública celebrada los días 29 y 30 de marzo de 2022, E.G.A inició una serie de agresiones sexuales a la víctima que duraron aproximadamente 8 meses. Observo que no existe controversia en los testimonios y pruebas constatados por las autoridades bolivianas sobre la ocurrencia de relaciones sexuales reiteradas entre la Sra. Losada y su primo, con las discrepantes, a nivel interno, basándose esencialmente en la subsunción de la conducta de E.G.A en la descripción de algún tipo delictivo. Las relaciones se desarrollaron en secreto, y E.G.A utilizó la presión y la violencia psicológica, así como las amenazas a la Sra. Losada y a sus hermanas menores, para garantizar su silencio[[21]](#footnote-22). Las consecuencias de la violencia recurrente que sufría la víctima eran palpables: con el tiempo, dejó de comer, lloraba a diario y vomitaba mucho[[22]](#footnote-23).
3. Al darse cuenta del sufrimiento por el que estaba pasando la Sra. Losada - pero sin saber la causa - sus padres decidieron llevarla de viaje a Estados Unidos para la graduación de un hermano en mayo de 2002[[23]](#footnote-24). El descubrimiento de la violencia ejercida en perjuicio de la Sra. Losada se produjo por casualidad. La familia no descubrió lo que estaba ocurriendo hasta que uno de sus hermanos leyó pasajes de su diario íntimo. En cuanto supo que sus padres habían descubierto la violencia perpetrada por su primo, la víctima intentó suicidarse[[24]](#footnote-25).Tras recibir atención médica y psicológica especializada, se comprobó que la Sra. Losada sufría depresión y no estaba dispuesta a hablar de lo sucedido. Además, en un examen ginecológico, se comprobó que la Sra. Losada se encontraba en un estado posterior al abuso sexual[[25]](#footnote-26). La psicóloga consultada, a su vez, constató la existencia de explotación sexual, manipulación y alto riesgo de problemas de salud mental[[26]](#footnote-27). Cabe destacar la importante advertencia realizada por la profesional de que el riesgo de problemas de salud mental se agravaría si no recibe la ayuda adecuada o si la respuesta del sistema judicial acusa de alguna manera a la víctima en lugar de reconocer un crimen[[27]](#footnote-28).
4. En julio de 2002, a su regreso a Bolivia, la Sra. Losada presentó una denuncia contra E.G.A ante la Policía Técnica Judicial[[28]](#footnote-29). Los procedimientos internos que siguieron a la acusación se detallaron en la Sentencia (párr. 48-76), por lo que no está de más que destaque algunos acontecimientos específicos. Como se hizo en la Sentencia, organizaré mis consideraciones agrupando los procedimientos judiciales en tres grupos (de 2003 a 2005, de 2005 a 2007 y de 2007 hasta la fecha).
5. La primera serie de procedimientos judiciales (2003-2005) estuvo marcada desde el principio por la controversia sobre si el tipo penal que debía aplicarse a E.G.A era el de "violación" o el de "estupro". El Ministerio Público acusó a E.G.A ante el Tribunal de Sentencia N.º 4 de Cochabamba por el delito de "violación" en la modalidad agravada[[29]](#footnote-30), tipificado en el artículo 308 del Código Penal:

Art. 308. Quien, empleando **violencia física o intimidación**, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco (5) a quince (15) años. (…)

1. Las agravantes[[30]](#footnote-31) presentadas por la acusación fueron los incisos 1, 2, 3 y 7 del artículo 310 del Código Penal Boliviano vigentes hasta la fecha de los hechos:

(1) Si como producto de la violación se produjera alguna de las circunstancias previstas em los arts. 270 y 271 del Código Penal [que tratan de **lesión** leve, grave y gravísima].

(2) Se produjera un grave **trauma o daño psicológico** en la víctima.

(3) Si el autor fuera **ascendiente, descendiente o pariente** dentro del cuarto grado consanguinidad o segundo de afinidad. (…)

(7) Si el autor hubiera sometido a la víctima a **condiciones vejatorias o degradantes**. (…)

1. Al dictar sentencia el 28 de marzo de 2003, el Tribunal de Sentencia N.º 4 de Cochabamba condenó al acusado por el crimen de "estupro" (art. 309 del Código Penal) agravado únicamente por la concurrencia de incesto[[31]](#footnote-32), y fijó una pena privativa de libertad de 7 años[[32]](#footnote-33). Para justificar la subsunción de los hechos a un artículo distinto del exigido en el escrito de acusación, el Tribunal aplicó el principio *iura novit curia* y razonó que "no se ha demostrado de forma convincente que han concurrido los elementos de violencia física o intimidación”[[33]](#footnote-34), aunque sí se han identificado elementos de manipulación psicológica y seducción, figuras típicas del crimen de "estupro". En aquel momento, la descripción del crimen de "estupro" en el artículo 309 del Código Penal se hacía en los siguientes términos:

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

1. La sentencia del Tribunal de Sentencia n° 4 de Cochabamba fue apelada por ambas partes en abril de 2003[[34]](#footnote-35). Mientras que los acusadores alegaron la concurrencia de errores, indebida y errónea aplicación de la ley e infracción de la ley sustantiva por parte del Tribunal (centrándose en la supuesta errónea subsunción de la conducta de E.G.A en el tipo "estupro" y no "violación"), los acusados alegaron que el testimonio de la Sra. Losada fue tomado sin que el acusado y su abogado estuvieran presentes, lo que constituiría un defecto procesal cuya consecuencia se correspondería con la nulidad absoluta de las actuaciones. Tras varias apelaciones, el 11 de abril de 2005, la Sala Penal Tercera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba anuló la sentencia en su totalidad y ordenó que el juicio fuera celebrado de nuevo por otro tribunal.[[35]](#footnote-36).
2. En mayo de 2005, se inició la segunda serie de procesos penales (2005-2007) en contra de E.G.A Ante el Tribunal de Sentencia Nº2 de Cochabamba, el Ministerio Público imputó nuevamente a E.G.A por el delito de "violación" en la modalidad agravada por los incisos 1, 2, 3 y 7 del artículo 310 del Código Penal[[36]](#footnote-37). El 16 de septiembre de 2005 comenzó la audiencia pública ante el Tribunal de Sentencia nº 2 (con la presencia del abogado de E.G.A en la declaración de la Sra. Losada) y, siete días después, el Tribunal dictó sentencia absolviendo a E.G.A de todos los cargos por falta de pruebas suficientes[[37]](#footnote-38). En concreto, el Tribunal declaró que no concurrían los elementos del tipo de "violación" porque no podía concluir con certeza que se hubiera producido “acceso carnal”, porque no encontró pruebas concluyentes de que se hubiera producido violencia física o moral en el momento del hecho, porque testimonios contradictorios ponían en duda la única prueba aceptada por el tribunal que demostraría su ocurrencia, y porque no era posible identificar culpa o dolo en la conducta del imputado[[38]](#footnote-39).
3. Los representantes de la Sra. Losada y el Ministerio Público apelaron la sentencia del Tribunal de Sentencia nº 2, siendo sus recursos desestimados por la Sala Penal de la Primera Corte Suprema de Justicia de Cochabamba[[39]](#footnote-40). Los representantes, entonces, interpusieran recurso de casación, que culminó con la anulación por parte de la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la resolución del 6 de marzo de 2006 (que había confirmado la sentencia del Tribunal de Sentencia nº 2) y exigiendo que la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia de Cochabamba reexaminara el recurso de casación de los representantes de la Sra. Losada[[40]](#footnote-41). Finalmente, en mayo de 2007, la Sala Penal Primera anuló la sentencia de septiembre de 2005 del Tribunal de Sentencia nº 2 debido a la incorrecta subsunción del tipo "estupro", ordenando la devolución del caso para la celebración de otro juicio[[41]](#footnote-42).
4. Así, en 2008 se iniciaron los preparativos de la tercera serie de procesos penales contra E.G.A. El hecho de que E.G.A saliera de Bolivia en 2007 y no acudiera a ninguna diligencia judicial imposibilitó la celebración de audiencias y la continuación del proceso[[42]](#footnote-43). A pesar de la emisión de orden de detención en noviembre de 2008 y de que el Estado tenía conocimiento de su salida del país al menos desde 2007[[43]](#footnote-44), las autoridades bolivianas sólo activaron INTERPOL e iniciaron los trámites diplomáticos para su extradición desde Colombia diez años después, en 2018[[44]](#footnote-45). En 2020, se emitió un "exhorto suplicatorio con solicitud formal" de extradición a la autoridad competente en Colombia, que condujo a la captura de E.G.A con fines de extradición en febrero de 2022. Sin embargo, en septiembre de 2022, la Corte Suprema de Justicia de Colombia anuló la orden de detención y ordenó su inmediata puesta en libertad al considerar que la acción penal había prescrito según la legislación colombiana[[45]](#footnote-46). Así, como señaló el Tribunal, han transcurrido más de 20 años desde la violencia sexual sufrida por la Sra. Losada, “no existe una sentencia firme de condena o absolución, pues ha sido denegada la solicitud de extradición de Colombia a Bolivia para comparecer en el tercer juicio”[[46]](#footnote-47).
5. El análisis de los hechos de este caso, presentado en la Sentencia y resumido anteriormente, demuestra, como se desarrollará más adelante, la centralidad de cuestiones relacionadas con la tipificación de los delitos sexuales en el Código Penal boliviano en la violación de los derechos de la Sra. Losada durante los procedimientos de investigación y judiciales internos - en particular, por la ausencia de introducción efectiva del elemento de consentimiento como caracterizador del tipo "violación" (combinado con la posibilidad de encuadrar actos sexuales en el tipo "estupro") y la desconsideración de la gravedad de la violación incestuosa sufrida por la víctima. Sin embargo, antes de proseguir con la discusión de estos dos puntos, considero necesario presentar algunas reflexiones sobre la compleja interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal.

# Del imperativo de adecuación de los ordenamientos internos a los estándares internacionales en Derechos Humanos y de su compleja interacción con el Derecho Penal

1. La interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho penal es objeto de debate recurrente en el seno del Sistema IDH[[47]](#footnote-48). Una de sus manifestaciones se produce precisamente en el contexto de las medidas reparatorias en las que la Corte ordena algún cambio en el derecho interno de los Estados como garantía de no repetición. Teniendo en cuenta que este voto se basa en dos propuestas de modificación del Código Penal boliviano, creo necesario discutir primero los fundamentos de la prerrogativa de la Corte para exigir la adecuación de los tipos penales en los países bajo su jurisdicción **(II.a)** y luego el complejo relación entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos que se manifiesta en este debate (**II.b**).
   1. Sobre los *estándares* adoptados por la Corte para demandar la adecuación de los tipos penales en materia de reparación
2. Desde su primera sentencia de fondo, la Corte ha subrayado la existencia de obligaciones de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, que derivan del deber de "garantía" de los Estados, cristalizado en el artículo 1.1 de la Convención. Estas obligaciones están estrechamente relacionadas con el artículo 25 de la Convención, que establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo, rápido y eficaz ante los órganos jurisdiccionales competentes contra actos que violen sus derechos humanos. En palabras de la Corte en *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988):

La segunda obligación de los Estados Partes es la de **"garantizar"** el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación **los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención** y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos[[48]](#footnote-49).

1. Para que un Estado pueda prevenir, investigar y sancionar una violación de derechos humanos, es necesario que disponga, en su ordenamiento jurídico interno, de instituciones jurídicas consolidadas que le permitan actuar. El instrumento estatal debe incluir un aparato institucional compuesto, entre otros, por fuerzas policiales y de investigación y un poder judicial consolidado, así como una legislación que califique de ilícitas ciertas violaciones de derechos humanos. A este respecto, cabe señalar la decisión de los redactores de la Convención de dedicar su segundo artículo al deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno (legislativas o de otro tipo) para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en la Convención[[49]](#footnote-50). La interpretación del artículo 2 de la Convención demuestra que también ocurre lo contrario, obligando a los Estados a eliminar de su ordenamiento jurídico las disposiciones que violen o contribuyan a la violación de los derechos humanos previstos en el instrumento.[[50]](#footnote-51). La importancia de esta adecuación se refleja en los ya mencionados "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”[[51]](#footnote-52) adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas, que enumeran, entre las medidas de no repetición, la “revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”[[52]](#footnote-53).
2. Específicamente en lo que se refiere a la adopción del derecho penal como herramienta para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos, esta práctica se consolidó, aún más, en la paradigmática Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Viena (1993), que estableció el deber de los Estados de “derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley”[[53]](#footnote-54). Como se observa en el *dictum* pronunciado por la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Costa Rica* (1988), la Corte vincula, desde el inicio de su trabajo, el deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos con el mantenimiento de un derecho penal adecuado a la Convención, incluyendo la tipificación de algunos delitos:

**El Estado está en el deber jurídico de prevenir**, razonablemente, **las violaciones de los derechos humanos**, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. **El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa**, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales[[54]](#footnote-55).

1. Como toda obligación derivada de los deberes de los Estados de prevenir, investigar y sancionar, la obligación de establecer y mantener un marco jurídico adecuado de protección - que incluye la tipificación penal de determinadas conductas - se complementa y refuerza en los casos de grupos de especial vulnerabilidad, culminando en un deber reforzado de diligencia debida. Dicha relación, subrayada por la Corte en la Sentencia (párr. 93-100), también fue detallada en el contexto de la violencia contra una mujer en el caso *VRP y VPC vs. Nicaragua* (2018):

(…) la Corte recuerda que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana **se complementan y refuerzan** para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b), **dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer**. (…) En este sentido, el Tribunal ha establecido que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida **diligencia. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias**[[55]](#footnote-56).

1. Por lo tanto, la relación entre el deber de investigar y punir y la obligación de adoptar una legislación penal material que sea compatible con los estándares internacionales de derechos humanos es inequívoca. En este sentido, en los casos en los que el incumplimiento por parte de un Estado de sus obligaciones de garantía se deba, al menos en parte, a la inadecuación de su legislación penal a los *estándares* internacionales de derechos humanos, la Corte tiene la prerrogativa de exigir reformas en la legislación como parte de las medidas reparatorias. Dichas medidas pueden consistir en la modificación o supresión de normas consideradas inadecuadas para promover los objetivos de la Convención o en la creación y entrada en vigor de normas destinadas a prevenir las violaciones de la Convención, como explicó la Corte en *Casa Nina vs. Perú* (2020)[[56]](#footnote-57).
2. El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte en materia de reformas en la legislación penal de los Estados como medidas reparatorias se basa en el caso *Palomino vs. Perú* (2005), en el cual los representantes alegaron una violación del artículo 2° de la Convención debido a la supuesta incompatibilidad del artículo 320 del Código Penal entonces vigente en Perú (que tipificaba el delito de "desaparición forzada") con los estándares internacionales sobre el tema[[57]](#footnote-58). La Comisión apoyó el reclamo de los representantes, precisando que el tipo "desaparición forzada" **(i)** preveía requisitos para la conformación del delito que impedían al intérprete judicial adecuar conductas al tipo; **(ii)** asignaba a los familiares de la víctima la carga de probar lo ocurrido; y **(iii)** consideraba únicamente al "funcionario público" como sujeto activo aquiescencia del crimen, excluyendo la posibilidad de la perpetración del delito por particulares que actuaran con el apoyo o aquiescencia del Estado[[58]](#footnote-59). Así, tanto la CIDH como los representantes exigieron la reforma del tipo a modo de reparación[[59]](#footnote-60).
3. A la luz del principio de *effet utile*, la Corte reafirmó la existencia de una obligación derivada de la exégesis del artículo 2° de la Convención para los Estados de adaptar efectivamente su legislación a los parámetros de la Convención[[60]](#footnote-61) y, a la vista del alegato formulado, destacó que los Estados tienen el deber de tipificar el delito de "desaparición forzada", y deben hacerlo conforme a los parámetros internacionales sobre el tema[[61]](#footnote-62). Esto es así porque la adecuada tipificación de la desaparición forzada es de "carácter primordial para la erradicación efectiva de esta práctica", no siendo suficiente su subsunción a otros tipos como el secuestro, la tortura o el homicidio[[62]](#footnote-63). La Corte concluyó, por lo tanto, que el artículo 320 del Código Penal peruano violaba los parámetros internacionales[[63]](#footnote-64) y determinó, como medida reparatoria[[64]](#footnote-65), que:

El Estado debe **adoptar las medidas necesarias para reformar**, dentro de un plazo razonable**, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas**, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de conformidad con los criterios establecidos en los párrafos 90 al 110del presente fallo[[65]](#footnote-66).

1. Un razonamiento similar ha sido adoptado en casos posteriores en los que la Corte ha ordenado la modificación de la legislación penal de los Estados - todos sobre la tipificación de la "desaparición forzada" en sus ordenamientos jurídicos internos[[66]](#footnote-67). Fue en el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007), sin embargo, que la Corte tuvo, por primera vez, la oportunidad de pronunciarse sobre la adecuación de normas penales ajenas a este tipo específico y de detallar los límites de su entendimiento sobre la necesidad de reforma en la legislación penal de los Estados. El caso se refería al fallecimiento de la Sra. Albán Cornejo tras ser hospitalizada debido a un diagnóstico de meningitis bacteriana. En esa ocasión, la víctima recibió una dosis de morfina, lo que se consideró una conducta médica errónea[[67]](#footnote-68). Los representantes y la CIDH argumentaron la inadecuación de las normas internas, especialmente la ausencia de una regulación específica de la mala práctica médica (incluyendo la tipificación penal), lo que se traduciría en un obstáculo para el acceso a justicia[[68]](#footnote-69).
2. Al tratar del deber de los Estados de prevenir y sancionar violaciones de derechos humanos, la Corte reforzó el deber específico de adaptar el ordenamiento jurídico penal interno a la Convención (tanto en términos materiales como procesales) y precisó que, en términos materiales, “ese propósito se proyecta en la inclusión de tipos penales adecuados sujetos a las reglas de legalidad penal, atentos a las exigencias del derecho punitivo en una sociedad democrática y suficientes para la protección, desde la perspectiva penal, de los bienes y valores tutelados”[[69]](#footnote-70). En este caso, sin embargo, la Corte consideró innecesaria la tipificación separada del delito de mala praxis médica, siendo suficiente su subsunción a los delitos ya existentes de lesiones o homicidio[[70]](#footnote-71).
3. El caso *Albán Cornejo* demuestra, así, que, aunque la Corte entiende que toda violación de los derechos previstos en la Convención implica el deber estatal de investigar y, en su caso, sancionar[[71]](#footnote-72), no siempre es necesario adoptar un nuevo tipo penal en el derecho interno cuando se identifica una violación. En este sentido, los Estados tienen cierto grado de autonomía para definir sus políticas penales, siempre limitada por las obligaciones convencionales y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El papel de la Corte, en este contexto, no consiste en definir la legislación interna de los Estados, sino en verificar estrictamente su compatibilidad con la Convención y, en los casos en que la incompatibilidad culmina en violación, determinar las reparaciones caíbles.
   1. Sobre la tensión entre la protección internacional de los Derechos Humanos y la eventual necesidad de incidencia del Derecho Penal
4. Los estándares discutidos anteriormente ponen de relieve la interacción multifacética entre los ámbitos de los Derechos Humanos y del Derecho Penal en la esfera internacional. Como advierte Françoise Tulkens, exjueza de la Corte Europea de Derechos Humanos ("Corte EDH"), "la naturaleza obvia de esta relación (...) no debe, sin embargo, oscurecer su carácter complejo y paradójico..."[[72]](#footnote-73). La paradoja a la que se refiere la magistrada fue traducida por la ex-jueza Christine Van der Wyngaert del Tribunal Penal Internacional en una comprensión del Derecho Penal como "escudo" y "espada" de los Derechos Humanos[[73]](#footnote-74). Esta dualidad y su compatibilidad se abordarán en secuencia.
   * 1. Sobre los orígenes de los Derechos Humanos como protección contra los excesos punitivos de los Estados
5. Aunque los primeros esbozos históricos del Derecho Penal se basaban en objetivos marcadamente retributivos, su conformación moderna ha pasado a centrarse en la limitación del uso de la coerción estatal, con el fin de garantizar la eficacia normativa de los derechos del acusado en los procesos penales[[74]](#footnote-75). Esta búsqueda del establecimiento de controles y garantías sobre el ejercicio del poder punitivo del Estado está estrechamente vinculada a la aparición de los debates modernos sobre la protección de los derechos fundamentales.
6. Cada constitución forjada según el modelo occidental, al prever una miríada de derechos individuales que deben ser protegidos por el Poder Público, ha demostrado una especial preocupación por la protección de los derechos de los acusados. Esta preocupación se ha plasmado en diversas restricciones a la aplicación de la ley penal (*e.g.*, el principio de legalidad estricta y la irretroactividad de la ley más gravosa), el establecimiento de garantías procesales (por ejemplo, la presunción de inocencia, el *in dubio pro* reo, el principio del juicio natural, la prohibición de tribunales de excepción, los requisitos del debido proceso legal y la legitimidad de las pruebas) y en la previsión de límites a la ejecución penal (por ejemplo, la prohibición de penas crueles e inhumanas, la individualización de la pena y los derechos del condenado)[[75]](#footnote-76). Observo, por tanto, que el proceso de adecuación constitucional del derecho penal[[76]](#footnote-77) se caracterizó por una serie de protecciones de los derechos del acusado para garantizar un juicio justo[[77]](#footnote-78).
7. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha incorporado esta herencia desde sus inicios, de modo que sus primeros instrumentos ya conferían derechos y garantías a los acusados en los sistemas penales internos en una amplia gama de ámbitos, como la investigación, el proceso y la ejecución penal. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 ya preveía la legalidad estricta de las penas privativas de libertad, el derecho a un control judicial rápido de la legalidad de una privación de libertad, a un juicio en un plazo razonable y a un trato humano en prisión (artículo 25), así como el principio de presunción de inocencia (artículo 26). La Declaración Universal de Derechos Humanos, también de 1948, estableció el derecho a un juicio público, justo y equitativo por un tribunal independiente e imparcial (artículo 10), así como la presunción de inocencia y la no retroactividad de las leyes penales más severas (artículo 11). Por otro lado, no se puede olvidar que, paralelamente al establecimiento de los primeros tratados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, también han surgido demandas internacionales para luchar contra la impunidad de los violadores de los derechos humanos, que se abordarán a continuación.
   * 1. El imperativo de luchar contra la impunidad y la aparición de una aparente tensión en la protección internacional de los Derechos Humanos
8. El sentimiento internacional de indignación por las violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho humanitario al final de la Segunda Guerra Mundial y el deseo de que no se repitieran dirigieron la atención de los Estados hacia la necesidad de combatir la impunidad y promover la investigación y la sanción de los responsables. A partir de ese momento comenzó el proceso descrito por Kathryn Sikkink como la “cascada de la justicia”[[78]](#footnote-79), “una nueva tendencia dramática e interrelacionada en la política mundial de responsabilizar penalmente de violaciones de derechos humanos a funcionarios públicos individuales, incluidos jefes de Estado”[[79]](#footnote-80).
9. Desde el punto de vista institucional, los primeros años de actividad de la ONU estuvieron marcados por la adopción, por parte de la Asamblea General, de resoluciones que hacían hincapié en el imperativo de luchar contra la impunidad[[80]](#footnote-81), respaldado en los debates que precedieron a la creación de Tribunal de Nüremberg[[81]](#footnote-82) y consolidado en la referida Declaración y en el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Viena (1993). De acuerdo con lo que describió el Profesor y ex-Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en voto concurrente en el caso *Barrios Altos vs. Perú* em 2001, esos esfuerzos demostraron que la lucha contra la impunidad es “un clamor (...) verdaderamente universal”[[82]](#footnote-83).
10. Como ya se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte discutida en el tema anterior (*supra*, párr. 19-29), la lucha contra la impunidad de los violadores de derechos humanos no es un fin en sí mismo, sino que sirve al propósito de prevenir futuras violaciones. Este razonamiento se verifica en fuentes más allá del Sistema IDH, con la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, por ejemplo, habiendo afirmado desde hace tiempo que "la prevención y el castigo son simplemente dos aspectos de la obligación de proporcionar protección y ambos tienen un objetivo común, a saber, evitar que los agresores potenciales de personas protegidas lleven a cabo tales ataques”[[83]](#footnote-84). La Corte Internacional de Justicia ("CIJ"), por su parte, ya ha señalado, al tratar de la aplicación de la Convención sobre el Genocidio (que prevé su tipificación penal), que "las disposiciones que regulan las penas tienen también un efecto disuasorio y, en consecuencia, un efecto preventivo" y que "uno de los medios más eficaces para prevenir los actos criminales, en general, es castigar a las personas que los cometen y aplicar efectivamente esas penas a quienes cometen los actos practicados”[[84]](#footnote-85).
11. En este sentido, como afirmó la Corte Europea de Derechos Humanos en *Opuz vs. Turquía* (2009) al discutir las obligaciones del Estado de garantizar el derecho a la vida:

This involves a primary duty on the State to secure the right to life by **putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions**. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual (…)[[85]](#footnote-86).

1. La aparición de tantas iniciativas a nivel internacional y regional destinadas a luchar contra la impunidad pronto suscitó la preocupación de que se sobrevalorara el deber de investigar y castigar, en detrimento de los derechos humanos de los reos[[86]](#footnote-87). Algunos autores y agentes señalaron que parecía perfilarse una relación paradójica entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, en la que se produciría una "mutación" a favor de la defensa progresiva de la movilización del Derecho Penal para la prevención y reparación de las víctimas de violaciones[[87]](#footnote-88). En el ámbito interamericano, la determinación de la Corte de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas - que incluye, en algunos casos, el empleo del aparato penal - también ha suscitado válidas preocupaciones sobre el riesgo de que el eventual fortalecimiento del deber de investigar y sancionar de los Estados bajo su jurisdicción culmine en más violaciones[[88]](#footnote-89). La preocupación por un "Derecho Penal de los Derechos Humanos" desempeña un papel importante a la hora de mantener los ojos de la Corte siempre atentos a este delicado equilibrio, que se abordará a continuación.
   * 1. La importancia del Derecho Penal como *ultima ratio* de la protección de derechos humanos
2. Comprender la relación entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos exige volver a lo que se entiende por impunidad. La Corte lo ha definido de la siguiente manera al dictar su sentencia en el caso *Paniagua Morales y otros (“Panel Blanca”) vs. Guatemala* (1998):

La Corte constata que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente **caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana**, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares[[89]](#footnote-90).

1. Como explica Luis Greco, la "impunidad" no describe la mera "ausencia de castigo", sino más bien la "ausencia de castigo allí donde debería imponerse”[[90]](#footnote-91). Entiendo que tal condición se manifiesta en dos requisitos: el Derecho Penal sólo debe ser movilizado (i) en casos de estricta necesidad y (ii) dentro de los cuadrantes del debido proceso legal, con todas sus garantías.
2. En primer lugar, abordaré el criterio de estricta necesidad, ya tratado en mi voto razonado en el caso *Moya Chacón y otro vs. Costa Rica* (2022). Al debatir la "excepcionalidad absoluta del uso de medidas penales”[[91]](#footnote-92), pude recordar las enseñanzas de Roxin sobre que el Derecho Penal es sólo el último de todos los medios de solución social para un problema dado, constituyendo “*ultima ratio* da política social” y sirviendo de protección subsidiaria de los bienes jurídicos[[92]](#footnote-93).
3. Así, retomando las palabras de Luis Greco, el deber de castigar sólo surge en ausencia de alternativas:

Se o fundamento do dever de punir é o dever de proteger direitos humanos (...), esta proteção tem a natureza de um fim que se almeja, para o qual a punição representa um meio. Torna-se, portanto, uma questão empírica se esse meio é o mais indicado, e é impossível excluir de antemão a existência de outros meios mais adequados. **O que importa, assim, será se o Estado consegue ou não cumprir o seu dever de proteger ativamente os direitos humanos sem o Direito Penal. Um dever de punir apenas surgirá quando esses meios alternativos forem insuficientes.** O fato de que os direitos humanos obriguem o Estado a uma proteção ativa não significa que essa proteção tenha de dar-se apenas pelo Direito Penal. Um dever de punir apenas surgirá quando esses meios alternativos forem insuficientes. **O fato de que os direitos humanos obriguem o Estado a uma proteção ativa não significa que essa proteção tenha de dar-se apenas pelo Direito Penal**[[93]](#footnote-94)**.**

1. El criterio de estricta necesidad en la aplicación de medidas penales está ampliamente reconocido en la jurisprudencia de esta Corte, y es un fuerte sello distintivo de sus sentencias sobre libertad de expresión. En mi voto razonado en *Moya Chacón y otro vs. Costa Rica* (2022), he destacado “una clara tendencia [en la jurisprudencia] a restringir cada vez más el uso de soluciones penales para proteger conductas relacionadas con el ejercicio de la libertad de expresión”[[94]](#footnote-95), ya que “el derecho penal no puede ser utilizado para sancionar cualquier tipo de lesión de derechos, ya que es el tipo de sanción más grave que puede imponer el Estado a un individuo”[[95]](#footnote-96).
2. Debemos contrastar, sin embargo, dos situaciones distintas: los casos de criminalización indebida de conductas relacionadas con la libertad de expresión y los casos en los que la Corte reconoció la necesidad de aplicar el Derecho Penal. En *Campo Algodonero vs. México* (2009), por ejemplo, la Corte debatió una serie de feminicidios que se han producido en el país sin que se hayan investigado debidamente, y destacó:

(…) [L]as sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer que ha sido probado en el presente caso. Si se permite que personas responsables de estas graves irregularidades continúen en sus cargos, o peor aún, ocupen posiciones de autoridad, se puede generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven.

A partir de la información disponible en el expediente ante la Corte, se concluye que no se ha investigado a ninguno de los funcionarios supuestamente responsables por las negligencias ocurridas en el presente caso. En concreto, no se han esclarecido las graves irregularidades en la persecución de responsables y en el manejo de las evidencias durante la primera etapa de la investigación. Ello hace aún más manifiesta la situación de indefensión de las víctimas, contribuye a la impunidad y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata[[96]](#footnote-97).

1. Establecida, por tanto, la limitación de la aplicación del Derecho Penal a los casos de estricta necesidad, es importante destacar los requisitos relacionados con las **garantías del debido proceso legal**. Como se ha explicado (supra, párr. 38), la Corte define la impunidad como la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los posibles responsables de violaciones de Derechos Humanos[[97]](#footnote-98). Por tanto, no se trata de una obligación de imponer una sanción de carácter penal, sino que existen procedimientos que deben llevarse a cabo para esclarecer los hechos, evaluar las responsabilidades y, sólo si la responsabilidad individual del reo se determina de forma compatible con la protección de sus Derechos Humanos, concluir con una condena penal.
2. El derecho a las garantías judiciales se aplica a lo largo de todo este proceso, comenzando por el principio de legalidad penal (previsto en el artículo 9 de la Convención) y sus ramificaciones, como explica la Corte en *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (2004):

(…) [L]a elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. (…) En un Estado de Derecho, los principios de **legalidad e irretroactividad** presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las **sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos** básicos de las personas y previa una **cuidadosa verificación** de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor **rigurosidad en el adecuamiento de la conducta** de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico[[98]](#footnote-99).

1. La preocupación de la Corte por los peligros inherentes al movimiento de la maquinaria represiva penal se puso de manifiesto, por ejemplo, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (2005), en el que la Corte consideró que invocar la peligrosidad del autor como agravante en el proceso penal vulneraba los derechos del acusado:

Esa invocación (…) constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, **sustituye el Derecho Penal de acto o, de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía**. (…) En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos[[99]](#footnote-100).

1. Este reconocimiento de los reos en los procesos penales como verdaderos sujetos de derecho dotados de libertades y de derechos humanos es precisamente lo que diferencia la "cascada de justicia" iniciada al final de la Segunda Guerra Mundial de los juicios persecutorios políticamente sesgados que eran práctica habitual en el pasado[[100]](#footnote-101). Así, es evidente que es la estricta vinculación entre la actuación de los Estados en el ámbito penal y los Derechos Humanos - por adhesión al principio de la *ultima ratio* del Derecho Penal y el respeto a las garantías judiciales - lo que permite compatibilizar sus aspectos de relación con el Derecho Penal, que es a la vez "escudo" y "espada".
   1. Conclusión parcial
2. La discusión en esta sección demuestra que el imperativo de mantener el Derecho Penal como *ultima ratio* no significa que su aplicabilidad sea inexistente o que no pueda, en ninguna circunstancia, ser movilizado como un instrumento para proteger los derechos humanos. Significa, más bien, que la aparente paradoja entre los campos exige una cuidadosa consideración entre la lucha contra la impunidad y todas las garantías procesales y los derechos humanos del acusado. Al fin y al cabo, “[e]l conflicto (…) nunca fue el de Derechos Humanos contra el Derecho Penal per se, pero sí con el abuso de este último”[[101]](#footnote-102). También significa que el castigo de las personas responsables de violaciones de los derechos humanos no tiene un valor meramente simbólico o metafísico, sino que cumple una función de reparación y prevención de futuras violaciones (como expuesto *supra*, párr. 19-28).
3. De forma coherente con sus fines y objetivos, esta Corte comprende los riesgos que implica el manejodel aparato penal por parte de los Estados, como el ejercicio excesivo del *ius puniendi* estatal[[102]](#footnote-103). Así, sopesa con cautela los matices y peculiaridades de cada caso para que su celo en la lucha contra la impunidad no vaya en detrimento de su rigidez en la protección y garantía de los derechos humanos del imputado, lo que incluye el respeto de sus garantías procesales. La Corte debe continuar estableciendo, de manera clara y justificada, los casos estrictos en los que el Estado debe acudir a la vía penal para reparar y prevenir violaciones a los derechos humanos, así como cuáles conductas no requieren la movilización del aparato criminal. También deben buscarse alternativas al Derecho Penal que sean capaces de alcanzar eficazmente los objetivos que se persiguen con la medida. En este caso concreto, sin soslayar su absoluta excepcionalidad, entiendo que es necesaria la movilización del derecho penal como medida de reparación, por lo que expondré las reformas que considero necesarias en el ordenamiento jurídico interno para lograr este objetivo.

# Sobre la modificación necesaria del tipo "violación" para incorporar efectivamente el criterio de consentimiento

1. Como se ha descrito anteriormente (*supra,* párr. 7), la Sra. Losada fue víctima de varias agresiones sexuales entre 2001 y 2002, sin que el Estado haya logrado, más de 20 años después, garantizar su derecho a la justicia. El análisis de los procedimientos judiciales que siguieron a la acusación de las agresiones puso de manifiesto que las controversias sobre la interpretación de los términos "violación" y "estupro" en el Código Penal contribuyeron significativamente a que el Estado no haya dictado ninguna resolución de *res judicata*.
2. En este contexto, esta Corte analizó la importancia del estándar de consentimiento en la tipificación de los crímenes sexuales para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas[[103]](#footnote-104). Luego de hacer un mapeo de los estándares internacionales en la materia, la Corte pasó a examinar la conformidad de los delitos de violación y estupro, previstos en el ordenamiento jurídico boliviano, con la Convención Americana, a la luz del *corpus juris* internacional en la materia, y el impacto de los tipos en el acceso de la víctima a la justicia[[104]](#footnote-105). Por último, la Corte expresó su acuerdo con los diversos organismos internacionales que consideran que “las disposiciones normativas penales relacionadas con la violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central” y que, para su configuración, “[basta con] que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual” (o que las circunstancias invaliden cualquier manifestación de consentimiento)[[105]](#footnote-106). La Corte igualmente evaluó que el tipo “estupro” “se basa en tradiciones y estereotipos de género, no identifica las particulares condiciones de vulnerabilidad de la víctima, encubre relaciones de poder y crea una jerarquía entre delitos sexuales que disminuye, invisibiliza y naturaliza la gravedad de la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes”, y es obstáculo para que “todas las formas de violencia sexual contra adolescentes y menores de edad se basen en la falta de consentimiento”[[106]](#footnote-107)*.*
3. Sobre la base de estas constataciones, la Corte ordenó al Estado ajustar “su ordenamiento jurídico interno de tal manera que el consentimiento voluntario sea central y constitutivo del delito de violación sexual” consideradas las circunstancias coercitivas que anulan el consentimiento) y elimine “el tipo penal de estupro de su ordenamiento jurídico”[[107]](#footnote-108). A continuación, desarrollaré algunos de los fundamentos expuestos en la Sentencia para basar esta determinación.
   1. La tipificación de los crímenes “violación” y “estupro” en el ordenamiento jurídico boliviano
4. Aunque algunos crímenes sexuales ya estaban tipificados en la legislación penal boliviana desde el Código Penal de Santa Cruz (1831), la tipificación de los delitos de "violación" y "estupro", en una forma cercana a la actual, sólo se produjo en 1972, con la aprobación del Código Penal actualmente vigente[[108]](#footnote-109). La separación entre "violación" y "estupro" era muy común en los países latinoamericanos y aún persiste en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región[[109]](#footnote-110), con el “estupro” por lo general describiendo casos en los que un adulto mantiene relaciones sexuales con un menor en edad legal de consentimiento mediante seducción o engaño, con penas mucho más reducidas en comparación con la "violación”.
5. El tipo “estupro” ha persistido prácticamente inalterado en Bolivia desde la entrada en vigor del Código Penal, definiéndose, tanto en la época de los hechos como en la actualidad, de la siguiente manera en el art. 309 del Código Penal:

Quien, mediante **seducción o engaño**, tuviera acceso carnal con persona de uno y otro sexo mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años, será sancionado con privación de libertad de tres a seis años.

1. La "violación", a su vez, está tipificada en el artículo 308 del Código Penal, quedando definida, en el momento de los hechos, tras algunas modificaciones del texto original, de la siguiente manera:

Quien, empleando **violencia física o intimidación**, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco (5) a quince (15) años. El que, bajo las mismas circunstancias del párrafo anterior, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia de la víctima, o que estuviere incapacitada por cualquier otra causa para resistir, incurrirá en privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años.

1. Desde 2001, el capítulo de delitos sexuales del Código Penal boliviano ha sido modificado por varias leyes, en particular la Ley n.º 348 de 2013, la Ley n.º 548 de 2014 y la Ley n.º 1173 de 2019[[110]](#footnote-111). El cambio más relevante del artículo 308 fue introducido por la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia (la citada Ley n. 348 de 2013), que aumentó la pena impuesta al crimen y modificó su definición, que actualmente se lee así:

Se sancionará con privación de libertad de quince (15) a veinte(20) años a **quien mediante intimidación, violencia física o psicológica** realice con persona de uno u otro sexo, actos sexuales **no consentidos** que importen acceso carnal, mediante la penetración del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo, o de un objeto cualquiera, por vía vaginal, anal u oral, con fines libidinosos; y quien, bajo las mismas circunstancias, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental grave o insuficiencia de la inteligencia de la víctima o que estuviera incapacitada por cualquier otra causa para resistir.

1. Es posible deducir un intento del Estado boliviano de incluir el parámetro de ausencia de consentimiento en el artículo 308, con la adición de "actos sexuales no consentidos" en la descripción de la conducta típica. Sin embargo, como destaca la Sentencia, se trata de una integración ineficaz de dicho criterio, pues la calificación de "actos sexuales no consentidos" se condiciona a la concurrencia de "intimidación, violencia física o psicológica", haciendo redundante el requisito del consentimiento[[111]](#footnote-112). La intimidación y la violencia siempre implican, después de todo, ausencia de consentimiento, pero lo contrario no es correcto. Por tanto, la inclusión de este parámetro no modificó la definición del tipo. Así, el artículo prevé dos formas de violación muy similares a su tipificación original: (i) actos sexuales resultantes de intimidación o *violencia,* ya sea física o psicológica, y (ii) actos sexuales practicados aprovechando alguna circunstancia que impida la resistencia de la víctima. Además, como subraya la Corte, la ley “[no] hace referencia a circunstancias en las cuales el consentimiento está viciado como en casos de evidente asimetría de poder entre agresor y víctima”.
2. Los representantes argumentaron que esta tipificación de la violación en el ordenamiento jurídico boliviano es incompatible con la Convención y solicitaron la supresión de los criterios de intimidación y violencia para que prevalezca el criterio del consentimiento, el cual debe estar claramente definido[[112]](#footnote-113). El Estado, por su parte, sostuvo que no procedía ningún cambio legislativo, bien porque no había vulnerado los derechos de la víctima en el caso concreto, bien porque la tipificación actual sería compatible con la Convención[[113]](#footnote-114). A continuación, expondré los fundamentos que justifican la concesión de la medida solicitada por la víctima.
   1. Sobre la necesidad de centrar verdaderamente la definición de la “violación” en el parámetro del consentimiento
3. A la hora de tipificar un hecho de índole sexual como delito, es necesario identificar (i) qué tipo de conductas deben ser cohibidas y (ii) qué condiciones deben preceder al acto sexual para valorar la conducta como ilícita[[114]](#footnote-115). En el ordenamiento boliviano, el delito de "violación" incluye los siguientes tipos de conducta: “acceso carnal”, “penetración anal o vaginal” e “introdu[cción de] objetos con fines libidinosos”. Ya el tipo “estupro” abarca el “acceso carnal” específicamente con mayores de 14 y menores de 18 años, mientras que otros actos sexuales no pertenecientes a estas categorías se abordan en el tipo "abuso sexual" (art. 312 del Código Penal). Como declaró la Corte en la Sentencia, “la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”[[115]](#footnote-116).
4. En este sentido, la definición de los tipos de conductas sexuales susceptibles de ser encuadradas en delitos sexuales en Bolivia me parece demasiado restrictiva. Considerando, sin embargo, que estas categorizaciones por sí solas no conllevaban los problemas observados en el caso concreto, centraré mis consideraciones en el segundo elemento del tipo: las condiciones que deben preceder al acto sexual para que la conducta sea ilícita.
5. Como ya se ha señalado, en Bolivia se consideran "violación" los actos sexuales cometidos mediante intimidación o violencia o aprovechando cualquier circunstancia que impida la resistencia de la víctima. Así, se señala la relevancia del parámetro de la resistencia de la víctima, que exige la demostración del intento de resistencia (vencido por intimidación o violencia) o de la incapacidad para resistirse, aunque el hecho se haya producido sin el consentimiento de la víctima o en situaciones en las que ésta no podría resistirse o en las que cualquier resistencia por parte de la víctima podría agravar su situación. La aplicación de este parámetro quedó en evidencia en el caso de la Sra. Losada.
6. Ante el Tribunal de Sentencia nº 4, la apertura del tipo "violación" a una evaluación de la capacidad de resistencia de la víctima dio lugar a una serie de testimonios y argumentos inadecuados y discriminatorios sobre la víctima[[116]](#footnote-117). Su carácter y su historia personal guiaron las audiencias más que la propia conducta de E.G.A, en un claro proceso de revictimización[[117]](#footnote-118). Asimismo, el énfasis en la capacidad de resistencia de la víctima que se recoge en el artículo 309 del Código Penal hacía irrelevante para el tribunal su posición de vulnerabilidad y la posición de confianza que ocupaba el abusador. La percepción del tribunal de que la Sra. Losada tenía capacidad para resistirse a las embestidas de su primo por ser dotada de “personalidad fuerte” llevó al Tribunal de Sentencia nº 4 a cambiar el tipo que debía analizarse de "violación" (que había sido la petición del Ministerio Público) a "estupro" y a analizar la conducta de E.G.A sobre la base de que se había producido "seducción o engaño", lo que dio lugar a una reducción de la pena[[118]](#footnote-119). Según la Corte, “[e]stos estereotipos refuerzan la idea erróneamente concebía y discriminatoria de que una víctima de violencia sexual tiene que ser ‘débil’, mostrarse ‘indefensa’, reaccionar o resistir a la agresión*”*[[119]](#footnote-120)*.*
7. Tras la anulación del primer juicio, el Ministerio Público volvió a acusar al reo ante el Tribunal de Sentencia nº2 por el crimen de "violación". En esta ocasión, el tribunal subsumió la conducta de E.G.A en este último tipo y absolvió al acusado por falta de pruebas concluyentes de que existiera intimidación o violencia en el momento de la supuesta unión carnal[[120]](#footnote-121). En la evaluación de la Corte:

Ese órgano judicial colegiado sostuvo expresamente **que era necesario probar la existencia de violencia física o intimidación para que se configurara el delito de violación** y, por lo tanto, excluyó el dictamen pericial sobre la coacción psicológica y las pruebas del estado psíquico de Brisa (…). En ese sentido, el Tribunal de Sentencia No. 2 aseveró que “no puede afirmar si [el] acceso carnal constituyó relación consensuada o agresión sexual […] porque”, entre otros factores, “la víctima [no] refirió cuales eran las conductas de intimidación que la doblegaron ante su agresor”. De esa forma, se nota que, **ante el examen de la naturaleza de las relaciones sexuales existentes entre una niña de 16 años y un hombre adulto de 26 años que representaba para ella una figura de autoridad, evidenciando una asimetría de poder entre los dos, y con el cual también tenía una relación de confianza, el Tribunal de Sentencia no consideró relevante enfocarse en la existencia o no de consentimiento** por parte de Brisa o en la existencia de un entorno de coacción, en virtud del cual no se podría inferir su consentimiento, “sino en la comprobación fehaciente de la existencia de violencia o intimidación, eliminando a su vez la única prueba que sustentaría dichos elementos”. (…) Por todo lo anterior, se considera que la aplicación de la normativa de referencia y su interpretación por parte de los tribunales internos resultaron en la denegación de justicia a una niña víctima de violencia sexual, como lo era Brisa[[121]](#footnote-122).

1. La tipificación de la violación en Bolivia y su evaluación por los Tribunales de Sentencia nº 2 y nº 4 se ajusta al modelo tradicional de conformación de los crímenes sexuales en los países occidentales, que se centra en la existencia de un acto coercitivo/violento o una imposibilidad práctica de resistencia (como por ejemplo debido a la inconsciencia o alguna incapacidad mental)[[122]](#footnote-123). Históricamente, se entendía que una mujer "honorable" intentaría al menos defender su honor, por lo que el delito exigía resistencia física[[123]](#footnote-124). Esta lógica ya era verificable en las leyes de la Europa medieval y se justificaba por el escaso grado de sofisticación en la evaluación de las pruebas en los juicios (en los que se requerían signos claros de resistencia física o testimonios visuales o auditivos)[[124]](#footnote-125) y porque el objetivo de las leyes era la protección de los valores morales - y no la autonomía sexual de la víctima[[125]](#footnote-126).
2. Cabe señalar que la resistencia de la víctima, como condición de la ilegalidad de la acción, no abarca situaciones, como la del caso que nos ocupa, que deben ser consideradas violación sexual. Según el resumen realizado por la Corte EDH de la pericia recibida en el caso *M.C. vs. Bulgaria* (2003), muy similar al de la Sra. Losada y al que se hace referencia en la Sentencia, existen patrones diversos de reacción ante la violencia sexual:

The experts stated, with reference to scientific publications in several countries, **that two patterns of response by rape victims to their attacker were known: violent physical resistance and “frozen fright”** (also known as “traumatic psychological infantilism syndrome”). The latter was explained by the fact that any experience-based model of behaviour was inadequate when the victim was faced with the inevitability of rape. As a result, **the victim, terrorised, often adopted a passive-response model of submission**, characteristic of childhood, **or sought a psychological dissociation from the event, as if it were not happening to her**.

The experts stated that all the scientific publications they had studied indicated that **the “frozen-fright pattern” prevailed**. Further, they had conducted their own research for the purposes of their written opinion in the present case. They had analysed all the cases of young women aged 14 to 20 who had contacted two specialised treatment programmes for victims of violence in Bulgaria during the period from 1996 to 2001, declaring that they had been raped. Cases that were too different from that of the applicant had been excluded. As a result, twenty-five cases had been identified, in twenty-four of which the victim had not resisted violently but had reacted with passive submission[[126]](#footnote-127).

1. La resistencia exigida por el tipo penal dificulta, además, la resolución penal de los casos por motivos probatorios, ya que el Poder Judicial exigiría, bajo esta óptica, la prueba física no sólo de la incapacidad de resistencia, sino también de la demostración de la tentativa de resistir, requisitos difícilmente demostrables. Esta situación se ve agravada por el hecho de que, por diversas razones (entre ellas el miedo a las represalias, la pérdida del apoyo familiar o el estigma social), muchas víctimas no denuncian inmediatamente la violencia sexual. Esto es especialmente cierto en el caso de los niños, que pueden no darse cuenta de que los actos cometidos contra ellos constituyen un crimen. En consecuencia, las víctimas que tardan en denunciar la violencia se enfrentan a menudo a la dificultad - o incluso la imposibilidad - de obtener pruebas físicas o médicas, como lesiones corporales, para demostrar que se empleó violencia física adicional durante la violación.
2. En la mayoría de los Estados que no han llevado a cabo una reforma sustancial de la definición de los delitos sexuales, su definición sigue basándose en estos conceptos anticuados[[127]](#footnote-128). Es poco probable que las leyes que no estén diseñadas para proteger la autonomía sexual de los ciudadanos puedan hacerlo adecuadamente, por lo que existe una clara necesidad de que los países se replanteen la clasificación de los crímenes sexuales bajo su jurisdicción con el fin de proteger el derecho a la autonomía y libertad sexual negativa de forma efectiva[[128]](#footnote-129). Algunos países iniciaron reformas em este sentido a partir de la mitad del siglo XX[[129]](#footnote-130). En los últimos 30 años se ha reforzado el esfuerzo por proteger eficazmente estos derechos con la aparición del criterio del consentimiento[[130]](#footnote-131). En la actualidad, la mayoría de los Estados Partes de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1981 (en la sigla en inglés, CEDAW) ya adoptan el parámetro de la falta de consentimiento para definir la violación sexual[[131]](#footnote-132). Algunas regiones, sin embargo, siguen rezagadas en este proceso: un estudio de 2021 revela que, en el Continente Americano, 23 de las 43 jurisdicciones estudiadas aún basaban su tipificación de la violación en el uso de la fuerza y las amenazas[[132]](#footnote-133).
3. Es esencial, en este punto, destacar y profundizar en la conclusión de la Corte de que la incorporación del parámetro del consentimiento no sólo está respaldada, sino que es exigida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[[133]](#footnote-134). El Comité encargado de velar por el cumplimiento de la CEDAW ya ha tenido la oportunidad de analizar un caso muy similar al de la Sra. Losada, ocurrido en Filipinas, en el que una mujer, la Sra. Vertido, sufrió una violación sexual[[134]](#footnote-135). El Estado, sin embargo, absolvió al acusado después de ocho años sin una decisión en primera instancia basándose en una interpretación extremadamente restrictiva y discriminatoria del tipo "violación"[[135]](#footnote-136). En este contexto, como se señala en la Sentencia[[136]](#footnote-137), El Comité CEDAW ha subrayado la centralidad del consentimiento como parámetro a evaluar en la investigación del caso concreto:

With regard to the definition of rape, the Committee notes that the **lack of consent is not an essential element of the definition of rape** in the Philippines Revised Penal Code. It recalls its general recommendation No. 19 of 29 January 1992 on violence against women, where it made clear, in paragraph 24 (b), that “States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women and respect their integrity and dignity”. Through its consideration of States parties’ reports, **the Committee has clarified time and again that rape constitutes a violation of women’s right to personal security and bodily integrity, and that its essential element was lack of consent**[[137]](#footnote-138).

1. Al evaluar la tipificación del crimen en Filipinas, el Comité CEDAW observó que el tribunal interno, al discutir la ocurrencia o no de resistencia física por parte de la víctima, había adoptado puntos de vista discriminatorios y estereotipados sobre cuál debe ser el comportamiento de una mujer cuando sufre violencia sexual, lo que condujo a la revictimización de la Sra. Vertido y demostró la inadecuación de esta exigencia:

(…) stereotyping affects women’s right to a fair and just trial and that **the judiciary must take caution** **not to create inflexible standards of what women or girls should be or what they should have done when confronted with a situation of rape** based merely on preconceived notions of what defines a rape victim or a victim of gender-based violence, in general. (…)

It is clear from the judgement that the assessment of the credibility of the author’s version of events was influenced by a number of stereotypes, the author in this situation not having followed what was expected from a rational and “ideal victim” or what the judge considered to be the rational and ideal response of a woman in a rape situation (…)

Although there exists a legal precedent established by the Supreme Court of the Philippines that it is not necessary to establish that the accused had overcome the victim’s physical resistance in order to prove lack of consent, the Committee finds that **to expect the author to have resisted in the situation at stake reinforces in a particular manner the myth that women must physically resist the sexual assault.** In this regard, the Committee stresses that **there should be no assumption in law or in practice that a woman gives her consent because she has not physically resisted the unwanted sexual conduct**, regardless of whether the perpetrator threatened to use or used physical violence[[138]](#footnote-139).

1. El Comité CEDAW, basándose en esta evaluación, prescribió la medida de reparación descrita en la Sentencia:

(…) recomendó que Filipinas “revisara [su] definición de violación en la legislación a fin de que se centrara en la falta de consentimiento” y que promulgara una definición que “exigiera la existencia de un ‘acuerdo inequívoco y voluntario’ y que requiriera prueba por parte del acusado de medidas tomadas para asegurar el consentimiento de la denunciante/sobreviviente”, o bien que “exigiera que el acto tuviera lugar en ‘circunstancias coercitivas, incluida una amplia gama de circunstancias coercitivas”[[139]](#footnote-140).

1. Apoyándose en éste y otros precedentes, la ONU Mujeres - la agencia de la ONU responsable del desarrollo de programas, políticas y normas para la protección de los derechos de la mujer - ha especificado en su "Manual de legislación sobre violencia contra la mujer” (2012), que:

“La legislación ha de: (…) **suprimir todo requisito de que la agresión sexual sea cometida por fuerza o violencia**, y todo requisito de prueba de penetración, y minimizar toda victimización secundaria de la persona demandante/superviviente en procedimientos mediante la promulgación de una definición de agresión sexual que: (i) exija la existencia de “acuerdo inequívoco y voluntario” y que la persona acusada aporte pruebas de las medidas adoptadas para determinar si la demandante/superviviente había dado su consentimiento; (ii) exija que el acto tenga lugar en “circunstancias coercitivas” e incluya una amplia gama de circunstancias coercitivas”[[140]](#footnote-141).

1. En la misma línea, la Corte EDH resolvió el caso *M.C. vs. Bulgaria* (2003), que versaba sobre la conducta del Estado tras la denuncia de la víctima, que entonces tenía 14 años, de haber sido agredida sexualmente por dos hombres adultos. La investigación llevada a cabo por el Estado concluyó que no había pruebas suficientes de que la víctima fuera obligada a mantener relaciones sexuales, lo que puso de manifiesto la inadecuación de la tipificación de la violación sexual en Bulgaria y la falta de diligencia de las autoridades estatales en la tramitación de las denuncias. Véase la similitud del tipo de "violación" en Bolivia con su equivalente en Bulgaria en la época de los hechos (art. 152.1 del Código Penal): “relaciones sexuales con una mujer (1) incapaz de defenderse, donde ella no dio su consentimiento; (2) que fue obligado por el uso de la fuerza o amenazas; (3) que fue llevada a un estado de indefensión por el perpetrador”[[141]](#footnote-142).
2. La Corte EDH comenzó sus consideraciones haciendo hincapié en la obligación positiva de los Estados de promulgar una legislación penal capaz de castigar eficazmente los episodios de violación sexual y de hacer cumplir dicha legislación mediante una investigación y un enjuiciamiento eficaces[[142]](#footnote-143). Para ello, los Estados deben considerar la evolución de la propia concepción moderna de los elementos que caracterizan la violación sexual, cuyos contornos fueron descritos por el tribunal europeo:

**[H]istorically, proof of physical force and physical resistance was required** under domestic law and practice in rape cases in a number of countries. The last decades, however, have seen a **clear and steady trend** in Europe and some other parts of the world **towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations** of the law in this area (…).

it appears that **a requirement that the victim must resist physically is no longer present in the statutes of European countries**. In common-law countries, in Europe and elsewhere, **reference to physical force has been removed** from the legislation and/or case-law (…). In most European countries influenced by the continental legal tradition, the definition of rape contains references to the use of violence or threats of violence by the perpetrator. It is significant, however, that in case‑law and legal theory, lack of consent, not force, is seen as the constituent element of the offence of rape (…).

The Court also notes that the member States of the Council of Europe, through the Committee of Ministers, have agreed that **penalising non-consensual sexual acts, “[including] in cases where the victim does not show signs of resistance”, is necessary** for the effective protection of women against violence (…) and have urged the implementation of further reforms in this area. In international criminal law, it has recently been recognised that force is not an element of rape and that taking advantage of coercive circumstances to proceed with sexual acts is also punishable. (…) the development of law and practice in that **area reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual’s sexual autonomy**[[143]](#footnote-144)**.**

1. fundamentándose en estas observaciones, la Corte EDH ha considerado que "cualquier enfoque rígido del enjuiciamiento de los crímenes sexuales, como exigir la prueba de la resistencia física en todas las circunstancias, corre el riesgo de dejar impunes ciertos tipos de violación y comprometer así la protección efectiva de la autonomía sexual del individuo”[[144]](#footnote-145). Así, la Corte EDH estableció que las obligaciones de los Estados miembros relativas a los artículos 3 (prohibición de la tortura y derecho a la integridad física) y 8 (derecho a la vida privada) de la Convención Europea exigen la criminalización de cualquier acto sexual no consentido, incluso en ausencia de resistencia física por parte de la víctima[[145]](#footnote-146). Una vez establecido este parámetro, la Corte pasó a evaluar la legislación búlgara y concluyó que no contemplaba la penalización de todo acto no consentido y que el Estado no había demostrado que su poder judicial la interpretara en sentido amplio[[146]](#footnote-147). En el caso, se consignó que las autoridades adoptaron puntos de vista estereotipados y discriminatorios al exigir pruebas de violencia, resistencia o gritos[[147]](#footnote-148), con la Corte EDH elaborando entonces parámetros para la conducta de las autoridades en casos de violaciones:

(…) it appears that the prosecutors did not exclude the possibility that the applicant might not have consented, but adopted the view that in any event, in the absence of proof of resistance, it could not be concluded that the perpetrators had understood that the applicant had not consented (…). The prosecutors forwent the possibility of proving the perpetrators' *mens rea* by assessing all the surrounding circumstances, such as evidence that they had deliberately misled the applicant in order to take her to a deserted area, thus creating an environment of coercion, and also by judging the credibility of the versions of the facts proposed by the three men and witnesses called by them (…).

The Court considers that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of “direct” proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent. That was not done in the applicant's case. The Court finds that the failure of the authorities in the applicant's case to investigate sufficiently the surrounding circumstances was the result of their putting undue emphasis on “direct” proof of rape. Their approach in the particular case was restrictive, practically elevating “resistance” to the status of defining element of the offence.

The authorities may also be criticised for having attached little weight to the particular vulnerability of young persons and the special psychological factors involved in cases concerning the rape of minors[[148]](#footnote-149).

1. El estudio realizado por la Corte EDH en este caso y sus conclusiones sirvieron de lastre para establecer las obligaciones de los Estados parte en la Convención sobre Prevención y Combate de la violencia contra las mujeres y la Violencia Doméstica (o "Convención de Estambul") de 2011 en relación con la tipificación de los delitos sexuales, cuyo artículo 36 incorpora el estándar de consentimiento reflejado en la Sentencia:

(1) Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised: (a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object; (b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person; (c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person. (2) Consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will assessed in the context of the surrounding circumstances[[149]](#footnote-150).

1. Otro precedente paradigmático en la definición del consentimiento como parámetro adecuado para la violación sexual procede del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia(“ICTY”, en la sigla en inglés) en el caso de *Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vokovic* (2001)[[150]](#footnote-151), ya tratado en la Sentencia[[151]](#footnote-152). En aquella ocasión, el Tribunal necesitaba establecer una definición para el crimen de "violación" cristalizado en el Artículo III común de las Convenciones de Ginebra y constitutivo de un crimen contra la humanidad, al constatar que no existía una definición de "violación" en el Derecho Internacional Humanitario[[152]](#footnote-153). Tras realizar un estudio en profundidad, la Cámara de Primera Instancia concluyó que el parámetro debería ser la ausencia de consentimiento de la víctima al acto sexual, y que este consentimiento debe darse de forma voluntaria, de voluntad libre y espontánea, y debe ser evaluado en el contexto de las circunstancias de cada caso[[153]](#footnote-154). Los reos interpusieron un recurso de apelación en el que alegaron que el estándar correcto del delito de violación era el "uso de coacción o fuerza", y no la "falta de consentimiento”[[154]](#footnote-155). La Cámara de Apelaciones rechazó tal recurso, consolidando que "la fuerza o la amenaza de fuerza proporciona una prueba clara de la falta de consentimiento, pero la fuerza no es un elemento *per se* de la violación" - reforzando así el estándar del consentimiento[[155]](#footnote-156).
2. También en el marco del Derecho Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional, al definir las reglas de prueba para los crímenes del Estatuto de Roma (que incluye la violencia sexual en su artículo 7.1.g), estableció el estándar del consentimiento y lo especificó en los siguientes términos:

Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo[[156]](#footnote-157).

1. Aunque esta Corte no ha tenido ocasión de analizar, con anterioridad al presente caso, una situación tan similar a la de la Sra. Losada como el citado precedente europeo[[157]](#footnote-158), el caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010) discutió la violación sexual de la víctima, una mujer indígena de 25 años, en el contexto de la invasión de su domicilio por unos once soldados armados, sin que el Estado haya completado la investigación y el enjuiciamiento de los responsables. Al examinar las pruebas de que disponía para evaluar el caso - en concreto, las pruebas de que se había producido violencia sexual -, la Corte se basó en los referidos casos *MC vs. Bulgaria* de la Corte EDH y *Kunarac, Kovac y Vukovic* del ICTY para tratar la ausencia de evidencias de resistencia física:

En cuanto a la prueba médica, cabe resaltar que la presunta víctima solo recibió asistencia en una ocasión tras la denuncia de los hechos, por parte de una médica general quien le realizó una exploración física y una revisión ginecológica en la que determinó que “no present[aba] datos de agresión”. En este sentido, la Corte observa que el certificado médico concuerda con las diversas declaraciones de la señora Fernández Ortega, dado que **en ninguna de ellas la presunta víctima manifestó que se resistió físicamente a la agresión**. Por lo demás, esta Corte observa lo establecido en la jurisprudencia internacional en el sentido de que **el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, así como tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física a la misma, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta**. En el presente caso, **está acreditado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción**, con el agravante de producirse en un contexto de relaciones de autoridad, por parte de tres militares armados[[158]](#footnote-159).

1. El mismo *standard* fue recomendado por la Comisión, que ya afirmó que “los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto en el que ocurre una violación sexual, no sólo evidencias directas de la existencia de resistencia física por parte de la víctima, para efectivamente investigar y sancionar casos de violencia sexual”[[159]](#footnote-160).
2. Así, porque (i) el modelo tradicional de tipificación de crímenes sexuales, adoptado por Bolivia, se basa en premisas obsoletas y no contempla todas las formas de violación; (ii) el requisito de resistencia no tiene en cuenta situaciones en las que ésta no es la respuesta de la víctima, que puede estar paralizada por evitación psicológica o miedo a sufrir más lesiones; (iii) las definiciones de violación centradas en la resistencia perpetúan la percepción errónea de que es responsabilidad de la víctima protegerse y que si no lo hace es porque participa voluntariamente en el acto sexual; y (iv) exigir el consentimiento genuino y voluntario al acto sexual y considerar las circunstancias coercitivas que vician cualquier consentimiento es el estándar más apropiado bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger a las víctimas de violación, se concluye que Bolivia debe eliminar los requisitos de violencia e intimidación del artículo 308 de su Código Penal como garantía de no repetición, incorporando verdaderamente un parámetro centrado en la ausencia de consentimiento[[160]](#footnote-161).
   1. La alteración del tipo “violación” solo será eficaz si el tipo “estupro” fue eliminado del ordenamiento boliviano.
3. Como se explicó (*supra*, párr. 12) el tipo "estupro" en Bolivia describe los casos en los que un adulto tiene relaciones sexuales con un menor (de 18 años) que ya ha alcanzado la edad legal de consentimiento (14 años) a través de la seducción o el engaño. A pesar de parecer que se proporciona una protección adicional a este grupo, lo que ocurre en la práctica es que las personas acusadas de crímenes sexuales contra personas (normalmente mujeres) de entre 14 y 18 años son encuadradas en el tipo de "estupro" en lugar del tipo de "violación", lo que conduce a la imposición de penas más leves a conductas de igual o mayor reprobabilidad social que las previstas en el delito de violación. Las dificultades probatorias inherentes al *standard* de "seducción o engaño" pueden, a juicio prospectivo, conducir a la impunidad de los delitos sexuales contra esta categoría de víctimas - similar a lo ocurrido en el caso concreto.
4. Esta Corte ya tuvo la oportunidad de evaluar la tipificación del estupro en un Estado-reo en el caso *Guzmán Albarracín vs. Ecuador* (2020), que trató sobre la violencia sexual contra una víctima entre 14 y 16 años de edad por el vicerrector de su escuela, que la llevó al suicidio[[161]](#footnote-162). Las autoridades judiciales ecuatorianas encuadraron la conducta del acusado en el delito de "estupro" (apreciado en base al elemento de "seducción", de forma paralela al tipo boliviano) y no en el delito de "acoso sexual" (tipo de mayor penalidad, similar al delito de "violación" en Bolivia)[[162]](#footnote-163). La Corte analizó la inadecuación del tipo en los siguientes términos:

En primer término, porque descarta la comisión de un delito a partir de evaluar la supuesta conducta de la víctima, haciéndola responsable del “principio de la seducción”. (…) Lo anterior denota un entendimiento de la mujer, que en este caso era una niña, como “provocadora” y permite la violencia sexual y discriminatoria ejercida en el hostigamiento, eximiendo de responsabilidad al victimario por ello. Respecto a lo último señalado, adviértase que, si bien la decisión imputa un delito al Vicerrector, descarta el delito de acoso sexual. De este modo, (…) avaló conductas de acoso sexual contra una niña, al no considerar que las mismas incluyen la “preparación” del abuso posterior, mediante la utilización de una situación de poder por parte del perpetrador (…).

Por otra parte, al calificar la conducta de “estupro”, la Corte (…) se refirió a requisitos de “honestidad” y “doncellez”, lo que implican la evaluación de la conducta previa de la víctima. Es decir, implica un juzgamiento de la víctima, conceptualmente previo a la evaluación del accionar del victimario. De ese modo, el delito se configura en la medida en que la mujer afectada cumpla determinados requisitos de conducta, exigidos de conformidad a preconceptos de género, es decir, a prejuicios sobre las conductas pretendidamente debidas por una mujer o esperadas de ella por su condición de tal[[163]](#footnote-164).

1. La derogación del tipo "estupro" sirve también para evitar la doble aplicación da pena de este crimen con la pena del tipo "violación", que se produciría si se aplicara la reforma del artículo 308 del Código Penal boliviano descrita anteriormente. Al llevar a cabo el necesario desplazamiento del núcleo típico de la "violación" al elemento del consentimiento, los elementos del tipo de la "estupro" (seducción y engaño) pierden su característica distintiva, ya que son elementos que también vician el consentimiento de la víctima. Así, existiría un solapamiento en el contenido de ambos delitos, abriendo margen a la arbitrariedad debido a las menores penas atribuidas al tipo “estupro”.
2. Por ello, me sumo a la evaluación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, Dra. Dubravka, que presentó un valioso dictamen pericial ante esta Corte, y señaló que "la existencia de un delito menos grave que afecta a los adolescentes contribuye a la impunidad de los agresores, ya que las pruebas sugieren que los violadores tienden a ser acusados de estupro y no de violación si se enfrentan a un proceso", por lo que la tipificación de "estupro" debería ser abolida en los países donde aún existe. La preocupación por la impunidad de los crímenes sexuales es especialmente relevante en el contexto de Bolivia, que, según datos de la Organización Panamericana de la Salud, tiene la tasa de violencia sexual más alta de América Latina y la segunda más alta del Continente Americano[[164]](#footnote-165).
3. Así, parece crucial que el Estado, además de adaptar su ordenamiento jurídico para que la falta de consentimiento sea central y constitutiva del delito de "violación", también lo adapte en relación con el delito de estupro para eliminarlo de la legislación penal[[165]](#footnote-166).
   1. Conclusión parcial
4. Considerando lo anterior, un remedio efectivo en el presente caso exige la verdadera incorporación del criterio del consentimiento en el artículo 308 del Código Penal boliviano, así como la eliminación del tipo "estupro" previsto en el artículo 309, a fin de asegurar que todos los casos de estupro sean evaluados sobre la base del artículo 308 reformado. Estas enmiendas son necesarias para que el Estado cumpla con sus obligaciones en virtud de los artículos 5, 11, 8 y 25 de la Convención y especialmente el artículo 7(e) de la Convención de Belém do Pará, que establece el deber del Estado de tomar todas las medidas apropiadas, incluidas las legislativas, para modificar o abolir las leyes y reglamentos existentes que apoyan la persistencia y la tolerancia de la violencia contra la mujer.
5. Por último, observo que la incorporación efectiva del criterio del consentimiento requiere una definición precisa de lo que significa el consentimiento y en qué circunstancias debe presumirse su ausencia. Esta definición debería elaborarse sobre la base de las normas internacionales en la materia, en particular las recogidas en la Ley Modelo sobre Violación elaborada por la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer[[166]](#footnote-167). Constato con satisfacción la investigación llevada a cabo por los representantes de las víctimas para elaborar su propuesta de "Artículo 308 ter" en el Código Penal que definiría el significado de consentimiento, proporcionando un sustrato sólido para que el Estado adopte esta medida de no repetición de forma adecuada.
6. La propuesta define consentimiento como “acuerd[o] por elección y (…) libertad y capacidad de hacer esa elección”, exigiendo que “[l]a creencia y la confianza del autor en el consentimiento de la receptora debe ser razonable” e que “el silencio no puede usarse para inferir consentimiento”. También se define que los menores de 14 años no poseen capacidad legal para consentir relaciones sexuales y que se presume la ausencia de consentimiento si el acto se realiza en circunstancias que eliminen o limiten la capacidad de la persona para consentir, explicando una serie de circunstancias que generarían dicha presunción: violencia o amenaza, restricción o confinamiento, estado de inconsciencia, intoxicación, discapacidad mental, discapacidad física, impersonalización, engaño, explotación del poder coercitivo, pretexto de prácticas culturales, ancestrales o religiosas o desventaja social, cultural o religiosa. Considero que tales parámetros efectivamente refuerzan los que ya fueron introducidos en la Sentencia:

(…) el Tribunal estima necesario que la legislación penal también establezca que no se podrá inferir el consentimiento (i) cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre; (ii) cuando la víctima esté imposibilitada de dar un consentimiento libre; (iii) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual, y (iv) cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción. (…) es fundamental que la normativa concerniente a delitos de violencia sexual disponga que el consentimiento no puede ser inferido, sino que siempre debe ser ofrecido de manera expresa, libre y de manera previa al acto y que éste puede ser reversible. En virtud de esa premisa, como ya ha señalado este Tribunal, ante “cualquier tipo de circunstancia coercitiva ya no es necesario que se dé la figura del consentimiento porque esa circunstancia eliminó, sin lugar a duda, el consentimiento” [[167]](#footnote-168).

# Sobre el imperativo de dar mayor visibilidad a la violación sexual incestuosa y la adecuación de establecer un *nomen juris* específico para este fin.

1. El caso *Angulo Losada vs. Bolivia* reveló, además de las dificultades para proteger adecuadamente a las víctimas de violencia sexual debido a la falta de incorporación efectiva del estándar de consentimiento discutido anteriormente, particularidades del planteamiento jurídico de la violación sexual incestuosa que también condujeron a la revictimización de la Sra. Losada[[168]](#footnote-169). La Corte consideró que, debido a la naturaleza diferenciada de la violación sexual incestuosa en relación con otras formas de violación y a su impacto diferenciado en los derechos de los niños y las niñas, el delito requiere un enfoque especializado por parte del Estado[[169]](#footnote-170). Determino, de esta forma, que el Estado debía adecuar su ordenamiento para dar mayor visibilidad al crimen de violación sexual incestuosa, y que esta visibilidad debía darse a través de la atribución de un *nomen juris* específico en el Código Penal a la conducta tipificada. A continuación, expondré las razones por las que la adopción de un *nomen juris* específico para la violación sexual incestuosa es un remedio adecuado en el caso que nos ocupa.
   1. El abordaje del incesto por el ordenamiento jurídico boliviano
2. Desde la entrada en vigor del actual Código Penal boliviano en 1972, las agravantes de los crímenes sexuales están especificados en su artículo 310. El texto original establecía que la ocurrencia de la muerte de la víctima aumentaría la pena por violación de 10 a 20 años y por estupro de 4 a 10 años, y tres circunstancias que aumentarían la pena en un tercio: que se produzca un grave daño en la salud de la víctima, la concurrencia de dos o más personas en el hecho y caso “el autor fuera ascendiente, descendiente, hermano, medio hermano, adoptante o encargado de la educación o custodia de aquella”[[170]](#footnote-171). Así, tenemos la tipificación del incesto como un agravante calificativo de los crímenes sexuales en el Código Penal – pero sin que el término “incesto” sea utilizado en la legislación.
3. En 2001, cuando se produjeron los hechos iniciales de este caso, el artículo 310 ya se había modificado significativamente, con la agravante del incesto aumentando la pena en cinco años si el autor era "ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad". Además, la Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual, de 29 de octubre de 1999, añadió una agravante para situaciones en que “el autor estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia o autoridad”, circunstancia que el Estado consideró, en su Contestación, como otra tipificación del incesto. Desde entonces, a pesar de que varias leyes han modificado las agravantes de los crímenes sexuales (habiéndose realizado la última modificación en 2019 mediante la Ley n. 1173), el inciso que tradicionalmente se refiere al incesto ha permanecido prácticamente inalterado[[171]](#footnote-172). En la actualidad, el artículo 310, apartado "o" presenta la siguiente redacción:

Artículo 310. (AGRAVANTES). La pena será agravada en los casos de los delitos anteriores, con cinco (5) años, cuando: (…) o) El autor fuera ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; (…)

1. Los representantes cuestionaron este abordaje del ordenamiento jurídico boliviano, señalando que el incesto no debería ser una mera agravante, sino un tipo autónomo, para dar visibilidad a la "cultura del incesto" existente en el país y permitir la formulación de estrategias específicas de prevención[[172]](#footnote-173). A partir de la movilización de datos de organizaciones internacionales y ONGs, señalaron que el incesto es un hecho común y tabú en Bolivia, manteniéndose oculto y secreto debido al reforzamiento de la cultura del silencio respecto a la violencia sexual que ocurre en el ámbito familiar[[173]](#footnote-174). Al precisar su alegato sobre la existencia de una "cultura del incesto" en Bolivia, los representantes afirmaron:

La cultura de la violación incestuosa es particularmente peligrosa. Esta cultura se basa en un conjunto de creencias, normas, valores y construcciones sociales que hacen que los niños, niñas y adolescentes experimenten y acepten como normal el supuesto derecho de los varones adultos a ser dueños de la vida, los sentimientos, los pensamientos, las decisiones y los cuerpos de los niños, niñas y adolescentes especialmente si son mujeres. Esta cultura del incesto en las familias está impulsada por nociones arraigadas de lealtad y respeto a la autoridad, el mantenimiento y la protección de los secretos familiares y los estereotipos de género tóxicos y polarizantes[[174]](#footnote-175).

1. Por estas razones, también afirmaron que un tipo separado para el incesto es fundamental para arrojar luz sobre este problema sistémico y estructural. Afirman, aún más, que las leyes pueden ser importantes aceleradores del cambio social, transformando las prácticas culturales y contribuyendo a la protección efectiva de los niños frente a esta grave forma de violencia.[[175]](#footnote-176) Así, los representantes demandaron, como medida reparatoria, la transformación de la agravante "o" del artículo 310 del Código Penal en un tipo autónomo que contemple la violación sexual incestuosa. El Estado no abordó este argumento en sus consideraciones.
   1. De la violencia sexual intrafamiliar como grave violación de los derechos humanos y del imperativo de su prevención
2. Aunque las relaciones sexuales entre familiares, consentidas o no, se conocen popularmente como "incesto", es crucial diferenciar el "incesto" de la "violación incestuosa", esta última también conocida como violencia sexual intrafamiliar. La penalización del incesto en su modalidad consentida entre personas que han alcanzado la edad de consentimiento, que fue objeto de un acalorado debate en el paradigmático "caso del incesto" de la Corte Constitucional Alemana en 2008[[176]](#footnote-177), no se debatirá en este voto, ni fue exigida por las víctimas, que centraron sus argumentos en la "violación incestuosa". En efecto, a diferencia del incesto consentido, en el que algunos sostienen - como hizo el juez Hassemer de la Corte Constitucional Alemana en su voto divergente en el caso citado[[177]](#footnote-178) –, que no procedería la tipificación penal al no existir bien jurídico protegido, la penalización de la violación sexual incestuosa es imperativa para la protección de la integridad física y psicológica y de la autonomía sexual de las personas que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad, especialmente agravada en el caso de víctimas que no han alcanzado la edad legal de consentimiento.
3. Conforme apunta la Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, la Dra. Radhika Coomaraswamy, “[m]uchos de los que han pasado por prácticas incestuosas sufren después diversos trastornos psicológicos y físicos”[[178]](#footnote-179). Las consecuencias psicológicas de la violación sexual incestuosa a menores se pueden clasificar en tres tipos principales: dificultades de adaptación afectiva, dificultades de adaptación interpersonal y dificultades de adaptación sexual[[179]](#footnote-180). Las graves consecuencias de esta modalidad de abuso son evidentes en el caso de la Sra. Losada, tal y como describió en una audiencia cuando se le preguntó cómo descubrieron sus padres el abuso:

Cuando yo era una niña muy activa, yo estaba en el equipo de natación nacional, tocaba piano, violín, y trabajaba mucho en servicios comunitarios, con personas mayores, niños y niñas, y de pronto mi vida empezó a cambiar, yo, literalmente me estaba muriendo en su cara, dejé de ir a nadar, dejé de tocar música, ya no iba al colegio, desarrollé bulimia, anorexia, empecé a auto mutilarme, entré a una depresión, pasaba horas en mi cuarto durmiendo, llorando y durmiendo, en un viaje a Estados Unidos traté de suicidarme dos veces (…)[[180]](#footnote-181).

1. Estudios de múltiples materias señalan unánimemente que el mayor índice de violencia sexual contra los niños se produce en sus hogares, y procede de alguien con quien mantienen una relación de confianza[[181]](#footnote-182). Esto también lo corroboran los informes de organizaciones internacionales y ONGs de derechos humanos presentados en los autos[[182]](#footnote-183). La característica más llamativa de este tipo de violación es el uso del secreto como herramienta para continuar con el abuso y para reforzar la conexión entre víctima y agresor, lo que dificulta especialmente la denuncia y la investigación de la violencia[[183]](#footnote-184). El "Síndrome del Secreto", característico de las relaciones intrafamiliares abusivas, describe el proceso por el cual el agresor, tratando de evitar el repudio social, utiliza formas de coacción para que el menor no revele lo que ocurre entre ellos[[184]](#footnote-185). No es de extrañar que Florence Rush describa el incesto como "el secreto mejor guardado de la humanidad"[[185]](#footnote-186).
2. Al guardar el secreto de su agresor, la víctima tiene la tendencia psicológica a sentirse cómplice de lo sucedido, siendo embargada por sentimientos de culpa que pueden tener graves repercusiones para toda su vida[[186]](#footnote-187). La culpa, sumada a la alteración de la comprensión de la institución familiar y de las relaciones de confianza, hace que la violación sexual incestuosa sea aún más dañina que la violación sexual ordinaria, que ya es una de las mayores atrocidades a las que puede ser sometido un ser humano. Observo que el secreto sobre la violación puede persistir incluso si la víctima denuncia la violencia sufrida a algún familiar. La literatura especializada describe situaciones en las que las madres, por ejemplo, encubren los malos tratos sufridos por sus hijos para mantener la supuesta estabilidad y seguridad de su familia[[187]](#footnote-188).
3. Esta conformación típica de la violencia sexual intrafamiliar es plenamente observable en el caso que nos ocupa. La Sra. Losada fue sometida durante meses a reiterados abusos por parte de su primo 10 años mayor, que vivía en su domicilio y, según describe la víctima, ocupó el espacio afectivo abierto en su vida tras la marcha de sus hermanos mayores del hogar de sus padres, estableciendo una relación de confianza[[188]](#footnote-189). Tal y como se recoge en la Sentencia y en las declaraciones escritas y en audiencia pública de la Sra. Losada, E.G.A empleó técnicas de manipulación emocional para generar sentimientos de culpa y vergüenza en la víctima, convenciéndola de que había participado voluntariamente en los actos sexuales y de que su conducta había sido incorrecta e intencionada[[189]](#footnote-190). La relación de confianza con su primo mayor le hizo invalidar cualquier mal sentimiento futuro por su parte y reprenderse a sí misma por pensar mal de su primo[[190]](#footnote-191). Destaco el extracto de su testimonio en la audiencia pública, que demuestra los efectos perniciosos de esta manipulación:

(…) a mí me violaron repetidamente, me torturaron decenas de veces, **pero ninguno de esto se me ocurrió contar a alguien o pedir ayuda, es más me pareció que era mejor para mi quitarme la vida**, antes de compartir esto, dos veces intenté suicidarme, y hay varias razones por las que no le dije nada a nadie, esa pregunta es de las más difíciles para mí, porque cuando fui a los tribunales, me dijeron: **¿pero por qué no dijo nada?** Yo no entendía en ese momento, después de años de trabajo con otros sobrevivientes, y entender el trauma, ahora si entiendo, yo sé lo que me estaba pasando, **yo no sabía que lo que me estaba pasando era un delito**, tenía noción equivocaba, de que la violación se da, es algo que pasa en un callejón oscuro de parte de un desconocido, mis padres no sabían que la violación incestuosa era un delito, nunca habíamos escuchado hablar de este tipo de delito**, el agresor, al igual que otros agresores, son muy inteligentes para mantener a la víctima en silencio**, él era una persona adulta, de mi familia, él me tenía que orientar, me tenía que proteger, era la persona que me debía mostrar y que yo tenía que ver el mundo por los ojos de él, jamás pensé, lo que él me estaba haciendo yo lo odiaba pero no le podía dar un nombre, no podía entender que era un delito, además, él me llenó de temor, no usó violencia física, durante el acto violatorio, peor lo hizo en otros momentos, me daba golpes, me tiraba al suelo, me pateaba, tortura a los animales, yo sabía de lo que era capaz, yo sabía lo que me podía hacer a mi si yo no hacía lo que él quería, estaba llena de temor, yo no me atrevía ni siquiera a enfrentarlo o cuestionar lo que estaba haciendo[[191]](#footnote-192).

1. Con el conjunto de circunstancias contribuyendo para que la violación sexual incestuosa no sea revelada (y, consecuentemente, investigada y sancionada), es indispensable que el Estado actúe en el sentido de divulgar ampliamente el carácter ilícito y reprobable de esas conductas, movilizando todo su aparato para facilitar, en la mayor medida posible, diálogos sobre el tema y denuncias de su ocurrencia. Romper el ciclo del abuso depende de revelar el secreto[[192]](#footnote-193). En este sentido, las leyes son especialmente importantes porque (i) proporcionan el marco y las herramientas adecuadas para castigar a los agresores y proteger a las víctimas a través de la justicia criminal y los sistemas de protección de menores; (ii) sirven como medidas de protección para disuadir a los posibles agresores de violencia sexual cuando son ampliamente difundidas y comprendidas; y (iii) al combinarse con campañas de concienciación pública y formación de las autoridades, sirven como acelerador del cambio cultural y social. En el resumen del experto en abuso sexual infantil Dr. David Finkelhor, "[l]a cosa más básica que el sistema de justicia penal puede hacer con respecto a un delito es aumentar su detección y revelación y la probabilidad de que el delincuente sea detenido y procesado”[[193]](#footnote-194).
2. Es especialmente relevante, por tanto, que el Estado actúe para concienciar a las familias sobre la importancia de acoger plenamente a un niño víctima de abuso. Cuando una víctima supera todos los obstáculos para denunciar y rompe el silencio, el abuso puede tener efectos aún más destructivos si no recibe el apoyo esperado[[194]](#footnote-195). En cambio, cuando el abuso se revela en un entorno acogedor y la víctima se siente protegida y respetada, puede iniciar por fin su proceso de curación, restablecer su percepción de seguridad y reforzar su autoestima, volviéndose menos vulnerable a nuevas agresiones[[195]](#footnote-196). El Estado también debe tener una actitud acogedora para evitar la victimización durante los procedimientos de investigación y judiciales. El carácter crucial de este planteamiento queda patente en el testimonio de la Sra. Losada, quien declaró ante esta Corte que “[v]einte años después, todavía tengo terrores nocturnos, y síndrome de estrés post traumático, y tiene más que ver con lo que hicieron los fiscales, médicos forenses y jueces, que las violaciones en sí”[[196]](#footnote-197).
3. Así, la violación sexual incestuosa está marcada por especificidades que la distinguen de otras formas de violación sexual y que exigen un tratamiento especializado por parte del Estado en su legislación, que se examinará a continuación.
   1. Evaluación de la tipificación de la violencia sexual incestuosa en Bolivia y la necesidad de un tipo autónomo
4. A pesar de la importancia de considerar los elementos anteriores a la hora de tipificar como delito la violación incestuosa, como señala la Dra. Radhika Coomaraswamy, “[e]n muchas partes del mundo el incesto está culturalmente tolerado y en el Código Penal de numerosos países no figura como delito”[[197]](#footnote-198). No es el caso de Bolivia, donde el Código Penal contempla los crímenes sexuales cuando el autor “fuera ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad” o “estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia respecto a éste o bajo su autoridad”. El artículo 310 es, por tanto, compatible con la Ley Modelo sobre la Violación elaborada en el marco de la ONU, que exige que las leyes penales sobre la violación incluyan el incesto[[198]](#footnote-199) – sin especificar si en forma de agravante o tipo autónomo.
5. Esta Corte tuvo la oportunidad de contar, en este caso, con la evaluación de la redactora de la Ley Modelo sobre tipificación de delitos sexuales en Bolivia. En un informe pericial remitido a esta Corte, la Dra. Dubravka declaró que no está de acuerdo con que el incesto tenga que ser necesariamente un tipo autónomo en el país, pudiendo ser abordado como una agravante[[199]](#footnote-200). La experta señaló que había recomendado a los Estados, en su calidad de Relatora Especial, que incluyeran entre las circunstancias que agravan los crímenes sexuales, entre otros, las situaciones en las que el autor es o ha sido cónyuge o pareja de la víctima o está emparentado con ella, o ha abusado de su poder o autoridad sobre la víctima[[200]](#footnote-201). En este sentido, la perita considera que el artículo 310 del Código Penal boliviano, al establecer que el carácter incestuoso del crimen es una agravante que incrementa la pena de prisión en 5 años, es adecuado[[201]](#footnote-202).
6. Para evaluar la necesidad de una tipificación autónoma de la violación incestuosa, considero esencial volver al caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007) discutido anteriormente (párr. 26-28), en el que los representantes de la víctima exigieron la tipificación autónoma del delito de mala práctica médica. La Corte consideró innecesaria la tipificación autónoma, dada la suficiencia de su subsunción en los delitos de lesiones u homicidio existentes[[202]](#footnote-203) y la ausencia de acuerdos internacionales que exijan una tipificación separada, diferenciando el caso de sus decisiones sobre desaparición forzada. La Corte también ha establecido los parámetros para determinar si existe la necesidad de una tipificación autónoma de un determinado delito en los siguientes términos:

La mala praxis médica suele ser considerada dentro de los tipos penales de lesiones u homicidio. **No parece indispensable instituir tipos específicos sobre aquélla si basta con las figuras generales y existen reglas pertinentes para la consideración judicial de la gravedad del delito, las circunstancias en que éste fue cometido y la culpabilidad del agente.** Sin embargo, corresponde al propio Estado decidir la mejor forma de resolver, en este campo, las necesidades de la punición, puesto que no existe acuerdo vinculante acerca de la formulación del tipo, como los hay en otros casos en que los elementos esenciales de la figura penal e inclusive la precisión de tipos autónomos se hallan previstos en instrumentos internacionales, así por ejemplo, genocidio, tortura, desaparición forzada, etc.[[203]](#footnote-204)

1. Así, es evidente la adecuación de la Sentencia a la idea de que, en los casos en los que no existe una necesidad absoluta, bajo el prisma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de tipificar alguna conducta, el principio de *ultima ratio* exige que no se utilice el Derecho Penal.
2. En efecto, promulgar leyes penales sin atenerse al criterio de estricta necesidad y sin criterio riguroso que garantice su efectiva aplicación y coherencia desvirtúa la función del Derecho Penal y no sirve adecuadamente a la finalidad de protección de los bienes jurídicos de mayor importancia para la sociedad (que caracteriza la función instrumental del Derecho penal[[204]](#footnote-205)). De este modo, se corre el riesgo de adoptar un Derecho penal meramente simbólico, definido por Roxin y Greco como "dispositivos penales que no tienen primordialmente efectos protectores concretos, sino que están destinados a autorrepresentar a grupos políticos o ideológicos mediante el compromiso con determinados valores o el repudio de posiciones consideradas perjudiciales"[[205]](#footnote-206). Sobre la distinción entre una función simbólica penal legítima y otra ilegítima, los autores explican:

(...) [É] natural que todos os dispositivos penais busquem não apenas lograr a prevenção e punição dos delitos concretos, mas também exercer uma influência na consciência jurídica geral. Na medida em que o Estado se compromete com a proteção da vida, da integridade física, da propriedade etc., ele tenta, também, reforçar na população a consideração por tais valores. Não há nada de questionável nisso. Pelo contrário, essa chamada prevenção geral positiva figura entre as finalidades reconhecidas do direito penal. (...) [A] legitimidade e ilegitimidade das tendências legislativas “simbólicas” dependem, ao lado das finalidades de sensibilização que orientam um dispositivo e da sua demonstração de compromisso com posições axiológicas, também do quão necessário ele é para a proteção real de uma convivência pacífica.[[206]](#footnote-207)

1. Así, aunque el poder simbólico de la ley desempeña un papel importante en el sistema criminal - incluidos los efectos preventivos -, la creación de tipos no puede servir a un fin en sí mismo, ni a fines meramente simbólicos. Después de todo, además del peso simbólico de que el Derecho Penal no sea capaz de resolver los problemas sociales de criminalidad, el riesgo constante de que el Derecho Penal sirva de "espada" incluso cuando su intención es ser un "escudo" puede culminar en más violaciones de los derechos humanos. No todos los deseos sociales deben ser atendidos por el sistema represivo, o se corre el riesgo de crear la percepción de que un mayor control penal social es la solución a todos los problemas[[207]](#footnote-208).
2. Tomando en consideración estas premisas, paso a analizar la demanda de las víctimas de que la violación sexual incestuosa se transforme en un tipo penal autónomo en Bolivia, así como el argumento de la perita Dubravka en el sentido de que el problema en este caso no surgió de la ausencia de un tipo autónomo, sino de la inadecuada evaluación de la gravedad del elemento incestuoso en las violaciones sufridas por la Sra. Losada por parte de los tribunales internos[[208]](#footnote-209). En cuanto a la segunda serie de juicios, recuerdo las palabras de la perita:

En el caso de Brisa, sin embargo, **el Tribunal Supremo tomó una decisión errónea en la Sala Penal Segunda: “que la relación entre primos causa malestar social pero no es un delito”.** El artículo 310 tipifica como delito el incesto en mi opinión pericial y, si efectivamente el incesto es ya una circunstancia agravante, entonces el tribunal debería haber aplicado la pena adicional correspondiente. Además, aunque la primera sentencia sí aplicó una pena adicional respecto a la circunstancia agravante de incesto, solo añadió un año a la condena mientras que la ley parece indicar cinco años. Combinado con otras circunstancias que ocurrieron durante los juicios de Brisa, este es otro indicio de la **influencia de los mitos discriminatorios y estereotipos de género sobre la violación en el sistema de justicia penal de Bolivia**, especialmente en lo que se refiere a la violencia sexual. Mi recomendación adicional para Bolivia sería que considere detenidamente si está tomando en cuenta de forma adecuada las circunstancias agravantes en relación con los delitos de violación y violencia sexual, incluso en los casos de incesto, y si son necesarias más orientaciones para evitar sentencias menores o incluso la impunidad de los perpetradores.[[209]](#footnote-210)

1. Además de la actuación del poder judicial, el caso puso de manifiesto otro problema en la comprensión de la violación incestuosa como delito en Bolivia, relacionado con la afirmación de los representantes de que existe una "cultura del incesto" que impregna la sociedad y que contribuye a que la violación incestuosa no sea suficientemente reprobada. Como señaló en la audiencia, a la edad de 16 años, la Sra. Losada aún no había tomado conciencia del carácter criminal de la violencia que sufrió, y sus padres tampoco sabían que la violación incestuosa era un delito en Bolivia. En una declaración ante la policía, E.G.A declaró que sus relaciones con la Sra. Losada no eran ilegales[[210]](#footnote-211). Además, el Ministerio Fiscal no acusó a E.G.A de incesto cuando presentó la denuncia, a pesar de que sabía que ambos eran primos y que la Sra. Losada era menor de edad. Fue la intervención de los padres de la víctima, en la acusación particular, la que logró incluir la agravante en el análisis del tribunal.
2. Por ello, considero que, aunque no sea estrictamente necesario tipificar como delito autónomo la agravante de violación incestuosa presente en el artículo 310, el Estado debe actuar para aumentar la visibilidad y reprobabilidad de esta conducta. Por ello, a continuación, defiendo la incorporación de un *nomen juris* propio de la violación sexual incestuosa en el Código Penal Boliviano como una forma alternativa de servir a este propósito sin aumentar la legislación penal con un nuevo tipo.
   1. Sobre la incorporación de un *nomen juris* propio a la violación sexual incestuosa en el Código Penal Boliviano
3. La percepción pública de la ilicitud y reprobabilidad de determinadas conductas se ve afectada no sólo por la tipificación del hecho en sí, sino también por la forma en que la legislación penal clasifica y califica determinados crímenes[[211]](#footnote-212). La creación de un tipo autónomo no es la única herramienta de que dispone el Estado para subrayar la gravedad de una conducta. Entre otros mecanismos, existe la posibilidad de atribuir un *nomen juris* específico a un crimen en su forma agravada, dando mayor relieve y percepción de gravedad a la modalidad en cuestión.
4. En Brasil, la discusión sobre la tipificación del acto de matar a una mujer por razones de su propia condición de género, considerado un problema estructural en el país, ha aportado valiosas lecciones. A pesar de que la legislación penal brasileña ya previa la figura del homicidio calificado por motivo torpe, categoría en la que podrían encuadrarse los casos de muerte por violencia de género, el legislador brasileño optó por crear una agravante específica para el homicidio de mujeres por condición de sexo.
5. La Ley n. 13.104/2015, sin embargo, fue más allá de incluir la mera descripción de la conducta en el Código Penal[[212]](#footnote-213), previendo la inclusión del nombre "feminicidio" como título de esta agravante[[213]](#footnote-214), con el propósito de dar mayor visibilidad a la ocurrencia de homicidios de mujeres por razones de género y promover la concienciación, sensibilizar y cambiar la mentalidad patriarcal que subyace a los altos índices de violencia de género[[214]](#footnote-215). Además, al visibilizar el problema ante la población, el Estado refuerza la obligación de sus autoridades de tomar medidas para evitar la muerte de mujeres, mediante la creación de políticas públicas adecuadas de prevención y erradicación de la violencia, así como la persecución penal del agresor[[215]](#footnote-216). Nombrar el feminicidio cumple la función esencial de invertir la percepción social de la violencia de género como algo que "atenúa" - y no agrava - un homicidio, una percepción arcaica respecto a los "crímenes de honor" cuyas consecuencias siguen arraigadas en las sociedades contemporáneas[[216]](#footnote-217). Del mismo modo, el incesto ha sido reconocido durante gran parte de la historia como circunstancia atenuante o incluso excluyente de la punibilidad de la violación, percepción activamente combatida por el establecimiento del *nomen juris* "violación incestuosa".
   1. Conclusión parcial
6. Por lo tanto, al servir al imperativo de combatir la "cultura del incesto" sin aumentar el número de crímenes tipificados en el Código Penal, la creación del *nomen juris* "violación incestuosa" es una medida reparatoria de no repetición aplicable en este caso. En concreto, se trataría de denominar la modalidad agravada por incesto del tipo en el artículo 308 ("violación") como "violación incestuosa" y la modalidad agravada por el incesto en el artículo 308 bis ("violación de un niño o adolescente") como "violación incestuosa de un niño o adolescente". Creo que esta solución adoptada por la Corte cumple adecuadamente con el propósito de dar mayor visibilidad a la violación incestuosa, cuya importancia fue destacada por la propia Sra. Losada:

(…) **[el] incesto tiene que ser visibilizado, tiene que ser reconocido como un crimen en si, como un agravante**, una niña que crece en una familia y tiene un tío, un papá, un padrastro, no tendría que haber el cuestionamiento de si hubo o no hubo cuestionamiento, o un primo adulto, ellos son los adultos, ellos son los que nos tienen que guiar, los que nos tienen que cuidar, para mí, **el hecho de que hayamos invisibilizado tanto el incesto, si, escuchamos sobre violaciones, en universidades, escuchamos de violaciones en colegios, pero donde más ocurre en mi experiencia, del 70% al 80% de las niñas víctimas de violencia sexual es dentro del entorno familiar, tenemos que visibilizar eso,** tenemos que ponernos como un código penal, que la gente sepa que esto es un crimen, que yo pueda ir a los colegios y decirles, niños, niñas y adolescentes, si una adulto en su familia las toca de una forma sexual, eso es un crimen, a no ser que ustedes no hayan consentido, o que haya consentido, y toda esta explicación que tengo que dar, es un crimen en sí, **toda niña, niño o adolescente tiene que crecer seguro en su casa**[[217]](#footnote-218)**.**

1. Señalo, sin embargo, que la adopción de un tipo autónomo para la violación incestuosa también podría ser una medida de protección adecuada en algunos contextos si se consideran todos los elementos indicados en la Sentencia, habida cuenta de la naturaleza nefasta de este crimen y de la importancia de los bienes jurídicos protegidos. La argumentación a favor de la adopción de un *nomen juris* propio en este caso concreto no pretende deslegitimar la posibilidad de adoptar tipos específicos para el delito en los ordenamientos jurídicos americanos, sino reforzar que la adopción de un nuevo tipo no es estrictamente necesaria en el estado actual de la legislación penal boliviana para lograr el objetivo deseado de conferir mayor visibilidad y percepción de gravedad al delito.

# Conclusión

1. La sentencia dictada por la Corte en el presente caso se prestó a abordar, en profundidad, la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial previstas en los artículos 5.1, 5.2, 8.1, 11.2, 19, 24 y 25.1 de la Convención en relación con sus artículos 1.1 y 2, así como por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 7.b), 7.c), 7.e) y 7.f) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de la Sra. Losada[[218]](#footnote-219), conclusiones con las cuales concuerdo plenamente.
2. El protagonismo del papel de la Corte como intérprete y supervisora del cumplimiento de la Convención por parte de los Estados parte deriva en gran medida del desarrollo, en cada caso concreto, de un conjunto de medidas para reparar, en la mayor medida posible, el daño sufrido por la víctima y evitar que nuevas víctimas se vean sometidas a situaciones similares, erigiendo, en esta línea, una especie de prevención especial, individualizada y específica, y otra general, abstracta y genérica. Así, con base en el artículo 63.1 de la Convención, la Corte enumeró en la Sentencia cuáles son las medidas idóneas y apropiadas para reparar el daño sufrido por la Sra. Losada, corrigiendo los déficits legislativos e institucionales que contribuyeron a la violación de sus derechos y que aún ponen en riesgo a las víctimas presentes y futuras de crímenes sexuales en Bolivia.
3. En este contexto, este voto concurrente pretendía reforzar la importancia de dos medidas de reparación adoptadas por la Corte en la Sentencia: la introducción efectiva del elemento de consentimiento como caracterizador del tipo de "violación" en el Código Penal boliviano (que incluye la supresión del tipo de "estupro" del estatuto legal) y la atribución de un *nomen juris* propio en el Código Penal a las violaciones incestuosas. Para ello, traté de destacar el papel del Sistema IDH para garantizar la adecuación de los ordenamientos internos a los estándares internacionales y realicé consideraciones sobre la compleja interacción entre los Derechos Humanos y el Derecho Penal para apoyar los debates sobre los cambios en la legislación penal boliviana.
4. En la audiencia pública de este caso, la Sra. Losada declaró que la razón por la que estudió Derecho fue precisamente su deseo de poder argumentar algún día ante esta Corte. Cuando se le preguntó qué esperaba de esta Corte, la víctima se refirió a la importancia de fortalecer la respuesta del Estado ante situaciones de violencia sexual contra menores:

Quisiera decirle a la Corte que he trabajado con 2200 niños y niñas que han sido abusados sexualmente, (…) que buscan ayuda y nadie responde. Quiero que la Corte entienda que todos los días mi vida está en riesgo, porque no quiero que se repita mi historia, y se está repitiendo todos los días, se ha repetido por veinte años, quiero que la Corte sepa que tenemos la posibilidad de cambiar esto, y de evitar que suceda de nuevo, **para que dentro de veinte años no tengan a otra niña en mi lugar, pidiéndoles que actúen, y pidiéndoles a los gobiernos que respondan a esta horrible situación**[[219]](#footnote-220)**.**

1. Como puede observarse, la Sra. Losada expresa un conmovedor distanciamiento, preocupándose menos por su propia situación y más por las garantías generales y abstractas de no repetición que puedan proteger a sus semejantes en el futuro. Para que tales efectos se logren efectivamente, es necesario, en primer lugar, que su historia se cuente de forma adecuada y, en segundo lugar, que esta narración impulse cambios concretos. La sentencia de esta Corte, con la que coincido, alcanza ambos objetivos, pero, con especial atención a la encomiable petición de la Sra. Losada, este voto pretende destacarlos una vez más.

Rodrigo Mudrovitsch

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

1. *Cfr*. *Caso Angulo Losada vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2022, a partir de ahora “Sentencia”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Refuerzo que mi referencia a la víctima como "Sra. Losada" (considerando su edad actual) no debe ocultar su menor edad en el momento de la violencia y violaciones que sufrió. [↑](#footnote-ref-3)
3. En los términos de los artículos 5.1, 8.1, 11.2, 19 e 25.1 de la CADH en relación con su artículo 1.1, así como los artículos 7.b) e 7.c) de la Convención de Belém do Pará (*Cfr*. Sentencia, párr. 320, punto resolutivo n. 3). [↑](#footnote-ref-4)
4. En los términos de los artículos 8.1 y 19 de la CADH en relación con su artículo 1.1 y el artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará (*Cfr*. Sentencia, párr. 320, punto resolutivo n. 4). [↑](#footnote-ref-5)
5. Em los términos de los artículos 19, 24 y 25 de la CADH en relación con sus artículos 1.1 y 2, así como de los artículos 7.b) y 7.e) de la Convención de Belém do Pará (*Cfr*. Sentencia, párr. 320, punto resolutivo n. 5). [↑](#footnote-ref-6)
6. En los términos de los artículos 8.1, 19 y 25.1 de la CADH en relación con sus artículos 1.1, 2 y 24 y los artículos 7.b) y 7.e) de la Convención de Belém do Pará (*Cfr*. Sentencia, párr. 320, punto resolutivo n. 6). [↑](#footnote-ref-7)
7. Em los términos del artículo 5.2 de la CADH con relación a su artículo 1.1 (*Cfr*. Sentencia, párr. 320, punto resolutivo n. 7) [↑](#footnote-ref-8)
8. En la terminología adoptada en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” ("Principios básicos"), un estudio de las Naciones Unidas - influido por la labor de esta Corte - sobre la idoneidad de diversas medidas reparatorias en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos ("DIDH”). *Cfr*. AGNU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución A/RES/60/147 adoptada el 21 de marzo de 2006, Anexo. [↑](#footnote-ref-9)
9. *Cfr*. *Caso Bulacio vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100. Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 22. [↑](#footnote-ref-10)
10. *Cfr*. *Caso Bulacio vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100. Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 22 (subrayado nuestro). [↑](#footnote-ref-11)
11. *Cfr*. Sentencia, párr. 230. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ibid., párr. 198. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ibid., párr. 199. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ibid., párr. 201. [↑](#footnote-ref-15)
15. Ibid., párr. 33. [↑](#footnote-ref-16)
16. Ibid. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ibid.; Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020. [↑](#footnote-ref-18)
18. *Cfr*. CIDH. Informe de Mérito n. 141/19, Angulo Losada vs. Bolivia. 28 de noviembre de 2019. [↑](#footnote-ref-19)
19. *Cfr*. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020. [↑](#footnote-ref-20)
20. *Cfr*. Declaración informativa de Brisa De Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de pruebas, fl. 1064). [↑](#footnote-ref-21)
21. *Cfr*. Sentencia, párr. 35. [↑](#footnote-ref-22)
22. Ibid., párr. 36. [↑](#footnote-ref-23)
23. Ibid., párr. 46. [↑](#footnote-ref-24)
24. *Cfr*. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020; Declaración informativa de Brisa de Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de pruebas, fl. 1064). [↑](#footnote-ref-25)
25. *Cfr*. Sentencia, párr. 46; Certificado de Terri S. Gilsson, LP.C., de 8 de agosto de 2002 (expediente de pruebas, fl. 7860). [↑](#footnote-ref-26)
26. *Cfr*. Sentencia, párr. 46; certificado de Lourdes de Armas, M.D., de 25 de julio de 2002 (expediente de pruebas, fl. 7853). [↑](#footnote-ref-27)
27. Ibid. [↑](#footnote-ref-28)
28. *Cfr*. Sentencia, párr. 47. [↑](#footnote-ref-29)
29. Ibid., párr. 58; Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia No. 4 de Cochabamba el 28 de marzo de 2003 (expediente de pruebas, fls. 7667,7668,7673), p. 1. [↑](#footnote-ref-30)
30. Cabe aclarar que el término "agravante" en la legislación boliviana equivale al término "qualificadora" en portugués. En portugués, el término "agravante" describe los factores que aumentan el cálculo de la pena a aplicar en una condena que se consideran en la segunda fase del cálculo de la pena y se reflejan en una disposición legal genérica que puede aplicarse a varios tipos de crímenes. [↑](#footnote-ref-31)
31. Las otras agravantes fueron rechazadas por falta de prueba y por la aplicación del principio *in dubio pro reo*. [↑](#footnote-ref-32)
32. *Cfr*. Sentencia, párr. 61; Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia No. 4 de Cochabamba el 28 de marzo de 2003 (expediente de pruebas, fls. 7667,7668,7673), p. 11. [↑](#footnote-ref-33)
33. El hecho de que el tribunal identificara en la Sra. Losada una "fuerte personalidad" hacía inconcebible que hubiera sido intimidada por E.G.A para mantener relaciones sexuales, que se produjeron mediante las seducciones y engaños propios del crimen de estupro. En este contexto, reconocen la posición de vulnerabilidad de Brisa y que existe asimetría de poder en la relación, lo que vicia el consentimiento en la modalidad prevista en el tipo "estupro". [↑](#footnote-ref-34)
34. *Cfr*. Sentencia, párr. 62. [↑](#footnote-ref-35)
35. Ibid., párr. 64; Sentencia emitida por la Sala Penal Tercera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba el 11 de abril de 2005 (expediente de prueba, fls. 8123 a 8124). [↑](#footnote-ref-36)
36. *Cfr*. Sentencia, párr. 65. [↑](#footnote-ref-37)
37. Ibid., párr. 66; Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia No. 2 el 16 de septiembre de 2005 (expediente de pruebas, fls. 8294 a 8310). [↑](#footnote-ref-38)
38. *Cfr*. Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia No. 2 el 16 de septiembre de 2005 (expediente de pruebas, fls. 8294 a 8310). [↑](#footnote-ref-39)
39. *Cfr*. Sentencia, párr. 68. [↑](#footnote-ref-40)
40. Ibid. [↑](#footnote-ref-41)
41. Ibid. [↑](#footnote-ref-42)
42. Ibid., párr. 69-71. [↑](#footnote-ref-43)
43. Ibid., párr. 123. [↑](#footnote-ref-44)
44. Ibid., párr.72. [↑](#footnote-ref-45)
45. Ibid., párr. 76. [↑](#footnote-ref-46)
46. Ibid., párr. 130. [↑](#footnote-ref-47)
47. En mi voto razonado en Moya Chacón vs. Costa Rica (2022) pude explorar, específicamente, la interacción entre el derecho penal y el derecho a la libertad de expresión. A continuación, amplío mis consideraciones sobre el derecho internacional de los derechos humanos en general. *Cfr*. Caso *Moya Chacón vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 8-43. [↑](#footnote-ref-48)
48. *Cfr. Caso* *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166. [↑](#footnote-ref-49)
49. El art. 2º de la Convención, a su vez, guarda fuerte relación con el artículo 27 da CVDT. *Cfr. Caso Noguera y otra vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, párr. 68. [↑](#footnote-ref-50)
50. Dicha obligación se manifiesta de forma específica en relación con el artículo 24 de la Convención (derecho a la igualdad y a la no discriminación). En palabras de la Corte, *“(…)* *los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas*”. *Cfr. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 289, 292. [↑](#footnote-ref-51)
51. *Cfr.* nota n. 8 *supra.* [↑](#footnote-ref-52)
52. *Cfr*. AGNU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución A/RES/60/147 adoptada el 21 de marzo de 2006, Anexo, Principio nº 23(h). [↑](#footnote-ref-53)
53. *Cfr*. ONU. *Declaración y el Programa de Acción de Viena.* Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, Parte II.A.60. [↑](#footnote-ref-54)
54. *Cfr. Caso* *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 174-5. [↑](#footnote-ref-55)
55. *Cfr. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 152-3. [↑](#footnote-ref-56)
56. *Cfr. Caso Casa Nina vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párr. 100. [↑](#footnote-ref-57)
57. *Cfr*. *Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 88. [↑](#footnote-ref-58)
58. Ibid., párr. 87. [↑](#footnote-ref-59)
59. Ibid., párr. 69-70. [↑](#footnote-ref-60)
60. Ibid., párr. 91. [↑](#footnote-ref-61)
61. Ibid., párr. 96. [↑](#footnote-ref-62)
62. Ibid., párr. 92. [↑](#footnote-ref-63)
63. Ibid., párr. 100-10. [↑](#footnote-ref-64)
64. Cabe señalar que, en un caso anterior, los representantes de la víctima ya habían exigido el reconocimiento de una violación del artículo 2 de la CADH por una tipificación inadecuada de la desaparición forzada en el Código Penal Hondureño, pero la Corte no discutió este argumento. *Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.* [↑](#footnote-ref-65)
65. *Cfr*. *Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 149. [↑](#footnote-ref-66)
66. *Cfr*. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 105; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 183; *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 58; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 167; *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 318; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 219; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 287. [↑](#footnote-ref-67)
67. *Cfr*. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 2, 84. [↑](#footnote-ref-68)
68. Ibid., párr. 113-4. [↑](#footnote-ref-69)
69. Ibid., párr. 135*.* [↑](#footnote-ref-70)
70. Ibid., párr. 136. [↑](#footnote-ref-71)
71. *Cfr*. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 110. [↑](#footnote-ref-72)
72. *Cfr*. TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), p. 578 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-73)
73. Robert Roth atribuye la expresión a la jueza Van den Wyngaert, informando de que habría sido pronunciada en una presentación sobre el ciudadano europeo y la justicia penal en la Unión Europea en 1995. *Cfr*. ROTH, Robert. *Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal*. In: AUER, Andreas; DELLEY, Jean-Daniel; HOTTELIER, Michel; MALINVERNI, Giorgio (Eds.). Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 429-446. [↑](#footnote-ref-74)
74. *Cfr*. CARDENAS, Juan. The Crime Victim in the Prosecutorial Process. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 9 (1986), p. 360. [↑](#footnote-ref-75)
75. *Cfr*. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais (2016), p. 37; RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileña de Ciencias Criminales, vol. 62 (2006), p. 3. [↑](#footnote-ref-76)
76. *Cfr*. RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62 (2006), p.3. [↑](#footnote-ref-77)
77. *Cfr*. FLETCHER, George. Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims. *Lewis and Clark Law Review*, vol. 9 (2005), p. 551. Esta evolución también puede observarse en el derecho penal material, con la abolición de crímenes cuya existencia era, en sí misma, incompatible con los derechos humanos. [↑](#footnote-ref-78)
78. *Cfr*. SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company, 2011, p. 9. El término ya había sido utilizado por la autora en LUTZ, Ellen; SIKKINK, Kathryn. The justice cascade: the evolution and impact of foreign human rights trials in Latin America. *Chicago Journal of International Law*, v. 2 (2001). De acuerdo con Sikkink, el término "cascada" se tomó prestado del autor Cass Sunstein, que utilizó el término "cascadas de normas sociales" en su obra para definir un cambio rápido y drástico en la legitimidad de las normas y las acciones en nombre de esas normas. *Cfr.* SUSTEIN,Cass. *Free Markets and Social Justice*. Nova York: Oxford University Press, 1997. [↑](#footnote-ref-79)
79. *Cfr*. SIKKINK, Kathryn*. The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company, 2011, p. 9 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-80)
80. *Cfr*. por ejemplo, AGNU. *Resolución A/Res/3(I) (Extradition and Punishment of War Criminals)* adoptada el 13 de febrero de 1946; AGNU. *Resolución A/RES/95(I) (Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal)* adoptada el 11 de diciembre de 1946. [↑](#footnote-ref-81)
81. *Cfr*. RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62 (2006), p. 4. [↑](#footnote-ref-82)
82. *Cfr*. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 14 de março de 2001. Serie C No. 75. Voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 4. [↑](#footnote-ref-83)
83. *Cfr*. Comisión de Derecho Internacional. *Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur.* U.N. Doc. A/CN.4/264 e Add. 1 (1972-1973), p. 98 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-84)
84. *Cfr*. CIJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 2007 I.C.J. Rep. 43 (26 de febrero de 2007), p. 109, párr. 159 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-85)
85. *Cfr*. CEDH. *Opuz vs. Turquia*, no. 33401/02, 2009, párr. 128. No mesmo sentido, *cfr.* CEDH. *Osman vs. Reino Unido*, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, 1998, párr. 115; CEDH. *Kontrová vs. Eslováquia*, no. no. 7510/04, párr. 49; CEDH. *M.C. vs. Bulgária*, no. 39272/98, 2003, párr. 153. [↑](#footnote-ref-86)
86. *Cfr*. BASCH, Fernando Felipe. The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers. *American University International Law Review*, v. 23 (2007), p. 213. [↑](#footnote-ref-87)
87. *Cfr*., a título de ejemplo, PASTOR, Daniel. La deriva neopunitivista de organisms’ y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal* (2005). [↑](#footnote-ref-88)
88. *Cfr*. BASCH, Fernando Felipe. The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers. *American University International Law Review*, v. 23 (2007), p. 207. [↑](#footnote-ref-89)
89. *Cfr*. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173. [↑](#footnote-ref-90)
90. *Cfr*. GRECO, Luis. Por que inexistem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review*, v. 3 (2007), p. 121 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-91)
91. *Cfr*. *Caso Moya Chacón vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, voto razonado del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 5. [↑](#footnote-ref-92)
92. *Cfr*. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 65. Por completo: “*El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales a la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente*”. [↑](#footnote-ref-93)
93. *Cfr*. GRECO, Luis. Por que inexistem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review*, v. 3 (2007), p. 121. [↑](#footnote-ref-94)
94. *Cfr*. *Caso Moya Chacón vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, voto razonado del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 25. [↑](#footnote-ref-95)
95. Ibid., párr. 38. [↑](#footnote-ref-96)
96. *Cfr*. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 377-8. [↑](#footnote-ref-97)
97. *Cfr*. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173*.* [↑](#footnote-ref-98)
98. *Cfr*. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 79-82. [↑](#footnote-ref-99)
99. *Cfr. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 94-5. [↑](#footnote-ref-100)
100. *Cfr*. SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company, 2011. [↑](#footnote-ref-101)
101. *Cfr*. CALDERÓN, Jean Paul; MÉGRET, Frédéric. ¿“Penalización” de los derechos humanos?: Giros y paradojas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho & Sociedad*, v. 47 (2016), p. 17. [↑](#footnote-ref-102)
102. *Cfr. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 98. [↑](#footnote-ref-103)
103. Cfr. Sentencia, párr.134 – 156. [↑](#footnote-ref-104)
104. Ibid., párr. 134-156. [↑](#footnote-ref-105)
105. Ibid., párr. 145. [↑](#footnote-ref-106)
106. Ibid., párr. 199. [↑](#footnote-ref-107)
107. Ibid., párr. 198-199. [↑](#footnote-ref-108)
108. *Cfr*. *Amicus Curiae* presentado por Redes y organizaciones de defensa de los derechos humanos de las mujeres del Estado Plurinacional de Bolivia, párr. 21. [↑](#footnote-ref-109)
109. Un informe reciente de la ONG Equality Now señaló que 17 de las 43 jurisdicciones estudiadas en el Continente Americano aún adoptan la separación de “estupro” de la “violación”. *Cfr*. Equality Now. *Failure to protect how discriminatory sexual violence laws and practices are hurting women, girls, and adolescents in the Americas*. Disponible: http://www.equalitynow.org/esvamericas. Acceso el 29 de noviembre de 2022. [↑](#footnote-ref-110)
110. *Cfr*. Escrito de Contestación de 17 de febrero de 2021, párr. 312. [↑](#footnote-ref-111)
111. *Cfr*. Sentencia, párr. 150. [↑](#footnote-ref-112)
112. *Cfr*. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020, p. 293, 295. [↑](#footnote-ref-113)
113. *Cfr*. Escrito de Contestación de 17 de febrero de 2021, párr. 231. [↑](#footnote-ref-114)
114. *Cfr*. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 124. [↑](#footnote-ref-115)
115. *Cfr*. Sentencia, párr. 136. [↑](#footnote-ref-116)
116. *Cfr*. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020, p. 92. [↑](#footnote-ref-117)
117. *Cfr*. Sentencia, párr. 164-5. [↑](#footnote-ref-118)
118. Ibid., párr.121. Conforme afirmó la Corte, *“*[m]ás allá del uso de estereotipos de género como uno de los fundamentos de la decisión (…) dicho razonamiento demuestra una flagrante falta de capacitación y sensibilidad en cuanto a las circunstancias particulares de casos de violencia sexual cometidas contra una adolescente, especialmente en el hogar y por una persona que ostentaba poder sobre la presunta víctima y, por consiguiente, la ausencia de perspectiva de género y niñez al examinar el caso*”.* [↑](#footnote-ref-119)
119. Ibid., párr. 164. [↑](#footnote-ref-120)
120. Ibid., párr. 153. [↑](#footnote-ref-121)
121. Ibid., párr. 153-4 (subrayado nuestro). [↑](#footnote-ref-122)
122. *Cfr*. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 124. [↑](#footnote-ref-123)
123. Ibid., p. 125-6. [↑](#footnote-ref-124)
124. *Cfr*. KRATZER-CRYLAN, Ceylan. Finalität, *Widerstand, “Bescholtenheit”: Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB*. In: Schriften zum Strafrecht (SR), Band 274. Berlin: Duncker & Humboldt (2015), p. 109; HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law? Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 6, 2 (2018), p. 125. [↑](#footnote-ref-125)
125. *Cfr*. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice,* vol. 6, 2 (2018), p. 125. [↑](#footnote-ref-126)
126. *Cfr*. CEDH. *M.C. vs. Bulgaria*, no. 39272/98, 2003, párr. 70-1. [↑](#footnote-ref-127)
127. *Cfr*. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 123, 126. [↑](#footnote-ref-128)
128. *Cfr*. HÖRNLE, Tatiana. Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen. Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften, vol. 127 (2016), p. 851; HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 126. [↑](#footnote-ref-129)
129. *Cfr*. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 125. [↑](#footnote-ref-130)
130. *Cfr.* Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences (Dubravka Šimonović). *Rape as a grave and systematic human rights violation and gender-based violence against women*, A/HRC/47/26 (2021), párr. 70. [↑](#footnote-ref-131)
131. *Cfr*. CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010, párr. 8.7. [↑](#footnote-ref-132)
132. Equality Now. *Failure to protect how discriminatory sexual violence laws and practices are hurting women, girls, and adolescents in the Americas*. Disponible en: http://www.equalitynow.org/esvamericas. Acceso el 29 de noviembre de 2022. [↑](#footnote-ref-133)
133. *Cfr*. Sentencia, párr. 149. [↑](#footnote-ref-134)
134. *Cfr*. CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010. [↑](#footnote-ref-135)
135. Ibid. [↑](#footnote-ref-136)
136. *Cfr*. Sentencia, párr. 146. [↑](#footnote-ref-137)
137. *Cfr*. CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010, párr. 8.7. [↑](#footnote-ref-138)
138. Ibid., párr. 8.4-5. [↑](#footnote-ref-139)
139. *Cfr*. Sentencia, párr. 142; CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010, párr. 8.9.b.i. [↑](#footnote-ref-140)
140. *Cfr*. UN WOMEN. Handbook for Legislation on Violence against Women. Nova York, 2012, parte 3.4.3.1. [↑](#footnote-ref-141)
141. *Cfr*. CEDH. *M.C. vs. Bulgaria*, no. 39272/98, 2003, párr. 74 (traducción nuestra). En el original: *“sexual intercourse with a woman (1) incapable of defending herself, where she did not consent; (2) who was compelled by the use of force or threats; (3) who was brought to a state of helplessness by the perpetrator”.* [↑](#footnote-ref-142)
142. Ibid., párr. 153. [↑](#footnote-ref-143)
143. Ibid., párr. 156-165. [↑](#footnote-ref-144)
144. Ibid., párr. 166 (traducción nuestra). En el original: *“any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy”.* [↑](#footnote-ref-145)
145. Ibid. [↑](#footnote-ref-146)
146. Ibid., párr. 170, 173. [↑](#footnote-ref-147)
147. Ibid., párr. 179. [↑](#footnote-ref-148)
148. Ibid., párr. 180-3. [↑](#footnote-ref-149)
149. *Cfr*. Sentencia, párr. 139. [↑](#footnote-ref-150)
150. Conforme expuesto por la Corte Europea en *M.C. vs. Bulgaria*, aunque las sentencias del caso Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vokovic (2001) de ICTY se dictaron en el contexto particular de una violación ocurrida durante un conflicto armado, el caso refleja una tendencia universal hacia la adopción del criterio de ausencia de consentimiento como elemento esencial de los crímenes de violación y abuso sexual. Cfr. CEDH. *M.C. vs. Bulgaria*, no. 39272/98, 2003, párr. 163. [↑](#footnote-ref-151)
151. *Cfr*. Sentencia, párr. 138. [↑](#footnote-ref-152)
152. *Cfr*. ICTY (Trial Chamber). *Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vokovic*. Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2001). [↑](#footnote-ref-153)
153. Ibid. [↑](#footnote-ref-154)
154. *Cfr*. ICTY (Appeals Chamber). *Fiscal vs. Kunarac, Kovac e Vokovic*. Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2002). [↑](#footnote-ref-155)
155. Ibid. [↑](#footnote-ref-156)
156. *Cfr.* ICC. *Rules of Procedure and Evidence*. Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002 (ICC-ASP/1/3 and

     Corr.1), part II.A. [↑](#footnote-ref-157)
157. CEDH. *M.C. vs. Bulgaria*, no. 39272/98, 2003. [↑](#footnote-ref-158)
158. *Cfr. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 115. [↑](#footnote-ref-159)
159. *Cfr*. CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica,* OEA/Ser.L/V/II.

     Doc. 63 (2011), párr. 97. [↑](#footnote-ref-160)
160. La misma conclusión fue ofrecida por la Dra. Dubravka en peritaje. *Cfr*. Peritaje de Dubravka Šimonović (expediente de prueba, fl. 11495). [↑](#footnote-ref-161)
161. *Cfr.* *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405. [↑](#footnote-ref-162)
162. Ibid., párr. 70. [↑](#footnote-ref-163)
163. Ibid., párr. 191-2. [↑](#footnote-ref-164)
164. *Cfr*. Organización Panamericana de Salud*. Violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe* (2013), p. 9. Disponible en: https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/paho-vaw-exec-summ-eng.pdf. Accedido en 29 de noviembre de 2022. De acuerrdo con datos de la ONG Equality Now, Bolivia sigue teniendo la mayor tasa de violencia sexual de América Latina. *Cfr.* Equality Now. Sexual Violence Against Adolescent Girls In Bolivia And Its Consequences. Disponible en: https://www.equalitynow.org/sexual\_violence\_against\_adolescent\_girls\_in\_bolivia/. Acceso el 29 de noviembre de 2022. [↑](#footnote-ref-165)
165. *Cfr*. Sentencia, párr. 199, 230 (puntos resolutivos n. 13 e 14). [↑](#footnote-ref-166)
166. *Cfr*. Consejo de Derechos Humanos. *A framework for legislation on rape (Model Rape Law): report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences*. A\_HRC\_47\_26\_Add.1-EN (2021). [↑](#footnote-ref-167)
167. *Cfr*. Sentencia, párr. 148. [↑](#footnote-ref-168)
168. Ibid., párr. 200. [↑](#footnote-ref-169)
169. Ibid., párr. 201. [↑](#footnote-ref-170)
170. Texto original disponible en http://www.silep.gob.bo/norma/4368/texto\_ordenado. [↑](#footnote-ref-171)
171. Sin embargo, se añadió el apartado "g" al artículo 310, que el Estado entiende que también hace referencia al incesto: *“*El autor estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia respecto a éste o bajo su autoridad*”.* [↑](#footnote-ref-172)
172. Cfr. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020, p.288-90. [↑](#footnote-ref-173)
173. Ibid. [↑](#footnote-ref-174)
174. Ibid., p. 2. [↑](#footnote-ref-175)
175. Ibid., p. 288-90. [↑](#footnote-ref-176)
176. *Cfr*. BVerfGE 120, 224 – Geschwisterbeischlaf (2008). [↑](#footnote-ref-177)
177. *Cfr*. BVerfGE 120, 224 – Geschwisterbeischlaf (2008), voto disidente del Juez Hassemer, párr. 73. [↑](#footnote-ref-178)
178. *Cfr.* Comisión de Derechos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its*

     *causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85*. E/CN.4/1996/53 (1996), párr. 66-72 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-179)
179. *Cfr*. AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane de Azevedo. *Pele de asno não é só história...: Um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família*. São Paulo: Iglu, 1988. [↑](#footnote-ref-180)
180. *Cfr.* Declaración de Brisa De Angulo Losada en audiencia pública ante la Corte el 29 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-181)
181. *Cfr*. FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar.* Porto Alegre: Artes Médicas, 1993; HABIGZAN, Luísa et al. Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 21, 3, (2005), p. 341-348. [↑](#footnote-ref-182)
182. *Cfr.,* por exemplo, Federación Iberoamericana de Ombudsman. *Niñez y adolescencia: III Informe sobre derechos humanos* (2005), p. 125. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/8016.pdf. Acceso el 20 de noviembre de 2022. [↑](#footnote-ref-183)
183. Furniss (1993) describe un “síndrome conectador de secreto”, que vincula tanto al niño, a la persona que cometió el abuso y los familiares. *Cfr.* FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. No mesmo sentido, c*fr.* RANGEL, Patricia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente*. Curitiba: Juruá, 2001. [↑](#footnote-ref-184)
184. *Cfr*. FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. [↑](#footnote-ref-185)
185. *Cfr*. RUSH, Florence. *The Best-kept Secret: Sexual Abuse of Children*. Hoboken: Prentice Hall, 1980 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-186)
186. *Cfr*. RANGEL, Patricia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente.* Curitiba: Juruá, 2001. [↑](#footnote-ref-187)
187. *Cfr*. PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. *Jornal de Pediatría*, vol. 81, 5 (2005), p. 197-204. No caso da Sra. Losada, conforme describe en Audiencia, “*todos los antiguos miembros de mi familia se volvieron en mi contra, incluso iban al juicio a hablar mal de mí*”. *Cfr.* Declaración de Brisa De Angulo Losada en audiencia pública ante la Corte el 29 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-188)
188. *Cfr*. Declara informativa de Brisa De Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de pruebas, fl. 1064), párr. 3-7. [↑](#footnote-ref-189)
189. Ibid. párr. 8-15; Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020, p. 69. [↑](#footnote-ref-190)
190. *Cfr*. Declaración informativa de Brisa De Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de prueas, fl. 1064), párr. 8-15; Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020, p. 69. [↑](#footnote-ref-191)
191. *Cfr.* Declaración de Brisa De Angulo Losada en audiencia pública ante la Corte el 29 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-192)
192. *Cfr*. FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar.* Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. [↑](#footnote-ref-193)
193. *Cfr*. Together For Girls. *Preventing Sexual Violence Against Children*. Disponible en: https://www.togetherforgirls.org/svsolutions/. Acceso el 29 de noviembre de 2022 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-194)
194. *Cfr*. DURRANT, Michael; WHITE, Cheryl. Terapia del abuso sexual. España: Gedisa, 1993. [↑](#footnote-ref-195)
195. *Cfr*. RANGEL, Patricia Calmon. Abuso sexual intrafamiliar recorrente. Curitiba: Juruá, 2001. [↑](#footnote-ref-196)
196. *Cfr.* Declaración de Brisa De Angulo Losada en audiencia pública ante la Corte el 29 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-197)
197. *Cfr.* Comisión de Derechos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its*

     *causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85*. E/CN.4/1996/53 (1996), párr. 66-72 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-198)
198. *Cfr*. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. A framework for legislation on rape (Model Rape Law): report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences. A\_HRC\_47\_26\_Add.1-EN (2021), párr. 15. [↑](#footnote-ref-199)
199. *Cfr*. Pericia de Dubravka Šimonović (expediente de prueba, fl. 11495). [↑](#footnote-ref-200)
200. *Cfr*. Consejo de Derechos Humanos. *A framework for legislation on rape (Model Rape Law): report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences.* A\_HRC\_47\_26\_Add.1-EN (2021). [↑](#footnote-ref-201)
201. *Cfr*. Pericia de Dubravka Šimonović (expediente de prueba, fl. 11495). [↑](#footnote-ref-202)
202. *Cfr*. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 136. [↑](#footnote-ref-203)
203. Ibid., párr. 135-136. [↑](#footnote-ref-204)
204. *Cfr.* RIPOLLÉS, José. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. 25, 103 (2002), p. 68. [↑](#footnote-ref-205)
205. ROXIN, Claus; GRECO, Luis Strafrecht: Allgemeiner Tell. Band I (Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechensiehre). Munique: C.H. Beck, 2020, p.46 (traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-206)
206. Ibid., p. 46-47. [↑](#footnote-ref-207)
207. *Cfr*. MORON, Eduardo; MATTOSINHO, Francisco. A lei n.º 13.104/2015 (feminicídio): simbolismo penal ou uma questão de direitos humanos? *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, vol. 1, 2 (2015), p. 239. [↑](#footnote-ref-208)
208. *Cfr*. Peritaje de Dubravka Šimonović (expediente de prueba, fl. 11495). [↑](#footnote-ref-209)
209. *Cfr*. Peritaje de Dubravka Šimonović (expediente de prueba, fl. 11495), párr. 61. [↑](#footnote-ref-210)
210. *Cfr*. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de noviembre de 2020, p. 240. [↑](#footnote-ref-211)
211. *Cfr*. ASHWORTH, Andrew. Principles of Criminal Law (6a ed.). Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 78-80. [↑](#footnote-ref-212)
212. A nueva ley también modificó la Ley de Crímenes Hediondos (Ley 8.072/90) para incluir el feminicidio. [↑](#footnote-ref-213)
213. Código Penal Brasileño, art. 121, párr. 2º, inciso VI c/c art. 121, párr. 2º-A, incisos I y II. [↑](#footnote-ref-214)
214. *Cfr*. CLADEM. Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del femicidio/feminicídio (2012), p. 177-229. Disponible en: http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2013/10/CLADEM\_TipificacaoFeminicidio2012.pdf. Acceso el 29 de noviembre de 2022. [↑](#footnote-ref-215)
215. Ibid. [↑](#footnote-ref-216)
216. *Cfr*. MORON, Eduardo; MATTOSINHO, Francisco. A lei n.º 13.104/2015 (feminicídio): simbolismo penal ou uma questão de direitos humanos? Revista de Derechos Humanos en Perspectiva, vol. 1, 2 (2015), p. 245. [↑](#footnote-ref-217)
217. *Cfr.* Declaración de Brisa De Angulo Losada en audiencia pública ante la Corte el 29 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-218)
218. *Cfr*. Sentencia, párr. 172. [↑](#footnote-ref-219)
219. *Cfr.* Declaración de Brisa De Angulo Losada en audiencia pública ante la Corte el 29 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-220)